

ANUARIO  
DE  
DERECHO PENAL  
Y  
CIENCIAS PENALES

TOMO XXXI  
FASCICULO III



SEPBRE.-DICBRE.  
MCMLXXVIII

# ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

Fundador:  
EUGENIO CUELLO CALON (†)

## Directores:

ANTONIO FERRER SAMA  
Catedrático de Derecho penal de la Universidad Complutense

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

### Redactor-Jefe:

DIEGO MOSQUETE MARTIN

Profesor Adjunto de Derecho penal

### Secretario:

ALFONSO SERRANO GOMEZ

Profesor Adjunto de Derecho penal de la Universidad a Distancia

## Consejo de Redacción:

JOSE ANTON ONECA  
Catedrático jubilado de Derecho penal

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

	Páginas
<b>Sección Doctrinal</b>	
<i>El perdón del representante legal y guardador de hecho en la Ley 46/1978, de 7 de octubre, por la que se modifican los delitos de estupro y raptó, por José A. Sainz Cantero ... ..</i>	507
<i>Alternativas y trances del Derecho penal de hoy, por Eduardo Novoa Monreal ... ..</i>	521
<i>La detención: garantías del detenido en la Constitución española de 1978, por Alfonso Serrano Gómez ... ..</i>	545

# **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.

Ultimo fascículo aparecido: Mayo-agosto 1979.

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 III**



**SEPTBRE.-DICBRE.  
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

## El perdón del representante legal y guardador de hecho en la Ley 46/1978 de 7 de octubre por la que se modifican los delitos de estupro y rapto

JOSE A. SAINZ CANTERO

Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Granada

**SUMARIO:** I. Planteamiento de la cuestión. II. Génesis del inciso «en todos los delitos a que se refiere este título» del párrafo quinto del artículo 443: 1. Cuándo aparece. 2. ¿Ha sido voluntad del legislador extender a todos los delitos del Título IX la eficacia del perdón del representante legal o guardador de hecho?—III. La situación que crea: 1. Consecuencias que pueden derivarse del texto del nuevo párrafo quinto del artículo 443. 2. Una sentencia de la Audiencia Provincial de Granada.—IV. Hacia una solución del problema planteado: 1. Naturaleza del inciso. 2. La solución que se propone.

### I

La Ley 46/1978, de 7 de octubre por la que se modifican los delitos de estupro y rapto, ha incorporado al artículo 443 un párrafo quinto, referente al perdón del representante legal o guardador de hecho del menor de dieciocho años o incapaz que, cuando menos, resulta sorprendente. De una primera lectura de la citada prescripción parece deducirse que el perdón del representante legal o guardador de hecho (a diferencia de lo que respecto al perdón del ofendido mayor de dieciocho años dispone el párrafo anterior, limitando su operatividad a los delitos de violación, abusos deshonestos, estupro y rapto —que son *los delitos mencionados en el párrafo primero* del artículo 443—) tendrá eficacia en todos los delitos del Título IX («en todos los delitos a que se refiere este título» se dice textualmente) si obtiene la necesaria aprobación del Tribunal competente, oído el Fiscal. Reza así el párrafo que nos ocupa: «El perdón del representante legal o guardador de hecho del menor de dieciocho años o incapaz, en todos los delitos a que se refiere este título, necesitará, oído el Fiscal, ser aprobado por el Tribunal competente. Cuando lo rechazare,

a su prudente arbitrio, ordenará que continúe el procedimiento o la ejecución de la pena, representando al menor o incapaz el ministerio Fiscal».

La modificación supondría, por tanto, extender la posibilidad de perdonar a otros delitos del Título, distintos a aquellos en que tradicionalmente tiene eficacia el perdón (se extendería al escándalo público, y a los delitos relativos a la prostitución), si bien limitada esta posibilidad al representante legal o guardador de hecho del menor de dieciocho años o incapaz; cuando el que perdone sea el mismo ofendido (capaz y mayor de dieciocho años) la facultad de perdonar no sería extensible a estos otros delitos, sino sólo a los de violación, abusos deshonestos, estupro y rapto.

A todas luces la innovación resulta incongruente y fácilmente se descubre que no ha podido ser voluntad del legislador lo que en la Ley aparece, como voluntad legal declarada, pero la realidad es que desde la entrada en vigor de la Ley 46/1978, de 7 de octubre, el nuevo artículo 443 en todos sus párrafos es ley, no ha sido rectificado, y puede invocarse, al amparo de su párrafo 5.º, la eficacia del perdón del representante legal, como después veremos se ha invocado, en un delito de corrupción de menores del artículo 452 bis b), núm. 1.

El inciso que da lugar al equívoco —«en todos los delitos a que se refiere este Título»— plantea en la actualidad una serie de interesantes cuestiones como son la determinación de su naturaleza (¿se trata de una errata, de un error de corrección, de un error de motivación...?), el modo de corregirlo si efectivamente constituye un error (¿Por un nuevo acto legislativo, mediante la mera interpretación judicial?), y, a la vista del momento prelegislativo en que nos encontramos (se ha anunciado como inminente el envío a las Cortes de un Proyecto de nuevo Código penal), si es preciso corregirla inmediatamente o puede esperarse a la promulgación del nuevo texto punitivo. Su estudio, pensamos, puede resultar de interés a la hora de la aplicación de la nueva Ley por nuestros Tribunales.

## II

El análisis tiene que comenzar por la determinación del momento en que el inciso en cuestión se incorpora al texto que después será la Ley 46/1978 de 7 de octubre, y por la fijación de las finalidades que con ésta se quieren alcanzar. Todo ello nos lleva a bucear en las actas de las sesiones de las Comisiones de Justicia y Plenos de las Cortes (Congreso y Senado) para descubrir, en definitiva, la voluntad del legislador (1).

---

(1) Aunque con la doctrina dominante creemos que objeto de la interpretación debe ser la *voluntad de la ley* y no la *voluntad del legislador*, a los fines que ahora nos proponemos resulta obvio que es esta última la que interesa descubrir.

1. *El Proyecto de Ley* que sobre modificación de las edades en los delitos de estupro y rapto el Gobierno envía a las Cortes, no tiene otra finalidad que la de rebajar las edades que los tipos penales relativos al estupro y al rapto establecen, tratando de acomodarlas a la realidad social. El Proyecto es consecuencia de los *Pactos de la Moncloa*, en los que se comprometía el Gobierno a hacer esa modificación de edades. Su artículo único es suficientemente explicativo al respecto: «La edad de veintitrés años establecida en los artículos 434, 435, segundo párrafo del artículo 436, 437, 441, 443 y 447 se reducirá a veintiún años. La edad de veintitres años a que se refiere el párrafo primero del artículo 436 se reducirá a los dieciocho años».

En su intervención en la Comisión de Justicia del Congreso, un diputado de UCD (el señor Estella Goytre) explica el alcance y finalidad del Proyecto al oponerse al Grupo Socialista que proponía modificar otros aspectos de los delitos de estupro y rapto, diciendo que lo único previsto respecto a estos delitos en los programas de actuación jurídica y política de los Pactos de la Moncloa era la edad de la estuprada o raptada en cuanto decían «la modificación de las edades de la mujer, tomadas en consideración para la tipificación del rapto y del estupro» (2).

Ni en el debate sobre el Proyecto habido en la *Comisión de Justicia del Congreso* ni en el Dictamen de esta Comisión se alude para nada al inciso que nos ocupa. El párrafo 5.º del artículo 443 en el Dictamen tiene este texto: «El perdón del representante legal, protector o guardador de hecho del menor de edad necesita, oído el Fiscal, ser aprobado por el Tribunal competente. Cuando lo rechazare, a su prudente arbitrio, ordenará que continúe el procedimiento o la ejecución de la pena, representando al menor el Ministerio Fiscal» (3).

En el *Pleno del Congreso* donde se aprueba el Dictamen de la Comisión de Justicia tampoco se dice nada. El texto del párrafo 5.º del artículo 443 no ha recibido aún el inciso que estudiamos: «El perdón del representante legal, protector o guardador de hecho del menor de edad, necesita, oído el Fiscal, ser aprobado por el Tribunal competente. Cuando lo rechazare, a su prudente arbitrio, ordenará que continúe el procedimiento o la ejecución de la pena, representando al menor el Ministerio Fiscal» (4).

En el *Pleno del Senado*, donde se acuerda que el texto del Congreso pase a Comisión, no se habla para nada del párrafo 5.º del artículo 443, como es natural (5).

---

(2) Cfr. *Diario de Sesiones del Congreso de Diputados*, núm. 38 (de 7 de abril de 1978), pág. 1377.

(3) Cfr. *Boletín Oficial de las Cortes*, núm. 81 (20 de abril de 1978), páginas 1662 y siguientes.

(4) Cfr. *Boletín Oficial de las Cortes*, núm. 92 (de 6 de mayo de 1978), pág. 1862.

(5) Cfr. *Diario de Sesiones del Senado*, núm. 26 (de 23 de mayo de 1978).

En el *Informe emitido por la ponencia* designada en el seno de la *Comisión de Justicia e Interior del Senado*, se dice que una de las enmiendas presentadas se orientaba a «que se modifique la redacción del artículo 443 del Código penal», enmienda que era la 4 (presentada por el grupo parlamentario Socialista del Senado) y que se considera «sustancialmente atendible» (6). En el texto del párrafo 5.º del artículo 443 que la Ponencia propone *aparece por primera vez el inciso que nos está ocupando*: El perdón del representante legal o guardador de hecho del menor de edad o incapaz, en todos los delitos a que se refiere este título, necesita, oído el Fiscal, ser aprobado por el Tribunal competente. Cuando lo rechazan a su prudente arbitrio, ordenará que continúe el procedimiento o la ejecución de la pena, representando al menor de edad o incapaz el Ministerio Fiscal».

Es aquí por tanto, donde tiene su origen el inciso. La diferencia entre el texto aprobado por el Pleno del Congreso y el que propone la Ponencia reside en los siguientes particulares: a) Se suprime la palabra «protector», hablándose sólo de representante legal o guardador de hecho; b) Se añade la expresión «o incapaz» después de la de «menor de edad»; c) Se añade el inciso «en todos los delitos a que se refiere este título»; d) En la última línea tras la palabra «menor» se añade «de edad o incapaz».

Conviene hacer notar que el *Informe*, en la motivación de su propuesta de texto del artículo 443, añade que «la Ponencia mantiene sustancialmente el texto aprobado por el Congreso de los Diputados, introduciendo, no obstante, algunas correcciones de tipo técnico en los párrafos primero y quinto, siempre en la línea de ser respetuosos con la conciencia social actualmente existente sobre el tema». Esta declaración parece descubrir que la modificación que realmente parece introducirse (ampliar la eficacia del perdón del representante legal o guardador de hecho a los delitos de escándalo público (!) y relativos a la prostitución) no la quería introducir la ponencia, en cuanto que no supone *mantener sustancialmente* el texto del Congreso y no se trata de una mera *corrección de tipo técnico*. Esto demuestra que lo que se declara no se quiere declarar y parece arrojar luz sobre lo que ha ocurrido: se quiere decir «en todos los delitos a que se refiere este Capítulo (o artículo)», que eso sí constituye una mera aclaración de tipo técnico y al hacerla sí se mantiene sustancialmente el texto aprobado en el Congreso (7).

No disponemos de los debates mantenidos en la Comisión de Justicia e Interior del Senado, por lo que no sabemos si el inciso que nos ocupa mereció alguna atención y si algún senador advirtió la trascendencia de lo que se decía en el párrafo 5.º del artículo 443. Las actas correspondientes no han sido publicadas. Pero cualquie-

(6) Cfr. *Boletín Oficial de las Cortes*, núm. 116 (de 23 de junio de 1978), página 2497.

(7) Cfr. *Boletín Oficial de las Cortes*, núm. 116, cit., pág. 2498.

ra que fuese el debate, el inciso salió airoso, sin corregirse la frase que crea el problema. El *Dictamen de la Comisión de Justicia e Interior*, pese a hacer ligeras variaciones en el texto del párrafo 5.º del artículo 443 —en lugar de «menor de edad» se dice «menor de dieciocho años», y en la última línea en lugar de «menor de edad» se dice simplemente «menor»— mantiene la frase «en todos los delitos a que se refiere este título»: «El perdón del representante legal o guardador de hecho del menor de dieciocho años o incapaz, en todos los delitos a que se refiere este título, necesitará, oído el Fiscal, ser aprobado por el Tribunal competente. Cuando lo rechazare, a su prudente arbitrio, ordenará que continúe el procedimiento o la ejecución de la pena, representando al menor o incapaz el Ministerio Fiscal» (8).

En la defensa que de ese *Dictamen* se hace en el *Pleno del Senado* por una senadora (la señora Pelayo Duque), se dice respecto al artículo 443 que la Comisión ha introducido «dos modificaciones de tipo técnico», una referente al párrafo primero del artículo (que aquí no nos interesa) y la otra referente al párrafo 5.º, consistente en equiparar al incapaz con el menor de edad (9). No se alude, por tanto, al inciso que analizamos, al que parece no dársele importancia ni considerarlo siquiera «modificación de tipo técnico». Por ello se pone de manifiesto que ni los integrantes de la Ponencia (que en su Informe introdujeron el inciso), ni la Comisión de Justicia e Interior del Senado, después, tienen voluntad de operar la trascendente modificación que supone hablar de *título* en lugar de decir *capítulo o artículo*. Si hubieran querido extender la eficacia del perdón del representante legal a otros delitos del *Título*, ¿no habrían explicado ante el Pleno del Senado el sentido de modificación tan importante? El Pleno aprobó el *Dictamen* —con el inciso incluido, del cual tampoco se habla en el debate del Pleno— pasando a la Comisión Mixta Congreso-Senado (10).

No hemos encontrado actas de los debates en esa Comisión Mixta, por lo que no consta que el inciso se tomara en consideración. Pero si se tiene en cuenta lo que un senador (el señor Navarro Esteban) dice en el Pleno del Senado en defensa del *Dictamen* de la Comisión Mixta, puede afirmarse que no se discutió sobre el tema: «La reunión de la Comisión Mixta para examinar los textos distintos del Congreso y del Senado respecto al Proyecto de Ley de

---

(8) Cfr. *Boletín Oficial de las Cortes*, núm. 122 (1 de julio de 1978), página 2446.

(9) «Por último, por lo que se refiere al Capítulo V, disposiciones generales, la Comisión ha introducido dos modificaciones de tipo técnico en el artículo 443. La primera se refiere al párrafo primero, en el sentido de eliminar la posibilidad de denunciar el cónyuge o el hermano por entender que la denuncia debería efectuarse bien por parte de la persona agraviada, del ascendiente, del representante legal o guardador de hecho, por este orden. En cuanto al párrafo quinto, se equipara al incapaz con el menor de edad». (Cfr. *Diario de Sesiones del Senado*, núm. 36 (de 6 de julio de 1978), pág. 1428).

(10) Cfr. *Diario de Sesiones del Senado*, núm. 36, ya citado.

Modificación de los delitos de estupro y rapto *tuvo una breve historia* que fue la aceptación por los representantes del Congreso de los Diputados del texto íntegro propuesto por esta Cámara. Se aceptó íntegramente teniendo en cuenta tanto razones de sistemática —venía mejor sistematizado, describía exactamente los tipos sin remisión alguna a modificaciones parciales del articulado del Código penal vigente— como que significaba una innovación mucho más profunda, más importante, más rica de los tipos de estupro y rapto. Una modificación también, por qué no decirlo, mucho más progresiva» (11). Al publicar su *Dictamen*, se dice que la Comisión ha estudiado «las discrepancias entre los textos aprobados por el Congreso de los Diputados y por el Senado» (a los efectos que en este trabajo interesan ambos textos son discrepantes), proponiéndose en el Dictamen el siguiente texto del párrafo 5.º del artículo 443, que mantiene el inciso: «El perdón del representante legal o guardador de hecho del menor de dieciocho años o incapaz, en todos los delitos a que se refiere este título, necesitará, oído el Fiscal, ser aprobado por el Tribunal competente. Cuando lo rechazare, a su prudente arbitrio, ordenará que continúe el procedimiento o la ejecución de la pena, representando al menor o incapaz el Ministerio Fiscal» (12).

El Pleno del Senado aprobó el Dictamen de la Comisión Mixta Congreso-Senado, por lo que el párrafo 5.º pasó este trámite en la forma en que lo hemos transcrito, y, con él el inciso que nos ocupa (13). El *Pleno del Congreso*, sin debate al no existir turno ni a favor ni en contra, aprobó también el Dictamen de la Comisión Mixta (14)

De conformidad con estas aprobaciones de las Cortes, se promulga la Ley 46/1978 de 7 de octubre, por la que se modifican los delitos de estupro y rapto, en la que se da el siguiente texto al párrafo 5.º del artículo 443: «El perdón del representante legal o guardador de hecho del menor de dieciocho años o incapaz, *en todos los delitos a que se refiere este título*, necesitará, oído el Fiscal, ser aprobado por el Tribunal competente. Cuando lo rechazare, a su prudente arbitrio, ordenará que continúe el procedimiento o la ejecución de la pena, representando al menor o incapaz el Ministerio Fiscal.»

De este modo, que la historia parlamentaria de la modificación pone de manifiesto, se ha introducido en nuestro ordenamiento penal el inciso «en todos los delitos a que se refiere este TÍTULO».

2. De la evolución legislativa que se acaba de analizar, parece deducirse con toda claridad que la voluntad del legislador no ha

(11) Cfr. *Diario de Sesiones del Senado*, núm. 56 (21 de septiembre de 1978), pág. 2791.

(12) Cfr. *Boletín Oficial de las Cortes*, núm. 146 (de 7 de septiembre de 1978).

(13) Cfr. *Diario de Sesiones del Senado*, núm. 56, ya citado.

(14) Cfr. *Diario de Sesiones del Congreso de Diputados*, núm. 120 (27 de septiembre de 1978).

sido extender a todos los delitos del Título IX («Delitos contra la honestidad») la eficacia del perdón, si bien condicionado a la aprobación del Tribunal competente, cuando lo otorga el representante legal o guardador de hecho del menor de dieciocho años o incapaz. Son varias las razones que avalan esta afirmación:

a) No era esa la finalidad del Proyecto de Ley que fue enviado por el Gobierno a las Cortes. Ese Proyecto lo motiva el cumplimiento de los Pactos de la Moncloa que en el área de la legislación penal, entre otros particulares, imponía al Gobierno «la modificación de las edades de la mujer tomadas en consideración para la tipificación del rapto y del estupro». Nada se dice respecto a otros delitos del título.

b) Aunque la labor de las Cortes amplía considerablemente el propósito del Gobierno y remodela los delitos de estupro y rapto en su misma estructura, no se encuentra ninguna referencia que suponga el más leve intento de abordar otras modificaciones que afectarían a otros delitos del Título, y mucho menos la de romper con un principio tradicional que es el de reconocer más valor y otorgar mayor eficacia al perdón del ofendido mayor de edad que al del representante legal o guardador de hecho del menor. Aunque el inciso introducido supone esta importante modificación, no hay una sola alusión que llame la atención sobre ella ni, por supuesto, que trate de defenderla.

c) El inciso «en todos los delitos a que se refiere ese título» se introduce por primera vez en el Informe de la Ponencia de la Comisión de Justicia e Interior del Senado, con el que se quiere ser más explicativo sobre el área de delitos a que se refiere el perdón a que se alude en el párrafo 5.º, que no son otros que los que, con otra expresión, se abarcan en el párrafo anterior («en los delitos mencionados en el párrafo primero de este artículo»). Se creyó que era obligado especificarlo, por no bastar lo que se decía en el párrafo 4.º, y se evitó repetir la misma expresión por razones de estilo. En definitiva, se dice «Título» donde se quiere decir «Capítulo» o «artículo» y comprender sólo a los delitos de violación, abusos deshonestos, estupro y rapto que, a efectos de condición de perseguibilidad son idénticos, a diferencia de los restantes delitos del Título que son delitos perseguibles de oficio.

d) Consecuencia de todo ello es, que por no haberse advertido con posterioridad al Informe de la Ponencia de la Comisión de Justicia e Interior del Senado el error de expresión introducido en el párrafo 5.º del artículo 443, fue siendo objeto de sucesivas aprobaciones (Pleno del Senado, Comisión Mixta Congreso-Senado, y Plenos del Senado y Congreso), resultando así que el legislador, a través de la Ley 46/1978 de 7 de octubre, *declara lo que no quiere declarar*.

## III

1. En el campo de la práctica, la situación creada es francamente confusa. Si sólo se tiene en cuenta el tenor literal del párrafo 5.º del artículo 443, la nueva Ley abre unas posibilidades inalcanzables hasta su entrada en vigor. De ellas la más chocante es la posibilidad de que el representante legal del menor de dieciocho años o incapaz pueda perdonar (si bien condicionada la eficacia del perdón a la aprobación del Tribunal<sup>1</sup> competente) delitos que son perseguibles de oficio; el nuevo texto, al hablar de los «delitos a que se refiere este *título*» establece la posibilidad de perdonar el delito de escándalo público (aumentando la confusión que ya creó el segundo párrafo del artículo 432 al hablar del ofendido menor de veintiún años) y los delitos relativos a la prostitución (para los que por tratarse de conductas de tercería, parece difícilmente defendible la admisión del perdón del representante legal), que son perseguibles de oficio. Se rompe así la normativa general del perdón establecida en el artículo 112 núm. 5, que prescribe efectivamente su eficacia para extinguir la responsabilidad criminal, pero limitándola a cuando la pena se haya impuesto por «delitos solamente perseguibles mediante denuncia o querrela del agraviado». Se contradice, igualmente, la prescripción del artículo 106, párrafo primero, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que deja bien claro que «la acción penal por delito o falta que dé lugar al procedimiento de oficio no se extingue por renuncia de la persona ofendida».

No resulta menos sorprendente que se confiera al representante legal más amplia facultad para perdonar, en lo que se refiere al área de delitos a que se extiende, que la que se reconoce al ofendido. No es éste, sino precisamente el opuesto, el principio que inspira en nuestro ordenamiento la normativa del perdón. Aunque para la eficacia del perdón del representante legal o guardador de hecho se requiere además la aprobación del Tribunal competente, la realidad es —de atenernos sólo a la letra del nuevo texto— que existen delitos del Título IX que no puede perdonar el ofendido y sí el representante legal.

El efecto más sorprendente es que pueda extenderse la eficacia del perdón del representante legal o guardador de hecho del menor de dieciocho años o incapaz a los delitos de corrupción de menores tipificados en el artículo 452 bis b) del Código penal. La naturaleza de esta clase de infracciones parece rechazar cualquier clase de perdón, y, con mucha más razón, el del representante legal. A estos efectos no hay que olvidar que ni siquiera cuando la corrupción de menores se encontraba incluida en el Capítulo III del Título IX, junto a los tipos de estupro, y por tanto sistemáticamente antes de las «disposiciones comunes» que recoge el artículo 443, se extendía a ella el perdón, siendo muy preciso al respecto el párrafo cuarto de este artículo que se refería expresamente a «los delitos mencio-

nados en el párrafo primero de este artículo» que eran sólo los de violación, abusos deshonestos, estupro y rapo. Con base en ello, la jurisprudencia desde antiguo rechazó la posibilidad de extender la eficacia del perdón —del ofendido o del representante legal— a delitos distintos a los expresamente mencionados en el artículo 443.

2. Por más que pueda resultar evidente lo que se acaba de decir, mientras la letra del párrafo 5.º del artículo 443 refiera el perdón del representante legal o guardador de hecho del menor de dieciocho años o incapaz a *todos* los delitos a que se refiere el *Título*, podrá plantearse la pretensión de perdonar en delitos de corrupción de menores y los Tribunales tendrán que resolver la cuestión. Esta es obviamente menos grave porque el Tribunal puede, a su prudente arbitrio, rechazar el perdón otorgado por el representante legal o guardador de hecho, sin que su decisión sea discutible en casación; indudablemente si el inciso se hubiera introducido en el párrafo anterior respecto al perdón del ofendido, la situación creada hubiera sido caótica.

A las pocas fechas de entrar en vigor la Ley 46/1978 que nos ocupa, la Audiencia Provincial de Granada ha tenido que resolver sobre la posibilidad de perdonar el representante legal en una causa por delito de corrupción de menores.

A) Los hechos que dan lugar a la causa pueden resumirse así: Tres hombres (uno de treinta y dos años de edad y casado; y los otros dos solteros, de veinticinco años) conocieron en un campo deportivo de la ciudad a tres jóvenes de dieciséis, quince y trece años, a las que invitaron repetidamente al domicilio de uno de ellos, con el fin de seducirlas, exhibiéndoles inicialmente películas pornográficas y mostrándoles dibujos sobre formas de hacer el coito sin peligro de embarazo, realizando más adelante tocamientos lascivos e incluso accesos carnales, aunque permanecieron vírgenes las menores reseñadas, las cuales llegaron a pernoctar en el domicilio de uno de los procesados, lo que podían hacer porque engañaban a sus padres diciéndoles que iban a estudiar a casa de una amiga.

B) Los representantes legales de las menores (la madre, que envió durante la tramitación de la causa, de una de las jóvenes, y los padres de las otras dos) otorgaron el perdón a los procesados, con la declaración de que «no quiere(n) que los mismos sean castigados por los hechos objeto de estas diligencias», lo que se invoca ante la Sala con la petición de que, con base en ello, se declare extinguida la acción penal. El Ministerio Fiscal, con fecha 6 de marzo de 1978, emitió dictamen oponiéndose al pedimento porque «no estando comprendidos los delitos de que se acusa a los procesados en el párrafo 1.º del artículo 443 del Código penal, no puede admitirse el perdón». De acuerdo con ello, la Sala, en Auto de fecha 8 del mismo mes y año, rechazó el perdón.

Promulgada la Ley 46/1978 de 7 de octubre, la defensa de los

procesados vuelve a plantear la cuestión del perdón otorgado por los representantes legales de las menores con fecha 19 de octubre, invocando la retroactividad de la ley penal en lo que pueda beneficiar al reo y lo que se dice en el párrafo quinto del nuevo artículo 443 del Código penal. «Como se observa —se argumenta— la nueva redacción de la ley no limita la posibilidad de perdón a los artículos contenidos en el artículo 443 (derogado), sino a todos los comprendidos en el TITULO IX, contra la honestidad, entre los que se encuentran expresamente el que se imputa a los procesados por estar previsto y penado en el 452 bis b), 1.º». La alegación, cuya habilidad y oportunidad es digna de aplauso, viene motivada por el inciso que estudiamos y por la confusa situación que crea. Una mera interpretación literal, lleva a la conclusión que el escrito de la defensa esgrime. Aunque quizá sí ha sido el primero, mucho nos tememos que no haya sido el único planteado al publicarse el nuevo texto del párrafo quinto del artículo 443.

C) La sentencia de la Audiencia Provincial, de 4 de noviembre de 1978, aborda en uno de sus considerandos la cuestión del perdón otorgado por los representantes legales de las menores, a cuya admisión se opuso el Ministerio Fiscal (15) en fecha inmediata anterior al juicio. El razonamiento que se hace para rechazarlo es digno de todo encomio: «... Si bien se entiende que previamente hay que resolver la cuestión del perdón otorgado por los representantes legales de las menores, que a más de no aprobarse por esta Sala, carece de consistencia en relación con este delito, aún con la confusión que ha introducido la reforma aprobada por Ley de 7 de octubre de 1978, al hablar en el párrafo último del artículo 443 «del perdón del representante legal o guardador de hecho del menor de dieciocho años o incapaz, en todos los delitos a que se refiere este Título...» precepto que hay que conectar con el párrafo primero, pues sería de distinta condición el perdón otorgado por el representante legal a los delitos del párrafo inicial (violación, abusos deshonestos, estupro y raptó) que el del representante legal, a más que son disposiciones comunes, referidas a delitos descritos con anterioridad y no al de corrupción de menores, que se tipifica inmediatamente después, al suprimirse el adulterio por Ley de 26 de mayo de 1978; a más de que incluso el Capítulo III se denomina ahora «Del estu-

---

(15) Con anterioridad, la *Circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo, núm. 5 de 1978* (26 de octubre), orienta sobre la Ley 46/1978, de 7 de octubre, y respecto al problema que nos ocupa establece: «Al referirse a la necesidad de aprobación judicial del perdón otorgado por el representante legal o guardador de hecho del menor de 18 años o incapaz (párrafo quinto), introduce un inciso que dice: «en todos los delitos a que se refiere este Título, lo que claramente ha de entenderse en el sentido de que tales delitos son sólo aquellos para los cuales este artículo concede eficacia al perdón». La interpretación de la Fiscalía del Tribunal Supremo, como luego veremos, y en parte ya se ha visto, coincide plenamente con los resultados de la investigación que en este trabajo se hace.

pro». disquisiciones irrelevantes al haberse rechazado «hic et nunc» el perdón otorgado, a cuya concesión se opuso el Ministerio Fiscal en fecha inmediata anterior a este juicio».

Desestimado el perdón solicitado, se condena a cada uno de los procesados como autores de tres delitos de corrupción de menores, del artículo 452 bis, b), 1.º del Código penal.

#### IV

A la vista de la situación de confusión creada, no parece trabajo estéril el plantearse la búsqueda de una solución que pudiera venir bien del plano legislativo, bien del plano de la interpretación judicial. Para llegar —sin embargo— a una solución correcta, es necesario determinar antes cuál es la naturaleza del error que el inciso estudiado ha introducido, mediante la Ley 46/1978 en el párrafo quinto del artículo 443 del Código penal.

1. Según la doctrina más solvente (16) los errores que, con cierta relevancia, se introducen en las leyes pueden ser de tres clases:

*Error de imprenta* que se da cuando la discordancia entre el texto aprobado y el promulgado se debe a una mera errata de impresión, esto es, a «una equivocación material cometida en lo impreso o manuscrito» (17). En estos casos, el texto publicado declara algo distinto a lo que figura en el texto aprobado por el órgano legislativo, y por tanto, promulga lo que el legislador ni ha querido declarar ni siquiera ha declarado en el texto de la ley. El error que Gerardo Landrove denunció en el año 1967 (18), es a mi juicio de esta clase.

*Error de redacción* que se produce cuando «existe una declaración de voluntad errónea y resulta promulgado lo que el legislador no quería promulgar» (19). El error que conforma esa declaración de voluntad puede surgir en cualquier fase del proceso legislativo, entendiéndose éste desde el momento en que se aprueba el Proyecto por el Gobierno y su envío al órgano legislativo, hasta el momento en que se aprueba por éste el texto definitivo de la ley (el que se envía para su sanción, promulgación y publicación). En estos casos, el legislador no quiere declarar lo que declara y se promulga como voluntad del legislador lo que el legislador no ha querido declarar.

*Error en el motivo* que se da cuando «el legislador quiere y

---

(16) F. v. LISZT: *Tratado de Derecho Penal*, tomo II, Madrid, 1916, páginas 91 y sigs.; E. MEZGER, *Tratado de Derecho Penal*, tomo I, Madrid, 1935, págs. 146 y sigs.; L. JIMÉNEZ ASÚA: *Tratado de Derecho Penal*, tomo II, Buenos Aires, 1964, págs. 370 y sigs.; J. M. RODRÍGUEZ DEVESA: *Derecho Penal. Parte General*, Madrid, 1976, págs. 155 y sigs.

(17) REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, Madrid, 1970.

(18) G. LANDROVE DÍAZ, *Sobre una inadvertida modificación del artículo 544 del Código Penal*, en ANUARIO DE DERECHO PENAL, 1967, págs. 387 y sigs.

(19) E. MEZGER, *Tratado de Derecho Penal*, I, cit., pág. 146..

declara algo, pero bajo la influencia de un error material» (20). Esta clase, que distinguen Mezger y Liszt, está muy próxima a la clase anterior con la que suele ser confundida, pero sobre el caso concreto es perfectamente distinguible de aquélla (21). Es una motivación errónea lo que lleva a hacer la declaración, pero la misma es voluntad del legislador y, por tanto, se declara lo que se quiere declarar.

A mi entender, el inciso que estudiamos ha introducido en la Ley 46/1978, y a través de ella en el Código penal un *error de redacción*. En el texto definitivamente aprobado por las Cortes se ha hecho una declaración de voluntad errónea; el error que ha dado lugar a esa declaración se incorpora en el Informe de la Comisión de Justicia e Interior del Senado (posiblemente una simple errata mecanográfica o manuscrita del informe, que no constituye errata de ley como es obvio). A causa de ello ha resultado promulgado lo que el legislador *no quería* promulgar (que el perdón del representante legal o guardador de hecho del menor de dieciocho años o incapaz pudiera extenderse, si el Tribunal lo aprueba, a delitos distintos a los de violación, abusos deshonestos, estupro y rapto).

Este error es fácilmente perceptible por el intérprete, para el cual debe estar claro que se trata de una *errónea declaración de voluntad* ya que lo que de él resulta:

a) No responde a la finalidad que la reforma se propuso, pues aunque se desbordó en las Cortes el área reformista del Proyecto de Ley (modificar *sólo* las edades que, como límite máximo de tutela penal de la libertad sexual, se fijaban en los delitos de estupro y rapto), no se salió del ámbito de estos dos delitos, aunque se hizo una total remodelación de las tipicidades que los contienen. La incidencia sobre las condiciones de perseguibilidad que el artículo 443 contempla, no tiene otra finalidad que poner de acuerdo el nuevo artículo con los nuevos límites de edad. Jamás se ha fijado a la reforma la finalidad de incidir sobre los delitos relativos a la prostitución.

b) Es contrario a la lógica, ya que da más extensión, que se traduce en una mayor eficacia, aunque haya de recibir la aprobación del Tribunal competente, al perdón del representante legal o guardador de hecho que al del ofendido.

c) Es también contrario al espíritu que anima todo el Título IX, que no puede ser convertir en delitos «perdonables» (y precisamente por el representante legal o guardador de hecho) las reprobables conductas de tercería que integran los llamados «delitos relativos a la prostitución».

d) Es contrario a la normativa del artículo 112, núm. 5 del Código penal, que limita los efectos del perdón (del ofendido y de su representante legal o guardador de hecho) a los delitos persegui-

(20) E. MEZGER, *Tratado de Derecho Penal*, I, cit., pág. 146.

(21) En la doctrina española la distingue L. JIMÉNEZ ASÚA, II, 372.

bles mediante querrela o denuncia y a lo dispuesto por el artículo 106 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, según ya dijimos.

Estos datos son suficientes para que el intérprete —aun sin tener en cuenta el análisis de las diversas fases por la que atravesó el texto en su proceso parlamentario— advierta que se trata de un error.

En la doctrina es mayoritaria la opinión que sostiene que cuando se produce un error de redacción, como es el que estamos estudiando, el texto promulgado, error incluido, constituye ley (22), y para salvarlo es preciso un nuevo acto legislativo. Esta es también mi opinión respecto al que nos ocupa: el artículo 443 en todos sus párrafos es ley vigente, pese a la evidencia del error que ha incorporado su párrafo quinto. ¿Qué hacer entonces para corregirlo y salvar las absurdas consecuencias a que puede llevar?

2. Las posibles soluciones pueden reducirse a dos: una, la de que sea corregida por el intérprete sin necesidad de una nueva ley; otra, la de promulgar una nueva ley que rectifique el a todas luces evidente error del párrafo quinto del artículo 443. Dada la facultad que este párrafo otorga al Tribunal (el de rechazar el perdón del representante legal o guardador de hecho, a su prudente arbitrio) y que su decisión no puede ser objeto de casación (23), pudiera pensarse que la solución más correcta es la de dejar la ley como está y que los Tribunales corrijan el error mediante la interpretación judicial; solución que puede apoyar la circunstancia de que está próxima la promulgación de un nuevo

---

(22) F. von LISZT: *Tratado de Derecho Penal*, tomo II, Madrid, 1916, página 91; E. MEZGER: *Tratado de Derecho Penal*, I, cit., pág. 146; RODRÍGUEZ DEVESA (*Derecho Penal. Parte General*, cit., pág. 157) distingue entre mero error de expresión, entendiendo que se solucionan con las simples erratas de ley cuando está clara la *ratio legis* y la lógica del precepto, esto es, las puede corregir el intérprete sin nuevo acto legislativo, y el error que no es simplemente de expresión, en cuyo caso piensa que el intérprete debe atenerse al texto defectuoso, siendo necesario un nuevo acto legislativo para corregirlo. «Si no se trata de un mero error de expresión, y el significado correcto no puede obtenerse por los diferentes métodos de interpretación, hay que atenerse al texto defectuoso de la ley y es necesario un acto legislativo para modificarlo». L. JIMÉNEZ ASÚA: *Tratado de Derecho Penal*, II, cit., pág. 372, dice, respecto a los casos de errores de redacción, que a veces ligan con errores conceptuales: «Aunque el legislador no quisiera lo que la ley dice, es ley lo promulgado. Pero como ocurrió en la jurisprudencia alemana, con la que Mezger se muestra de acuerdo, el juez puede corregir tales errores cuando con ello resulte excluida o atenuada una pena. Pero no deben dársele esas facultades cuando la rectificación perjudique al reo».

(23) La reciente STS de 28 enero 1978, refiriéndose a una resolución del Tribunal de instancia que rechazó el perdón del representante legal, dice: «Y al hacer uso tácitamente de tal facultad, se mueve dentro del campo del arbitrio judicial que le otorgan los artículos 443 y 112 del Código Penal... Por tanto, siendo facultativo del Tribunal, es cuestión que no puede discutirse en casación». En el mismo sentido, STS 7 diciembre de 1951 y 5 marzo de 1973, entre otras.

Código penal y en él puede corregirse el defectuoso texto del artículo 443 (24).

Esta solución sería aceptable si estuviéramos seguros de que todos los aplicadores de la norma ven con la misma claridad que nosotros lo erróneo del párrafo quinto del artículo 443. Pero, ¿y si alguno no pensara lo mismo?... ¿Y si algún Tribunal, entendiendo que la ley extiende la facultad de perdonar del representante legal y guardador de hecho a los delitos de corrupción de menores, por ejemplo y creyendo justo aprobar ese perdón lo aprobara, pese a la oposición del Fiscal?... Tampoco en este caso la resolución del Tribunal sería objeto de casación y produciría de inmediato sus efectos.

Para nosotros la solución oportuna es hacer la corrección mediante un nuevo acto legislativo, sin esperar a la promulgación del nuevo Código penal, que puede hacerse esperar mucho pese a la celeridad con que se está trabajando, pues son numerosos los Proyectos de Ley que se amontonan en las Cortes para ser discutidos cuando se apruebe la Constitución y nuestro bicameralismo —como se ha demostrado con la misma ley 46/1978 o con la 45/1978 que ha modificado los artículos 416 y 443 bis del Código penal, por no poner más que dos ejemplos muy próximos— pone plomo en la marcha del proceso de gestación de nuestras leyes. Además el no corregir el párrafo que estudiamos inmediatamente y hacerlo sólo mediante el nuevo texto primitivo que sucederá al vigente, del que forma parte ya el artículo 443, puede crear tras la entrada en vigor del nuevo Código problemas de retroactividad de la ley penal más favorable vinculados a la problemática de la ley penal intermedia. Mientras el acto legislativo corrector se promulga, los Tribunales podrán hacer uso de su «prudente arbitrio» para rechazar el perdón que se refiera a delitos distintos a los de violación, abusos deshonestos, estupro y rapto. Las razones sobran para ello.

---

(24) Esta es la solución seguida por la Circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo que ya hemos citado, y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada que se ha comentado.

# Alternativas y trances del Derecho penal de hoy

EDUARDO NOVOA MONREAL

## 1. *Introducción.*

El último cuarto del siglo xx nos muestra un derecho penal sometido a fuertes tensiones contrapuestas, desconcertado e incapaz de preservar de muy grandes dudas esenciales a quienes se dedican a su más serio estudio. No se trata ahora, como sucedió a comienzos de esta centuria, de un debate entre escuelas, que tanta satisfacción dio a los afanes polémicos de uno y otro lado y que en definitiva tanta luz arrojó en la búsqueda de nuevas síntesis. Lo de hoy es más bien negativo y decepcionante. Es algo así como la sensación de haber elegido mal la vía y de haber recorrido un largo y dificultoso camino para comprobar que en su extremo él está cerrado y no permite llegar al destino que se esperaba. Esto significaría que el derecho penal se encuentra hoy en situación aporética.

Al hablar del derecho penal nos referimos exclusivamente a aquella parte del derecho que procura proteger por vías jurídicas (valga el pleonasma) a la sociedad y a los individuos que forman parte de ésta, de esas máximas violaciones normativas que denomina delitos. Sabemos bien que aquellos que cultivan el derecho penal, vale decir los iuspenalistas, tras haberse sentido otrora los únicos preparados para afrontar el problema de la criminalidad y para proporcionar los medios para erradicarla, se han visto forzados a admitir que esta lucha no puede ser llevada con buen éxito sin dar cabida a esa otra clase muy amplia de conocimientos aportado por las ciencias naturales del hombre. Pero aun así, la mayor parte de los iuspenalistas continúa pensando que su papel es central para una debida y apropiada reacción social contra el delito. Y para demostrarlo acude principalmente al argumento de que el delito es en último término una infracción particularmente grave del ordenamiento jurídico, la que no puede ser entendida en todo su alcance ni determinada con acierto sino por quienes poseen un saber jurídico especializado (1).

(1) En el capítulo 7 nos ocupamos de la dificultad que encierra para la criminología la exclusividad que tiene el Derecho penal para fijar el concepto de delito.

Las tensiones que amenazan dislocar al derecho penal son múltiples y solamente en parte se han originado en las que podríamos llamar ciencias rivales (2), para nombrar a aquellas que intentan dar su propia solución acerca del fenómeno delictivo. Pues muchas provienen de puertas adentro del derecho penal y tienen muy antiguas raíces. Dentro de los marcos estrechos del presente estudio no es posible referirse a todas ellas, por interesantes que puedan parecer; esto explica que nos limitemos a ocuparnos de aquellas que a nuestro juicio revisten mayor importancia desde el ángulo en que nos situamos o que son más representativas del actual momento del pensamiento penal (3).

No trataremos, por ejemplo, del debate entre deterministas y libre arbitristas, tema que si bien no ha sido superado hasta ahora, ha sido desplazado en las últimas décadas por estimarse que ha cedido su importancia desde que una y otra parte han debido admitir relativismos que acortan distancias (4).

Tampoco nos ocuparemos de la aceptación uniforme de penas relativamente indeterminadas y del generalizado otorgamiento al tribunal penal de facultades ampliamente discrecionales, dirigidas ambas a una mejor individualización de la pena. Están ya demasiado lejanos aquellos tiempos en los que la absoluta fijeza de las penas y la supresión de todo margen de elección del juez eran consideradas como esenciales para la protección eficaz de los derechos del individuo y para el aseguramiento riguroso de la seguridad jurídica (5). Esa atención a los derechos del nombre no ha impedido, en otro aspecto, la aplicación de medidas de seguridad postdelictuales, cuya clase y duración no miran al hecho delictuoso en sí, sino a la personalidad del delincuente; sin embargo, en opinión de muchos ella es suficiente para objetar la aplicación de medidas predelictuales.

Revisiones como la que sugerimos, que en último término

(2) Hablamos en este momento de «ciencias» sin que con ello entendamos tomar posición en el debate acerca de si la criminología y otros conocimientos naturales relativos al fenómeno delictivo deben ser tenidos o no como ciencias autónomas.

(3) Parte importante de las observaciones que se contienen en el presente trabajo corresponden a nuestra ponencia general sobre Derecho penal presentada en el Coloquio Internacional setenta y cinco años de evolución jurídica en el mundo, celebrado en México D. F. a fin de septiembre de 1976.

(4) E. GIMBERNAT, en *¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?*, publicado en *Problemas actuales de las Ciencias Penales y la Filosofía de Derecho* (Homenaje a Luis Jiménez de Asúa), Ed. Pannedille, Buenos Aires, 1970, cree, sin embargo, que hoy estamos asistiendo otra vez, si bien a veces en forma inoperante o encubierta, a la antigua polémica entre los partidarios del libre albedrío y los del determinismo.

Un ejemplo de las concesiones que hace un librearbitrismo moderno lo tenemos en la Lección Inaugural de 1961 de la Facultad de Derecho de la Universidad de Bonn, a cargo de HILDE KAUFMANN (ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES, tomo XVI, mayo-agosto 1963, Madrid).

(5) Fue el caso del Código Penal francés de 1971.

podrían llevar a poner en cuestión la suerte misma de la ciencia que profesamos (6), no son ajenas a la historia del derecho penal. Cuando Franz von Liszt había formulado las bases de su concepción penal sociológica que lo llevaron a encabezar la que se ha llamado Escuela de la Política Criminal con el ánimo preciso de dar una solución de síntesis al antagonismo producido entre las tendencias penales clásicas y las positivistas, Birkmeyer se interrogó ya acerca de lo quedaba en pie del derecho penal ante estas nuevas bases, por estimar que su sentido utilitario no podía menos de conducir, en sus últimas consecuencias, a la anulación del derecho penal mismo.

Nuestro propósito es mostrar algunas de las tensiones acumuladas e inducir en el lector reflexiones en torno a ellas. Está absolutamente fuera de nuestra finalidad decidir qué extremo tiene razón, si es que alguno la tiene, o proponer una salida original, lo cual no ha de impedirnos en algún caso insinuar conclusiones provisionales. Un intento para dar soluciones cabales, aparte de quedar fuera de este breve trabajo, sería prematuro en un momento como el actual, en el que esas contradicciones no son percibidas aún claramente por todos.

## 2. Una contradicción ilustrativa.

En la mayor parte de los países puede observarse en el momento actual una situación que envuelve la más grande de las contradicciones en materia penal, la que por su interés y consecuencias nos parece apropiada para colocar de partida como la piedra de tropiezo (7) que fuerza a meditar. Se trata de ese enfoque tan disímil que se acostumbra a dar a dos etapas consecutivas de la aplicación de la ley penal: el juzgamiento criminal y la ejecución de la condena. Y esto aún en países donde una legislación positiva anticuada aligera esta diferenciación.

La etapa del juicio criminal procura esclarecer y reconstruir el hecho delictuoso concreto que ha puesto en movimiento el proceso penal, examinarlo en sí mismo y en todas sus circunstancias externas, determinar a su autor y verificar la actitud psíquica de éste en relación con aquel hecho. Como se observa, todo va enfocado a

---

(6) Nuestra formación es exclusivamente jurídica y anteriormente nuestros estudios sobre Derecho penal se conformaron a un enfoque jurídico-dogmático, fuertemente influido por las enseñanzas de E. MEZGER y de L. JIMÉNEZ DE ASÚA. Así puede comprobarse en nuestro *Curso de Derecho Penal Chileno*, 2 tomos, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1960-1966.

No puede ignorarse hoy una tendencia bien abierta que postula la supresión del Derecho penal, por estimar que una sociedad punitiva es hoy un anacronismo. Es la posición de HOCHHEIMER, en *Zur Psychologie der strafenden Gessellschaft*. Según E. GIMBERNAT ella es seguida también por REINWALD y FOREL (op. cit.).

(7) «Piedra de tropiezo» es sinónimo, en su etimología griega, de «escándalo», expresión que refleja también nuestra idea.

un hecho concreto, bien sea instantáneo o de corta duración en el tiempo, y por ende fugaz, que es considerado en sí mismo. Una vez comprobados hecho punible y participación, se efectúa la valoración de ambos desde el doble aspecto objetivo y subjetivo; por consiguiente esta valoración vuelve a tener también como su centro a ese hecho transitorio. Tras esto se pronuncia el veredicto de responsabilidad (8) conforme a un criterio que demostraremos más adelante está inspirado por añoranzas éticas. En esta forma, lo que más adelante está inspirado por añoranzas éticas. En esta forma, lo que más interesa es la gravedad del hecho y la culpabilidad del sujeto, las cuales se mensuran conforme a cartabones normativo-psíquicos. La decisión afirmativa, de responsabilidad penal, significa la imposición de una pena por el hecho cometido (9). Veremos también más adelante que una parte considerable de los iuspenalistas asigna a esa pena un carácter retributivo, directamente conectado a la naturaleza del quebrantamiento del orden jurídico que se declara existente en el delito.

Esta primera etapa está gobernada, en consecuencia, por el rigorismo jurídico y se ciñe a conceptos principalmente abstractos. Incluso, se asigna a la sentencia condenatoria una fuerza irreversible de cosa juzgada, vale decir, de verdad última, salvo el caso excepcional del recurso de revisión.

En cambio, la fase de ejecución se cumple bajo inspiración absolutamente diversa. Aun en países en que la legislación penal sustantiva se apoya en principios retribucionistas, la influencia de los conocimientos criminológicos y penitenciarios —afortunadamente bien difundidos— hace que en la ejecución se tengan presentes criterios que miran a la pena como un medio de resocializar al delincuente. Por ello, para apreciar el curso de la ejecución y los resultados del cumplimiento de la pena se pone más atención a la personalidad del condenado y a la evolución de ella que al recuerdo del hecho delictuoso que originó la condena. Para ello se tiene en cuenta los datos nuevos que se registran en el dossier de cumplimiento de la condena en relación con los que arroja la ficha de personalidad previa.

Hasta la tremenda inmutabilidad de la fuerza de cosa juzgada de la sentencia condenatoria —extremo de la ficción jurídica— pierde su rigidez. Durante la ejecución se dan muchas veces a los

(8) La exigencia del «dossier» de personalidad, cuando él se exige en el proceso penal, no tiene un significado capaz de contradecir lo que se expone, porque ese «dossier» se utiliza solamente para los fines de la elección de la pena (lo que se hace después de emitido, lógicamente el juicio de responsabilidad penal), si es que la ley permite al tribunal escoger entre penal alternativas, o para la regulación de ella.

(9) En los países en los que la ley o la práctica han introducido la llamada «cessure» en el procedimiento, cuanto decimos concierne principalmente a la declaración de responsabilidad penal tras la comprobación de la existencia del hecho punible y de la participación del autor y de efectuarse las valoraciones objetivas y subjetivas.

internos facilidades que pueden desnaturalizar la pena impuesta según los términos literales de la sentencia. Si bien algunas veces esto se hace en virtud de normas legales expresas, como son aquellas que permiten la libertad condicional u otras medidas semejantes, la experiencia nos muestra que las administraciones penitenciarias eficientes, que procuran guiarse conforme a criterios científicos, se sienten facultadas para determinar formas especiales de tratamiento que no conciben rigurosamente con el mandato literal de la sentencia condenatoria.

Es cierto que en varios países se han dictado códigos o leyes de ejecución penal y que en algunos hasta se han creado tribunales especiales de ejecución, pero esto no altera esencialmente el sentido y alcance que queremos dar a las observaciones anteriores.

Esto nos da una pista útil para esclarecer algunas de las dificultades que deseamos proponer.

Es indudable que todo esto se vincula a un doble enfoque que existe para la tarea de eliminar o reducir la criminalidad, que separa a dos grupos guiados por dos órdenes diferentes de principios, en buena medida contrapuestos. Esta oposición de principios se advierte en las actitudes más que en las declaraciones.

Por un lado está el grupo de raigambre tradicional, que ve en el derecho y en los valores normativos la solución del problema social del delito. Lo constituyen iuspenalistas de formación fuertemente dogmática, dominados casi siempre por conceptos *a priori*, como los de delito ente jurídico, responsabilidad, necesidad de restablecer el orden social quebrantado y pena retributiva. Por el otro está el de nueva estirpe científica que a lo largo del presente siglo ha iniciado el estudio del delito como fenómeno social y que ha encarado su examen desde un punto de vista multidisciplinario, indagando sobre los factores endógenos y exógenos que lo determinan o favorecen y analizándolo en sus formas sociales de presentación, en los sujetos que lo perpetran y en las medidas apropiadas para combatirlo.

Hasta el siglo pasado los primeros sentaron su propio monopolio en la materia. Debido a ello acentuaron la profundización de los aspectos jurídicos, lo cual tenía amplia cabida en la fase de la lucha contra la criminalidad que tiene un carácter predominantemente jurídico, esto es, la constituida por el juicio criminal tendiente a la comprobación del hecho punible, a la determinación de su autor y a la declaración de su responsabilidad penal. Fueron ellos los que en ritmo ascendente fueron ahondando en la elaboración de complicados sistemas abstractos en todo lo relativo a la teorización acerca del delito, de sus componentes, de sus formas jurídicas de presentación y del contenido y consecuencias de la responsabilidad que de él proviene. En esta forma se desarrolló esa dogmática penal que llegó a los más extremos grados de complejidad. Esta misma complejidad les otorgaba una seguridad de no ser desplazados de su rol. ¿Quién otro que un iuspenalista podía

penetrar en tan finas y sutiles sistematizaciones, descomposiciones y distingos? Tal vez por ello han podido conservar hasta ahora incólume y como sector de su pertenencia exclusiva todo ese ámbito que tiene por fin la dilucidación de los extremos propios de la existencia de una responsabilidad penal.

En cambio, el segundo grupo —el de los científicos naturales— resignándose a no desempeñar papel relevante dentro del juicio criminal, ha dedicado su esfuerzo a hacer admitir su presencia dentro de la etapa posterior a aquél, la que tiene por objetivo la ejecución de la condena. Esta etapa de ejecución, desde antiguo encomendada a la administración pública, no despertó nunca gran interés para los iuspenalistas (10), los cuales prefirieron concentrar su labor en la fase jurídico-judicial. Dictada la declaración de responsabilidad del delincuente, la función propiamente jurídica había terminado y solamente cabía esperar que funcionarios del orden administrativo se atuvieran al veredicto, dándole cabal ejecución.

Como esta parte administrativa de la ejecución no incitaba a los iuspenalistas a absorberla y quedaba, por ello, desguarnecida, los científicos naturales pudieron iniciar allí su penetración.

¿Acaso el hecho de que los interesados en el estudio de los aspectos naturales del delito, del delincuente y de la pena se enrollaran en la administración penitenciaria, primero como simples médicos, luego como técnicos encargados de planificar las diversas etapas del cumplimiento de la pena y de cuidar de su más conveniente y provechosa aplicación al condenado, hasta llegar a instalarse en los organismos directivos a cargo de toda la fase de ejecución penal, para propiciar desde allí la adopción de medidas de orden científico y técnico destinadas a darle a las medidas de reacción social un sentido de tratamiento resocializador, no confirma lo que estamos sosteniendo?

Pero esto no pudo sino originar una disociación muy acentuada entre esas dos fases de la lucha contra la criminalidad y el empleo de principios, métodos y criterios claramente divergentes, cuando no frontalmente antitéticos.

Este fenómeno nos abre una ventana que estimamos, nos permite asomarnos a la contemplación de otras contradicciones que dominan en la ciencia jurídico penal.

### 3. *Relegación de la pena a segundo plano y retención del control sobre ella.*

Ocupados los iuspenalistas de teorías conceptuales en torno del delito, de sus elementos y de sus características abstractas, relegaron la pena a un segundo plano muy opaco. La verdad es que la

---

(10) Esto no importa negar el hecho de que esclarecidos juristas hayan contribuido, en casos aislados, a la introducción de criterios científicos para la ejecución de las penas.

pena y sus interrogantes esenciales constituían un área dentro de la cual podían decir muchos los filósofos, por una parte, y los científicos naturales por la otra. A los iuspenalistas, por consiguiente, no les quedaba otra cosa que optar entre las soluciones que aquellos proponían, cada cual dentro de su respectivo campo, sin que pudieran agregar —como tales— ningún aporte valioso.

El debate sobre la naturaleza, fundamentos y fines de la pena permitía a los filósofos explicaciones conforme a teorías absolutas y relativas. Los efectos que la imposición de penas trae para el ser humano concreto, el provecho que de ellas podía obtenerse para mejorar al delincuente e incluso la conveniencia de sustituir la pena por otra clase de medidas, podían ser explicados ampliamente por científicos provistos de conocimientos antropológicos, psicológicos, educativos, etc. No podía ser grato a los iuspenalistas un campo en el que muy poco o casi nada podían agregar de propia ciencia.

La ciencia del derecho penal, pese a que su nombre mismo se encarga de remarcar que es la pena la categoría más específica y definitoria del ramo, tendió a estructurarse sobre la base de la teoría del delito, a veces la única materia que un iuspenalista estima digna de su examen.

Posiblemente debido a su propia insuficiencia en el tema, muchos iuspenalistas optaron por una de las teorías absolutas que la filosofía ha elaborado acerca de la pena, la que por su sentido les resultaba más fácilmente accesible: fue la teoría de la retribución. Por ello se conformaban con explicar que la pena es una retribución jurídica indispensable para la incolumidad del orden de una sociedad y que, en su esencia niega la negación del derecho en que el delito consiste. De esto se deduce que la clase y gravedad de la pena debe correr a parejas con la clase y gravedad del hecho punible cometido. También se deduce que la pena es necesaria y se justifica por sí misma en razón del delito cometido, como un merecimiento propio del que lo cometió (*quia peccatum est*), aun cuando no tenga ningún efecto favorable para el condenado.

Si bien la tesis retributiva no se opone a que la pena, de paso, cumpla también algunos efectos beneficiosos para el condenado, la tendencia del iuspenalista había de inclinarse por asignar a estos efectos unos alcances, esencialmente morales, tales como inhibir los instintos y sentimientos contrarios al derecho, obligar al delincuente a una toma de conciencia y reforzar en él inclinaciones útiles a la comunidad (11).

Con este equipamiento de ideas el iuspenalista quedaba en posición muy desmejorada para captar las críticas de fondo que las ciencias naturales interesadas empezaron a formular a varias clases y formas de aplicación de penas y aun a la pena misma.

La crítica radical dirigida a la pena como institución no está

---

(11) H. WELZEL, *Derecho Penal Alemán*, Parte General, 11 ed. (traducción de J. Bustos y S. Yáñez), Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1970, páginas 326-328.

carente de argumentos científicos de peso. Así, se dice que si se piensa en la pena como un instrumento de resocialización del delincuente, lo que interesa es construir nuevos modos de comportamiento en el condenado, pero que esto no puede lograrse en virtud de experiencias desagradables para él como son en general las penas, sino por medio de ejercicios que fortalezcan las formas positivas de conducta, lo que debe hacerse por medio de experiencias satisfactorias. Se agrega que toda pena, en cuanto significa la inflicción de un mal, constituye una agresión desde el punto de vista de la psicología del condenado; esto hará probable que la frustración provocada por esa agresión se convierta en una contraagresión, la cual no necesita estar dirigida hacia el servicio penitenciario, sino que puede ser derivada y transformada para dirigirse contra los compañeros de prisión o volverse difusa y ser sustituida por un odio contra la sociedad en general. También se considera que si el condenado alienta inconscientemente un sentimiento de culpabilidad —justificado o injustificado— lo que él desea es ser castigado para descargar la presión de su propio complejo de culpa; de este modo la aplicación de la pena va a ser considerada por él como un alivio, sin perjuicio de que pueda operar en él un mecanismo de repetición que lo lleve a cometer nuevos delitos para liberarse mejor de su complejo a través de soportar nuevas condenas. Y se han descubierto en muchos delincuentes habituales sentimientos de inferioridad profundamente arraigados que pasan desapercibidos a primera vista, pero que imposibilitan al sujeto para una vida social normal; la imposición de nuevas penas no tendrá otro efecto que desarrollar más fuertemente este complejo inhibitorio. Además, gran cantidad de defectos de comportamiento de los delincuentes proceden de la infancia y no se advierte en tal caso cómo y por qué la aplicación de medidas punitivas podría hacer algo para mejorarlos (12).

Por lo que se refiere en especial a las penas privativas de libertad, se sostiene que lo único intelectualmente honesto es decir que no existen conclusiones científicas definitivas que permitan conocer la forma en que los diferentes estilos de ejecución influyen sobre las diferentes clases de internos (13); y se explica que la mera privación de la libertad no sólo es inadecuada en la lucha contra la delincuencia, sino que inclusive estimula la criminalidad, pues a nadie puede enseñársele a vivir en sociedad manteniéndolo apartado y en condiciones de vida completamente distintas de las que deberá llevar a la salida de la prisión para probar su adaptación (14).

---

(12) Observaciones extraídas del trabajo de HILDE KAUFMANN, *La función del concepto de pena en la ejecución del futuro*, publicado en *Nuevo pensamiento Penal* (en adelante N. P. P.), año IV, núm. 5, enero-marzo 1975, páginas 27, 29 y 32.

(13) *Ibid.* p. 24.

(14) C. ROXIN, en su trabajo *Las nuevas corrientes de la política criminal en la República Federal Alemana*, publicado en N. P. P., año I, núm. 3, septiembre-diciembre 1972, p. 390.

Frente a esta verdadera avalancha de críticas, el iuspenalista carece de un acervo adecuado de conocimientos que le permita pronunciarse, sea para aceptarlas o para rechazarlas; su reacción habitual es, entonces, esperar que las respectivas ciencias naturales lleguen a una definición. Y como ésta no llega en forma rápida y precisa, se mantiene a la expectativa, sin conceder que uno de los temas más propios y característicos del derecho penal se le ha escapado de las manos.

Ahora bien, si se trata de atacar al delito en forma socialmente eficaz, es tiempo ya que en esta materia se ceda la palabra a quienes tienen el conocimiento científico de ella. Serán pues los psicólogos, los conductistas, los educadores y otros quienes habrán de informar a los iuspenalistas acerca de las medidas aplicables, de la forma de cumplirlas, de los efectos que pueden esperarse de ellas y, en general, sobre todo cuanto conduzca a una efectiva resocialización de quien delinquirió.

Los iuspenalistas tienen una invencible desconfianza por el reemplazo de penas reguladas legal y judicialmente, a las que consideran dentro de su campo propio, por otro tipo de medidas o tratamientos en los cuales privará la decisión de médicos, antropólogos, psicólogos, pedagogos, etc. Una reacción social a cargo de «delantales blancos» no los satisface en absoluto. Sin embargo, es hacia esta dirección que se encamina ostensiblemente una parte importante de la solución del problema de la criminalidad.

A los juristas les quedará en el futuro solamente una tarea parcial, aunque importante: velar porque se respeten en los tratamientos o medidas a aplicar los límites que impongan los derechos humanos del afectado, especialmente en lo que toca a la menor restricción posible de la libertad física del paciente, formas de aplicación que no atenten contra la dignidad de su persona, etc.

#### 4. *Responsabilidad penal y responsabilidad moral.*

Desde hace siglos el pensamiento humano se esfuerza por separar y delimitar dos disciplinas: moral y derecho. En testimonio de ello pueden recordarse los nombres de Suárez, Pufendorf, Thomasius, Kant y Fichte (15).

Esta empresa presenta particulares dificultades de origen histórico y epistemológico en relación con el derecho penal. Afirmaciones como la de Jellinek, acerca de que el derecho es el mínimo ético y la de Manzini sobre que el derecho penal se presenta frente a los otros ordenamientos como el mínimo de cantidad ética indispensable para mantener las condiciones necesarias de una determinada organización social, amenazan perturbar y de hecho perturban el criterio de muchos penalistas.

El gran desarrollo operado en torno de las ideas de pecado, juicio y castigo durante la Edad Media, recogido dentro del dere-

(15) Ver: E. NOVOA M., *¿Qué queda del Derecho Natural?*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1967, pp. 187-201.

cho canónico bajo la forma de responsabilidad moral y también el renacer del derecho romano, hicieron llegar a los juristas, en especial a los iuspenalistas, una noción ética de responsabilidad. No se percataron éstos que esta clase de responsabilidad no es apropiada para resolver los problemas de convivencia y de organización social que competen al derecho. Pues ya Santo Tomás de Aquino había planteado que aquilatar la responsabilidad moral de un individuo sobrepasa la apreciación de la justicia humana y solamente corresponde a Dios; el juez humano solamente puede apreciarla de una manera imprecisa y falible (16).

El gran clásico F. Carrara presupone aceptada la doctrina del libre albedrío y de la imputabilidad moral del hombre y sobre esta base edifica la ciencia criminal «que mal se construiría sin aquella» (17). E. Ferri, en cambio, afirma que solamente ha de tenerse en cuenta la responsabilidad social, en cuanto el hombre es responsable de sus acciones delictivas sólo porque vive en sociedad y mientras vive en ella (18).

Traspasar al derecho penal la noción de responsabilidad moral significó un grueso error, pues en ésta se juega una decisión de absoluto moral, enteramente inconciliable con la relatividad del derecho positivo (19). Ni la ley positiva ni la justicia humana están en aptitud de valorar un acto humano en su pleno sentido ético y, mucho menos, de fijar una proporción entre su inmoralidad y el castigo que merece. La misión de ambas no consiste en lograr un sistema de justicia absoluta en la que se impongan penas exactamente ajustadas al mal abstracto que causa en plano ético un cierto acto cometido con intención torcida. El fundamento del juicio penal no puede ser juzgar el problema metafísico del bien y del mal y encontrar la medida cabal de la sanción que corresponda al hombre que actuó, sino adoptar medidas apropiadas para que se mantenga un orden de convivencia que permita el mejor desenvolvimiento humano en lo individual y en lo social (20). En tanto se persiga a través del derecho penal el dictado de una justicia absoluta del género enunciado, se estará extralimitando su ámbito e invadiendo el campo de la moral.

La posición más aceptada entrega a la moral la regulación de todos los actos humanos, de cualquier índole y en todos sus aspectos. El derecho, en cambio, solamente tiene como objeto aquellos

(16) De manera más profana, Anatole France decía: «Los jueces no sondan las entrañas ni leen en los corazones y así, su más justa justicia es ruda y superficial» (*Opiniones de Jerónimo Coignard*).

(17) F. CARRARA, *Programa del Curso de Derecho Criminal* (traducción de S. Soler), Ed. Depalma, Buenos Aires, 1944. E. Pessina lo acentuó más aún.

(18) E. FERRI, *Sociología Criminal*, 4.ª edic. Turín, 1900.

(19) FILIPPO GRAMATICA, en *Le problème de la responsabilité et le système de défense sociale*, publicado en *Revue Internationale de Défense Sociale*, 1956, núms. 3-4, p. 122.

(20) Cfr. J. BAUMAN, *Derecho Penal* (Conceptos fundamentales y sistema), traducción de la 4.ª edición alemana (1972), por C. Finzi, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1973, pp. 6 y 7.

actos del hombre que importan una manifestación exterior suya, en el sentido de que pueden ser percibidos por los sentidos de los demás hombres (exterioridad) y que afectan o que lo relacionan con éstos (alteridad). La primera busca la perfección del hombre en sí mismo y por ello está atenta a su reacción humana total y especialmente a su motivación anímica; en tanto que el derecho busca tan sólo un orden de convivencia social que permita de hecho a la sociedad y a cada uno de sus miembros una vida organizada sin obstáculos que provengan de conductas externas de algunos hacia los demás. Lo interno o anímico del ser humano, en cuanto no se manifiesta al exterior; no es materia que caiga dentro del campo del derecho (21).

La identificación entre moral y derecho tiene peligrosos riesgos para el respeto de las libertades ciudadanas, como más de una vez lo ha mostrado la historia, puesto que facilita que la autoridad social indague dentro de la intimidad psíquica del inculgado. En cambio, su separación correcta conduce a una nueva concepción de la responsabilidad penal. Como explica J. Baumann se hace necesario encontrar hoy un concepto de culpabilidad jurídico-social que la capte como *responsabilidad social*, apta para ser construida según los requisitos de la vida social en común y de ser llenada con contenidos variables, pues solamente así podrá desligarse al derecho penal y a la responsabilidad que éste determina de representaciones morales y religiosas y de su pretensión de absoluto (22). Esta es una tarea apenas insinuada en el momento actual, cuyo desarrollo queda entregado en el futuro a los iuspensalistas más clarividentes.

Se ajusta correctamente a este pensamiento crítico la posición de la Escuela de la Nueva Defensa Social, en cuanto postula que la reacción penal está encaminada no a fines de justicia sino de protección. Por una parte, protección a la sociedad contra los delincuentes y, por otra, protección al individuo contra el peligro de caer o de mantenerse en la delincuencia. Lo importante es que no se produzcan delitos y no el cumplir con una ilusoria justicia condenando o castigando a quienes incurrieron en ellos (23).

Es cierto que la Nueva Defensa Social mantiene el concepto de responsabilidad, pero lo hace para legitimar la acción de resocialización y asignándole un contenido nuevo, ajeno a la intrusión de

---

(21) E. NOVOA M., loc. cit.

(22) J. BAUMANN, en *¿Culpabilidad y expiación, son el mayor problema del Derecho penal actual?*, publicado en *N. P. P.*, Buenos Aires, año I, número 1, enero-abril 1972, p. 28. La posición de BAUMANN, jurista de espíritu profundamente religioso, nos demuestra, además, que estas tareas de esclarecimiento y delimitación entre moral y derecho no envuelven, de manera alguna, un desconocimiento de la importancia y vigencia de la moral ni una hostilidad hacia el sentimiento religioso.

(23) MARC ANCEL, en *Le point de vue des doctrines de la Défense Sociale*, en *Revue Inst. de Soc.*, Université Libre de Bruxelles, 1963, núm. 1, p. 34.

conceptos metafísicos o de ficciones legales; esencialmente destaca el sentimiento íntimo y colectivo de responsabilidad que se comprueba en la vida individual y social y lo utiliza para su acción resuelta de protección anticriminal (24).

Dentro del campo de la dogmática penal moderna, la corriente finalista que dirige H. Welzel, al conceder un predominio tan interpenetrante a los aspectos psíquicos dentro de la teoría del delito, en desmedro de los resultados externos, se va deslizando gradualmente hacia una «etización» del derecho penal.

No sostenemos que la postura dogmática adversa, denominada clásica o causalista, cuyo máximo exponente fue E. Mezger, sea completamente refractaria a una desviación como esa; pero al menos la acentuación que hace de la importancia de la acción como fenómeno objetivo, su presentación del tipo como una descripción legal de sucesos del mundo exterior (cuando se trata de un tipo normal) y de la antijuridicidad como la contradicción objetiva de la acción material con las normas previstas en el ordenamiento jurídico, permiten contrarrestarla. Si bien existe en ella el examen de lo subjetivo, éste aparece asentado y apoyado sobre bases objetivas.

En cambio, el finalismo, aparte de exhibir ya por su origen filosófico una fuerte tendencia a asimilar la responsabilidad de orden moral a la responsabilidad penal, facilita ampliamente las vías para que la confusión llegue a arraigarse y consolidarse, pues dentro de su concepción no existe momento alguno del análisis del delito que no quede impregnado y, generalmente dominado, por la actitud psíquica del sujeto. Esto conduce, en la práctica, a la determinación de una responsabilidad penal que se asemeja a una responsabilidad moral como una gota de agua a otra, supuesto que los tipos penales acuñan conductas socialmente dañosas de tanta gravedad que casi sin excepción pueden tenerse, al mismo tiempo, como violatorias de la ley moral.

Esta notable acentuación de los aspectos psíquicos que hace el finalismo, corroborada con la especial delectación con que sus seguidores se sumergen en las más sutiles discusiones acerca de tales materias, no puede ser justificada por un propósito puramente dogmático, puesto que muchas legislaciones vigentes son anteriores a la propagación de la doctrina finalista y subrayan convenientemente los aspectos objetivos del delito, con muy buen resultado para el debido resguardo de los derechos del hombre.

No olvidemos que Welzel formula también tesis fundamentales de contenido filosófico-penal que manifiestamente sobrepasan la mera reconstrucción del sistema legal positivo y en ellas se en-

---

(24) MARC ANCEL, en *Responsabilité et Défense Sociale*, incorporado a *La responsabilité pénale*, Paris, Dalloz, 1961, y en *La Défense Sociale Nouvelle*, 2<sup>em</sup> éd., Paris, Cujas, 1966. No es posible resumir en pocas líneas una posición tan rica y tan matizada como la de esta Escuela, por lo que nos remitimos a las obras mencionadas.

cuentran abundantes referencias a sus inclinaciones etizantes (25). Si consideramos, por consiguiente, este rasgo de su doctrina podríamos afirmar también, parafraseando sus palabras, que ella ha puesto de cabeza los fundamentos de un derecho penal respetuoso de la libertad, al sobreponer los aspectos subjetivos del actuar delictuoso a sus manifestaciones externas.

##### 5. *Juridicismo exacerbado versus realidad social.*

La intensa polémica entre finalistas y los llamados causalistas, desarrollada principalmente en Alemania y que ha tenido enorme repercusión en el iuspenalismo latinoamericano, ha desgastado a la dogmática penal y ha permitido que muchos descubran su insuficiencia, su desconexión con la realidad social y su estéril exclusivismo. De ser una disciplina que circunscribía su tarea a un examen paciente y ordenado —muy fructífero en su tiempo— del derecho penal positivo, quiso transformarse en una ciencia profunda, capaz de alcanzar las verdades últimas, cosa que excedía en mucha limitación de su objeto y de su método. La claridad de sus explicaciones y la solidez de sus enunciados, que constituían sus más obvias virtudes, fueron reemplazadas por la oscuridad y el esoterismo de sus planteamientos. Un afán extremado por agotar la capacidad de análisis jurídico y por llevar a su última posibilidad las más agudas distinciones conceptuales, la condujo a un bizantinismo que se internaba en inacabables e imponderables filigranas de pensamiento, con lo que perdía de vista los aspectos realmente importantes de los conocimientos jurídico-penales (26).

La dogmática tenía por finalidad procurar una correcta interpretación de los textos positivos, buscar las relaciones existentes entre ellos, descubrir las ideas, principios e instituciones ínsitos en la ley y, luego, construir y sistematizar sobre esa base una teoría completa y bien asentada de las bases orgánicas del derecho positivo. Era ésta una manera de posibilitar una aplicación racional y uniforme de la ley y de ayudar a garantizar la seguridad jurídica. Al elevar la aplicación de la ley positiva por encima de la

---

(25) H. WELZEL, op. cit., afirma que «La misión más profunda del Derecho penal es de naturaleza ético-social y de carácter positivo... al proscribir y castigar la inobservancia efectiva de los valores fundamentales de la conciencia jurídica revela, en la forma más concluyente a disposición del Estado, la vigencia inquebrantable de estos valores positivos de acto, junto con dar forma al juicio ético-social de los ciudadanos y fortalecer su conciencia de permanente fidelidad jurídica» (p. 13) y luego agrega que «el alcance del Derecho penal reside en que en tanto cuanto limita sus normas a los elementales deberes ético-sociales, establece el fundamento para la constitución de todo el mundo de valor ético de una época... y se inserta en su marco cultural» (p. 17).

(26) C. ROXIN, *Política Criminal y Sistema de Derecho Penal*, Bosch, Barcelona, 1972, pp. 18 y 19, caracteriza «el trabajo sistemático de filigrana de nuestra dogmática» por «operar con las más sutiles finezas conceptuales» y por «una desproporción entre la fuerza desarrollada y su rendimiento práctico».

arbitrariedad o de la consideración puramente sentimental, procuraba una administración de justicia igualitaria y justa (27). Pero en lugar de mantenerse en ese objetivo, limitado aunque indispensable, muchos de sus seguidores —engañados— creyeron poder alcanzar los ápices del conocimiento penal a través de su método y —envanecidos— la condujeron, por medio de un lenguaje sofisticado, a un plano de lucubraciones sutiles y de distingos conceptuales interminables. El resultado ha sido originar una disciplina pretenciosa y abstrusa, de menor sustancia de la que se le atribuye, apta para ser recorrida solamente por iniciados que poseen sus claves lingüísticas y que creen, debido a su propio aislamiento, formar parte de la suma élite científica del iuspenalismo.

Todo esto ha producido una clase de dogmáticos a ultranza, podríamos llamarlos «integristas», verdaderos gimnastas intelectuales que ejercen en una especie de vacío, los cuales se caracterizan por sumergirse en una progresiva complicación de sus elaboraciones abstractas, en la agudización de discusiones tan inútiles como extravagantes y en una ciega y gradual desconexión con la realidad. Pierden así de vista el verdadero y único fin del derecho penal que es el de evitar la criminalidad.

Afortunadamente esto, como todo exceso nocivo, ha despertado una reacción saludable dentro del iuspenalismo. Jescheck llama la atención hacia el peligro de una dogmática jurídico-penal basada en fórmulas abstractas, que podría llevar al juez a abandonarse al automatismo de los conceptos teóricos, olvidando así las particularidades del caso concreto» y proclama que «lo decisivo ha de ser siempre la solución de la cuestión de hecho, mientras que las exigencias sistemáticas deben ocupar el segundo plano». Esto importa, como es obvio, atender primeramente a la solución de los problemas reales y abordarlos con criterios de valoración político-criminal antes que buscar soluciones jurídico-conceptuales.

C. Roxin es, en Alemania, uno de los que más decididamente arremete contra las «deprimientes dificultades» suscitadas por una dogmática con equivocado planteamiento, para declarar que en el pensamiento sistemático en general y en la teoría jurídico-penal del delito, en particular —considerados por algunos como agotados en sus posibilidades— existe una crisis que hace necesario examinarlos de nuevo cuidadosamente, desde sus principios. Hoy no se cree ya —a su juicio— en los resultados que se deducen de los conceptos sistemáticos superiores y se piensa poco en la utilidad práctica de tales categorías (28).

Este encerrarse en la dogmática dentro de sí misma, el dedicarse

(27) H. H. JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, 1969, p. 136. Es también la opinión de E. GIMBERNAT, op. cit., pp. 518-521.

(28) C. ROXIN, op. cit., pp. 23-25 y 81. R. SCHMIDT, en el prólogo de *Kritik der Strafrechtsreform*, ed. Nedelmann, Frankfurt a. M., 1968, estima que es «funesta» la forma cómo lo penal se entiende en Alemania casi exclusivamente como tarea jurídica, a consecuencias de la cual el Derecho penal se cultiva *l'art pour l'art*, con sutilezas jurídicas.

tan sólo a elaboraciones abstractas, el no abrir ventanas a una consideración de la realidad social y su abandono de las particularidades del caso concreto, traen como consecuencia que pueda surgir un doble criterio de enjuiciamiento, pues puede «ser dogmáticamente cierto lo que desde el punto de vista político-criminal es equivocado, y a la inversa» (29). La historia de la teoría del delito construida por esa dogmática en los últimos decenios puede ser descrita solamente «como una peregrinación de los elementos del delito por los diferentes estadios del sistema» (30).

Esto explica que parte importante de los estudios iuspenales especializados producidos en los últimos treinta años versen sobre materias tales como la naturaleza del dolo eventual, su diferenciación con la culpa con representación, la solución adecuada de los problemas del error y sus particularidades en el caso de las justificantes putativas, el contenido psicológico en el desistimiento de la tentativa, etc., todas las cuales tienen una repercusión bastante reducida en la aplicación práctica de la ley penal. En todo caso, ellas presentan aspectos empíricos muy difíciles de verificar o comprobar, por lo que, generalmente, quedan situadas al nivel de puras lucubraciones ideales.

Er todos estos casos se incurre en un manifiesto abuso del iuridicismo y se cae una y otra vez en las ficciones legales, en las afirmaciones apriorísticas y en los razonamientos puramente abstractos, con olvido de la realidad humana y social que está dentro de todo problema de índole criminal. Debe notarse que la Escuela de la Nueva Defensa Social condena vigorosamente estos excesos de iuridicismo.

Las elaboraciones dogmáticas jamás debieran ser consideradas como conclusiones absolutas, sino, a lo sumo, como modelos aprovechables por el penalista para una mejor ordenación de su estudio metódico del hecho criminal y de su autor en sus aspectos normativos, modelos que habrán de ser esquemáticos, dúctiles para su buena adaptación a la realidad concreta y, en todo caso, eminentemente relativos, a fin de que nunca puedan sobreponerse a las exigencias o circunstancias de ella.

Además de lo expresado es necesario recordar que toda sistematización dogmática se construye en buena parte sobre un conjunto de supuestos bastante débiles o controvertibles. En efecto, las leyes son la obra de legisladores de carne y hueso, capaces de incurrir en vacíos, contradicciones, olvidos, utilización equivocada de términos y muchos otros defectos de elaboración. Sin embargo, el dogmático edifica su sistema sobre la artificial suposición de que quienes proyectaron y dictaron la ley fueron seres de extrema racionalidad, de completos conocimientos, tanto de la legislación restante como de las circunstancias y necesidades sociales existentes al momento de dictarla, enteramente conscientes de todas las

---

(29) ROXIN, *ibid.* p. 30.

(30) *Ibid.* p. 80.

dudas y de todas las nuevas situaciones que van a aparecer en el futuro, capaces de la mayor precisión y exactitud en los vocablos. y en la redacción empleados, con una visión muy amplia y coherente de las finalidades perseguidas y de los medios más apropiados para alcanzarlas, etc. (31).

Todo esto permite apreciar la forma en que una elaboración dogmática arriesga alejar al jurista de la realidad y lo que ella puede contribuir a que pierda un equilibrado sentido crítico.

#### 6. *Depenalización y aparición de nuevos atentados contra el interés social.*

Está cobrando vigor una tendencia que propone la reducción de las tipificaciones penales, como manera de excluir del ámbito punitivo a todos aquellos hechos antisociales para los que la pena no sea estrictamente necesaria. Es lo que se ha denominado la despenalización o la desincriminación del derecho penal.

Esta tendencia se ajusta por entero a la idea de que el derecho penal es la última *ratio* para un debido ordenamiento social, por lo que no debe entrar en acción sino en los casos en que se la aprecie como estrictamente indispensable por inutilidad o insuficiencia de otros medios menos coercitivos. Esto sólo nos demuestra que en ella se basa en la suposición de que la pena tiene mayor eficacia para modificar la conducta de los hombres en sociedad que las medidas no punitivas, aspecto que está actualmente sujeto a muy intenso debate.

Sin embargo, las nuevas condiciones de la vida social han modificado los esquemas que inspiraron al derecho tradicional y día a día aparecen en la realidad de la vida hechos nuevos que atentan en contra de formas más evolucionadas de organización social. Estos hechos, cualquiera que sea su potencialidad o sus efectos antisociales quedan sin sanción penal mientras no sean incorporados legalmente al catálogo penal.

Un grupo importante de estos nuevos hechos, que en muchos casos requerirán la incorporación de nuevas formas de incriminación a la legislación penal como forma de proteger a la sociedad del perjuicio que le causan, se originan en manifestaciones modernas del avance científico y tecnológico. No hemos de referirnos a ellos, por cuanto han sido tratados en otra parte (32).

Otro grupo, no menos importante y numeroso, es el que se origina debido a recientes alteraciones de las estructuras jurídicas de la sociedad, las que envuelven la generación de nuevos valores o bienes jurídicos. Estos valores nuevos no fueron totalmente des-

(31) Sobre esta materia puede consultarse la obra de CARLOS SANTIAGO NINO, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, Ediciones UNAM, México, 1974, especialmente pp. 85-92.

(32) Ver: E. NOVOA M., *Progrés humain et droit pénal*, en *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, 1970, núm. 2, Paris.

conocidos en épocas anteriores, pero dentro de las nuevas concepciones políticas pasan a adquirir rango propiamente jurídico, en tanto que antes estaban situados exclusivamente en plano moral. El caso más relevante es el que proviene de la incorporación al sistema jurídico de los «deberes sociales» (33).

Hemos sostenido que el abandono por el sistema de organización social del modelo individualista que lo dominó desde la Revolución Francesa y la paulatina asimilación por aquél de nuevos valores, tales como la solidaridad social y la colaboración mutua entre los hombres, así como también la intervención reguladora del Estado en muchas actividades sociales, especialmente de índole económica, ha impuesto a los ciudadanos una actitud nueva en el plano jurídico, pues aparte de los derechos subjetivos, tenidos antes como los bienes jurídicos principales y casi únicos y como los más esenciales objetos de protección penal, han aparecido también las obligaciones de los individuos hacia la comunidad humana de que forman parte; esto es, surgen los que hoy día se llaman los deberes sociales.

La sola aparición de los deberes sociales de los individuos en el campo del derecho supone la posibilidad, y en muchas legislaciones el hecho real, de que se reconozcan o impongan estos deberes por la vía legislativa. Y en algunos casos de mucha trascendencia o ligados directamente al bienestar de la sociedad toda, puede ocurrir, y de hecho ocurre, que la legislación penal tome a su cargo la tutela jurídica del cumplimiento de deberes sociales de esa clase, lo que significará que se van a establecer sanciones penales para quienes no los cumplan. Todo esto debe traer consigo un aumento considerable de los *delitos de omisión*, poco abundantes en los regímenes jurídicos individualistas, porque a éstos interesa solamente la protección de los derechos individuales.

En efecto, la norma violada por el delincuente será una norma imperativa y no prohibitiva, como frecuentemente acontece ahora. Esa norma determinará una obligación de actuar por parte del sujeto.

De la consagración legal de deberes de cuidado en relación con los demás miembros de la sociedad, explicable por la extensión y fortalecimiento de la solidaridad social y de la colaboración mutua entre los hombres, ha de derivar también un aumento de los *delitos culposos* y de los *delitos de peligro* (34).

---

(33) Ver: E. NOVOA M., *La renovación del Derecho*, Universidad de Concepción (Chile), 1968; *Hacia una nueva conceptualización jurídica*, en *Cuadernos de la Realidad Nacional*, núm. 15 especial, diciembre 1972, Santiago de Chile, pp. 213 y 214, y *El Derecho como Obstáculo al Cambio Social*, Siglo XXI Editores, México, 1975, pp. 171-175.

(34) Ver. E. NOVOA M., *Les délits de mise en danger*, publicado en *Revue Internationale de Droit Pénal*, 1969, núms. 1-2, p. 323, donde se expresa que como consecuencia del desarrollo social sobreviene un aumento de los delitos de peligro. Por su parte. F. ANTOLISEI, *Manual de Derecho Penal* (Parte General), traducción de J. del Rosal y A. Torio, UTEHA, Buenos Aires, 1960, sostiene que el Derecho no puede ser entendido solamente como un

Es posible advertir, entonces, que difícilmente podrá alcanzarse una efectiva de penalización en el derecho penal, pues el curso histórico de las ideas sociales parecería más bien ser propicio a un incremento de la tipificación penal. Y esto lo decimos sin tomar en consideración hasta ahora la perturbación que en la conducta de los individuos puede ocasionar el tipo de vida del mundo desarrollado, tan sujeta a tensiones y a conflictos de todo género. Lo que sin duda habrá de esperarse es que se realice una rigurosa selección dentro del catálogo penal vigente, para no dejar dentro de él sino a los atentados sociales de mayor relieve.

### 7. *Derecho penal, criminología y ciencias de la conducta.*

Una de las funciones más importantes que asume la sociedad moderna es la de impedir la realización en su seno de hechos punibles. Ante los cuestionamientos cada vez más decisivos que se oponen al derecho penal, tanto desde el punto de vista de principios y métodos, como desde el de la eficacia práctica de sus tradicionales medidas de reacción social, ¿podemos volverle la espalda y resolver con la sola ayuda de conocimientos criminológicos aquella función?

Porque si la criminología agrupa en forma multi e interdisciplinaria a todos los conocimientos relativos a la descripción, etiología y tratamiento terapéutico de la delincuencia y de los demás comportamientos desviados, considerados como fenómenos individuales y sociales; si entran dentro de su área el diagnóstico y pronóstico necesarios para elegir una terapéutica adecuada, para el control y aplicación de ésta y para la determinación del momento en que ella no actúa más o ha cumplido su efecto; si ella llega hasta a determinar las medidas sociales más apropiadas para la prevención del delito y tratamiento de la delincuencia y, también, las convenientes modificaciones de las actitudes de los miembros de la comunidad social frente a los valores esenciales que inspiran la organización de ésta; entonces, su objeto no puede ser más amplio y parecería bastar para organizar y llevar adelante por sí sola la lucha contra la criminalidad (35).

---

mecanismo de límites y frenos a la libertad de los individuos, pues posee «una *misión organizadora y propulsora*, en cuanto crea organismos de diversas clases y promueve el desarrollo de la vida social... despliega una acción eminentemente *activa* que se orienta a transformar las condiciones de vida y aun la conciencia del pueblo para asegurar su progreso y dirigirlo, frecuentemente hacia ciertas finalidades». Por razones que hemos dado en otro lugar, solamente concordamos con Antolisei en que el Derecho sirve de instrumento a esa misión organizadora y activa, pues a nuestro juicio la orientación de esa misión corresponde a la política; el Derecho solamente sirve a ésta.

(35) La amplitud de materias que puede tratar la criminología no la convierten en una «superciencia», sino que es consecuencia del aprovechamiento coordinado y comparado que ella hace de aportes de numerosas disciplinas, muy variadas, que entre otros de sus objetos se ocupan también

No obstante, una vieja cuestión vuelve a plantearse: es el derecho penal el que determina el concepto de delito.

Thorsten Sellin sostiene que las categorías de la ley penal no pueden satisfacer las exigencias de un científico social, por ser «de índole fortuita» y no surgir intrínsecamente de la naturaleza del objeto de su estudio (36). Dicho en otros términos, la criminología parecería carecer de objeto propio, porque la delimitación de éste, en cuanto al fenómeno delictivo que debe estudiar, ha de venirle de prestado del derecho penal. Y como las normas jurídicas, incluyendo entre ellas a las penales, son cambiantes y son modificadas al ritmo en que se alteran los valores de los grupos dominantes, el delito de ayer puede ser mañana un hecho no punible, y viceversa. Esto significaría que la criminología trabaja con un objeto contingente e inestable, que le viene de otra parte, lo que restaría consistencia científica a sus afanes (37).

Esto ha incitado a muchos esfuerzos por encontrar un concepto sustancial o material de delito, que indique cuál es el contenido real de éste, con más solidez y permanencia que el concepto puramente formal que proporciona la dogmática penal (38). Pues la dogmática muestra como característica legal más objetiva del delito su anti-juridicidad, esto es, su oposición a las normas jurídicas miradas como un conjunto, normas que son esencialmente mudables.

Existen varias definiciones materiales de delito que podrían ayudar a la solución del problema. Por ejemplo, F. Grispigni dice que es delito «la conducta que a juicio de las personas que según el ordenamiento jurídico están autorizadas a establecer las normas jurídicas, hace imposible o pone en grave peligro la existencia y conservación de la sociedad».

Muchos criminólogos subestiman la dificultad y piensan que proporcionar el concepto de delito es de la competencia del derecho penal, pues se trata de materia jurídica (39), por lo que toca al criminólogo trabajar sobre la realidad humana y social que recubre la noción legal. Pero G. Vassalli observa que no todo acto que represente la lesión o puesta en peligro de un bien o de un

---

de aspectos concernientes al delito. Cfr. JEAN PINATEL, en *Criminología* (tomo III del *Traité de Droit Pénal et de Criminologie*, de P. BOUZAT y J. PINATEL, traducido por X. Rodríguez), 2.<sup>a</sup> edición, Caracas, 1974, p. 63; HILDE KAUFMANN, *Kriminologie*, Ed. Kohlhammer, Köln, 1971, y CARLOS A. TOZZINI, en *La delimitación del objeto de la criminología*, publicado en *N. P. P.*, año IV, número 7, julio-septiembre 1975, pp. 350-356.

(36) THORSTEN SELLIN, *Culture, conflict and crime*, SSRC, Bulletin 41, New York, 1938, p. 20.

(37) Fue para escapar a esta objeción, formulada ya en el siglo pasado, que R. Garófalo elaboró su conocida definición del «Delito natural».

(38) Cfr. R. BERGALLI, en *De la sociología criminal a la sociología de la conducta desviada*, publicado en *N. P. P.*, año I, núm. 2, mayo-agosto 1972, página 294. W. GALLAS, en *La teoría del delito en el momento actual*, Bosch, Barcelona, 1959, p. 8., sostiene que la definición de delito se orienta hacia un concepto material.

(39) Es el caso de J. PINATEL (op. cit. p. 76) y de C. TOZZINI (op. cit. páginas 351 y 354).

interés penalmente tutelado puede ser incluido dentro de la investigación criminológica, pues los delitos políticos y otros en que la personalidad del autor determina un desinterés de la criminología, escapan a ésta. Por otra parte, afirma también Vassalli, que corresponde a la criminología formular juicio, desde su punto de vista, respecto de los hechos que la ley considera como delito, y puede llegar hasta a censurar al legislador si considera, por ejemplo, que la ley misma tiene un efecto antisocial. Estas funciones significarían que no está obligada ella a aceptar en forma puramente pasiva las calificaciones de delito que haga la ley penal.

El problema cobra mucho mayor complejidad aún, cuando se tiene en consideración el campo que está cubriendo una tendencia importante de la criminología actual, que es la anglosajona, al entender que corresponde a esta disciplina abocarse al estudio general del comportamiento humano de índole antisocial; de allí que esa corriente no trabaje exclusivamente con el delito: Mucho menos interesada es la filosofía que la criminología europea, la anglosajona ha concentrado sus estudios en problemas más particulares, con lo que ha desarrollado una gran variedad de técnicas para la investigación empírica. Esto la ha dejado en especial aptitud para extender sus investigaciones hacia el área de las conductas antisociales que sin ser conformes a la media normal no aparecen calificadas legalmente como delictuosas. Este nuevo enfoque ha significado un paso muy importante, pues lleva desde la sociología criminal a la sociología de la conducta desviada (40).

La desviación es presentada por esta tendencia como la violación de las normas sociales. El único aspecto que permite identificarla es la reacción de la sociedad y de sus agentes de control social. Por consiguiente, la conducta desviada no emerge de una cualidad inherente al acto que comete la persona, sino que es consecuencia de la aplicación de reglas y de calificaciones que otros hacen. Dicho en otros términos, es desviado aquél al cual un juicio ajeno le pone la etiqueta de tal (41). Esto importa adoptar una posición casi diametralmente opuesta a la de los que procuran encontrar un concepto material de delito.

La necesidad de marcos más precisos para estas ideas la ha satisfecho M. B. Clinard, quien exige para la desviación no solamente un comportamiento que se realice en una dirección desaprobada, sino también un grado suficiente que exceda la tolerancia límite de la comunidad que impone la regla. La desviación no es —para él— necesariamente «mala», «patológica» o «anormal»; su presencia podría hasta significar que existe algún defecto serio en la organización social. Por ello es que la estabilidad de una sociedad depende, en gran medida, del funcionamiento de sus instituciones y de su habilidad para mantener el control social (42).

(40) R. BERGALLI, op. cit., pp. 270, 271, 284 y 285.

(41) *Ibid.* pp. 289 y 290.

(42) M. B. CLINARD, *Sociology of deviant behavior*, 3rd ed., Madison, 1968.

La idea de «control social» adquiere, así, un relieve de primer plano.

Esta corriente, que asigna una amplitud sorprendente a las materias que hasta ahora había trabajado la criminología y que proporciona sólidas bases para el desarrollo de categorías científicas nuevas, es llamada «behaviorismo» o sociología de la conducta desviada o patología social. Y existe una inclinación bien perceptible a unificar todos estos conocimientos en una ciencia única que se ocuparía de la conducta o comportamiento humanos, dentro de la cual una parte se ocuparía de las normas de conducta o etología.

Hemos preferido extendernos sobre estas materias, si bien presentamos solamente aspectos muy parciales de ellas, para hacer ver los cambios acelerados que se están produciendo en aspectos de la criminología que están íntimamente vinculados a las materias propias del derecho penal tradicional, con el fin de llamar la atención hacia la indiferencia o el retraso con que los juristas los observan, siendo que tienen una gravitación decisiva para la organización de la sociedad del futuro y aun para la suerte misma del derecho penal.

El derecho penal está en riesgo de ser desplazado. Su base más firme para sostenerse se halla en su hasta ahora exclusiva misión de tipificar formalmente las conductas socialmente dañosas (entendemos que la selección de estas conductas, desde un punto de vista material, ha de ser atribuida principalmente a la Política Criminal) y en su posibilidad de ocuparse de la protección de la integridad física, la libertad individual y la dignidad moral de los seres humanos ante excesos «técnicos» que se produzcan a su respecto con motivo de un tratamiento. Pues estas tareas podrían ser consideradas como algo que jamás debería serle restado al derecho. Como recuerda P. Bouzat, son éstos los valores que el derecho penal puede oponer a ciertas conclusiones de la criminología o, mejor dicho, de las ciencias de la conducta (43).

### 8. *Ciencia penal y política.*

El derecho carece de fines propios, es solamente un instrumento o un medio con que el Estado, como organización social dotada de poderes coactivos, impone un orden determinado dentro de la sociedad. Este orden está configurado por la concepción política que fijan los grupos sociales y clases que dominan el Estado (44).

Las ideas de que es el derecho el que tiene por fin hacer posible una plena autorrealización humana, creando o manteniendo los presupuestos, condiciones y ambiente que permitan al individuo

(43) P. BOUZAT, op. cit., tomo I., p. 15.

(44) Ver: E. NOVOA M., *El Derecho como obstáculo al cambio social*, antes citado, pp. 82-89.

el desenvolvimiento en autodeterminación de su propia personalidad, y de que es objeto de la protección del derecho todo lo que al hombre le es necesario como exigencia exterior de su propio desarrollo personal (45), aparte de transferir al derecho, simple instrumento, algo que es propio de la política, llevan a una acuñación de «bienes jurídicos» como algo propio del derecho, siendo que, en el fondo, se trata de valores políticos que se imponen a un sistema jurídico concreto en una circunstancia histórica determinada. Prueba de esto último es que ellos no son valores porque el legislador los proteja, sino que éste los protege «porque pre-positivamente son dignos de protección» (46); luego, son claramente metajurídicos.

La doctrina de los bienes jurídicos, de claro sabor iusnaturalista en cuanto se considere a éstos como valores anteriores y superiores al derecho legislado, puede tener cabida dentro de una elaboración social teórica si se asigna a esos bienes su verdadero carácter de valores emanados de una forma concreta e histórica de concebir políticamente una sociedad. Así entendidos, no habría inconveniente para considerar a los bienes jurídicos con una pauta para el legislador en general y como una limitación para el legislador penal en particular, en cuanto solamente deben ser tipificadas como delitos las conductas que lesionen o pongan en peligro bienes de esta clase, que son las únicas que verdaderamente dañan el ordenamiento requerido por una sociedad determinada (47).

Con esto debemos entender que el derecho penal no nos proporciona puntos firmes de apoyo en que fundar sustancialmente un concepto de delito y que esos puntos de apoyo deben ser buscados fuera del derecho penal, en la política.

Las afirmaciones de los conductistas acerca de que las conductas desviadas (concepto amplio dentro del cual entran también los delitos) son creación de los individuos que están en la posibilidad de imponer normas a la sociedad, nos lleva a meditar acerca de un tema que el marxismo desarrolló desde el siglo pasado: los delitos son erigidos legalmente como tales y reciben la censura social tan solo porque afectan o perjudican los intereses de aquellos individuos que están en posición de clase dominante dentro de la sociedad. También nos debe hacer pensar la idea que se deduce de Clinard, acerca de que el gran incremento actual de la criminalidad bien pudiera explicarse por existencia de defectos graves en la organización social en que vivimos.

---

(45) Esta posición es sustentada por MICHAEL MARX, *Zur Defuntion des Begriff «Rechtsgut»*, Karl Heymanns Verlag, Köln, 1972. Es bastante manifiesta la concepción individual que está detrás de esta elaboración.

(46) Esta frase es de M. MARX, recién citado.

(47) La noción de bienes jurídicos, pese a haberse originado a comienzos del siglo pasado, sigue constituyendo la base y fundamento del asunto para muchos autores, entre ellos SCHIDHAÜSER. El parágrafo 2 del Proyecto Alternativo de Código penal alemán consignaba que las penas y medidas «sirven a la protección de los bienes jurídicos».

Los juristas estamos acostumbrados a contemplar el derecho como algo, cuando menos, relativamente acabado y satisfactorio... Lo que hemos expuesto nos proporciona, sin embargo, vasto margen para reflexiones. ¿Cuántas veces la sociedad reprime a quien simplemente le enrostra, explícita o implícitamente, sus propios defectos? ¿No admitimos muchas veces reprobaciones penales que no expresan sino el interés de grupos egoístas? ¿No realizan muchos de los que tienen de hecho el poder de imponer normas a los demás, acciones mucho más perjudiciales al interés general que las legalmente tipificadas, pero que no han sido incluidas en la ley penal solamente porque a ellos no les conviene? ¿Qué cuota de responsabilidad tiene la propia sociedad represora en la producción de muchos hechos criminales?

Cada vez que se examina con detención una materia como la que hemos desarrollado, surgen dudas y dificultades. Lo importante es no permanecer indiferentes ante ellas y aprovecharlas para deducir consecuencias positivas que nos permitan conocer más profundamente y mejorar, en lo posible, lo que constituye nuestro afán científico.

La información con que contamos hoy día, como producto de estudios que han tenido su más pleno desarrollo en este siglo, nos permite advertir que el problema de la criminalidad no es un problema circunscrito al derecho penal; tampoco lo es en relación con las que hemos denominado las ciencias penales. La eliminación de los hechos delictivos supone mucho más que eso.

Supone, en primer término, una sociedad organizada sobre bases justas e igualitarias, que efectivamente ayude a todos los hombres que la componen a alcanzar su más pleno desarrollo humano en lo físico, en lo intelectual y en lo moral, y a convertirlos en solidarios entre sí, siempre dispuestos a dar a la sociedad y a los demás lo mejor de sus capacidades. Supone, también, que las altas decisiones sociales estén inspiradas en el bien de las grandes mayorías y provengan de ellas, y que no sirvan de escudo o de protección a intereses de pequeños grupos dominantes. Supone, finalmente, que los casos criminales o de desviación social que lleguen a producirse pese a cumplirse las dos exigencias precedentes, sean considerados como un problema que compromete a toda la sociedad, sin que basten para resolverlo las medidas represivas; que ellos han de ser encarados desde todos los ángulos de la vida social que puedan influir en su eliminación para el futuro, y que para este fin todos los hombres y todas las organizaciones, sean ellas de trabajo, de solidaridad, de cooperación social o de otra índole, han de prestar su colaboración.

Solamente una sociedad que tenga clara conciencia de la responsabilidad que a ella misma le cabe en la subsistencia de la criminalidad y que esté dispuesta con todos sus medios de ayuda, de corrección y de reeducación a eliminarla, será digna de alcanzar la solución de este grave problema. No importa si lo hace con o sin derecho penal.



# La detención: garantías del detenido en la Constitución española de 1978

ALFONSO SERRANO GOMEZ

Profesor Agregado Interino de Derecho Penal (Criminología)  
en la Universidad a Distancia

**SUMARIO:** I. Introducción.—II. Detención preventiva.—III. Información al detenido de sus derechos y razones de la detención.—IV. Facultad del detenido para no declarar.—V. Asistencia de abogado en las diligencias policiales y judiciales.—VI. “Habeas corpus”.

## I

### INTRODUCCION

El contenido del artículo 17 de la Constitución española de 1978 (1) afecta a diversas disciplinas como son el Derecho penal, el procesal y la criminología. Ante la amplitud del tema nos vamos a limitar a presentar una panorámica general del mismo. También se harán algunas referencias a la evolución del texto constitucio-

---

(1) Establece el artículo 17 de la Constitución:

1. *Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley.*

2. *La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial.*

3. *Toda persona detenida debe ser informada de forma inmediata, y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención, no pudiendo ser obligada a declarar. Se garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la ley establezca.*

4. *La ley regulará un procedimiento de “habeas corpus” para producir la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente. Asimismo, por ley se determinará el plazo máximo de duración de la prisión provisional.*

nal (2) y sorprende que en los debates parlamentarios se eche en olvido los antecedentes constitucionales de nuestro sistema anterior, así como el Derecho constitucional comparado, que en los temas que aquí se van a tratar hubiera sido un punto de apoyo fundamental para la consolidación de estas garantías.

La Constitución supone un avance notable con relación al Fuero de los Españoles —que quedó derogado—, e incluso respecto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Nos encontramos ahora a la cabeza de las Constituciones más liberales con respecto a los derechos que asisten al ciudadano ante la privación de libertad.

Del contenido del artículo 17 de la Constitución se desprenden las siguientes garantías: 1) el plazo máximo de la detención no podrá exceder de setenta y dos horas; 2) el detenido debe ser informado inmediatamente después de la detención de sus derechos y razones de la misma; 3) el detenido no puede ser obligado a declarar; 4) asistencia de abogado en las diligencias policiales y judiciales; 5) «habeas corpus», y 6) se fijará el plazo máximo de duración de la prisión provisional.

De todas las garantías y derechos anteriores nos vamos a ocupar de los cinco primeros, prescindiendo del último, ya que no afecta a la detención preventiva, sino a un período posterior (3).

## II

### DETENCION PREVENTIVA

#### I. DECLARACIÓN CONSTITUCIONAL.

Establece la Constitución: «*La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido será puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial*» (art. 17.2).

Sin embargo, en el Anteproyecto la ponencia variaba notablemente su contenido, pues se establecía allí que «la detención preventiva no podría durar más de setenta y dos horas, y el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial dentro de las veinticuatro horas siguientes a la de haberse

(2) El texto definitivo propuesto por el Congreso fue aceptado íntegramente por el Senado, con la única variante en el número tercero de pedir que al final se sustituyera la conjunción “y” por la conjunción “o”. Prevalció el criterio del Congreso, quedando “diligencias policiales y judiciales”.

(3) Sobre este tema véase MATTES, H.: *La prisión preventiva en España*, trad. de Gurdíel Sierra, Madrid, 1975; también nuestra colaboración en la obra *Lecturas sobre la Constitución española*, vol. I, Universidad a Distancia, 1978, págs. 175 y ss.

practicado la detención. Dentro de las expresadas setenta y dos horas deberá el juez dictar la oportuna resolución sobre la situación procesal del detenido».

Con la fórmula del Anteproyecto, si la detención era ordenada por el Juez, podrían transcurrir setenta y dos horas entre la detención y la puesta en libertad o mandamiento de prisión; si no procedía de orden judicial el plazo de entrega era de veinticuatro horas, por lo que el Juez sólo disponía de cuarenta y ocho para decretar la libertad o prisión, con lo que se reducía el plazo actual se setenta y dos que establece la L. E. Crim. (4).

Su redacción actual aparece ya en el Anteproyecto de Constitución: Informe de la Ponencia (5), como consecuencia de aceptar en parte una enmienda presentada por un parlamentario del partido gubernamental.

### *Debates parlamentarios*

Con relación al plazo de la detención preventiva se apuntó por algún sector la conveniencia de que las setenta y dos horas se redujeran a veinticuatro, en razón a que la policía debe dedicarse más a investigar que a interrogar y que nada puede hacer ante la negativa del detenido a declarar, ya que la Constitución le concede ese derecho. Se sacó a colación el artículo 496 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que establece el plazo de veinticuatro horas y sobre lo que volveremos después. Sin embargo, resulta curioso que nuestros diputados no mencionen los antecedentes del Derecho constitucional patrio, donde, como ya se verá, a partir de la Constitución de 1869 se establece el plazo de veinticuatro horas.

Los partidarios de las setenta y dos horas argumentan su postura en base a que ante la moderna delincuencia, veinticuatro horas son insuficientes para la investigación criminal (6).

En el Senado, lo mismo que en el Congreso, se pidió también que constara el plazo que tiene el juez para decidir la libertad o prisión del detenido que ha sido puesto a su disposición. Se pide que figure en el texto constitucional el plazo de setenta y dos horas. Hemos de recordar, como hacíamos en el apartado anterior, que este fue el criterio tradicional a partir de la Constitución de 1869 y que tampoco esgrimen los senadores.

En cuanto al plazo de detención preventiva no se entró en polémica, salvo la intervención de un senador que pidió la supresión

---

(4) Establece el art. 497 de la L. E. Crim. "Si el Juez o Tribunal a quien se hiciese la entrega fuera el propio de la causa... elevará la detención a prisión, o la dejará sin efecto, en el término de setenta y dos horas, a contar desde que el detenido le hubiese sido entregado. Lo propio, y en idéntico plazo, hará el Juez o Tribunal respecto de la persona cuya detención hubiere él mismo acordado".

(5) *B. O. de las Cortes*, núm. 82, de 17 abril 1978.

(6) *Diario de Sesiones del Congreso de Diputados*, núm. 69, de 18 mayo, 1978.

del plazo de detención, teniendo que ser puesto el detenido a disposición judicial inmediatamente después de su detención, debiendo el juez en el plazo de cuarenta y ocho horas decidir sobre la libertad o procesamiento (7).

## II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

En la Constitución de Bayona (1808) no se establece cuál debe ser el tiempo máximo de detención, aunque sí recoge los supuestos de detención arbitraria (art. 132). Sin embargo, se regulaba un procedimiento especial para la detención por supuesta conspiración contra el Estado (8). Se nombraba una comisión compuesta por cinco senadores *cuando las personas presas no han sido puestas en libertad, o entregadas a disposición de los tribunales, dentro de un mes de su prisión* (art. 40). Esta junta recibía el nombre de Junta Senatoria de Libertad Individual, a la que podían recurrir los detenidos, familiares y representantes cuando hubiera transcurrido un mes desde la detención sin haber sido puesto en libertad (art. 41).

Si la Junta estimaba que el *interés del Estado no justificaba la detención prolongada por más de un mes*, hacía un requerimiento al ministro que mandó la prisión —de Policía General— para que se pusiera en *libertad a la persona detenida o la entregue a disposición del tribunal competente* (art. 42). Si después de tres requisitorias consecutivas, realizadas en el plazo de un mes, no se pusiera en libertad a la persona detenida o a disposición de los tribunales ordinarios la Junta pedía que se convocara el Senado, que si hubiera motivos haría la declaración siguiente: *Hay vehementes presunciones de que... está detenido arbitrariamente* (art. 43). El presidente comunicaba al Rey la resolución del Senado, la que se examinaba por una junta compuesta de los presidentes de sección del Consejo de Estado y cinco miembros del Consejo real (art. 43). Sobre este tema volveremos al tratar del derecho de *habeas corpus*, por su afinidad con esta garantía.

La Constitución de Cádiz (1812), que también recoge supuestos de detención arbitraria (art. 299), establece en su artículo 300 que *dentro de las «veinticuatro horas» se manifestará al tratado como reo la causa de su prisión, y el nombre de su acusador, si lo hubiere*. Tampoco con esta fórmula se garantiza el tiempo máximo de detención (9).

(7) *Diario de Sesiones del Senado*, núm. 43, de 24 agosto 1978.

(8) Disponía el artículo 134 de la Constitución de Bayona: "Si el Gobierno tuviera noticias de que se trama alguna conspiración contra el Estado, el ministro de Policía podrá dar mandamiento de comparecencia y de prisión contra los indiciados como autores y cómplices.

(9) Sin embargo, en el número undécimo del artículo 172 se recoge: "Sólo en el caso de que el bien y seguridad del Estado exijan el arresto de alguna persona, podrá el Rey expedir órdenes al efecto; pero con la condición de que dentro de «cuarenta y ocho horas» deberá hacerla entre-

La primera regulación concreta aparece en los Proyectos de Leyes Fundamentales de Bravo Murillo (1852), en lo referente a la Seguridad de las Personas, donde se establecía que los detenidos por la autoridad gubernativa debían ser entregados *al Tribunal competente, en el término de ocho días, contados desde la fecha en que la detención se verifique* (art. 7.º, p. segundo).

En la Constitución de la Monarquía Española (1869) ya se recoge de forma precisa esta garantía, al disponer su artículo 3.º: *Todo detenido será puesto en libertad o entregado a la autoridad judicial dentro de las «veinticuatro horas» siguientes al acto de la detención.*

*Toda detención se dejara sin efecto o elevará a prisión dentro de las setenta y dos horas de haber sido entregado el detenido al Juez competente.*

Esta misma fórmula es la que se va a mantener en todas las Constituciones posteriores. Así se plasma en el artículo 5.º del Proyecto de Constitución Federal de la República Española (1873), en la Constitución de la Monarquía Española de 1876 (artículo 4.º) y de la República Española de 1931 (art. 29).

La fórmula del Fuero de los Españoles (1945) era: *en el plazo de «setenta y dos horas», todo detenido será puesto en libertad o entregado a la autoridad judicial* (art. 18, p. segundo).

Se observa cómo el Fuero de los Españoles rompe con el sistema tradicional que ofrecía mayor garantía al detenido, ya que en el plazo de *veinticuatro horas* a partir del momento de la detención debía ser puesto en libertad o entregado a la autoridad judicial. Esta garantía es menor en el Fuero, pues eleva ese plazo a setenta y dos horas. Esta es, en definitiva, la postura de la Constitución, pues el declarar que *la detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos* apenas si tiene valor, pues la policía judicial siempre podrá argumentar que se llegó al límite de las setenta y dos horas en base a las investigaciones, que pueden extenderse al esclarecimiento de presuntos implicados. Sin embargo, siempre cabe la posibilidad de que los hechos queden suficientemente claros mucho antes de las setenta y dos horas, sin posibilidad de implicaciones.

### III. DERECHO CONSTITUCIONAL COMPARADO

Nuestro sistema es de los que ofrecen menos garantías para el detenido, aunque esto suponga mayor eficacia para el esclarecimiento de los hechos y, en definitiva, para la lucha contra la crimi-

---

*gar a disposición del tribunal o juez competente*". Vemos cómo este plazo de garantía se establece para los presuntos delincuentes políticos, en una época histórica que a escala mundial se estaba mitigando la dureza con que se les perseguía.

nalidad. El límite máximo que suelen establecer las Constituciones es el de las setenta y dos horas, como la española, aunque lo normal es que sea inferior.

En la Constitución mexicana (1917) se establece el plazo de tres días (10); en la Ley Fundamental de Bonn (1949) establece para la policía un plazo que no puede ir más allá del fin del día posterior a la detención (11); la Constitución de Portugal (1976) lo fija en cuarenta y ocho horas (12), mientras que en la de Bulgaria (1971) se reduce a veinticuatro (13), y en la de Venezuela (1961) se eleva a ocho días (14).

Pese a la importancia de esta garantía, no se recoge en todas las Constituciones, sino que se establece en el derecho positivo, así sucede, por ejemplo, en las Constituciones del Congo (1969), Guinea (1973), Cuba (1976) y la URSS (1977).

#### IV. DECLARACIONES INTERNACIONALES

*V Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente.*—El tema de la detención fue tratado de forma especial en este Congreso, celebrado en Ginebra en 1975. Se trató en varios de los documentos, uno de los cuales se refería al *Proyecto de principios sobre el derecho a no ser arbitrariamente detenido ni preso y enmiendas al mismo propuestas en el estudio del derecho a comunicarse*. Se establece en este Proyecto que nadie deberá ser detenido arbitrariamente (15). La detención será un medio excepcional, al que se recurrirá cuando no sea posible utilizar otros procedimientos (16) (17).

(10) Dispone el art. 19 de la Constitución de México que “ninguna detención podrá exceder del término de tres días”.

(11) En la Ley Fundamental de Bonn se establece que “por propia autoridad, la policía no podrá mantener a nadie bajo su custodia más allá del fin del día posterior al de la detención” (art. 104.2); “Toda persona detenida provisionalmente bajo la sospecha de acto delictuoso ha de ser llevada ante el juez lo más tardar al día posterior de la detención” (art. 104.3).

(12) Establece la Constitución portuguesa: “La prisión sin previa formación de causa se someterá, en el plazo máximo de cuarenta y ocho horas, a resolución judicial de validez o mantenimiento” (art. 28.1).

(13) Dispone el artículo 48.2 de la Constitución búlgara: “Nadie puede ser detenido más de veinticuatro horas si no es por decisión del tribunal o con sanción del fiscal”.

(14) En la Constitución venezolana se establece: “Las autoridades de policía que hayan practicado medidas de detención preventiva deberán poner al indiciado a la orden del correspondiente Tribunal en un término no mayor de ocho días” (disposición adicional sexta).

(15) A/CONF. 56/6; 56/7; 56/8 y 56/CRP.1.

(16) A/CONF. 56/CRP.1.

(17) Establece el artículo 1.º del Proyecto: “Nadie podrá ser arbitrariamente detenido o preso. La detención o la prisión será arbitraria cuando se efectúe: a) por motivos o conforme a procedimientos distintos de los prescritos por la ley, o b) conforme a lo dispuesto en una ley cuya finalidad sea compatible con el respeto al derecho del individuo a la libertad y a la seguridad de su persona”.

Solamente se detendrá cuando existan motivos racionales suficientes para creer que el sujeto ha cometido una infracción grave que está penada con privación de libertad por la ley (art. 5) (18). Salvo cuando se sorprende al sujeto en delito *in fraganti* será necesario mandamiento judicial, que se exhibirá a quien se pretende detener inmediatamente después de haberlo dispuesto así la autoridad judicial u otro funcionario autorizado por la Ley para ejercer funciones judiciales. En todo caso dicha autoridad debe llegar al convencimiento de que la detención es necesaria (arts. 6 y 7).

El plazo que se establece para la entrega del detenido a la autoridad judicial es de veinticuatro horas, plazo que solamente se podrá prorrogar por la autoridad judicial, en una sola prórroga, que no será superior a otras veinticuatro (art. 10). La duración del mandamiento judicial para la detención sólo tendrá validez para veinticuatro horas.

*Convención de Salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales* (1950).—Establece que *toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad* (art. 5.1). *Toda persona detenida o encarcelada... debe ser conducida inmediatamente ante un juez u otro magistrado habilitado* (art. 5.3).

*Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (1966).—Como en el caso de la Convención se condena la detención arbitraria (19). Tampoco se fija un plazo para la puesta a disposición de los detenidos a la autoridad judicial, aunque se establece la brevedad al disponer que «toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante el juez u otro funcionario autorizado por la Ley para ejercer funciones judiciales» (art. 9.3).

## V. DERECHO POSITIVO ESPAÑOL

### a) *Código penal.*

Después de la Constitución de 1869 los Códigos penales van a seguir el criterio mantenido en la misma.

Ya en el primero de nuestros Códigos, el de 1822, se regula el plazo de prisión preventiva, estableciéndose el de veinticuatro horas

(18) El artículo 3.º del Proyecto dispone: "La detención o la prisión de una persona sospechosa o acusada de una infracción deberá considerarse una medida excepcional. Siempre que sea posible, en vez de la detención o la prisión, se recurrirá al empleo de citaciones u otras medidas que no entrañen la privación de libertad. No obstante, la persona acusada que habiendo sido citada para comparecer a fin de responder de una acusación dejare de hacerlo sin causa justificada, podrá ser detenida y entregada inmediatamente a la autoridad competente".

(19) Dispone el Pacto Internacional: "Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias, salvo por las causas fijadas por Ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta" (art. 9.1).

para la presentación del detenido al juez competente (art. 244). Por su parte, el artículo 246 dispone que se comete *delito de detención arbitraria: Primero: cuando el juez, arrojando un individuo, no le recibe su declaración dentro de las veinticuatro horas.*

Cabe destacar de este último artículo, que recoge seis supuestos más de detención arbitraria y establece un sistema de pena del Talión para algunos casos, al disponer su inciso último que *el alcalde u otro funcionario público que por su parte incurra en este delito de detención arbitraria, perderá también su empleo, y será encerrado en la cárcel por otro tanto tiempo y con iguales prisiones que las que sufrió el injustamente detenido.*

En el artículo 299 de la Constitución de Cádiz se dice que el delito de detención arbitraria debe ser recogido en el Código criminal, cosa que se hace en el de 1822.

El plazo en el Código de 1848 hay que ir a buscarlo a la Ley Provisional para su aplicación (20).

El Código de 1870 recoge los principios de la Constitución de 1869 estableciendo el plazo de veinticuatro horas como límite máximo entre la detención y puesta del detenido a disposición judicial (art. 212). La detención tenía que ser por funcionario que no fuera autoridad judicial y por razón de delito.

Por otra parte, y en la misma línea de la citada Constitución, se castigaba a la autoridad judicial que no pusiera en libertad o decretara la prisión dentro de las setenta y dos horas siguientes a serle puesto a su disposición un detenido (art. 214.1).

El Código de 1928 se aparta del sistema, limitándose en el único artículo que dedica a los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra el ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución a declarar que serán «enumerados en la Ley o leyes especiales que al efecto se dicten» (art. 269). Sin embargo, en el artículo 856 —dentro de las disposiciones transitorias se dice que «continuarán en vigor y serán de aplicación los artículos 165, 167 al 174, 176, 181 al 203 y 204 al 235 del Código que ahora se deroga», aunque con una serie de modificaciones. Al quedar en vigor el artículo 212 del Código de 1870, que establecía el plazo de veinticuatro horas, este período siguió vigente.

Se vuelve en el Código de 1932 al sistema tradicional reflejado en el de 1870, en el artículo 200 se establece el plazo de veinticuatro horas para poner al detenido a disposición de la autoridad judicial, mientras que en el artículo 202.1 se recoge el de setenta y dos para que la autoridad judicial ponga en libertad o decreta la prisión. Estas mismas garantías se fijan en el Código de 1944, en sus artículos 186 y 188.1 respectivamente.

---

(20) En la Ley Provisional para la aplicación del Código penal de 1848, de 5-7-1849, se establece el plazo de veinticuatro horas, pudiendo llegar hasta tres días la detención gubernativa en base a la distancia y deficiencias en las comunicaciones, o por causa "irremediable" (Base 29,2.<sup>a</sup>).

Con el Fuero de los Españoles hay un cambio notable, ya que en el párrafo segundo de su artículo 18 se eleva a setenta y dos horas el plazo máximo para poner en libertad o entregar a la autoridad judicial a los detenidos. Recordemos que este plazo venía siendo de veinticuatro horas en los Códigos y Constituciones.

Para que el plazo de veinticuatro horas establecido en el artículo 186 no estuviere en pugna con el de setenta y dos establecido en el Fuero de los Españoles, se unificaron ambos plazos modificándose aquél artículo del Código penal, por Decreto de 24 de enero de 1963.

b) *Ley de Enjuiciamiento criminal.*

La fórmula de la Ley de Enjuiciamiento Criminal ha venido siendo el de las veinticuatro horas mantenidas por nuestro sistema constitucional y penal. Es tradicional el contenido del artículo 496 de aquella ley, que procede de la Ley de 1882, y establece:

*El particular, Autoridad o agente de policía judicial que detuviere a una persona en virtud de lo dispuesto en los precedentes artículos, deberá ponerla en libertad o entregarla al Juez más próximo al lugar en que hubiere hecho la detención dentro de las «veinticuatro horas» siguientes al acto de la misma.*

*Si demorare la entrega, incurrirá en la responsabilidad que establece el Código penal, si la dilación hubiere excedido de veinticuatro horas (21).*

También es tradicional el contenido del artículo 497, que impone al Juez o Tribunal la obligación de elevar la detención a prisión o dejarla sin efecto en el plazo de setenta y dos horas, a contar desde que le fue entregado el detenido, o cuando él mismo hubiera acordado la detención.

De lo anterior se desprende que, por lo menos para los supuestos en que se decrete por el Juez la libertad, interesa que la detención la haga éste, pues queda antes libre, ya que lo máximo que se puede consumir es un período de setenta y dos horas, mientras que siendo detenido por cualquiera de los recogidos en el artículo 496 el tiempo de pérdida de libertad puede ser doble. De todos modos, el delincuente prefiere ser detenido directamente por mandamiento del juez, y pasar a su presencia, que hacerlo antes la policía, ya que por considerar menos experto a aquél en materia de investigación criminal el riesgo de ser descubierto será menor.

En esta Ley se recogen más garantías en relación con el detenido. En el artículo 520 se dice que la detención se hará de forma *que perjudique lo menos posible a la persona y a la reputación del inculgado*. Por otra parte, en el párrafo primero del artículo 295 se

(21) Este plazo de veinticuatro horas ya se recogía en la Ley Provisional de Enjuiciamiento Criminal de 1872 (art. 388).

establece la obligación que tienen los funcionarios de la policía judicial de dar cuenta a la Autoridad judicial o al Ministerio fiscal, en el plazo de veinticuatro horas, de las diligencias que hubieren practicado. En caso de haber detenidos dar cuenta de ello estará incluido dentro del contenido de las diligencias. Esto, que en principio parece que no tiene importancia —ya que el artículo 496 obliga a entregar al detenido en ese plazo—, sí que la tiene, pues más adelante veremos la necesidad de que este artículo se modifique y se amplíe el plazo a setenta y dos horas, para estar acorde con el Código penal y la Constitución.

#### c) *Código de Justicia Militar*

En el Código de Justicia Militar los motivos de detención se recogen en los artículos 668 y siguientes. No se establece el tiempo que puede durar la detención, aunque el artículo 671 dispone que los detenidos se pongan inmediatamente a disposición del Juez instructor. Al no haber normas generales sobre los detenidos y presos, regirán como supletorias las de Derecho común (22). El Juez instructor a quien se entregue un detenido, decretará la libertad o prisión preventiva en el plazo máximo de cinco días (art. 672). La incomunicación, que puede decretarla el Juez tantas veces como crea oportuno, no podrá durar más tiempo que el necesario para evitar confabulaciones de los presuntos culpables entre sí o con personas extrañas (art. 687).

#### d) *Otros textos legales.*

El plazo de veinticuatro horas establecido en nuestro sistema constitucional y penal anterior al Fuero de los Españoles se recoge en el Reglamento provisional de la Policía Gubernativa de 1930. En su artículo 278 se establecía que los detenidos por razón de delito *no podrán permanecer en las Comisarias, más que el tiempo absolutamente indispensable*; en el artículo 526.7.<sup>a</sup> se disponía que las detenciones no podían durar más de veinticuatro horas *sin ser*

---

(22) Hay que entender, no obstante, que el Código de Justicia Militar ofrece la máxima garantía, al disponer la entrega inmediata de los detenidos. Sin embargo, en todo caso, habrá que tener en cuenta lo dispuesto en el Derecho común, que rige como supletorio, es decir, las setenta y dos horas. Se establece en su artículo 671 que “el detenido será puesto inmediatamente a disposición del Juez instructor” (p. primero), cuando la detención sea dispuesta por las Autoridades o Jefes facultados para ordenar la formación de las actuaciones judiciales; “se pondrá sin dilación al detenido a disposición de la Autoridad militar del lugar en que el hecho se hubiere realizado” (p. segundo), cuando la detención sea dispuesta por cualquier militar en caso de delito flagrante o por el Juez instructor del procedimiento.

*puestos los detenidos a disposición de la Autoridad competente* (23), mientras que en el 242 se recogía lo dispuesto en el artículo 295 de la L. E. Crim. sobre la obligación de comunicar a la Autoridad correspondiente, antes de transcurridas veinticuatro horas, de las diligencias, y en su párrafo segundo no se permitía la detención por simples faltas, en el mismo sentido que el artículo 495 de la L. E. Crim.

El plazo de veinticuatro horas se recoge también en el artículo 15 de la Ley de extradición de 26 de diciembre de 1958 (24).

En el texto refundido de la Ley de Contrabando y Defraudación de 11 de septiembre de 1953, se establecía en su artículo 66.2 el plazo de veinticuatro horas para poner a los detenidos a disposición del Presidente del Tribunal que sea competente para conocer de la infracción. Este texto queda derogado por la Ley de Contrabando de 17 de julio de 1964, en cuyo artículo 68.2 se mantiene el mismo criterio.

El plazo de setenta y dos horas se establece en la Ley de Orden Público de 30 de julio de 1959 (art. 12.2). En el Proyecto de Ley para su modificación parcial se sigue manteniendo el plazo de setenta y dos horas para las detenciones ordenadas por la autoridad gubernativa (artículo 10.2, c) (25) (26).

En el Decreto sobre Prevención del Terrorismo de 26 de agosto de 1975, se establecía el plazo de ciento veinte horas, es decir, de cinco días (art. 13). No obstante, este artículo quedó derogado por el Decreto-ley de 18 de febrero de 1976, que establecía la vigencia de dicho artículo por un año (27).

En la Ley de 4 de diciembre de 1978, de *medidas especiales en relación con los delitos de terrorismo cometidos por grupos armados*, se establece el plazo de setenta y dos horas para que los detenidos sean puestos a disposición del Juez competente (art. 2.º), mientras que prevé la posibilidad de que se pueda ampliar por siete

(23) Este texto se deroga por el Reglamento Orgánico de la Policía Gubernativa de 1-7-1975, que no se ocupa del tema, remitiéndose a la legislación general.

(24) Establece el art. 15 de la Ley de 26-12-1958, *sobre condiciones, procedimiento y efectos de la extradición*: "... las autoridades gubernativas redactarán el oportuno atestado, y en el plazo de veinticuatro horas siguientes pondrán al detenido, con los objetos y papeles que le hubieren sido ocupados, a disposición del Juez de Instrucción competente...".

(25) Véase *B. O. de las Cortes*, núm. 55, de 1 de febrero 1978).

(26) Sobre plazos de setenta y dos horas véanse: art. 263 de Ley de Régimen Local de 24-6-1955, y art. 47 del Estatuto de Gobernadores Civiles de 10-10-1958.

(27) Este período de cinco días había que considerarlo anticonstitucional, al ir contra las setenta y dos horas establecidas en el artículo 18 del hoy derogado Fuero de los Españoles.

días más, siempre que el Juez lo autorice (28), pudiendo éste revocar la autorización (29).

La Ley anterior, en su disposición final tercera, deroga el Real Decreto-ley de 30 de junio de 1978, sobre *medidas en relación con los delitos cometidos por grupos o bandas armados*, que también establecía el plazo de setenta y dos horas, con posibilidad de prórroga (30).

### *Discordancia entre la Constitución y textos legales.*

La situación actual se encuentra como sigue:

En el artículo 17.2 de la Constitución se establece el plazo de setenta y dos horas, lo mismo que el artículo 186 del Código penal, después de la reforma de 24-I-1963.

Se mantiene el plazo de veinticuatro horas en el artículo 496 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, así como el número 1.º del artículo 187 del Código penal.

Podría argumentarse en favor del artículo 496 de la L. E. Crim. donde se recoge el plazo de veinticuatro horas:

1.º Que no se opone a la Constitución, sino todo lo contrario, ya que da una garantía superior al detenido, al reducir el tiempo de detención. Sin embargo, entendemos que el texto constitucional hay que interpretarlo en sus límites reales, quedando claro que son setenta y dos horas. No hay obstáculo que se oponga a que se

---

(28) Establece el párrafo primero de esta Ley: "... No obstante, la detención gubernativa podrá prolongarse el tiempo necesario para los fines investigadores hasta un plazo máximo de otros siete días, siempre que tal prolongación se ponga en conocimiento del Juez antes de que transcurran las setenta y dos horas de la detención. El Juez, en el término previsto en el art. 497 de la L. E. Crim., denegará o autorizará la prolongación propuesta". Si tenemos en cuenta el plazo de setenta y dos horas que se establece en este artículo, la detención se puede prolongar más allá de las primeras setenta y dos horas.

(29) Dispone el párrafo 2.º del art. 2.º: "En cualquier caso, el Juez competente deberá tener conocimiento de la detención en los términos que señala el artículo 497 de la L. E. Crim., y podrá, en todo momento, requerir información y conocer personalmente la situación del detenido, pudiendo, en su caso, revocar la autorización de prolongación de la detención".

(30) En este Real Decreto-ley se establecía un plazo de setenta y dos horas para poner a los detenidos a disposición del Juez competente. Por otra parte, se preveía la posibilidad de prorrogar la detención gubernativa por el tiempo necesario para la investigación, siempre que lo autorice el Juez (art. 2.º). Sin embargo, en contra de lo que sucedía en el Decreto sobre Prevención del Terrorismo, que establecía un plazo máximo de diez días mediante autorización judicial, en el de Grupos o Bandas Armadas nada se decía, limitándose a establecer que "*podrá prolongarse el tiempo necesario para los fines investigadores*".

Esa prórroga resultaba excesiva y si bien va en beneficio de la investigación criminal y de la sociedad, consideramos atenta contra la garantía constitucional, máxime si se tiene en cuenta que la investigación puede durar meses.

aumenten las garantías, pero no que se impongan, entregando a la autoridad judicial los detenidos lo antes posible.

Finalmente, si el plazo de veinticuatro horas beneficia al detenido, perjudica la investigación sobre los hechos, lo que va en contra de los intereses de la sociedad.

2.º Concordancia entre el artículo 17.2 de la Constitución y el 186 del Código penal, ya que ambos establecen el plazo de setenta y dos horas. Sin embargo, es de veinticuatro en el artículo 496 de la L. E. Crim. para las detenciones efectuadas por «particular, Autoridad o agente de policía judicial».

Si tenemos en cuenta que en el artículo 186 del Código penal se hace referencia a la detención realizada por funcionario público, y que tienen tal condición tanto la autoridad como el agente de la policía judicial, resulta que el plazo de veinticuatro horas solamente regiría para las detenciones efectuadas por los particulares. Aunque esto no parece correcto, sin embargo, la situación no es tan alarmante si tenemos en cuenta que los particulares, aunque pueden detener conforme a lo dispuesto en el artículo 490 de la L. E. Crim., no tienen ninguna facultad para interrogar al culpable, por lo que se justifica que tengan a los detenidos setenta y dos horas. De todos modos hay que considerar derogado el plazo de veinticuatro horas establecido por la L. E. Crim. y debe entenderse que son setenta y dos, pues no puede estar en pugna con la Constitución que es norma preferente.

Otro plazo de veinticuatro y no de setenta y dos horas se encuentra en el número 1.º del artículo 187, que dispone: *El funcionario de prisiones o cualquier otro funcionario público que recibiere en calidad de detenido a cualquier persona y dejare de transcurrir veinticuatro horas sin ponerlo en conocimiento de la autoridad judicial*. No hay aquí razón alguna para ampliar el plazo, ya que el funcionario que recibe al detenido ha de ser el encargado de su custodia, no debiendo disponer de más tiempo para comunicarlo a la autoridad judicial.

Puede plantearse el problema de cuál es la responsabilidad del funcionario si ese plazo se prorroga por más tiempo, varios días, por ejemplo. Consideramos que la detención, una vez transcurridas las primeras veinticuatro horas sin haber hecho la comunicación, se convierte en ilegal y siendo responsable el funcionario que recibió al detenido. Habría que aplicar también las sanciones del artículo 184, en razón al tiempo transcurrido después de las primeras veinticuatro horas.

En el número 2.º del artículo 187 se establece la responsabilidad de los mismos funcionarios anteriores que no pusieren en *libertad al detenido que no hubiere sido constituido en prisión en las setenta y dos horas siguientes a la en que aquél hubiere puesto la detención en conocimiento de la autoridad judicial*.

Se plantea aquí la misma problemática que en el número primero del citado artículo, para los supuestos de no poner en libertad, como se establece en el número segundo, después de las setenta y

dos horas. Creo que la solución es la misma; es decir, habría que recurrir al artículo 184 (31).

### *Consumación del delito*

El término del plazo de las setenta y dos horas sin poner a disposición de la autoridad competente hay que entenderlo con el transcurso del tiempo material sin que la autoridad se haya hecho cargo del detenido, sin que esa presencia real pueda prolongarse, aunque sea posible alguna excepción.

No queda clara la situación en el Reglamento de los Servicios de Instituciones Penitenciarias con respecto del Código penal. Establece en su artículo 6.º: *Cuando por causa de imposibilidad o de urgencia, los agentes de la autoridad o la fuerza pública presentaran detenidos sin el mandamiento correspondiente, el Director del establecimiento los admitirá... dará cuenta inmediata a la autoridad correspondiente, a fin de que ésta libre el oportuno mandamiento de detención o de libertad, dentro de las veinticuatro horas siguientes al ingreso del detenido en la prisión, procediendo, en caso contrario, a poner en libertad al detenido* (art. 6.º).

No hay contradicción con el artículo 187.1 del Código penal, ya que en el R. S. I. P. lo único que se pide es el mandamiento para legalizar la situación del detenido.

El tema resulta más confuso en el párrafo primero del artículo 7.º al establecer que *si transcurrido el plazo de setenta y dos horas, conforme a lo dispuesto en el artículo 18 del Fuero de los Españoles (32), no se hubiera recibido en la prisión el oportuno mandamiento de libertad o de que el detenido sea entregado a la autoridad judicial, el Director lo recabará de la Autoridad que haya ordenado la detención*. Como se observa, aquí se habla del plazo de setenta y dos horas no como límite de responsabilidad, sino para posteriormente pedir el oportuno mandamiento, sin establecerse tampoco lo que sucede si pasan varios días sin que se pida o sin recibir contestación.

En cuanto a los supuestos de que transcurran las setenta y dos horas establecidas en el artículo 186, sin que el detenido se ponga a disposición de la autoridad competente se plantea el problema de si cabe la comisión de otro delito. En el artículo 184 se tipifican las detenciones ilegales cometidas por funcionarios públicos, que cuando no es superior a tres días la pena es de suspensión, que es la misma que se establece para la figura del artículo 186.

---

(31) CÓRDOBA RODA se muestra partidario de la aplicación del artículo 187, aunque considera que la solución no es fácil ni resulta satisfactoria, en *Comentarios al Código penal*, III, Barcelona, 1978, págs. 322-323; véase también RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español*, Parte Especial, Madrid, 1977, págs. 673 y ss.; VIVES ANTÓN y GIMENO SENDRA, *La detención*, Barcelona, 1977, págs. 41 y ss.

(32) Hoy habrá que entender conforme al plazo de setenta y dos horas establecido en el art. 17.2 de la Constitución.

La solución sería: transcurridas las primeras setenta y dos horas se aplicaría el artículo 186, pasado las mismas habrá que aplicar también el 184, en razón al tiempo que dure la detención, que se convierte en ilegal una vez superado el periodo de setenta y dos horas establecido en el artículo 186.

Ni en estos supuestos, ni en los del artículo 187.1, podrá aplicarse el tipo del 480, pues aquí el sujeto activo ha de ser un particular y allí funcionario.

### *Detención por delito*

El plazo de setenta y dos horas solamente se justifica para los supuestos de detención por razón de delito. La L. E. Crim. dispone que *no se podrá detener por simples faltas* (art. 495). Sin embargo, la propia Ley establece una excepción, ya que autoriza la detención por la simple comisión de faltas cuando el presunto reo *no tuviese domicilio conocido ni diese fianza bastante, a juicio de la autoridad o agente que intenta detenerle* (art. 495).

### *Detención de presuntos peligrosos*

En el Reglamento para la aplicación de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación social se dice que los casos de detención de sujetos en los que se consideren presuntos peligrosos, y para los supuestos en que se presuma que se adoptará por el Juez alguna medida cautelar privativa de libertad, la policía judicial *lo pondrá a disposición de dicha autoridad dentro del plazo legal* (art. 64.3). Este plazo hay que entender que es el de setenta y dos horas y se recoge en el artículo 80.2.

Para los supuestos de peligrosidad la situación no es tan clara como en el Código penal, que se habla de detener a una persona *por razón de delito*. Para los peligrosos es suficiente la presunción, lo que pone en peligro la garantía constitucional, en base a la falta de seguridad jurídica establecida en el artículo 9.3.

Cuando la detención se prolongue más de setenta y dos horas la responsabilidad no habrá que buscarla en el artículo 186 del Código penal, pues se ocupa de detenciones por razón de delito, sino que habrá de recurrirse al artículo 184, ya que la detención se convierte en ilegal al transcurrir aquel plazo.

El mismo criterio habrá que seguir para las detenciones amparadas en la Ley de Orden Público.

## III

## INFORMACION AL DETENIDO DE SUS DERECHOS Y RAZONES DE LA DETENCION

## I. DECLARACIÓN CONSTITUCIONAL

Establece el artículo 17.3 de la Constitución: *Toda persona detenida debe ser informada de forma inmediata, y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención.*

Se recogen dos garantías: a) razones de la detención, y b) ser informado de los derechos que asisten al detenido.

En los debates sobre la Constitución dentro del Congreso se propusieron varias fórmulas para fijar el momento en que al sujeto se le deben comunicar las razones de su detención. Se barajaron las de «*en el plazo más breve posible*», «*el plazo más corto posible*», «*de inmediato*», «*desde el momento de la detención*», «*de forma inmediata*» (33). No se le dedicó en el Senado atención especial al tema, aceptándose la fórmula aprobada en el Congreso, que fue la «*de forma inmediata*».

Consideramos que la fórmula que se mantiene es la más adecuada. Sin embargo, y a fin de conseguir el límite más óptimo de la garantía, estimamos que las razones de la detención deben comunicarse incluso antes de la detención, en un momento inmediatamente anterior, procediendo en el mismo acto, y sin romper la continuidad del mismo, a la detención. No olvidemos que a veces puede detenerse a una persona por error o por motivos no muy sólidos.

Lo que sí debe comunicarse *inmediatamente después de la detención*, son los derechos mínimos que le asisten, y que puede ejercitar en ese momento, precisamente por su situación de detenido. Esto, no obstante, sin perjuicio de que se completen una vez que el sujeto se encuentre en las dependencias policiales o ante el Juez, cuando sea éste quien ordenó la detención.

## II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

De este tema no se ha ocupado apenas nuestro sistema constitucional anterior. Cabe destacar lo establecido en la Constitución de Bayona (1808) que con referencia a los requisitos necesarios para practicar la detención se exige que se *explique formalmente el motivo de la prisión y la ley en virtud de la que se manda* (artículo 128). No obstante, esta formalidad se precisa para el que va a efectuar la detención sin que se determine que quien la practica

---

(33) Véase *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, número 70, 19 de mayo de 1978.

dé cuenta al detenido, aunque cabe la posibilidad de que se haga en algún caso.

En la Constitución de Cádiz (1812) ya se recoge de forma concreta al disponer su artículo 300 que dentro de las veinticuatro horas posteriores a la detención se *manifestará al tratado como reo la causa de su prisión*.

Las Constituciones posteriores no se ocupan del tema, tal vez por considerar suficiente la regulación en las leyes de contenido procesal. A partir de la Constitución de la Monarquía española de 1869, y al tratar de la garantía de que toda detención se dejará sin efecto o se elevará a prisión en el plazo de setenta y dos horas de la entrega del detenido al juez competente, se establece que la resolución que al respecto se dicte se notificará al interesado dentro del mismo plazo, lo que tampoco resuelve la situación (34).

### III. DERECHO CONSTITUCIONAL COMPARADO

La misma falta de regulación de estas garantías que vimos se aprecia en el sistema constitucional histórico patrio se observa en el campo internacional. Son muy pocas las Constituciones que se ocupan de estos derechos.

Lo encontramos en la Ley Fundamental de Bonn (1949), al disponer que toda persona sospechosa de haber cometido un delito debe ser puesta a disposición judicial lo más tardar al día siguiente de la detención, *debiendo el juez comunicarle las causas de la detención, interrogarla y darle oportunidad para formular objeciones* (art. 104.3). Sin embargo, la información de los motivos de la detención se pospone a la autoridad judicial, no estableciéndose para la policía. No obstante, hay que tener en cuenta los supuestos en que el Juez ordena la detención.

En todo caso consideramos que ha de ser la propia persona que va a efectuar la detención quien debe comunicar al detenido las razones de la misma, sin perjuicio de que el Juez lo corrobore.

También se recoge en la Constitución portuguesa (1976), que en su artículo 28.1 mantiene una fórmula parecida a la alemana: *El juez debe conocer las causas de la detención y comunicarlas al detenido, interrogar a éste y darle oportunidad para que se defienda*. Aquí también se remite a la información del juez. Sin embargo, en el artículo 27.4 se establece: *Toda persona privada de libertad deberá ser informada en el más breve plazo de las razones de su prisión o detención*.

De todas formas, las constituciones, que ya son remisas en materia de comunicar las razones de detención, lo son mucho más en el momento de indicar que al detenido debe comunicársele cuáles son los derechos que le asisten.

---

(34) Véase art. 501 de la L. E. Crim.

## IV. DECLARACIONES INTERNACIONALES

Estos dos derechos constitucionales son un logro de los organismos internacionales en los últimos años, por lo que habrá que esperar su incorporación en las constituciones que se elaboren en lo sucesivo. Nos demuestra esto el que no se recojan en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (10-12-1948).

*Convención de Salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales* (1950).—Establece esta Convención que *toda persona detenida debe ser informada, en el espacio más corto y en un idioma que comprenda, de las razones de su detención y de cualquier acusación de que sea objeto* (art. 5.2).

No se establece aquí el momento exacto en que el detenido deba ser informado. Sin embargo, al no hacer referencia al Juez, ha de entenderse que debe comunicar las razones de la detención la propia persona que detiene, y en cuanto sea posible. Puede ocurrir que quien practica la detención no pueda informar, por recibir órdenes de un superior o del juez, lo que no es correcto, pues quien realiza una detención debe conocer los motivos.

*Pacto Internacional de derechos civiles y políticos* (1966).—Dispone el artículo 9.2 de este Pacto que *toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella*.

Esta declaración llega al límite de cuándo debe informarse al detenido, que ha de ser precisamente en el momento de la detención. También debe informarse de las acusaciones formuladas contra el mismo.

Pese a que se recoge el derecho a que se comuniquen los motivos de la detención, no se ocupa de establecer el principio a ser informado el detenido de los derechos que le asisten.

*V Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente* (1975).—El tema que nos ocupa fue tratado en este Congreso de forma amplia, aunque sólo a efectos de estudio y de recomendación a los países.

La propia Secretaría preparó un documento bajo el epígrafe de «*Proyecto de principios sobre el derecho a no ser arbitrariamente detenido ni preso y enmiendas al mismo propuestas en el estudio del derecho a comunicarse*» (35), del que cabe destacar lo siguiente:

— «*Todo detenido será informado al tiempo de la detención de las razones de ésta y será prontamente notificado de los cargos formulados en contra suya*» (art. 9).

Se garantiza el derecho a ser informado de los motivos de la detención, así como de los cargos que se le formulen (36). La

(35) A/CONF. 56/CRP.1.

(36) Dispone el artículo 9: «*Todo detenido será informado al tiempo de la detención de las razones de ésta y será prontamente notificado de los cargos formulados en contra suya*».

notificación de lo primero será inmediata y la referente a los cargos de forma rápida. Se deduce del texto que quien procede a la detención ha de ser quien informe, por lo que, aunque sea ordenada su conducta por un tercero legalmente autorizado, debe conocer los motivos de la detención para comunicarlo al detenido en el momento mismo de la detención.

— «*Toño detenido o preso, inmediatamente después de ser privado de libertad, deberá ser informado de todos sus derechos y obligaciones y de la manera de hacer valer esos derechos*» (art. 17).

También este artículo es preciso en cuanto al momento en que deben comunicarse los derechos, y, es más, la forma de ejercitarlos. Este último aspecto no es recogido por nuestra Constitución, y aunque se puede interpretar que dentro de la información de los derechos cabe subsumir su forma de ejercicio, no se deduce así del texto constitucional.

En el artículo 17 citado se llega a más, pues se impone a la autoridad judicial y a cualesquiera otros funcionarios competentes la obligación de seguir informando de los derechos y obligaciones en cada fase de las actuaciones. Tampoco esto se recoge en la Constitución española. De todas formas, no consideramos que un texto constitucional deba ser tan meticuloso, por lo que damos por válida la declaración constitucional española, que, por otra parte, dispone que deben *ser informados de la acusación formulada contra ellos* (art. 24.2).

#### IV. DERECHO POSITIVO ESPAÑOL

Los derechos que se vienen exponiendo no se recogían en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, distando mucho de la fórmula establecida en el artículo 17.3 de la Constitución. La regulación era insuficiente (37), aunque tras la reforma de aquél texto legal por Ley de 4 de diciembre de 1978 (38), se establece en el párrafo primero del artículo 520: «... Todo detenido o preso debe ser informado, desde luego y en términos claros y precisos, de modo que le sean comprensibles, de las causas que han determinado su detención y de los derechos que le asisten».

Cabe destacar que en esta reforma de la L. E. Crim. incluso se

---

(37) Dentro del Capítulo II del Título VI del Libro II, que se ocupaba de la detención, no había ninguna declaración en este sentido. El contenido de los arts. 302 y 501 era insuficiente. El párrafo primero del artículo 302 queda ahora, tras la reforma de 4-12-1978, como sigue: "Las partes personadas podrán tomar conocimiento de las actuaciones e intervenir en todas las diligencias del procedimiento".

(38) Por Ley 53/1978, de 4 de diciembre, se modifican los artículos 23, 37, 53, 118, 302, 311, 333, 520 y 522 de la L. E. Crim. y se deroga el art. 316 de la misma. Hemos de señalar que esta Ley, como en otras disposiciones que modifican textos legales relacionados con materias penales, aparecen publicadas sin un preámbulo que justifique el cambio de orientación legislativa.

cambia la rúbrica del Capítulo IV, Título VI del Libro Segundo, que antes figuraba bajo el epígrafe «Del tratamiento de los detenidos y presos» y ahora se sustituye por la «Del ejercicio del derecho de defensa, de la asistencia de Abogado y del tratamiento de los detenidos y presos».

La Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social, para determinados supuestos de medidas cautelares como pueden ser la detención o internamiento preventivo, dispone en el párrafo cuarto del artículo 19 que desde el momento en que se adopte alguna de estas medidas, *el presunto peligroso será instruido de sus derechos*. Sin embargo, no se hace referencia a la comunicación de los motivos que justifican la detención.

## V. COMENTARIO

*Razones de la detención.*—Es una realidad que en muchos casos la policía judicial no ha comunicado al detenido los motivos de la detención, cosa que normalmente tampoco puede hacer cuando es ordenada por la autoridad judicial, pues en la orden de detención no se especifican o se hace de forma incompleta. Por ello hay que aplaudir la declaración constitucional, y en lo sucesivo toda orden de detención debe contener los motivos que la justifican, para así comunicarlos a quien se va a detener.

En el mandamiento para llevar a cabo el auto de prisión se recoge el delito que da lugar al procedimiento (art. 505, p. segundo, L. E. Crim.), lo que es insuficiente.

La policía en ocasiones no comunica al detenido los motivos por considerar que de hacerlo puede perjudicar la investigación criminal, pues a veces supone alguna ventaja para el presunto delincuente, que se defenderá mejor ante las preguntas que se le hagan. De todas formas, esto no justifica que no se le informe de unos y otros derechos, pues lo exige la Constitución.

Tampoco el Juez informa siempre al detenido, ya que no en todos los supuestos ve al sujeto, que suele quedar bajo el control del personal administrativo, que tampoco informan en todos los casos. Desde ahora hay que hacerlo.

Siempre debe informar quien detiene, generalmente la policía judicial, a la que se le debe comunicar previamente las razones de la detención, cuando no lo haga por iniciativa propia.

### b) *Derechos del detenido.*

En los debates parlamentarios hubo acuerdo desde un principio sobre este tema, aunque no se hace referencia a qué derechos son los que le asisten. De todos modos, tampoco la Constitución puede hacer una relación de tales derechos, aunque recoja los fundamentales.

Al sujeto debe comunicársele su situación de detenido, lo que

lleva consigo, conforme al artículo 17.3 de la Constitución, la asistencia de una serie de derechos. El tema a dilucidar es cuándo se le deben comunicar y cuáles son.

En todo caso la notificación de derechos ha de hacerse de forma clara, para que el detenido la pueda comprender. Si se trata de un extranjero debe hacerse mediante intérprete, si quien detiene no conoce el idioma de aquél o el extranjero no entiende el castellano. Estas situaciones pueden resolverse, en principio, llevando quien va a detener los derechos recogidos en un documento escrito; esto justifica la conveniencia de que en las Comisarías de policía y Juzgados existan tales escritos en diversos idiomas. También se ha de indicar al detenido la forma en que puede ejercer los derechos que le asisten.

Todos los detenidos serán tratados por igual, sin que pueda haber excepciones por razones de sexo, idioma, religión, raza, ideas políticas o situación económica o social (39).

*Derechos anteriores a la detención.*—Consideramos que hay un derecho que asiste al sujeto que va a ser detenido. Quien ha de proceder a la detención, una vez comunicada las razones de la misma, debe escuchar las alegaciones del sujeto, de lo que puede resultar:

— Que en los casos de que la detención se vaya a realizar por iniciativa propia de quien le va a practicar decida no realizarla, por aclararse situaciones para él desconocidas.

— Cuando es ordenada por la autoridad correspondiente, el agente que la va a practicar, escuchadas las alegaciones, puede ponerse en contacto con la autoridad para ver si decide un cambio de criterio.

Puede ocurrir que la posible detención se posponga a determinadas averiguaciones o que la situación se convierta en una simple presencia ante la autoridad que ordenó la detención, pudiendo mantener su criterio inicial o desistir.

Hay que evitar las detenciones por error o dudosas, que llevan a una puesta de libertad inmediata, pues estas situaciones perjudican al detenido, tanto en el sufrimiento psíquico como en la trascendencia social.

*Derechos en el momento de la detención.*—Inmediatamente después de la detención el sujeto debe conocer los derechos que puede ejercitar desde ese momento, incluso antes de salir de su domicilio, en el supuesto de que se le detenga en el mismo. Estimamos que quien practica la detención debe comunicar al detenido los siguientes derechos:

— Momento en que la detención se materializa a efectos de comenzar a correr el plazo de las setenta y dos horas establecido

---

(39) Establece el párrafo primero del art. 520 de la L. E. Crim. tras la reforma de 4-12-1978: "La detención, lo mismo que la prisión provisional, deben efectuarse de la manera y en la forma que perjudiquen lo menos posible a la persona y a la reputación del inculpado".

en el artículo 17.2 de la Constitución. No caben ambigüedades; la situación ha de ser clara y motivada, para lo que se deberá observar lo dispuesto en los artículos 489 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

— Se le comunicará el lugar donde va a ser trasladado.

— Autoridad o agente de la misma que ordena o practica la detención. Por supuesto que previamente a la misma el sujeto se ha de identificar y demostrar que se encuentra capacitado para poder realizarle.

— Podrá comunicar con algún familiar o conocido, de forma oral o escrita, para participarle la situación y el lugar donde será trasladado. Son lamentables las situaciones que a veces se han producido al detener a una persona y no dejarle comunicar con familiares y amigos, por lo menos durante las primeras horas. Es cierto que esto puede perjudicar la investigación criminal, pero esa razón no justifica que los más allegados al detenido no conozcan lo ocurrido y dónde se le puede encontrar (40) (41).

— Podrá tomar algunos enseres personales, cuando la detención se produzca en el lugar de residencia, por si se prolonga o incluso se convierte en prisión.

Hay otros dos derechos constitucionales que también debe conocer y poder ejercitar desde el primer momento y que se encuentran recogidos en el citado artículo 17.3 de la Constitución, y son:

— No puede ser obligado a declarar. Esto es importante para que el detenido se abstenga o no de contestar a las preguntas que le hiciera la persona o personas que proceden a su detención —lo normal es que la detención se practique por dos o más personas, depende de la peligrosidad que puede ofrecer el sujeto— y que pueden formar parte de un interrogatorio.

Hay un derecho intermedio entre la detención y puesta a disposición de la autoridad que ordenó la misma o el traslado a las dependencias correspondientes, cuando se hace por iniciativa propia. Debe procurarse en todo caso, tanto en la detención como en el traslado, ocasionar las menores molestias posibles al detenido, así como procurar que la situación no trascienda al mundo circundante del sujeto. Una detención o traslado llevada a cabo de forma incorrecta —cuando se pueda evitar— que perjudique el crédito del detenido, puede dar lugar a un delito de injurias. Ya se apuntó que el artículo 520 de la L. E. Criminal establece que la detención se hará de forma *que perjudique lo menos posible a la persona y reputación del inculpado*.

(40) Este derecho se recoge en la Ley Fundamental de Boon (1949), al disponer: "De toda decisión judicial que ordene o prolongue una privación de libertad ha de informarse sin demora alguna a un familiar del detenido o a una persona de su confianza" (art. 104.4).

(41) En el párrafo 5.º del art. 520, tras su nueva redacción, por Ley de 4-12-1978, se establece: "Asimismo, desde el momento de su privación de libertad, la persona afectada tendrá derecho a que se comunique al familiar o la persona que desee el hecho de su detención, el lugar de custodia..."

Sin perjuicio de tener en cuenta que el Derecho penal protege el honor de los presuntos culpables igual que el de los ciudadanos honrados, a veces se demuestra la inocencia del que en principio se consideraba culpable, o no se pudo demostrar su participación en el delito, lo que a la postre viene a suponer prácticamente lo mismo. Recordemos lo que dispone la *Declaración Universal de Derechos Humanos* de que *toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad* (art. 11.1); en el mismo sentido se pronuncia el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (art. 14.2), la *Convención de Salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales* (art. 6.2) y la propia Constitución española que establece la *presunción de inocencia* (art. 24.2) (42).

Por otra parte, ese traslado se ha de hacer sin demora, a fin de que se resuelva su situación lo antes posible. En este sentido se pronuncia el Pacto Internacional citado (43).

*Derechos posteriores a la detención.*—Nos referimos aquí a los derechos que deben ser comunicados al detenido cuando se encuentre a disposición de la autoridad que ordenó su detención o a quien incumba iniciar las primeras diligencias.

Parece necesario, para evitar la comunicación de alguno de ellos, o que se haga de forma incompleta, que al detenido se le entregue por escrito cuáles son los derechos que pueda ejercitar y la forma de hacerlo. Esto es lo más cómodo y más seguro, e impide todo tipo de discriminación. Se redactarán en varios idiomas, para poder atender de la misma forma a los extranjeros, que son quienes más dificultades pueden presentar, sobre todo en los primeros momentos.

Aunque es menos necesario, tampoco sería inoportuno que se hiciera con los derechos que consideramos deben comunicarse inmediatamente después de la detención, o que en un principio se le hiciera entrega del escrito conteniéndolos todos. Habrá quien piense que esto es absurdo, pues no se puede esperar a que el detenido los lea completos. Sin embargo, se le pueden leer los que apuntamos, son más urgentes, lo que evita el olvido de alguno; con el papel en la mano el detenido puede ir informándose de su contenido mientras se le traslada o cuando queda en alguna dependencia

---

(42) Los antecedentes se encuentran en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789), en cuyo art. 9.º se establecía que toda persona se presumía inocente hasta que fuera declarada culpable".

(43) Se establece en el Pacto que "Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario..." (art. 9.3); En el *Proyecto de Principios sobre el derecho a no ser arbitrariamente detenido...*, cit. (A/CONF.56/CRP.1) se dice que "el detenido será entregado prontamente, y en todo caso dentro de las veinticuatro horas siguientes..." (art. 10); ya se apuntó que en el Código de Justicia Militar español se establece que el detenido será puesto "inmediatamente a disposición del juez instructor", o "sin dilación al detenido a disposición de la Autoridad militar del lugar en que el hecho se hubiere realizado" (art. 671).

policial o de un juzgado, no olvidemos que a veces están cerrados varias horas antes de que se les tome declaración. Por otra parte, esto sirve para tranquilizar al presunto culpable, al darse cuenta que no se encuentra desamparado ante la justicia.

Parte de los derechos que han de comunicarse al detenido se encuentran en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Sin embargo, habrá que indicar:

a) Los recogidos en la propia Constitución:

— La detención preventiva no podrá durar más que el tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos (art. 17.2). Esto permite que el detenido resuelva colaborar o no con la investigación de los hechos, aunque no tengan obligación de hacerlo.

— No podrán transcurrir más de setenta y dos horas sin ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial (art. 17.2). Ya se apuntaron las diferencias que hay con el artículo 496 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que establece el plazo de veinticuatro horas. Ha de prevalecer el de setenta y dos por ser de rango superior el texto constitucional.

— No puede ser obligado a declarar (art. 17.3). Esto se encuentra recogido en la L. E. Crim. (art. 392), aunque no de forma tan explícita (44).

— Asistencia de abogado (art. 17.3), que se regula en el artículo 520 de la L. E. Crim. tras su reforma por Ley de 4 de diciembre de 1978 (45).

— Procedimiento de «habeas corpus» (art. 17.4), para los supuestos de detención ilegal.

— A ser informado de las acusaciones formuladas contra ellos (art. 24.2).

b) En la Ley de Enjuiciamiento Criminal se recogen otros derechos, entre los que cabe destacar:

— En el término de setenta y dos horas de estar el detenido a disposición de la autoridad judicial, se le pondrá en libertad o se elevará la detención a prisión (art. 497).

— La incomunicación de los detenidos sólo podrá durar el tiempo absolutamente preciso para evacuar las citas hechas en las indagatorias, sin que por regla general deba durar más de cinco días (art. 506, p. primero).

— Se permitirá la visita de un ministro de su religión, médicos, parientes o personas que estén en relación de intereses, siempre que no afecten al secreto y éxito del sumario (art. 523).

---

(44) Establece el párrafo 1.º del art. 392 que "cuando el procesado rehusare contestar o se finja loco, sordo o mudo, el Juez instructor advertirá que, no obstante su silencio y su simulada enfermedad, se continuará la instrucción del proceso".

(45) Véanse arts. 384 y 523 de la L. E. Crim.

— Pueden escribir a los funcionarios superiores del órgano judicial (art. 524).

— Se prohíben los interrogatorios prolongados cuando el procesado haya perdido la serenidad del juicio para contestar a las preguntas que se le hagan (art. 393).

### *Consideración final*

En ocasiones habrá dificultades en poder poner en conocimiento del detenido cuáles son sus derechos, por lo menos los que consideramos más inmediatos y que deben comunicársele nada más practicarse la detención. A veces habrá dificultades por el tipo de delito cometido, alarma producida y peligrosidad del sujeto. No será posible cuando la detención se efectúe por los particulares, conforme a lo establecido en el artículo 490 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Esta es una razón que justifica la necesidad de una regulación especial para las detenciones practicadas por los particulares, en el sentido de que deberán entregar al detenido a autoridades o funcionario capacitado para hacerse cargo en el plazo más breve posible, incurriendo en responsabilidad cuando se demuestre que no se hizo así.

## IV

### FACULTAD DEL DETENIDO PARA NO DECLARAR

#### I. DECLARACIÓN CONSTITUCIONAL.

En relación con las personas detenidas establece la Constitución: *no pudiendo ser obligado a declarar* (art. 17.3). Más adelante se recoge también el derecho *a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia* (art. 24.2).

Mientras los derechos del último de los artículos reseñados aparecen ya en el Anteproyecto de Constitución, no ocurre lo mismo con la declaración del artículo 17.3.

#### II. ANTECEDENTES.

Nos encontramos ante otra declaración que carece de antecedentes en nuestro sistema constitucional y casi lo mismo sucede en el internacional, siendo excepcionales las constituciones que se ocupan del tema. Lo hace la de México (1917), donde se establece que el acusado *no podrá ser compelido a declarar en su contra* (art 20.2).

Se ocupa también de esta garantía el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (46) y las propias Naciones Unidas (47).

La declaración del artículo 17.3 —sin perjuicio de lo establecido en el 24.2— hay que entenderla válida para todas las fases del proceso (48).

Con esta nueva fórmula, la negativa del sujeto a declarar va a impedir el esclarecimiento de los hechos y, en definitiva, la investigación criminal. La policía judicial y la propia preparación de los jueces ha de ser, de ahora en adelante, mucho más técnica de lo que ha venido siendo. El resultado no creemos sea muy positivo ante el abandono en que se encuentra la Criminología en nuestro país.

Aunque no tenga ningún valor legal, la negativa a declarar del detenido habrá que interpretarla de alguna forma. Lo normal es que quien no ha participado en la comisión de un hecho delictivo así lo manifieste. Sin embargo, la negativa cerrada a contestar a cualquier pregunta que se le haga puede poner en duda la inocencia del sujeto. En relación con este tema queremos recoger aquí lo siguiente:

*Las Judges' Rules*, formuladas en 1912 y 1918, regían en Inglaterra y Gales y obligaban a los oficiales de la Policía judicial a realizar a los sospechosos que iban a ser interrogados las siguientes advertencias: 1.º *No está usted obligado a hacer declaración, pero si quiere decir algo se podrá hacer constar por escrito lo que diga y utilizarlo como prueba*, y 2.º *¿Quiere usted decir algo? No está usted obligado a hacer una declaración, pero si quiere decir algo, todo lo que se diga se hará constar por escrito y podrá utilizarse como prueba*.

Se llegó a la conclusión de que este sistema beneficia al delincuente, pues esas advertencias sirven para animar al sospechoso a que no declare. Por ello, en 1964, la *Comisión de Revisión del Derecho penal*, creada en 1959, propuso que se sustituyeran las reglas apuntadas anteriormente por las siguientes: *Ha sido usted inculgado... Si existe un hecho cualquiera que tenga usted intención de invocar para su defensa ante el tribunal, se le aconseja que lo indique desde ahora. Si usted dejase de mencionar semejante hecho hasta la audiencia, sus declaraciones podrían parecer entonces menos creíbles, lo cual podría tener lamentables consecuencias so-*

---

(46) Se establece en el Pacto que el acusado no puede ser obligado a declarar contra sí mismo ni a confesarse culpable (art. 14.3, g).

(47) En el Documento de las Naciones Unidas (A/CONF.56/CRP.1) se recoge lo siguiente: *Nadie podrá ser obligado a declarar en contra de sí mismo. Antes de que el detenido o preso prestare su declaración o fuere interrogado, será informado de su derecho a negarse hacer cualquier declaración* (art. 25).

(48) En la L. E. Crim. se establece en relación con los procesados que cuando rehusaren contestar "el instructor le advertirá que, no obstante su silencio, se continuará la instrucción del proceso" (art. 392, párrafo 1.º).

bre todo su caso. Si usted desea mencionar un hecho ahora y si usted desea que conste por escrito, así se hará (49).

### III. INTERROGATORIO JUDICIAL Y POLICIAL.

Con relación al interrogatorio policial se planteaba el problema, antes de la reforma de la L. E. Crim. de 4 de diciembre de 1978, de si la policía estaba facultada para interrogar o no (50), ya que nada se decía al respecto (51). Sin embargo, ahora no hay duda, pues mientras en el artículo 17.3 de la Constitución se establece que se «garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la ley establezca», en el párrafo tercero del artículo 520 de la L. E. Crim., en su actual redacción, se hace referencia al interrogatorio, que se refiere tanto al policial como al judicial.

No se recoge en el Reglamento Orgánico de la Policía Gubernativa, ni en la Ley de Policía, la forma en que debe realizarse el interrogatorio policial. Tampoco se regula de forma concreta en la L. E. Crim., aunque se establezcan ciertas directrices y garantías. Por otra parte, queremos aclarar el error que se aprecia en la opinión pública de que la investigación criminal queda a cargo de la policía, cuando también es función de la propia autoridad judicial.

Ante la falta de unos principios que regulen el interrogatorio policial y la investigación criminal, la policía observará por lo menos las garantías recogidas en la Constitución y las que se establecen en la L. E. Crim. para la actuación judicial. No se debe olvidar que la policía normalmente interviene con sospechosos, no con sujetos convictos y confesos, resultando con frecuencia inocentes o que no se consiga nada positivo en el interrogatorio

(49) Véase KARUNATILEKE, K.: "Las Judges' Rules y las enmiendas propuestas por la Comisión de Revisión del Derecho Penal, en *Revista Internacional de Policía Criminal*, agosto, 1973.

(50) Gimeno Sendra dice que "del régimen establecido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal resulta que no existe un derecho de los funcionarios de la policía judicial a interrogar al detenido, pues la Ley sólo confía el mismo al Juez Instructor", en *La detención*, cit., pág. 87.

(51) Estimamos que la policía siempre ha estado facultada legalmente para interrogar. Pese al carácter de denuncia que se reconoce en la L. E. Crim. a los atestados policiales o de declaración testimonial a las demás declaraciones presentadas (art. 297), sin embargo, la facultad de interrogar había que deducirla del artículo 282, donde se establece para la policía judicial la obligación de "averiguar los delitos que se cometieren en su territorio o demarcación; practicar, según sus atribuciones, las diligencias necesarias para comprobarlos y descubrir a los delincuentes..., poniéndolos a disposición de la autoridad judicial". Misiones parecidas se recogen en el artículo 2.º del Reglamento Orgánico de la Policía Gubernativa de 17-5-1975 y en el 126 de la propia Constitución. Mayor contenido tiene el artículo 9.º, b) de la Ley de Policía de 4 de diciembre de 1978, donde también se atribuyen funciones preventivas a la policía, para lo que son necesarios criminólogos.

e investigación criminal. En ocasiones, por puro azar —o por prepararlo un tercero—, concurren una serie de indicios que acusan a alguien como autor de un delito, cuando en realidad no es así.

Hay que recordar, por otra parte, lo dispuesto en la L. E. Crim.: *En todo caso, los funcionarios de la policía judicial están obligados a observar estrictamente las formalidades legales en cuantas diligencias practiquen, y se abstendrán, bajo su responsabilidad, de usar medios de averiguación que la ley no autorice* (art. 279, p. último).

Con respecto a la actividad del Juez en el interrogatorio e investigación criminal, cabe destacar —dentro de la Ley de Enjuiciamiento Criminal— lo siguiente:

1. En relación con el sumario, la falta de celo y actividad en la formación de éste lleva consigo la responsabilidad disciplinaria de los Jueces de instrucción y de los municipales en su caso (art. 325).

2. En la inspección ocular el Juez instructor o el que haga las veces recogerá los vestigios o pruebas materiales y los conservará para el juicio oral si fuese posible (art. 326), se establecen las medidas que ha de adoptar en los delitos de robo o de cualquier otro cometido con fractura, escalamiento o violencia (art. 328), así como en los que queden vestigios (artículo 330).

3. En relación con el cuerpo del delito, el Juez instructor procurará recoger en los primeros momentos las armas, instrumentos o efectos de cualquier clase que puedan tener relación con el delito... (art. 334); siendo habida la persona o cosa objeto del delito, el Juez instructor describirá detalladamente su estado y circunstancias, y especialmente todas las que tuviesen relación con el hecho punible (art. 335); pedirá la colaboración de peritos o de médicos forenses cuando sea necesario (arts. 336 y sigs.).

4. En los artículos 368 y siguientes se recogen las diligencias que el Juez debe practicar para la identidad del delincuente y de sus circunstancias personales.

5. En el interrogatorio a los procesados el Juez hará que presten cuantas declaraciones considere convenientes para la averiguación de los hechos (art. 385); las preguntas serán directas, sin que por ningún concepto puedan hacerse de un modo capcioso o sugestivo (art. 389). Tampoco se podrá emplear con el procesado género alguno de coacción o amenaza (art. 389); se pondrán de manifiesto al procesado todos los objetos que constituyan el cuerpo del delito o lo que el Juez considere conveniente, a fin de que los reconozca. Se le interrogará sobre la procedencia de dichos objetos, su destino y la razón de haberlos encontrado en su poder; y *en general será siempre interrogado sobre cualquier otra circunstancia que conduzca al esclarecimiento de la verdad* (art. 391); si el procesado rehúsa contestar se continuará la instrucción del proceso (art. 392); la confesión del procesado no exime al Juez de continuar las investigaciones para determinar la verdad de la confesión, la existencia del delito y su participación (art. 406); el inte-

rrogatorio se suspenderá, concediendo al procesado el tiempo necesario para descansar y recuperar la calma, cuando el mismo hubiere perdido la serenidad de juicio para contestar a lo demás que se le preguntare (art. 393).

6. También se recoge en la L. E. Crim. la forma en que el Juez debe tomar declaración a los testigos (arts. 410 y ss.), a quienes tampoco se podrán hacer preguntas capciosas ni sugestivas, ni se empleará la coacción, engaño, promesa o artificio alguno para obligarles o inducirles a declarar en determinado sentido (artículos 439, 709 y 721).

7. En el artículo 286 se establece que cuando el Juez de instrucción o el municipal se presentaren para formar el sumario, la autoridad o agente de policía que estuviere interviniendo cesarán en la instrucción de diligencias, que entregarán al Juez, así como todos los efectos recogidos relativos al delito y si hubiere detenidos los pondrá a su disposición.

De todo lo anterior se desprende la participación del Juez en la Investigación criminal, labor que no incumbe solamente a la policía judicial (52). Por esta razón, y teniendo en cuenta que el Juez no recibe en España una preparación especial con respecto de esta misión, caben dos soluciones: a) instruirlo adecuadamente en el terreno criminológico, para que se encuentre capacitado en la investigación criminal, b) crear una verdadera policía judicial, en la que pueda confiar el Juez, por lo que éste podría dedicarse más a elaborar sus resoluciones, pues el exceso de trabajo le impedirá poder dedicarse a la investigación criminal. La mejor solución sería aceptar ambas alternativas, pues aunque el juez no investigue debe tener conocimientos sobre criminología para poder valorar la actuación de la propia policía judicial, o realizar determinadas diligencias cuando lo considere oportuno.

## V

### ASISTENCIA DE ABOGADO A LOS DETENIDOS

#### I. DECLARACIÓN CONSTITUCIONAL.

Dispone la Constitución que *se garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la ley establezca* (art. 17.3).

---

(52) Con respecto de la intervención del Fiscal en el sumario, véanse arts. 306, 308, 311, mientras que en el 319 se establece, para los delitos de cierta gravedad, de comprobación difícil o que hayan producido alarma, que el fiscal de la respectiva Audiencia "deberá trasladarse personalmente, o acordar que se trasladen al lugar del suceso algunos de sus subordinados para contribuir con el Juez de instrucción al mejor y más pronto esclarecimiento de los hechos".

Esta fórmula es más flexible que la recogida en el Anteproyecto donde se establecía que toda persona detenida no podía ser *obligada a prestar declaración sin la presencia de abogado* (art. 17.3). Esta fórmula podía interpretarse en el sentido de que era necesario la presencia de un letrado en todo caso, lo que priva al detenido de la posibilidad de renunciar a este asesoramiento y defenderse solo.

Por otra parte, la fórmula del Anteproyecto era ambigua, ya que podía interpretarse que ante la presencia de un letrado el detenido tenía la obligación de declarar, no siendo éste el espíritu de la Constitución.

Asimismo, en el artículo 24.2 de la Constitución se establece que *todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado*.

La asistencia de abogado al detenido se ha mantenido en todos los pasos que ha ido dando el Anteproyecto de Constitución hasta su aprobación definitiva, tanto en el Congreso como en el Senado.

## II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y DERECHO CONSTITUCIONAL COMPARADO.

No tenemos antecedentes constitucionales en nuestro país de esta garantía y resulta excepcional encontrarla en el terreno internacional. La Constitución portuguesa lo recoge en el sentido de que *el acusado tendrá derecho a la asistencia de un defensor en todos los actos del procedimiento* (art. 32.3). Es un tema que suele dejarse para las leyes procesales.

## III. DECLARACIONES INTERNACIONALES.

Se recoge en la *Convención de Salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales*, al disponer que todo acusado tiene derecho a la *«asistencia de un defensor de su elección»* art. 6.3, c). En el mismo sentido el artículo 14.3, d) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

En el *Proyecto de Principios sobre Derechos a no ser arbitrariamente detenido...* presentado por la Asamblea en el V Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente ya mencionado (A. CONF. 56/CRP. 1), se establece:

— *Desde el momento de su detención, el detenido o preso tendrá derecho a ser asistido por un abogado de su elección* (art. 20).

— *Las entrevistas entre el detenido o preso y su abogado podrán celebrarse a la vista de un funcionario de policía o del establecimiento, pero éste no deberá hallarse a distancia que le permita oír la conversación* (art. 21).

— *Ningún interrogatorio del detenido o preso o de los testigos*

*o peritos deberá efectuarse en ausencia de su abogado, quien tendrá derecho a formular preguntas (art. 22).*

Las garantías de este documento son muy amplias, ya que establece la presencia del abogado que defiende los derechos del detenido incluso ante las declaraciones de peritos y testigos, lo que permite una mayor defensa de los intereses de aquél. No olvidemos los problemas que plantea la declaración de los testigos, unas veces interesados por el culpable y otras dispuestos a perjudicarlo, sin menospreciar una serie de anomalías que pueden concurrir en ellos (52 bis).

#### IV. LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL.

Hasta la reciente reforma de la L. E. Crim., por Ley de 4 de diciembre de 1978, a fin de regular el derecho que tiene todo detenido a la asistencia de abogado en las diligencias policiales y judiciales, conforme dispone el artículo 17.3 de la Constitución, la situación en aquel texto legal era muy deficiente (53). El panorama cambia radicalmente ahora, al establecer el artículo 520 lo siguiente:

«La detención, lo mismo que la prisión provisional, deben efectuarse de la manera y en la forma que perjudiquen lo menos posible a la persona y a la reputación del inculpado. Todo detenido o preso debe ser informado, desde luego y en términos claros y precisos, de modo que le sean comprensibles, de las causas que han determinado su detención y de los derechos que le asisten. En ningún caso se le podrá compeler a prestar declaración si, invitado a hacerlo, se negare.

Su libertad no debe restringirse sino en los límites absolutamente indispensables para asegurar su persona e impedir las comunicaciones que puedan perjudicar la instrucción de la causa.

Desde el momento en que se practique su detención o se acuerde su prisión, el afectado tiene derecho a designar abogado y a solicitar su presencia en el lugar de custodia para que asista al interrogatorio. recabe, en su caso, la lectura del presente artículo e intervenga en todo reconocimiento de identidad de que sea objeto.

Si el detenido o preso se niega a declarar, aun en presencia de su abogado, se consignará tal decisión en las actuaciones. Tanto si hubiera prestado declaración como si se hubiera negado a declarar, podrá entrevistarse después personalmente con el abogado, siempre que lo desee.

La Autoridad, bajo cuya custodia se encuentre el detenido o preso notificará, en su caso, la elección de Letrado al Colegio de

(52 bis) Véase nuestro trabajo *Notas sobre criminalística*, cit.

(53) Dispone el art. 384 en su párrafo segundo que "el procesado podrá, desde el momento de serlo, aconsejarse de letrado, mientras no estuviere incomunicado"; en cuanto a detenidos y presos establece el artículo 523 que "la relación con el abogado defensor no podrá impedirse mientras estuviere en comunicación".

Abogados, el cual, si no resulta posible la actuación del designado, proveerá lo necesario para la intervención de un abogado de oficio en el lugar de custodia.

Asimismo, desde el momento de su privación de libertad, la persona afectada tendrá derecho a que se comunique al familiar o a la persona que desee el hecho de su detención, el lugar de custodia y la petición de asistencia de abogado. Cuando se trate de menor edad o de persona incapaz, la Autoridad, bajo cuya custodia esté, tendrá la obligación de notificar a la persona indicada las circunstancias antedichas, y si ésta no fuere hallada se dará cuenta inmediata al Ministerio Fiscal. Sin embargo, lo establecido en este párrafo no será de aplicación a los casos en que concurran causas que impliquen un riesgo grave y racional para la seguridad del Estado o de las personas. La aplicación de esta medida requerirá autorización judicial, que será, en todo caso, motivada y se entenderá sin perjuicio de proceder en la forma dispuesta con carácter general en el plazo más breve posible.

Si transcurridas ocho horas desde la notificación realizada al Colegio de Abogados no compareciese en el lugar donde el detenido se encuentra Letrado alguno, podrá procederse a su interrogatorio y a la práctica de cualesquiera otras diligencias urgentes, sin perjuicio de lo establecido en el párrafo primero de este artículo.

Lo dispuesto en el artículo se entiende sin perjuicio de lo establecido en capítulo III del título VI del Libro Segundo de la presente Ley» (54).

De este modo se desarrolla la fórmula constitucional que garantiza la asistencia de abogado en las diligencias policiales y judiciales, en «los términos que la ley establezca» (54 bis).

Si comparamos el texto del artículo 520 con el 17.3 de la Constitución, en base a las razones siguientes:

— Conforme al párrafo tercero del artículo 520 el afectado desde el momento en que se practique su detención o se acuerde su prisión, tiene derecho a solicitar la presencia de un abogado «para que asista al interrogatorio», el que, además, podrá recabar la lectura del artículo 520, así como intervenir en «todo reconocimiento de identidad de que sea objeto».

— En el artículo 17.3 de la Constitución, por el contrario, se establece que «se garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales». El contenido de este texto es más amplio que el de la L. E. Criminal, donde no se permite el asesoramiento al detenido, salvo cuando se violen los derechos que

---

(54) Este artículo 520 de la L. E. Crim. es el primero del Capítulo IV, Título VI del Libro Segundo, que figuraba bajo la rúbrica "Del tratamiento de los detenidos y presos", cambiándose ahora por la nueva fórmula "Del ejercicio del derecho de defensa, de la asistencia de abogado y del tratamiento de los detenidos y presos".

(54 bis) Véase p. último art. 2.º Ley 4-12-1978 sobre delitos de terrorismo cometidos por grupos armados.

asisten al mismo, se le permite «asistir al interrogatorio» y no «la asistencia de abogado al detenido», lo que ha de interpretarse como asesoramiento, no limitándose el abogado a ser un mero espectador cuya función sea la de que se observe la ley.

No se desprende del artículo 520 la posibilidad de que el abogado pueda entrevistarse con el detenido antes del interrogatorio (55). Tampoco se deduce del artículo 17.3 de la Constitución (56).

Pasamos a reseñar las garantías que se establecen ahora en este artículo, sin limitarnos solamente a las que hacen referencia a la asistencia de abogado, aunque algunas ya se encontraban en la redacción anterior del artículo 520:

1. En la detención y prisión provisional se ha de procurar perjudicar lo menos posible a la persona y reputación del inculgado.

2. Se recoge la garantía constitucional de información a los detenidos (o presos) de las causas de la detención y derechos que le asisten (art. 17.3).

3. También se recoge la garantía constitucional de la negativa del detenido a declarar (Art. 17.3).

4. Restricción de la libertad al mínimo indispensable.

5. Notificación a familiares u otras personas la detención.

6. Situación de los menores de edad e incapacitados.

7. Derecho a designar abogado y solicitar su presencia desde el momento de la detención o prisión. Dentro de esta garantía cabe destacar:

— La petición de letrado es voluntaria.

— La negativa a declarar, aunque se persone el abogado en el lugar de la custodia.

— Designación por el Colegio de Abogados de un letrado de oficio cuando no sea posible la actuación del designado por el propio detenido.

— El abogado estará presente en el interrogatorio.

— Podrá entrevistarse con el letrado, con posterioridad a la declaración o la negativa de hacerlo.

— No podrá comenzar el interrogatorio hasta que no hayan transcurrido ocho horas sin la presencia del abogado. Sin embargo, esto no es obstáculo para que el detenido o preso se preste voluntariamente a declarar antes de que transcurra ese plazo o se presente el abogado.

Este artículo presenta serias dificultades, a saber:

— Donde no exista ese turno voluntario para cubrir el turno

---

(55) El detenido o preso "tanto si hubiera prestado declaración como si se hubiera negado a declarar, podrá entrevistarse después personalmente con el abogado, siempre que lo desee" (art. 520, p. 4.º).

(56) En el art. 523 de la L. E. Crim. establece para los detenidos y presos que "la relación con el abogado defensor no podrá impedirle mientras estuvieren en comunicación". Véase también arts. 407, 408, 506 y siguientes sobre la incomunicación.

de oficio habrá que establecerlo obligatorio. Cuando haya una detención deberá ir él que le corresponda. Hasta aquí no hay problemas, aunque el siguiente en la lista deberá estar pendiente de que se practique una nueva detención, que en una ciudad pequeña puede tardar semanas o incluso meses. Resulta absurdo pensar que alguien aceptará el estar pendiente de que se le llame durante tanto tiempo —aunque el margen de las ocho horas permita cierta flexibilidad—, lo probable es que cuando se le intente localizar no se le encuentre; en este caso se llamará al siguiente, que puede no estar en su despacho o domicilio, siendo probable que simule esa ausencia, pues por otra parte, en principio, no tiene obligación de asistir, al no corresponderle según el turno establecido.

— Imaginemos las detenciones que se practiquen después de las diez de la noche, que obligarían al letrado a presentarse en el lugar de custodia a horas intempestivas.

— Pensemos en las detenciones realizadas por la Guardia Civil en pueblos distantes setenta u ochenta kilómetros de un colegio de Abogados, lo que se agrava si es por la noche y todavía más si es en zonas frías, nevando o lloviendo.

— Habrá que establecer unos turnos de interrogatorio, pues el abogado no puede estar setenta y dos horas en unas dependencias de la policía judicial o de un juzgado. ¿Qué ocurre si la policía o el Juez decide interrogar a las tres de la madrugada, porque se ha detenido en ese momento o poco antes —después de que ya se hubiera personado el letrado— por considerar la situación de extrema urgencia, con lo que se puede descubrir la identidad del autor o evitar resultados graves; pensemos en un terrorista que ha puesto un explosivo en un local donde hay público. No va a ser fácil ponerse de acuerdo detenido, policía o Juez y Letrados, lo que llevaría incluso a la necesidad de tener que nombrar más de uno, que complicaría todavía más las cosas.

La misión del letrado, con relación a su asistencia «al interrogatorio» será la de poder recabar la lectura del artículo 520 de la L. E. Crim., intervenir en «todo reconocimiento de identidad de que sea objeto», así como que se cumplan las demás garantías constitucionales, procesales y penales relacionadas con los detenidos o presos. El texto constitucional vimos era más amplio, ya que «asistir» equivale aquí a prestar ayuda.

## VI. CONSIDERACIONES CRIMINOLÓGICAS.

La actual redacción del artículo 520 puede llevar a lo siguiente:

La picaresca de los propios letrados para no asistir al interrogatorio puede crear dificultades a la investigación criminal. Es probable que dentro de esas ocho horas de margen que da la Ley procuren ir poco antes que se cumpla el plazo, pues de esta forma han de estar menos tiempo en el lugar donde el detenido se encuentra custodiado.

El letrado no podrá estar setenta y dos horas —aunque sean ocho menos—, pues tendrá otras obligaciones. La situación se agrava si reside en lugar distinto. El letrado dirá que se celebre un interrogatorio rápido, a lo que no pueden acceder ni el Juez ni la Policía. Esto creará una situación incómoda para el letrado que puede resolverla a su favor aconsejando al detenido o preso que se niegue a declarar, amparándose en el derecho constitucional y procesal que le asisten, con lo que el letrado quedaría libre. También puede aconsejarle que declare, pero en el sentido de que manifieste desconocer la comisión del delito en el que se le presume implicado y, por tanto, su posible participación. Tanto una postura como la otra perjudicará la investigación criminal.

Sin embargo, si como ya apuntamos más arriba, no se autoriza en el artículo 520 expresamente que el letrado pueda tener contacto con su patrocinado antes del interrogatorio y, por otra parte, su actuación en el interrogatorio tampoco es la de aconsejar, sino de hacer que se cumplan las garantías legales, no parece fácil que pueda indicarle que no declare o lo haga en tal o cual sentido. Sin embargo, hay que considerar, como ya se apuntó, que conforme a lo dispuesto en el artículo 17.3 de la Constitución el abogado podrá aconsejar al detenido durante el interrogatorio.

Los detenidos, en especial los que ya pasaron por Comisarías o Juzgados, lo normal es que pidan la presencia de un abogado. Salvo en contadas ocasiones se decidirá por el de oficio, que será gratuito. Con esta nueva fórmula se obtienen ciertas ventajas:

— Ganarán posiblemente ocho horas, por lo menos en algunos casos, que son muy importantes, tanto para estar menos tiempo ante la policía —prefieren ir ante el Juez, pues al considerarlo menos experto en materia de interrogatorios estiman que tienen menos riesgos de ser descubiertos—, como para preparar mejor sus contestaciones a las preguntas que se le hagan. En todo caso les convendrá no declarar ante la policía, o hacerlo en sentido de negar toda participación en cualquier delito.

— Las pruebas pueden desaparecer y sus compañeros de delito ponerse en lugar seguro.

Todo esto no va más que en perjuicio de la investigación criminal, la administración de justicia, los letrados, la propia víctima y la sociedad en general, máxime si tenemos en cuenta que la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la propia Constitución autorizan al detenido para que no declare.

Somos partidarios de la asistencia de letrado, aunque no de que ello suponga el retraso de la investigación criminal. Podía iniciarse el interrogatorio, lo que no es obstáculo, repetimos, para que el detenido se niegue a declarar, pero si voluntariamente está dispuesto a hacerlo, no hay por qué perder la oportunidad de conseguir pruebas que sirvan tanto para la identificación del autor o autores, como para el esclarecimiento total o parcial de los hechos.

Iniciado el interrogatorio el letrado puede presentarse durante esas ocho horas y el detenido puede comunicarle las posibles ano-

malías que se hubieran cometido y que podrían ser constitutivas de delito. Esta flexibilidad evitaría que el letrado pueda estar pendiente de las setenta y dos horas, ya que al final el detenido podría volver a comunicarse con él —o directamente con el Juez—, para denunciar si se produjeran algunas irregularidades.

Pensemos que si el abogado ha de estar pendiente las setenta y dos horas la remuneración ha de ser elevada, que teniendo en cuenta el número de detenidos esa cifra podría elevarse a más de mil millones de pesetas anuales, salvo que el Estado quiera conseguir las garantías constitucionales a costa de los abogados. Por otra parte, con un procedimiento más flexible y prácticamente igual de eficaz, se podrían conseguir mejores resultados en la investigación criminal; además, con el dinero que se ahorrara podría atenderse a la víctima —u otros servicios públicos necesitados—, de la que no se ocupa ni la Constitución, la L.E.Crim., ni otras disposiciones legales. Todas las garantías son para el delincuente; de la víctima nadie se acuerda, parece que tiene el deber de sufrir el delito y sus consecuencias.

En cuanto a lo dispuesto en el párrafo séptimo de que en caso de no presentarse letrado en el plazo de ocho horas *podrá procederse a su interrogatorio y a la práctica de cualesquiera otras diligencias urgentes*, hay que considerar que va en contra del espíritu de la propia Constitución. En ésta se dice que *La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos* (art. 17.2).

Aunque del párrafo tercero del artículo 520 no se desprende que el detenido no pueda negarse a que le asista un abogado, con lo cual puede prestarse desde un principio a declarar o negarse a ello, sin embargo, lo que no es acertado es que haya que esperar ocho horas —en los casos en que se solicite letrado— sin poder practicar determinadas diligencias *urgentes*. Esto va en contra de la prescripción constitucional de reducir la detención a las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, que supondrían un retraso para algunos casos; a veces podría comprobarse la inocencia del sospechoso —o no haber motivos racionales suficientes que justifiquen la detención— antes de transcurrir esas ocho horas y, sin embargo, hay que esperar.

Resulta absurdo retrasar la investigación criminal, cuando sea totalmente ajena al interrogatorio. En contra de lo que establezca la L. E. Criminal, podrá practicarse cualquier diligencia que no tenga relación con el interrogatorio.

Tradicionalmente se ha venido pidiendo la presencia de abogado ante el interrogatorio policial, tal vez por desconfiar más en estos funcionarios que en los Jueces. Sin embargo, el control ahora es tanto para unos como para otros.

Recordemos que de la garantía constitucional de la asistencia de letrado a los detenidos suelen olvidarse las constituciones, siendo materia reservada a las leyes procesales. La situación tal vez:

tenga su justificación si consideramos los problemas que va a crear en nuestro país el nuevo texto del artículo 520. Con esto no queremos negar la asistencia de letrado al detenido, ni que se regule en la L. E. Criminal; sin embargo, sí estimamos que la ley procesal debía haber sido más flexible, permitiendo el interrogatorio desde el primer momento, ya que es fundamental para el esclarecimiento de los hechos en muchos casos; se podrá solicitar la presencia de letrado, pero no debe ser necesario esperar a que llegue, sobre todo si tenemos en cuenta que cabe la negativa del detenido o preso a declarar, que voluntariamente puede posponerla a la llegada del letrado o incluso adelantarla. No olvidemos que la víctima y la sociedad también han de ser protegidas.

El iniciar el interrogatorio desde el primer momento no crearía ninguna restricción a la garantía constitucional, siempre que al detenido o preso se le comunicaran los motivos de la detención y derechos que le asisten, de acuerdo con el artículo 17.3 de la Constitución y del propio párrafo primero del artículo 520 de la L. E. Crim. Cualquier anomalía podrá denunciarla el interrogado al letrado o al propio Juez. Lo que se debe hacer es sancionar con todo rigor a quienes no observan las garantías procesales, penales y constitucionales. Se podría establecer una especie de *Ombudsman* (57), que la propia Constitución prevé con la figura del Defensor del Pueblo recogido en su artículo 54 (58). Sin embargo, no debe olvidarse que la Constitución es tajante al disponer que «se garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales».

## VI. LA POLICÍA JUDICIAL.

Pese a las garantías constitucionales, consideramos que hay otros problemas sin resolver. Uno de los más graves es que carecemos de una auténtica policía judicial, pues la amalgama del artículo 283 de la L. E. Crim. es algo tan confuso que no sirve para afrontar el tema. Es necesario la existencia de una policía, con la

---

(57) En Australia, países escandinavos, etc., el *Ombudsman* (comisionado parlamentario) puede supervisar las actividades de los órganos administrativos y judiciales. En Suecia, si una persona considera que ha sido maltratada por un policía o un funcionario de prisiones puede acudir al comisionado parlamentario, que debe investigar la realidad de los hechos (véase A CONF.56/8). En Finlandia el *ombudsman* vela por el cumplimiento de sus funciones tanto de los funcionarios como de los propios jueces, tomando las medidas correspondientes cuando se violen los derechos de los particulares o haya un exceso de los funcionarios en el límite de su jurisdicción.

(58) Establece el art. 54 de la Constitución: "Una ley orgánica regulará la institución del Defensor del Pueblo, como alto comisionado de las Cortes Generales, designado por éstas para la defensa de los derechos comprendidos en este Título, a cuyos efectos podrá supervisar la actividad de la Administración, dando cuenta a las Cortes Generales".

adecuada preparación que se precisa en los momentos actuales, no sólo que sirva para la investigación criminal, sino también para mejorar el nivel de cumplimiento de las garantías constitucionales, así como prestar un apoyo importante a la elaboración del sumario (59).

Por otra parte, pretender que el Juez realice toda la labor de investigación que se le encomienda en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, es algo realmente imposible en la mayor parte de los casos, en atención a la gran cantidad de trabajo que tienen, no sólo en España, sino prácticamente en todos los países, lo que se refleja en el retraso cada vez mayor de la administración de Justicia, de ahí que se recomiende la despenalización y descriminalización de algunas figuras delictivas, pese a que también se recomienda la criminalización y penalización de otras. Lo cierto es que la delincuencia aumenta en mayor proporción que el personal encargado de su persecución y castigo. El Juez, más que investigar, lo que ha de hacer es comprobar la eficacia de la investigación, así como que se ha llevado a cabo de forma legal. Esta misión se reduciría muchísimo con la existencia de una policía judicial bien preparada.

Si tenemos en cuenta que la función primordial del Juez es la de buscar la adecuación entre culpabilidad y pena (60), no puede dedicarse también a la investigación criminal, función más propia de la policía judicial, pese a la importancia que tiene en el momento de dictar sentencia. No le queda al Juez más solución —salvo contadas ocasiones— que encomendar a la policía judicial la función investigadora fundamental para determinar la culpabilidad, con lo que entra en juego la Criminología. Tampoco los jueces reciben una preparación especial en materias criminológicas.

Creemos que ha llegado el momento de crear una verdadera policía judicial, en la que pueda el Juez confiar plenamente del resultado de sus investigaciones, así como de que se observan todas las garantías legales con respecto de los presuntos culpables. De esta forma, el Juez podrá dedicarse casi exclusivamente a elaborar la sentencia, con lo que se resolverían muchos de los problemas que lleva consigo el retraso de las resoluciones judiciales, pues incluso el no poder dedicar el tiempo necesario a cada delito puede repercutir en la correcta adecuación entre culpabilidad y pena (61).

Con relación a este tema dispone la Constitución que *La policía judicial depende de los Jueces, de los Tribunales y del Ministerio Fiscal en sus funciones de averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente, en los términos que la Ley establezca* (art. 126).

---

(59) El contenido del art. 283 de la L. E. Crim. procede de la Ley de 1882, no siendo hoy posible mantener la estructura de una policía diseñada para la criminalidad de hace un siglo.

(60) A/CONF.56/4).

(61) Sobre este tema véase CÓRDOBA RODA, J.: *Culpabilidad y pena*, Barcelona, 1977; SERRANO GÓMEZ, *Culpabilidad y pena*, en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, 25 junio 1977.

De la propia Constitución se deduce la necesidad de crear una específica policía judicial.

Es necesario la creación de un cuerpo técnico, integrado por universitarios o similares, especialmente Licenciados en Derecho. Es importante que haya criminólogos (se ocuparán de la prevención de delito, planificación de las reformas de la policía, informes criminológicos para el legislador, etc.), químicos y farmacéuticos (que se ocuparán de los laboratorios), médicos (para atender a los detenidos), especialistas en idiomas (que servirán de intérpretes para delincuentes extranjeros, incluso para resolver problemas de delincuencia internacional), técnicos en Informática (organización de ordenadores al servicio de la investigación criminal), etc. Esta situación sólo se resuelve parcialmente en la Ley de Policía de 4 de diciembre de 1978 (62).

No podemos decir que disponemos de una policía científica, la que, por otra parte, carece del material técnico y laboratorios necesarios.

Los integrantes de ese Cuerpo no tendrían funciones generales de investigación —sin perjuicio de los informes de laboratorios. Los asesores jurídicos se ocuparían de que la Ley se cumpliera de forma

---

(62) Establece la Ley de Policía: "Dentro del Cuerpo Superior de Policía se crea el Diploma de Facultativo, cuya obtención se realizará mediante la superación de pruebas o cursos que reglamentariamente se establezcan, y que habilitará a sus titulares para tener acceso a determinados puestos de la organización policial, con independencia de que puedan ocupar las plazas que correspondan a los restantes funcionarios no diplomados del Cuerpo. Para la obtención del Diploma de Facultativo será requisito previo estar en posesión del Título Universitario, de Licenciado, Ingeniero o Arquitecto, según se determine en cada caso" (artículo 11, c). De este artículo se desprende que el título de Diplomado solamente será para quienes previamente pertenezcan al Cuerpo Superior de Policía, por lo que en principio hay que ser policía, lo que dificulta que puedan venir excelentes especialistas directamente de la calle; por otra parte, la función del diplomado parece que queda supeditada a la posibilidad del ejercicio de funciones policiales. Creemos que lo importante es la especialidad, que ha de ser una escala independiente y nutrirse de personal a quien no se le exija previamente ser funcionario de policía; los concursos debían ser públicos, pudiendo participar cualquier titulado, sin perjuicio de que se reserve un pequeño porcentaje de plazas a turno restringido. Esa escala no ha de tener funciones policiales, aunque puedan realizar informes sobre investigación criminal, como puede ocurrir con los químicos en laboratorios; no han de ser policías en sí, sino especialistas en sus respectivas materias que asesorarán o emitirán informes para la policía o autoridad judicial.

Creemos que con este sistema apenas mejorará la investigación científica de la policía. Es necesario que al titulado universitario, o similar, se le dé la categoría y responsabilidad que le corresponda, por lo que necesariamente se precisa la entrada directa de personal que no tenga ninguna vinculación anterior con la policía. Por otra parte, no se prevé la posibilidad para criminólogos, ya que los diplomados en los Institutos de Criminología no tienen condición de licenciados universitarios. A este respecto hay que tener en cuenta que se atribuye a la policía en la Ley funciones de prevención, en el art. 9.º, a), para lo que es necesario un equipo de criminólogos (véase art. 93 del Reglamento Orgánico).

correcta y no hubiera abusos, a veces por desconocimiento de las leyes. Sería totalmente independiente de la policía dedicada a la investigación.

Para poder actuar de forma correcta la policía, en todos sus niveles, ha de ser apolítica, pues su misión es tratar a los ciudadanos por igual, sin que pueda influir la condición social, política, económica, racial o de cualquier otro tipo. Es más, ante la duda debe inclinarse por la parte más débil, que es muy probable sea la más necesitada de protección. En ningún caso se utilizará a los miembros de la policía con fines políticos, situación de la que desgraciadamente escapa la policía de pocos países. Tampoco debe ocuparse de funciones no policiales.

Ese grupo de especialistas podría prestar una función muy importante en la elaboración del sumario, que llevado correctamente podría liberar al Juez de la labor investigadora lo que no es obstáculo para su revisión cuando lo estime conveniente, así como para determinar la práctica de cuantas diligencias estime oportuno. Sin embargo, su misión se reducirá prácticamente a dictar sentencia.

Los médicos, químicos, etc., podrían dar informes periciales mejor que cualquier otro profesional de estas especialidades, pues tendrían mejor preparación, por dedicarse constantemente a esa labor.

Los Licenciados en Derecho, con la formación que se estime oportuno, podrían dirigir —desde el punto de vista legal— toda la labor policial. Su actuación serviría para hacer observar la Ley, respetándose toda clase de garantías que corresponden al presunto culpable. De esta forma, se le daría más importancia a la labor policial en el sumario de la que normalmente se le concede. No hay que olvidar que es la policía quien mejor conoce el mundo del delito, por lo que, ante una investigación correcta, tiene el Juez más posibilidades de conseguir una mejor adecuación entre culpabilidad y pena.

También esos Licenciados servirían, no sólo para prestigiar a la policía, sino que podrían ser un buen enlace entre ésta y la Autoridad judicial, a veces tan distantes.

En el campo de la despenalización, esos Licenciados en Derecho podrían prestar una labor importante a la Administración de justicia. Algunas de las faltas del libro III del Código penal debían dejar de ser tales, para ser sancionadas administrativamente con una multa. Esa labor podrían hacerla estos licenciados, con lo que se quitaría trabajo a la justicia municipal. Además, si tenemos en cuenta que esas infracciones se resolverían poco después de ser cometidas, no cabe duda que la resolución sería más ajustada a derecho que cuando pasan días o meses; cuanto más se tarda en resolver cualquier tipo de infracción las pruebas resultan más difusas. Incluso se les podría encomendar determinadas funciones en materia de delitos de tráfico.

## VI

### «HABEAS CORPUS»

#### I. DECLARACIÓN CONSTITUCIONAL.

Dispone el artículo 17.4 de la Constitución: *La Ley regulará un procedimiento de «habeas corpus» para producir la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente.*

Este texto procede ya del Anteproyecto de Constitución de la Ponencia, no habiendo sufrido ninguna modificación.

En los debates parlamentarios no fue objeto de grandes alternativas. En la Comisión del Congreso se pidió por alguno de los enmendantes que fuera suprimido, aunque sin mucho convencimiento. Hubo algún diputado que mezcló el tema de esta garantía con el de la duración de la prisión preventiva. Sin embargo, se aprobó el texto del proyecto por unanimidad.

En la Comisión del Senado se pidió la desaparición del término ilegal, ya que puede dar lugar a graves problemas de interpretación. Por otra parte, se considera que esta garantía se recoge en el propio artículo 286 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

#### II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS.

Para algunos autores los antecedentes históricos en el Derecho españoles hay que ir a buscarlos a los procedimientos forales del Reino de Aragón, así como en el Derecho vasco, que se consigna hacia el año 1164. Ambos sistemas suelen citarse como antecedentes del propio Derecho inglés. Por otra parte, también el «habeas corpus» se consagra en Castilla en el año 1188, en las Cortes de León (63).

Prescindiendo de estos supuestos, nos vamos a ocupar del Derecho constitucional español. Consideramos que ya en la Constitución de Bayona (1808) tenemos antecedentes del Derecho de «habeas corpus», que se deduce de la atención prestada a determinadas detenciones en supuestos en que se tramara alguna conspiración contra el Estado (64). Si en el plazo de un mes los detenidos no habían sido puestos en libertad o disposición de los tribunales, se nombraba una Junta Senatoria de Libertad Individual (65) a la

(63) Véase RUIZ DEL CASTILLO y CATALÁN DE OCÓN, *Manual de Derecho Político*, Madrid, 1936, págs. 360 y ss.

(64) Establecía el art. 134 de la Constitución de Bayona: "Si el Gobierno tuviere noticias de que se trama alguna conspiración contra el Estado, el ministro de Policía podrá dar mandamiento de la comparecencia y de prisión contra los indiciados como autores y cómplices".

(65) "Una Junta de cinco senadores, nombrados por el mismo Senado, conocerá, en virtud de parte que le da el ministro de Policía General, de las prisiones ejecutadas con arreglo al artículo 134 del título

que podían recurrir directamente las personas presas, sus parientes o representantes (66).

La Junta Senatoria decidía sobre la libertad del detenido o el paso a disposición del tribunal competente (67). Disponía el artículo 43 de la Constitución de Bayona: «Si después de tres requisiciones consecutivas, hechas en el espacio de un mes, la persona detenida no fuese puesta en libertad, o remitida a los tribunales ordinarios, la Junta pedirá que se convoque al Senado, el cual, si hay méritos para ello, hará la siguiente declaración: Hay vehementes presunciones de que N... está detenido arbitrariamente.

El Presidente pondrá en manos del Rey la deliberación motivada del Senado. Esa deliberación se examinaba, por orden del Rey, por «una junta compuesta de los presidentes de sección del Consejo de Estado y cinco individuos del Consejo Real» (art. 44).

Consideramos que aquí se encuentran antecedentes constitucionales del principio de «habeas corpus».

Una regulación más concreta de esta garantía se encuentra en la Constitución de la Monarquía española de 1869 al establecer que «*toda persona detenida o presa sin las formalidades legales, o fuera de los casos previstos en esta Constitución, será puesta en libertad a petición suya o de cualquier español. La ley determinará la forma de proceder sumariamente en este caso*» (art. 2.º). El mismo contenido tiene el artículo 14 del Proyecto de Constitución Federal de la República Española de 1873.

A partir de la Constitución de la Monarquía española de 1876, el texto de la Constitución de 1869 se completa al añadir la frase «*y en las leyes*» (68), aunque en el Anteproyecto de Constitución de la Monarquía española de 1929 se suprime la preposición «*en*» (art. 23.4). Tampoco en este Proyecto se hace referencia a la forma de proceder sumariamente.

La Constitución de la República Española de 1931 al ocuparse de la detención establece la fórmula siguiente: «*Incurrirán en responsabilidad las autoridades cuyas órdenes motiven infracción*

XIII, cuando las personas presas no han sido puestas en libertad, o entregadas a disposición de los tribunales, dentro de un mes de su prisión. Esta Junta se llamará Junta Senatoria de Libertad Individual» (art. 40).

(66) «Todas las personas presas y no puestas en libertad o en juicio dentro del mes de su prisión, podrán recurrir directamente por sí, sus parientes o representantes, y por medio de petición, a la Junta Senatoria de Libertad Individual» (art. 41).

(67) «Cuando la Junta Senatoria entiende que el interés del Estado no justifica la detención prolongada por más de un mes, requerirá al ministro que mandó la prisión, para que haga poner en libertad a la persona detenida o la entrega a disposición del tribunal competente» (artículo 42).

(68) El texto de la Constitución de 1876 era: «Toda persona detenida sin las formalidades legales, o fuera de los casos previstos en la Constitución y en las leyes, será puesta en libertad a petición suya o de cualquier español. La ley determinará la forma de proceder sumariamente en este caso (art. 5.º, p. último).

de este artículo y los agentes y funcionarios que las ejecuten, con evidencia de su ilegalidad» (art. 29, p. cuarto).

De los textos anteriores se desprende la raigambre del principio de «*habeas corpus*» en nuestro derecho constitucional.

### III. DERECHO CONSTITUCIONAL COMPARADO.

La declaración más firme desde el punto de vista histórico es la inglesa «*habeas corpus amendment act*» de 26 de mayo de 1679. Se establecía en ésta que en el plazo de tres días todo sheriff, carcelero o cualquier otro funcionario bajo cuya custodia estuviera un detenido, tenía que responder de los motivos de la detención, cuando se le presentaba una petición de «*habeas corpus*». Sin embargo, ese plazo de tres días era para los supuestos en que la prisión no distara más de veinte millas del lugar en donde se encontraban los jueces; si era superior a veinte millas y no pasaba de cien, el plazo se elevaba a diez días para que realizase la respuesta el encargado de justificar la detención; si la distancia pasaba de cien millas, el carcelero, sheriff o cualquier otro funcionario disponían de un plazo de veinte días para justificar la detención. Se regulaba la responsabilidad de éstos, cuando dejaban de transcurrir el plazo marcado para responder al escrito de «*habeas corpus*» (69).

Resulta excepcional en el Derecho constitucional encontrar una declaración similar al sistema español, donde de forma expresa se haga referencia al principio de «*habeas corpus*». Ya se recoge en la Constitución de los Estados Unidos de 1787, donde se establece los supuestos en que podía suspenderse, que se reducían a *cuando la seguridad pública lo exija en los casos de rebelión o invasión* (sección 9, p. segundo).

La Constitución portuguesa dedica un artículo a este tema, el 31, que dispone:

«1. Se dará «*habeas corpus*» contra el abuso de poder, por razón de prisión o detención ilegal, y se interpondrá ante el tribunal judicial o consejo de guerra según los casos».

2. La providencia de «*habeas corpus*» podrá ser solicitada por el propio interesado o por cualquier ciudadano en el disfrute de sus derechos políticos.

3. El juez resolverá en el plazo de ocho días sobre el requerimiento de «*habeas corpus*» en audiencia contradictoria.

Esta Constitución establece un plazo demasiado largo para resolver situaciones tan importantes como pueden ser la detención o prisión ilegales.

En la Ley Fundamental de Bonn (1949) se establece una garantía que reduce la necesidad del derecho de «*habeas corpus*» al disponer que *en todo caso de privación de libertad no fundada en una*

(69) Véase MAITLAND, *The Constitutional History of England*, Cambridge, 1961, págs. 271 y ss.

*orden judicial deberá procurarse sin demora alguna una decisión judicial* (art. 104.2).

En el párrafo segundo de la disposición transitoria cuarta de la Constitución de Venezuela se dice que *toda persona que sea objeto de privación o restricción de su libertad, con violación de las garantías constitucionales, tiene derecho a que el Juez de Primera Instancia en lo penal que tenga jurisdicción... expida un mandamiento de «habeas corpus»*.

El procedimiento es más rápido que en la Constitución portuguesa, ya que en el plazo de veinticuatro horas el funcionario bajo cuya custodia se encuentre la persona agraviada deberá informar al Juez correspondiente. Este decidirá lo que proceda dentro de las noventa y seis horas siguientes a la presentación de la solicitud.

#### IV. DERECHO POSITIVO.

Conforme se regula el derecho de *«habeas corpus»* en la Constitución española (art. 17.4) no parece que sean muchos los beneficios que pueda tener el ciudadano español, ya que cualquier persona detenida ilegalmente —una vez comprobada esa situación— debe ponerse a disposición judicial, así como el autor.

En la Ley de Enjuiciamiento Criminal se establece el deber de denunciar cualquier delito público presenciado por los particulares (art. 259); también los que tuvieren noticia de alguno por razón de sus cargos, profesiones u oficios (art. 262), así como quienes por cualquier otro medio diferente de los mencionados tuviera conocimiento de la comisión de un delito de los que son perseguibles de oficio (art. 264). En otra parte se recogen las obligaciones en esta materia del Ministerio fiscal (arts. 105 y 271). También ofrece interés el contenido del artículo 286, en cuanto que la policía ha de poner a disposición del Juez los detenidos, cuando se presentare a formar el sumario.

Vemos cómo la L. E. Crim. establece una serie de procedimientos que permiten poner rápidamente cualquier detención ilegal en conocimiento de la autoridad correspondiente. Conforme al artículo 269 de este texto legal: *«Formalizada que sea la denuncia, se procederá o mandará proceder inmediatamente por el Juez o funcionarios a quien se hiciere a la comprobación del hecho denunciado, salvo que éste no revistiera carácter de delito, o que la denuncia fuere manifiestamente falsa. En cualquiera de estos dos casos, Tribunal o funcionario se abstendrán de todo procedimiento, sin perjuicio de la responsabilidad en que incurrirán si desestimase aquélla indebidamente»*.

Conforme queda redactado el número 4 del artículo 17 de la Constitución, no creemos que lleve a una mayor garantía que la existente ya en la legislación penal y procesal, o por lo menos las diferencias no serán notables. No olvidemos que se hace referencia a *«toda persona detenida ilegalmente»*.

Parece que la garantía se refiere para las detenciones ilegales de la autoridad gubernativa (70). Sin embargo, consideramos que debe extenderse a cualquier detención realizada u ordenada por autoridad, incluida la judicial, o funcionario de la policía judicial. Es un derecho constitucional que ampara al ciudadano ante toda detención que no cumple las formalidades legales y que, por tanto, puede ser ilegal.

Si la detención ilegal tiene una rápida solución en nuestro sistema, consideramos que el derecho de «*habeas corpus*» debe tener un contenido más amplio, ya que lo que se persigue es conseguir un procedimiento rápido para que la autoridad judicial decida sobre la legalidad de una detención y, en consecuencia, que esa detención realizada por la autoridad —u ordenada por la misma— continúe o sea revocada. El detenido debe ser presentado al Juez o tribunal correspondiente. Hubiera sido preferible las fórmulas de nuestro sistema constitucional del siglo pasado que no hacía referencia a detenciones ilegales, sino a las realizadas *sin las formalidades legales, o fuera de los casos previstos en la Constitución y en las leyes*.

Si tenemos en cuenta que en plazo de setenta y dos horas habrá que poner al detenido en libertad o a disposición de la autoridad judicial el derecho de «*habeas corpus*» garantizará que el Juez decida sobre la legalidad o no —y en consecuencia que el sujeto siga detenido o quede en libertad —en un plazo inferior. Ya en nuestras constituciones se venía estableciendo que *la ley determinará la forma de proceder sumariamente*. Consideramos que el juez o tribunal competente debe resolver en plazo de veinticuatro horas desde que conoció la posible ilegalidad de la detención. Cuando ésta haya sido ordenada por el Juez, se podrá ejercitar el derecho ante la Audiencia.

---

(70) Véase *Diario de Sesiones del Congreso de Diputados*, núm. 70, 19 de mayo 1978).



# Consideraciones críticas sobre la nueva normativa del rapto (Análisis de la Ley 46/1978 de 7 de octubre, por la que se modifican los delitos de estupro y rapto)

A. JOSE MIGUEL ZUGALDIA ESPINAR

Profesor Adjunto Interino de Derecho penal. Granada

SUMARIO: I. Introducción.—II. Consideraciones de Derecho Comparado.—III. Los raptos en los Códigos Penales españoles.—IV. Bienes jurídicamente protegidos en los delitos de rapto. 1. Determinaciones previas.. 2. Apreciaciones críticas. a) Los raptos no constituyen una categoría de los delitos sexuales. b) Los raptos no constituyen una categoría de los delitos contra la familia. c) Los bienes jurídicamente protegidos en estos delitos. 3. Conclusiones.—V. Consideraciones de «lege ferenda». 1. Desde el punto de vista jurídico. 2. Desde el punto de vista político-criminal.

## I. INTRODUCCION (1)

Nacida en el marco de los acuerdos político-económicos del Pacto de la Moncloa (2), la Ley sobre modificación de los delitos de estupro y rapto es portadora de todos los aciertos y desaciertos que le confiere su origen (3). Con ella se intenta llevar al Código

---

(1) Vid. «B. O. E.» de 11 de octubre de 1978, núm. 243. Conviene puntuar desde este momento que las consideraciones que se van a realizar a continuación no están relacionadas con el total contenido de la Ley, sino que afectan solamente a la materia relativa a los delitos de rapto. Insistir sobre el tema de los delitos de estupro resulta innecesario después de la reciente y muy acertada aportación que al mismo ha realizado BOIX REIG, en *Consideraciones político-criminales en torno a los delitos de estupro. Cuadernos de Política Criminal*, núm. 1, 1977, págs. 17 y ss. Su Tesis doctoral sobre el mismo tema se encuentra, además, en prensa.

(2) *Los Pactos de la Moncloa*. Texto completo del acuerdo económico y del acuerdo político. Madrid, 1977. Acuerdo sobre el programa de actuación jurídica y política. Código Penal. Relacionados especialmente con la mujer. «Modificación de las edades de la mujer tomadas en consideración para la tipificación del rapto (arts. 440 y siguientes) y del estupro (arts. 434 y siguientes)», pág. 83.

(3) Nos encontramos, en definitiva, ante un «consenso mínimo» orde-

penal lo que durante mucho tiempo ha constituido una reivindicación mínima a nivel ciudadano y doctrinal (4). Originariamente el Proyecto de Ley de modificación de las edades en los delitos de estupro y raptó (5) proponía la siguiente reforma: «La edad de veintitrés años que se establece en el artículo 441 se reduce a veintiuno». En el Dictamen de la Comisión de Justicia, a la vista del Informe emitido por la Ponencia (6) se propuso que la edad de veintitrés años que se establecía en el artículo 441 quedase reducida a dieciocho. La enmienda a la totalidad presentada por el Grupo Socialista del Congreso (7) proponía la derogación del párra-

---

denado a fijar objetivos de política legislativa «a corto plazo». Cfr. *Los Pactos de la Moncloa*, cit., pág. 75.

(4) La reivindicación referente a la reducción de las edades en los delitos de estupro y raptó había trascendido a amplios sectores doctrinales después de constituir patrimonio común de la doctrina penal española. Sostenida ya por QUINTILIANO SALDAÑA (*Sociología Sexual*, Madrid, s/f., páginas 351 y ss.), y LANGLE RUBIO (*La mujer en el Derecho Penal*, Madrid, 1911, págs. 105 y ss.), en nuestros días la opinión era unánime en cuanto a su procedencia. Vid. a modo de ejemplo: QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Curso de Derecho Penal*, tomo II, Madrid, 1963, págs. 351 y ss. SÁINZ CANTERO, J. A., en *La condición jurídica de la mujer en el Código Penal español*, Separata del Anuario de Estudios Jurídicos y Sociales de la Escuela Social de Granada, vol. IV, 1975, págs. 226 y ss., afirma que «en el área de algunos delitos contra la honestidad, sólo aparentemente resulta protegida la mujer». Realmente, como advierte GIMBERNAT ORDEIG, se protege más «a ese determinado tipo de varón que no consiente que nadie gaste bromas con su esposa e hijas; y mucho menos aún que sean ellas quienes las gasten» (cfr. *La mujer y el Código Penal español*, en *Estudios de Derecho Penal*, Madrid, 1967, páginas 31 y ss. En el mismo sentido: POLAINO NAVARRETE, M.: *Introducción a los delitos contra la honestidad*, Sevilla, 1975, págs. 41 y ss., y MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal*, P. E. 2.ª ed. Sevilla, 1976, págs. 320 y ss. También el Tribunal Supremo en época muy reciente había llegado a reconocer la necesidad de la reforma. Vid. Sentencia de 24 de enero de 1977.

(5) «B. O. de las Cortes Españolas», núm. 49, de 18 de enero.

(6) «B. O. de las Cortes Españolas», núm. 84, de 20 de abril.

(7) En la Motivación de la Enmienda a la totalidad se afirmaba: «Los artículos 441 y 442 que deben ser urgentemente derogados. Por el artículo 441 se castiga al varón que raptare a una mujer mayor de dieciséis y menos de veintitrés años, aunque no mediare ningún tipo de engaño y se realizara con su anuencia. Se protege el derecho de los padres y guardadores para determinar el comportamiento sexual de la mujer hasta que cumpla la edad señalada. No exigen expresamente miras deshonestas. Existe un desfase social en cuanto este delito tiene su origen en una concepción de la mujer y de la patria potestad ya superada. El Tribunal Supremo dice que en él se tutela «el prestigio familiar, el honor doméstico o la autoridad familiar», pero por encima de éste está la libertad de la mujer a elegir su pareja y su forma de comportamiento sexual. El artículo 442 es un caso de delito de sospecha que contempla un supuesto de responsabilidad objetiva, castigando con la pena de reclusión mayor por una sospecha de asesinato. Infringe el principio de culpabilidad unánimemente criticado por toda la doctrina (sic). La mera alarma social no puede justificar el rigor de la pena. Puede dar lugar a graves casos de injusticia material. Cfr. «B. O. de las Cortes Españolas», núm. 84, de 20 de abril. Nada se dice, por el contrario, de las causas que justificaron mantener en vigor el artículo 440 en su nueva redacción.

fo 3.º del artículo 440 y la de los artículos 441 y 442. El artículo 440 debería quedar redactado de la siguiente forma: «El rapto de una persona ejecutado contra su voluntad, y con finalidad de atentar contra su libertad sexual, será castigado con la pena de prisión mayor. Si la persona raptada tuviere menos de doce años, se impondrá la misma pena aunque el rapto fuere con su anuencia» (8). La aceptación de esta enmienda transformó radicalmente el originario sentido de la reforma. Pero en última instancia, ésta no ha llegado a satisfacer, en modo alguno, elementales exigencias jurídicas y político criminales. Mi intención, dentro de los límites de este trabajo, es la de justificar esta última afirmación.

No cabe duda de que, en cuanto a los delitos de rapto se refiere, la Ley recientemente aprobada posee relevantes aspectos positivos. De muy acertada debe calificarse la derogación del artículo 442, precepto inadmisibles para una sensibilidad jurídica media. Sin precedente alguno en nuestro Derecho Histórico, suponía una grave y clara presunción de asesinato a través de la cual se intentaba proteger a la vida humana contra la mera sospecha de la comisión de un delito contra el mencionado bien jurídico. La aberrante aplicación de este precepto —afortunadamente única— por la Sentencia de 9 de mayo de 1949 nos pone claramente de manifiesto hasta qué punto nos encontramos —del mismo modo a lo que sucede en los artículos 483 y 485 de nuestro Código— ante un delito de sospecha en el que se contenía una previsión objetivista basada en el principio *versari in re illicita*, irrespetuosa para con el principio de culpabilidad que, además de suponer un grave quebranto del principio de seguridad jurídica, resultaba a todas luces, absurda e injusta. Lo mismo de afortunada resulta la derogación del artículo 441 —sutil instrumento de opresión de la mujer— y del párrafo 3.º del artículo 440 —que constituía una fuente de gravísimas dudas jurídicas difíciles de resolver de forma congruente. Acertada es también la decisión de sustituir el término *mujer* del artículo 40 por el de *persona* (9).

Pero debe destacarse ante todo que con la reforma se ha dado un importante paso adelante en la empresa de hacer cesar el tremendo y paradójico divorcio existente entre la sociedad española (10) y un Código penal que, por su propia naturaleza, está llama-

---

(8) Vid. «B. O. de las Cortes Españolas», núm. 84, de 20 de abril.

(9) Sobre estos extremos vid., más ampliamente, ZUGALDÍA ESPINAR, *Los delitos de rapto en el Código Penal español*. Tesis doctoral. Inédita.

(10) Efectivamente, muchos de los tipos existentes en el Código Penal bajo la rúbrica común de los «delitos contra la honestidad», no responden en absoluto a la realidad social de nuestros días. Cfr. SÁINZ CANTERO, J. A., *La condición jurídica de la mujer en el Código Penal español*, cit., páginas 228 y ss. El mismo, *La reforma del Derecho Penal sexual*. Separata del ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES. Madrid, 1978. En especial, páginas 242 y 255.

do a proteger los valores fundamentales de aquélla (11). Efectivamente, partir a nivel legislativo del presupuesto de que «hasta los veintitrés años la mujer es un ser frágil, quebradizo, débil, inexperto, inmaduro e irreflexivo que puede ser auténtica libertad y libre consentimiento seducida por el artificio varonil hasta el punto de decidirse a entablar relaciones inter y heterosexuales, rompiendo así las trabas, inhibiciones, y reservas que el pudor, la moral, la religión y la sociedad imponen respectivamente de la vida sexual extramatrimonial» (12), es partir de una base absolutamente falsa: siendo así, no puede extrañar que, mediante la aplicación de los preceptos relativos a la punición de los delitos de rapto se haya llegado a situaciones que en muchos casos no pueden por menos que ser calificadas de grotescas (13).

Tales situaciones se han visto favorecidas, de otra parte, por la indefinición legal del delito de rapto (14) lo que, en detrimento de los principios de legalidad y seguridad jurídica, ha permitido la apertura de un amplio campo a la *creación* jurisprudencial. La interpretación dada a los términos «rapto» (15) y «miras deshones-

(11) Sobre hasta qué punto en materia sexual el Código Penal se ha separado de esta función protectora para convertirse en un instrumento abiertamente represivo, vid., POLAINO NAVARRETE, M., *Introducción a los delitos contra la honestidad*, cit., págs. 39 y 40.

(12) Así lo sostuvo la Sentencia de 31 de mayo de 1974 frente a la idea de que «en estos tiempos de emancipación femenina pudiera parecer a primera vista anacrónica la figura del estupro de seducción».

(13) Vid., a modo de ejemplo, las Sentencias de 20 de octubre de 1931, 19 de noviembre de 1962, 5 de febrero de 1968, 12 de febrero de 1974, 25 de marzo de 1975 y, en especial, la de 30 de marzo de 1904.

(14) Tal falta de definición—e incluso de descripción—ha llevado a la doctrina a una afanosa búsqueda del concepto. Dicha tarea no ha sido necesaria, naturalmente, en países cuyos Códigos Penales aportan sólidas bases para la delimitación típica. Los Códigos Penales de Colombia, Perú, Turquía, Suiza, Paraguay, Argentina, Venezuela, Italia y Uruguay hablan de la «sustracción o retención de una mujer...». Más gráficamente, el Código Penal mexicano se refiere al «apoderamiento de mujer...». Vid, a modo de ejemplo, SAAVEDRA VILLAMARÍN, Martha, *El rapto. Ley, Doctrina y jurisprudencia*. Bogotá, 1974, págs. 28 y ss.

(15) La polémica doctrinal en este punto es muy viva. En el sentido de exigir «admotio de loco ad locum» se han pronunciado, entre otros: PUIG PEÑA, F., *Derecho Penal*, tomo IV. Barcelona, 1959, págs. 69 y ss. CUELLO CALÓN, E., *Derecho Penal*, tomo II, vol. II. Barcelona, 1972, págs. 618 y siguientes. QUINTANO RIPOLLES, A.: *Curso de Derecho Penal*, cit., págs. 352 y ss. SÁNCHEZ TEJERINA, I., *Derecho Penal Español*, tomo II. Madrid, 1950, páginas 322 y ss. Esta fue también opinión dominante en los comentaristas. Excepcionalmente y con decisivos argumentos en contra, GROIZARD y GÓMEZ DE LA SERNA, A., *El Código Penal de 1870 concordado y comentado*. Salamanca, 183, págs. 129 y ss. Ahora bien, la doctrina no llegó nunca a equiparar el «rapto consentido» a la «clásica fuga de la hija de familia». Tal equiparación la realizó el Tribunal Supremo puntualizando, además, que el rapto existirá «aun cuando la iniciativa fuera de la mujer... y el varón consintiera en la comisión». Vid. Sentencias de 30 de noviembre de 1904, 20 de octubre de 1931, 19 de noviembre de 1962, 5 de febrero de 1968, 12 de febrero de 1974, 2 de junio de 1975 y 26 de marzo de 1976.

tas» (16) ha conducido a situaciones límite. «Si una mujer de veintidós años, dispuesta a liberarse de los tabúes sexuales de tipo familiar, sale una noche de su casa de acuerdo con un hombre y, tras pernoctar con él, vuelve a su casa, los padres podrían proceder contra el varón por rapto. Ahora bien, si la mujer dispuesta a liberarse lo hace hasta el punto de realizar con su amigo el acto sexual en el mismo tálamo de los padres, a éstos no les quedaría otra salida que decirles: que seáis felices y os haga buen provecho» (17).

No obstante, el texto del nuevo artículo 440 adolece de una serie de defectos a los que resulta obligado hacer una breve referencia. En primer lugar, se ha mantenido la expresión «rapto». Esto significa que la conducta típica sigue integrada por la acción de raptar. ¿No hubiera sido preferible utilizar la expresión «apoderamiento» o el binomio «sustracción-retención» a efecto de que dicha conducta hubiese quedado delimitada en su contenido y límites de una forma más clara? Téngase en cuenta que las expresiones «rapto» y «raptar» no se caracterizan precisamente por su significación clara e inequívoca. En segundo lugar, se sigue utilizando la expresión «contra» su voluntad. ¿No hubiera sido preferible utilizar otra expresión que pusiera más claramente de manifiesto que la conducta típica se realiza tanto cuando se procede «contra» la voluntad de la persona raptada como cuando se procede «sin su voluntad»? En tercer lugar, la expresión «atentar contra su libertad sexual» tiene la indudable ventaja de impedir las interpretaciones extensivas de la jurisprudencia a las que anteriormente nos hemos referido (18). Pero, al mismo tiempo, tiene también un grave inconveniente: ¿qué sucedería cuando el apoderamiento violento de la persona se realiza con la finalidad de cometer un delito sexual de los que *no atentan* contra su libertad sexual? Si como acertadamente sostiene *González Rus*, en los tipos de violación de los números 2.º y 3.º del artículo 429 no se protege el bien jurídico de la libertad sexual de la mujer violada (19), ¿sería delito de rapto el apoderarse violentamente de una mujer con la finalidad

(16) Utilizado por el Código Penal, el término «miras deshonestas» no podía tener otra interpretación que la estrictamente penal. Esto es: por mira deshonestas habría que entender «mira deshonestas penal», lo que equivale a «intención de realizar una conducta típicamente deshonestas», no teniendo la consideración de tales sino aquéllas previstas expresamente como deshonestas por el legislador penal (delitos contra la honestidad). La Jurisprudencia, por el contrario, y en tono francamente moralizante, amplió este concepto a la finalidad de «realizar cualquier comportamiento de tipo erótico-libidinoso-sexual constituya o no delito». Vid, entre otras, las Sentencias de 14 de noviembre de 1928 y 7 de mayo de 1976, que demuestran la continuidad de esta doctrina.

(17) Cfr. MAGALHAES NORONHA, E., *Direito Penal*, 9.ª edição. Sao Paulo. Brasil, 1975, pág. 192. La curiosa observación realizada para el Derecho Penal brasileño era perfectamente aplicable al español.

(18) Vid. supra nota 16.

(19) Vid. *La violación en el Código Penal español*. Tesis Doctoral. Gránada. Inédita.

de yacer con ella una vez que se la hubiera privado de sentido? Si respetamos la tesis expuesta —y la fuerza de sus argumentos obliga a que se la respete— no nos encontraríamos ante un delito de raptó (falta el requisito de la intención de atentar contra la libertad sexual de la persona raptada) sino ante un delito de detención ilegal en concurso, eventualmente, con un delito de violación caso de que el yacimiento se hubiera realizado. ¿O acaso es que el legislador ha creído erróneamente que en todos los «delitos sexuales» se protege el bien jurídico de la «libertad sexual»? (20).

Hemos afirmado, de una parte, que la Ley recientemente aprobada no satisface exigencias mínimas de política criminal ni de técnica jurídica y, de otra, que tal fenómeno resulta lógico si se tiene en cuenta que la misma no es sino el fruto de un «consenso mínimo a corto plazo» (21). Así las cosas, creemos que más que entrar en una detenida compensación de los aciertos y desaciertos de su texto a efecto de valorarla en su conjunto, lo que procede es plantear globalmente una alternativa a la misma a modo de *desideratum a largo plazo* (22). El legislador equivocó el camino cuando entró a reformar un artículo —el 440— que, como los artículos 441 y 442, debió también ser derogado. No dudamos que en el futuro subsistirán en nuestro Código penal determinadas modalidades de estupro —si bien observadas desde puntos de vista distintos a los que hasta ahora han sido objeto de atención preeminente y muy reducidas en cuanto a su extensión. Pero los delitos de raptó no se encuentran en la misma situación: respecto de ellos, lo que se discute no es su mayor o menor extensión o las edades que deban señalarse a la mujer para ser sujeto pasivo de los mismos. Lo que se cuestiona es su misma existencia.

La primera llamada de atención sobre este extremo se produjo en la discusión acerca de la Ponencia de la Comisión Centroamericana sobre el Proyecto de delitos contra el pudor y la libertad sexual para un Código penal tipo en Latinoamérica. Este proyecto tipifica expresamente los delitos de raptó entre los delitos contra el pudor y la libertad sexual. No faltaron críticas de algunas comisiones en cuanto a la forma en que se había llevado a cabo tal tipificación. Pero interesa destacar como muy significativas las objeciones de las Comisiones Colombiana, Chilena y Mexicana en las que se contenían auténticas «enmiendas a la totalidad»: esto es, a la existencia misma de unos preceptos en los que de forma expresa se tipificaran unas conductas denominadas «raptos». La Comisión Colombiana proponía sólo un cambio de ubicación de los raptos de tal forma que los no consentidos se castigasen entre los delitos contra la libertad, y los consentidos entre los delitos contra la familia. Las Comisiones Chilena y Mexicana iban más

(20) Ampliamente ZUGALDÍA ESPINAR, *Los delitos de raptó en el Código Penal español*. Cit. Inédita.

(21) Vid. supra nota 4.

(22) No más largo, claro está, que el de la entrada en vigor de un nuevo Código Penal.

allá, utilizando expresiones tan tajantes como «deben ser eliminados» y «se propone suprimirlos». Para fundamentar tal propuesta se alegaban dos razones. En primer lugar, el carácter superfluo y reiterativo de estas figuras «ya que el campo delictivo que cubren está abarcado por otras modalidades delictivas». En segundo lugar, el hecho de que pese a ser los raptos «figuras pluriobjetivas, aparece en ellos mucho más clara e inmediata la lesión al bien jurídico de la libertad y seguridad individual que la lesión a valores de naturaleza sexual» (23).

En definitiva, lo que se cuestiona en la actualidad es si los raptos deben seguir constituyendo delitos independientes —bien en el marco de los delitos contra la honestidad, bien en el de los delitos contra la libertad (24), bien en el de los delitos contra la familia—, o si, por el contrario, no debe existir tipicidad expresa alguna respecto de ellos de tal forma que sólo sean objeto de sanción penal cuando así lo exija una normativa general y correctamente estructurada sobre los delitos contra la libertad personal o la seguridad de los menores (25).

---

(23) Cfr. *Comisión redactora del Código Penal tipo para Latinoamérica*. ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES 1977, págs. 124, 131 y 140.

(24) Este sistema de punición —del que no se puede decir se haya visto acompañado por el éxito— es el seguido en Alemania. La doctrina ha adoptado frente a estos delitos una postura cada vez más crítica. Sobre esta evolución, vid.: HAUSMANN, Willy., *Die Entführung*. Elbefeld, 1907. HEY, Rudolf., *Kinderraub und Entführung*. Breslau, 1909. BASEDOW, Martin, *Die Normativen Tatbestandselemente der Freiheitsberaubung*. Freiburg, 1935. SCHWARZ, Eberhard, *Entwicklung und Reform der Entführungsdelikte*. Tübingen, 1972. REGEL, Wolfgang, *Entziehen und Entführen Minderjährigen*. Bockum-Hövel, 1975. Toda alusión a los delitos de rapto había desaparecido ya en *Alternativ Entwurf eines Strafgesetzbuches*. Besonder Teil. Straften gegen die Person. Tübingen, 1970.

(25) No se trata, claro está, de propugnar simplemente la desaparición de los delitos de rapto en todas sus modalidades argumentando con el tan conocido como funesto razonamiento de que a los mismos resultados se llegaría mediante la utilización de otros preceptos del Código (vid. GIMBERNAT ORDEIG, E.: *La mujer y el Código Penal Español*, cit., pág. 32, sobre la supresión del art. 428 en 1963 y *Boletín Oficial de las Cortes Españolas*, número 33, de 22 de noviembre de 1977, pág. 457, sobre la despenalización del adulterio y el amancebamiento). Como de lo que se trata es precisamente de evitar estos resultados, la derogación de todo precepto referente a los raptos debe ir acompañada de una profunda revisión de los delitos contra la libertad personal y la seguridad de los menores. Quizá en estos últimos se evidencia como más necesario un replanteamiento general habida cuenta del notoriamente excesivo límite de edad que en ellos se establece y el papel claramente accesorio y secundario que juega la seguridad del menor en beneficio de improcedentes consideraciones de tipo familiar. Sólo exigiendo una adecuada revisión político-criminal de estos preceptos se puede proponer —sin incurrir en el error anteriormente señalado— la derogación de todo precepto relativo a los delitos de rapto. Téngase en cuenta que la simple derogación del art. 441 no cumple en absoluto la finalidad de evitar la determinación familiar del comportamiento sexual de la mujer mayor de doce años y menos de veintiuno. Recurriendo al art. 486 del Código Penal puede lograrse hoy una *más dura represión* de los «raptos consensuales» que la que se lograba a través del desaparecido art. 441.

## II. CONSIDERACIONES DE DERECHO COMPARADO

Sin duda alguna el Derecho Comparado es el instrumento que más luz arroja a toda esta controversia sobre el futuro de los delitos de raptó. Efectivamente, éste viene a evidenciar una cuestión de decisiva importancia: consideraciones de política criminal sobre las detenciones ilegales y las sustracciones de menores aparte —ya veremos más adelante el importantísimo papel que las mismas juegan en toda esta cuestión—, gran parte del problema de la procedencia o improcedencia de la tipificación expresa de los delitos de raptó se reduce a la cuestión de determinar cuál o cuáles puedan ser los bienes jurídicamente protegidos en los mismos. Y hay que reconocer que en la materia que tratamos, nada hay más controvertido —y decisivo— que este problema. El Derecho comparado constituye una clara prueba de lo que decimos.

Para algunos Códigos penales, los delitos de raptó gozan de una evidente naturaleza «sexual». Desde esta óptica, los raptos aparecen como «delitos sexuales» en los Códigos penales de Costa Rica (arts. 163 y ss.), Ecuador (arts. 504 y ss.) y México (arts. 267 y ss.). Otras legislaciones los consideran, también en esta área, como «delitos contra la honestidad»: así, los Códigos penales de Argentina (arts. 130 y ss.), El Salvador (arts. 398 y ss.) y Honduras (arts. 442 y ss.). Por último, los raptos aparecen como «delitos contra la libertad sexual» en los Códigos penales de Guatemala (arts. 181 y ss.) y Nicaragua (arts. 197 y ss.).

Otras legislaciones consideran que los raptos, bien están a caballo entre los delitos sexuales y los delitos contra la familia, bien constituyen auténticos delitos contra la familia. En este sentido, los raptos aparecen como «delitos contra las buenas costumbres y el orden de familia» en los Códigos penales de Bolivia (arts. 313 y ss.), Colombia (arts. 394 y ss.), Chile (arts. 358 y ss.), Marruecos (arts. 436 a 440 y 471 a 475), Panamá (arts. 291 y ss.), Paraguay (arts. 324 y ss.), Portugal (arts. 395 y ss.), Turquía (arts. 429 y ss.), Uruguay (arts. 266 y ss.) y Venezuela (arts. 393 y ss.).

Por el contrario, los raptos aparecen como delitos «contra la libertad personal» en las legislaciones penales de Alemania (parágrafos 236 a 238), Finlandia (parágrafos 7, 8, 9 y 14 del capítulo XXV), Grecia (arts. 327 y ss.), Holanda (arts. 281 y s.), Perú (arts. 228 y 229) y Suiza (arts. 295 y ss.).

No faltan legislaciones que, contrariamente a lo que se ha venido indicando hasta ahora, consideren a los raptos como delitos pluriobjetivos, lo que les lleva a darles asiento sistemático en diversos lugares del Código penal. Dentro de esta línea, el Código austriaco considera a los raptos como delitos contra la libertad personal (parágrafos 100 y 101) y contra la familia (parágrafo 195). El Código penal italiano opta por la distinción entre dos modalidades de raptos: aquellos que atentan contra la libertad sexual (ar-

tículos 522 a 527) y aquellos otros que lo hacen contra la familia (arts. 542 a 544).

Y, para terminar, existen también Códigos penales en los que no se contiene alusión expresa alguna a los delitos de rapto. El análisis de estas legislaciones pone claramente de manifiesto que las conductas conocidas con el nombre de *raptos* en los Códigos que prevén expresamente estas modalidades delictivas, sólo son objeto de sanción cuando efectivamente constituyan delito de detención ilegal o de sustracción de un menor. En esta línea se encuentran los Códigos penales de Bélgica, Cuba, Checoslovaquia, Dinamarca, Francia, Haití, Islandia, Luxemburgo, Noruega, Polonia, Puerto Rico, Rumania, Santo Domingo, Suecia, Unión Soviética, Yugoslavia y la Ley Criminal de Groenlandia. Sin que hayan llegado a convertirse en Ley, por la posición de omitir cualquier referencia expresa a los delitos de rapto se han pronunciado las Comisiones Chilena y Mexicana que intervienen en la redacción de un Código penal tipo para Latinoamérica y el Proyecto Alternativo de Código penal alemán (Parte Especial) (26).

### III. LOS DELITOS DE RAPTO EN LOS CODIGOS PENALES ESPAÑOLES

Aunque sólo merecedor de elogios habida cuenta de la época en que fue elaborado, en lo que afecta a la materia que estudiamos, el Código penal de 1822 contenía un amplísimo repertorio de disposiciones extremadamente anárquico y confuso. Sancionaba las detenciones ilegales (delitos contra la libertad individual de los españoles) y las sustracciones de menores (delitos contra las personas), estableciendo agravaciones específicas para aquellos supuestos en los que la detención ilegal o la sustracción del menor se hubiera realizado para «abusar de la víctima o hacerle algún daño». Aunque indudablemente con respecto a una persona caben más «daños y abusos» que los estrictamente sexuales, no cabe duda de que no sólo los raptos violentos sino también los consensuales —éstos últimos por primera vez en nuestra historia legislativa— son objeto de una punición expresa (27).

Este es, en líneas generales, el sistema que se seguiría para la punición de los raptos en todos nuestros Códigos posteriores. No obstante, el auténtico modelo —que ha llegado virtualmente intacto

---

(26) Vid. supra notas 23 y 24.

(27) Vid. arts. 664 y ss. del capítulo IV (de los raptos, fuerzas y violencias contra las personas, y de la violación de enterramientos) del título I (delitos contra las personas). Nótese que aquí no aparecen los raptos propiamente como delitos contra la honestidad. Nota positiva de la normativa legal es la equiparación de hombres y mujeres como sujetos pasivos de estos delitos y la equiparación de los medios comisivos de violencia, amenaza y engaño. Nota negativa es la de haber introducido la tan criticada «presunción de asesinato» que ha llegado hasta nuestros días (art. 667).

hasta nuestros días— es el establecido por el Código penal de 1848-1850. Se parte de una distinción base: el rapto —delito contra la honestidad— puede realizarse bien contra la voluntad de la mujer cualquiera que sea su estado, condición o edad (se presume que el rapto es contra la voluntad de la mujer cuando ésta tiene menos de doce años), bien con su consentimiento si se trata de una doncella (28) mayor de doce años y menor de veintitrés (29).

Al ser el Código penal de 1870 —en cuanto a la tipificación de los raptos se refiere— copia fiel de su predecesor de 1848-50 (30), no encontramos sustanciales modificaciones en la punición de los mismos hasta el Código penal de 1928. En éste se altera la posición sistemática de estas figuras delictivas (31) aunque sus límites típicos permanecen virtualmente inalterables (32) bajo las rúbricas de «delitos contra la honestidad» y «delitos contra los menores —delitos contra la honestidad de los menores—».

El Código penal de 1932 rompe con la sistemática de su predecesor (33) y vuelve al modelo establecido por el Código de 1848-50 que tan fielmente siguió el de 1870. No obstante, las modificaciones establecidas en algunas materias impiden afirmar que sus preceptos sobre los raptos sean copia fiel de los del Código de 1870 (34).

(28) Tal exigencia sólo desaparecería con el Código Penal de 1928 —en parte— y con el de 1932 totalmente.

(29) Vid. arts. 361 y ss. del capítulo IV (rapto) del título IX (delitos contra la honestidad). La redacción de estos preceptos constituye la fuente de una serie inagotable de problemas respecto de los cuales en muchos puntos la doctrina no ha logrado llegar a un acuerdo: ni una sola indicación acerca de en qué pueda consistir exactamente la conducta típica (el término «rapto» no se caracteriza precisamente por su claridad), ausencia de especificación de los medios comisivos (¿qué lugar debe ocupar el engaño?), un oscuro término de «miras deshonestas» y, para mayor confusión, una referencia en el art. 361 a «los raptos ejecutados con miras deshonestas», lo que sembró el desconcierto en la doctrina y en la Jurisprudencia (vid. Sentencia de 22 de octubre de 1883), llegándose a afirmar la existencia de «raptos sin miras deshonestas» que podían ser perseguidos de oficio.

(30) Vid. arts. 460 y ss. del capítulo V (rapto) del título IX (delitos contra la honestidad).

(31) Estos aparecen tipificados en los arts. 611 y 612 del capítulo IV (rapto) del título X (delitos contra la honestidad) y art. 776 del capítulo IV (delitos contra la honestidad y la moralidad de los menores) del título XV (delitos contra los menores).

(32) Entre los aciertos del texto legal caben reseñarse los siguientes: desapareció la presunción de asesinato, se definió el delito de rapto, se reconoció la existencia de rapto por retención, se equiparó expresamente el rapto realizado contra la voluntad de la mujer al realizado sin su voluntad, se equiparó el hombre a la mujer en la posibilidad de ser sujeto pasivo de estos delitos, se amplió la protección de los menores no exigiéndose en algunos supuestos el requisito de doncellez y se atenuó en muchas figuras la penalidad. Ahora bien, lo precipitado de la reforma ocasionó múltiples errores técnicos —algunos de ellos muy graves— que limitaban en parte los aciertos a los que se ha hecho referencia.

(33) Vid. arts. 441 y ss. del capítulo IV (rapto) del título X (delitos contra la honestidad).

(34) Se exige la existencia de engaño *grave* para la existencia de rapto

Al Código vigente no se llegaría sino después de la reforma introducida en esta materia por la Ley de 6 de noviembre de 1942 en la que se agravó la penalidad de estos delitos. La exposición de motivos de esta reforma afirmaba: «La agravación de la penalidad establecida por la presente ley responde, no sólo al interés que el nuevo Estado consagra a la defensa de la moralidad... sino también en el sentido de... amparo y protección a la mujer. Semejante espíritu tutelar no podía cohonestarse con las menguadas penalidades establecidas para estos delitos en el Código penal de la República... que llegó en algunos casos a la más escandalosa impunidad. En este criterio fundamentalmente cristiano y humanitario se fundan estas disposiciones encaminadas a salvaguardar la honra de la mujer». El fenómeno de la agravación de la pena para estos delitos se repitió con la entrada en vigor del Código penal de 23 de diciembre de 1944. Desde aquella fecha, sólo las multas habían sido objeto de modificación.

Es, pues, nota común a todos nuestros Códigos penales el haber tipificado de forma expresa tanto los raptos no consentidos como los consentidos y el haberlos tipificado precisamente como delitos contra la honestidad. La Ley que ahora comentamos, ni estaba llamada a cambiar este rumbo legislativo, ni efectivamente lo ha cambiado. Ahora bien, si en el futuro se debe seguir esta línea o, por el contrario, debería ser abandonada —con la consiguiente derogación del artículo 440— para integrarse en la más depurada de las nuevas direcciones del Derecho comparado, es algo que no cabe decidir apriorísticamente. Sólo la determinación del objeto jurídico de los delitos de rapto y fundamentales consideraciones de política criminal podrán servir de criterios para tal toma de postura.

#### IV. BIENES JURIDICAMENTE PROTEGIDOS EN LOS DELITOS DE RAPTO

##### 1. *Determinaciones previas*

Existe una profunda disparidad de criterios doctrinales y jurisprudenciales respecto de la determinación del objeto jurídico en los delitos de rapto no consentidos (35) del párrafo 1º del artículo 440.

consentido, se deja de exigir la donceller en la mujer y se incorpora al articulado una norma de concurso para los supuestos en que el rapto fuera seguido de acceso carnal. Salvo la referencia al sujeto pasivo, las novedades vienen a enturbiar una vez más el panorama existente en la materia: el criterio del Código de 1822 de equiparar violencia, amenaza y engaño lo creemos más correcto. La norma concursal, de otra parte, no ha sido sino fuente de los más arduos problemas interpretativos. Por lo demás, el Código copia del de 1870 hasta los errores, de tal forma que se sigue hablando de «rapto ejecutado con miras deshonestas».

(35) El hecho de que el legislador, sin entrar en más detalles, se haya limitado a decir «contra la voluntad» de la persona, creo debe ser interpretado en el sentido de que cualquiera de los medios que tienden a pro-

No reina acuerdo entre quienes sostienen que en estos delitos existe un solo bien jurídicamente protegido. En cuanto a cuál pueda ser éste, se ha hablado de la libertad personal de la raptada (36), de su libertad ambulatoria o de locomoción (37), de su libertad sexual (38), de su seguridad personal (39), de su honestidad (40), de su honor (41) y del orden de su familia (42). Más disparidad de criterios existe aún entre los que sostienen que nos encontramos ante una figura pluriobjetiva. En este sentido se ha afirmado que los raptos analizados atentan contra la libertad y seguridad personal de la víctima (43), contra la moral pública, las buenas costumbres y la libertad sexual de la raptada (44), contra su seguridad personal y su familia (45), contra su libertad personal —que se lesiona— y su libertad sexual —que se pone en peligro— (46),

ducir el hecho sin que intervenga la libre voluntad de la víctima, deben ser considerados como incluidos en los medios comisivos típicos. Sería pues típico de este precepto el rapto llevado a cabo «sin la voluntad de la víctima» y el llevado a cabo mediante engaño si concurren en éste las circunstancias a las que nos referiremos más adelante. Cfr. TEJERA, D. V.: *El rapto*. Madrid, 1928, págs. 65 y ss. GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A.: *El Código Penal de 1870 concordado y comentado*, cit., págs. 128 y ss. GARCERÁN LAREDO, Octavio: *El rapto y su jurisprudencia*. La Habana, 1945, pág. 23. GONZÁLEZ BLANCO, Alberto: *Delitos sexuales*. México, 1969, págs. 126 y ss. También la Sentencia de 23 de octubre de 1952.

(36) Cfr. CARRARA, F.: *Programa del Curso de Derecho Criminal*. Parte especial, vol. II. Buenos Aires, 1945, págs. 491 y ss.

(37) En este sentido, CARRANCA TRUJILLO, R. y CARRANCA RIVAS, R.: *Código Penal anotado*. México, 1971, pág. 665. GONZÁLEZ BLANCO, A.: *Delitos sexuales*, cit., págs. 122 y ss.

(38) Entre otros, SANTORO, Arturo: *Rilievi critici in tema di rapto*. La Gius. Pen. 1962, II, pág. 295, y MEDA: *Il raptus in parentes*. Rit. D. P. 1932, pág. 43. ANTOLISEI, F.: *Manuale di Diritto Penale*, 4.ª ed., P. S. Milano, 1960, pág. 381.

(39) Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis: *Delitos contra la libertad, el estado civil y la honestidad*. El Criminalista. Buenos Aires, 1947, vol. II, pág. 153.

(40) Cfr. GÓMEZ, Eusebio: *Tratado de Derecho Penal*, tomo II, Buenos Aires, 1940, págs. 252 y ss.

(41) Cfr. CASTRO OROZCO, J y ORTIZ DE ZÚÑIGA, M.: *Código Penal explicado*, tomo II. Granada, 1848, págs. 358 y ss.

(42) Cfr. PUIG PEÑA, F.: *Derecho Penal*, tomo IV. Barcelona, 1959, páginas 71 y ss.

(43) Así consideraron al rapto violento GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, A.: *El Código Penal de 1870 concordado y comentado*, cit., págs. 192, 219 y ss., y LANGLE RUBIO, E.: *El Código Penal de 17 de junio de 1870*. Madrid, 1915, págs. 105 y ss.

(44) Entre otros, y siguiendo fielmente la sistemática del Código Penal italiano, vid. MAGGIORE, G.: *Derecho Penal*. P. E., vol. IV. Bogotá, 1945, páginas 83 y 91, y MANZINI, V.: *Trattato di Diritto Penale italiano*, vol. VII. Torino, 1951, págs. 329 y ss.

(45) Cfr. TEJERA, D. V.: *El rapto*, cit., págs. 65 y ss. VIZMANOS, T.ª M. y ALVAREZ MARTÍNEZ, C.: *Comentarios al nuevo Código Penal*. Madrid, 1853, tomo II, página 385.

(46) Es, sin duda, una de las opiniones que más luz aporta al problema que estudiamos. Cfr. DEAN, Fabio: *Voz Ratto*. Novissimo Digesto Italiano, tomo XIV. Torino, 1968, págs. 896 y ss, y MANCI: *Reati sessuali*. Torino, 1927, páginas 230 y ss.

contra su libertad personal y su pudor (47), contra su honestidad y libertad sexual (48), contra su libertad personal, su seguridad, el orden de su familia y los derechos de patria potestad y tutela que existen sobre ella (49), contra su familia y las buenas costumbres (50), contra su familia, las buenas costumbres, la libertad y la seguridad personal de la víctima (51), así como contra el orden público, la libertad de la mujer y el honor y reposo de su familia (52). La Jurisprudencia del Tribunal Supremo es algo más parca pese a considerar también que nos encontramos ante un delito pluriobjetivo. Afirma el Tribunal Supremo que el rapto no consentido ataca a la sociedad misma en la que produce gran alarma (53) lesionando la autoridad familiar (54), el orden de la familia (55) y sus sentimientos (56). Niega que este delito lo sea contra la libertad sexual de la raptada (57) y también que con él se lesione su libertad momentánea (58). Ante todo, «el delito de rapto ataca a la libertad personal de la mujer en su aspecto deambulatorio o de traslado como derecho inmanente en la personalidad, siendo objeto de protección los bienes señalados anteriormente sólo de forma muy secundaria» (59).

Más confuso aún, si cabe, se presentaba el problema de la determinación del objeto jurídico en los delitos de rapto consentidos —con o sin engaño— del artículo 441. Pese a la derogación de este precepto, la determinación de su objeto jurídico sigue revistiendo fundamental importancia. Téngase en cuenta que en el artículo 441 se tipificaban: el rapto de una mujer mayor de doce y menor de dieciséis años en su doble modalidad de plenamente consentido y engañoso y el rapto de una mujer mayor de dieciséis años y menor de veintitrés también en su doble modalidad de plenamente consentido y engañoso. Después de la derogación de este precepto resulta claro que los raptos plenamente consentidos

(47) En este sentido, PACHECO, J. F.: *Código Penal concordado y comentado*. Madrid, 1881, tomo III, págs. 143 y ss.

(48) SOLER, Sebastián: *Derecho Penal argentino*, vol. III. Buenos Aires, 1973, pág. 333.

(49) Cfr. GONZÁLEZ DE LA VEGA, F.: *Derecho Penal mexicano*. México, 1961, página 26.

(50) IZQUIERDO MORONDA, E.: *El rapto*, en *R.G.L.J.*, 1926, tomo 149, páginas 26 y ss.

(51) SÁNCHEZ TEJERINA, I.: *El delito de rapto en el Código Penal español*, en *R.G.L.J.*, 1924, tomo 144, págs. 554 y ss.

(52) En este sentido: VIADA VILASECA, Salvador: *El Código Penal reformado de 1870*, tomo II. Madrid, 1877, págs. 90 y ss.

(53) Sentencias de 6 de julio de 1916 y 12 de julio de 1928.

(54) Sentencias de 15 de marzo de 1969, 12 de diciembre de 1974 y 24 de marzo de 1975.

(55) Sentencias de 6 de junio de 1963.

(56) Sentencias de 6 de julio de 1916 y 12 de julio de 1928.

(57) Sentencias de 15 de noviembre de 1974 y 29 de enero de 1975.

(58) Sentencias de 11 de noviembre de 1974 y 29 de enero de 1975.

(59) Sentencias de 12 de julio de 1928, 7 de diciembre de 1960, 6 de junio de 1963, 7 de diciembre de 1973, 11 de noviembre de 1974, 15 de noviembre de 1974, 12 de diciembre de 1974, 29 de enero de 1975 y 24 de marzo de 1975.

han dejado de tener sustantividad propia: ahora bien, las conductas en las que consistían *pueden seguir constituyendo un delito* de sustracción de menores —en virtud de lo establecido en el artículo 485 del Código penal— cuando la víctima fuera menor de veintiún años. Pero, ¿en qué situación quedan los raptos engañosos de mujeres mayores de doce y menores de veintitrés años? En mi opinión, siempre que el engaño posea la suficiente entidad como para considerar que se ha vencido y doblegado la voluntad contraria de la mujer a la sustracción o retención, nos encontraremos ante un concurso aparente de las normas penales de los artículos 440 y 480. El principio de especialidad obligaría —cuando el sujeto activo del delito actúa con la finalidad de cometer un ulterior delito contra la libertad sexual de su víctima— a la aplicación en estos supuestos del artículo 440 párrafo 1.º. No en vano el Derecho comparado nos muestra cómo por regla general a la hora de tipificar los raptos «violentos» los Códigos penales hacen referencia a los siguientes medios comisivos: violencia, amenaza, *engaño* o llevar a cabo el delito cuando la víctima se encuentra incapacitada para resistir por cualquier causa. Así las cosas, caso de que el engaño no tenga la entidad suficiente a la que nos hemos referido podría ser de aplicación el artículo 486 de nuestro Código. *Paradójicamente*, pues, las conductas tipificadas en el precepto derogado pueden ser incriminadas —excepción hecha del rapto plenamente consentido de mujer mayor de veintiún años— en base a otros preceptos del Código. En consecuencia, parece oportuno recordar en este punto la doctrina jurisprudencial y científica sobre el objeto jurídico del desaparecido artículo 441.

Para un importante sector doctrinal, sin duda alguna mayoritario, se consideraba idéntico el bien jurídicamente protegido en todas las modalidades de raptos contenidas en el artículo 441. Para otro sector doctrinal resultaba obligado distinguir si el rapto se había llevado a cabo mediante engaño o sin que mediara engaño alguno.

Entre los que optaban por la identidad de bien jurídico protegido, las opiniones volvían a dividirse. La discusión giraba en torno a si se trataba de un solo bien jurídico o si, por el contrario, estábamos ante delitos pluriobjetivos. Entre los que sostenían que se trataba de un solo bien jurídico protegido, tampoco reinaba acuerdo. Así, los hay que consideraban que se protegía a la mujer raptada en su honestidad (60), en su libertad personal (61), en su honor (62) o en su seguridad personal (63). Otros opinaban que a quien

(60) En este sentido, GÓMEZ, E.: *Tratado de Derecho Penal*, cit., pág. 252.

(61) Vid. GANDARIAS, Manuel: *El rapto*. Revista de los Tribunales y de legislación Universal, tomo LXIII, núm. 5. Madrid, 1929, pág. 67. BINDING, Karl: *Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts*. Besonder Teil. Leipzig, 1902, página 116.

(62) Cfr. CASTRO OROZCO y ORTIZ DE ZÚÑIGA: *Código Penal explicado*, citado, págs. 358 y ss.

(63) Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis: *Delitos contra la libertad, el estado civil*

se protegía realmente era a la familia de la raptada ya que el rapto suponía un robo a los padres, al tutor o al marido de la misma (64) y, en todo caso, impedía el ejercicio de la autoridad paterna alterando la ordenada convivencia familiar (65). Respecto de los que consideraban que estábamos ante delitos pluriobjetivos, la doctrina se dividía en dos direcciones: quienes opinaban que se protegía primariamente a la familia de la raptada y secundariamente a las buenas costumbres (66), y quienes entendían que se protegía a la familia de la raptada y secundariamente a la raptada misma (67). Respecto de los que consideraban que para la determinación del objeto jurídico de los delitos analizados había que distinguir entre los raptos plenamente consentidos y los raptos engañosos, las posturas no estaban tan encontradas. Se sostenía que en el rapto engañoso se protegía la libertad personal de la mujer (68) y en el no engañoso, ora su familia (69), ora su honestidad (70), ora su seguridad personal (71).

Nuestro Tribunal Supremo se inclinó siempre por la tesis de la identificación de los bienes jurídicamente protegidos. Para el mismo, los raptos consentidos constituían delitos pluriobjetivos en los que se tutelaba de forma primaria y esencial a la familia de

y la honestidad, cit., pág. 150. GROTZARD y GÓMEZ DE LA SERNA, A.: *El Código Penal de 1870 concordado y comentado*, cit., págs. 192 y ss.

(64) Vid. MARCOS GUTIÉRREZ, José: *Práctica Criminal de España*, tomo III. Madrid, 1806, pág. 175.

(65) Vid. IZQUIERDO MORONDA, E.: *El rapto*, cit., págs. 25 y ss.

(66) En este sentido: GUBERN SALISACHS, S.: *La ruptura de promesa matrimonial*. Barcelona, 1947, págs. 88 y ss. JARAMILLO GARCÍA, A.: *Novísimo Código Penal comentado y cotejado con el de 1870*, vol II. Salamanca, 1929, páginas 267 y ss. TEJERA, D. V.: *El rapto*, cit., págs. 19, 74 y ss.

(67) Cfr. MAGALHAES NORONHA, E.: *Direito Penal*, cit., págs. 117 y ss. GONZÁLEZ DE LA VEGA, F.: *Derecho Penal mexicano*, cit., págs. 406 y ss. VIZMANOS, T. M. y ALVAREZ MARTÍNEZ, C.: *Comentarios al nuevo Código Penal*, cit., página 385. LANGLE RUBIO, E.: *La mujer en el Código Penal*, cit., págs. 105 y ss. SÁNCHEZ TEJERINA, I.: *El delito de rapto en el Código Penal español*, cit., páginas 554 y ss.

(68) Vid., entre otros, GABRIELI: *Voz Ratto*. Il Nuovo Digesto Italiano, tomo X, págs. 1124 y ss. IRURETA GOYENA: *Delitos contra la libertad de cultos, rapto y estado civil*. Montevideo, 1933, págs. 55 y ss. CHIOSSONE, Tulio: *Manual de Derecho Penal venezolano*. Caracas, 1972, pág. 626.

(69) Vid, entre otros, CARRARA, F.: *Programa del Curso de Derecho Criminal*, cit., págs. 491 y ss. IRURETA GOYENA: *Delitos contra la libertad de cultos, rapto y estado civil*, cit., págs. 55 y ss.

(70) Cfr. GARCERÁN LAREDO, O.: *El rapto y su jurisprudencia*, cit., páginas 14 y ss.

(71) Salvo contadas excepciones, ésta es la postura que adopta la dogmática alemana ante el problema. Se sostiene que el rapto engañoso es un delito contra la libertad personal de la raptada y que el no engañoso constituye un delito contra su seguridad personal. En este sentido, vid. SCHWARZ, E.: *Entwicklung und Reform der Entführungsdelikte*, cit., pág. 192. WELZEL, H.: *Das Deutsche Strafrecht*. 11. Auf. Berlin, 1966, págs. 330 y ss. MAURACH, R.: *Deutsche Strafrecht*. B. T. Karlsruhe, 1969, págs. 125 y ss. BLEI, H.: *Strafrecht II*. B. T. 10. Auf. München, 1976, pág. 73. HEINZ, K.: *Die Rechtsgüter von Ehebruch und Entführung Minderjähriger*, cit., pág. 80.

la raptada (72): Se la lesionaba al extraerse de su seno a un miembro que por su edad y sexo estaba más expuesto a todo tipo de peligros (73), a la vez que se ultrajaba la tranquilidad del hogar, su buen orden (74), su santidad, paz, honor, dignidad, buen nombre y prestigio (75). También resultaban lesionados, en opinión del Tribunal Supremo, la honestidad familiar, la moralidad sexual familiar (76) y los vínculos de autoridad existentes sobre la menor dependiente (77). Sólo de forma secundaria se protegía también a la mujer raptada en su buena fama (78), libertad (79), honestidad (80) y honor (81), bienes todos ellos que resultaban lesionados por un delito que, a la vez, ponía en peligro su integridad física (82), sexual (83) y moral (84). En tercer lugar, afirmaba el Tribunal Supremo, con estos tipos se protegían también los sentimientos de honestidad públicos y la moral sexual social (85).

## 2. APRECIACIONES CRITICAS

El panorama doctrinal y jurisprudencial que acabamos de contemplar exige, sin lugar a dudas, un profundo planteamiento crítico. Estamos ante un claro fenómeno de «inflación» en cuanto a los bienes que pudieran considerarse protegidos en los delitos de raptó.

---

(72) Vid., entre otras, las Sentencias de 5 de noviembre de 1974, 18 de enero de 1975, 28 de febrero de 1976, 26 de marzo de 1976 y 27 de septiembre de 1976.

(73) Entre las más recientes: Sentencias de 20 de diciembre de 1974 y 9 de diciembre de 1975.

(74) Sentencias de 20 de diciembre de 1974, 9 de octubre de 1975, 28 de febrero de 1975 y 30 de septiembre de 1976.

(75) Vid., entre otras, las Sentencias de 10 de mayo de 1975, 27 de octubre de 1975, 19 de diciembre de 1975, 28 de febrero de 1976, 26 de marzo de 1976, 28 de febrero de 1976, 7 de mayo de 1976 y 30 de septiembre de 1976.

(76) Sentencias de 14 de mayo de 1970, 5 de junio de 1972, 10 de mayo de 1974 y 20 de diciembre de 1974.

(77) Sentencias de 26 de marzo de 1976, 7 de mayo de 1976, 27 de septiembre de 1976 y 30 de septiembre de 1976.

(78) Las Sentencias de 5 de noviembre de 1974, 18 de enero de 1975, 19 de diciembre de 1975, entre las más recientes, hacen referencia a la «devaluación del concepto público moral de la joven» que trae consigo la comisión de estos delitos.

(79) Sentencias de 26 de marzo de 1976, 7 de mayo de 1976 y 30 de septiembre de 1976.

(80) Vid. Sentencias de 4 de octubre de 1974, 28 de febrero de 1976 y 26 de marzo de 1976.

(81) Sentencia de 28 de febrero de 1976.

(82) Sentencias de 9 de octubre de 1975, 19 de diciembre de 1975 y 26 de marzo de 1976.

(83) Entre otras, Sentencias de 19 de diciembre de 1975, 26 de marzo de 1976, 7 de mayo de 1976 y 30 de septiembre de 1976.

(84) Entre las más recientes: Sentencias de 20 de diciembre de 1974, 9 de octubre de 1975, 19 de diciembre de 1975 y 27 de octubre de 1975.

(85) Vid. Sentencias de 10 de mayo de 1974, 5 de noviembre de 1974, 20 de diciembre de 1974, 18 de enero de 1975 y 30 de septiembre de 1976.

Resultaría difícil encontrar otros delitos a los que se les hubiera encomendado un cometido tan fundamental. Obedece este fenómeno en buena medida a un intento de justificar por cualquier vía lo que resultaba a todas luces injustificable: un Derecho penal aparentemente sexual, discriminatorio, no secularizado, no democratizado y, por tanto, completamente divorciado de nuestra realidad social. Se partía en el mismo de un concepto falso de la mujer, de una visión absurda del fenómeno de la sexualidad y de una concepción decadente de la familia basada en consideraciones honoríficas y de vínculos de subordinación jurídica con la clara intención de satisfacer las concepciones morales y jurídicas de un determinado tipo de familia —burguesa—, apresara a la mujer en las sutiles redes de concepciones trasnochadas de la vida y conseguir una solapada vía para una excesiva intervención penal en materias referentes a la sexualidad (86). Y es de lamentar que pese a la derogación de los artículos 441 y 442 y la reforma del artículo 440, nuestro Código penal no se haya separado en absoluto de esas lamentables coordenadas. Una inadecuada legislación sobre detenciones ilegales y, ante todo, sobre seguridad de los menores impide que la reforma operada logre unas aspiraciones que desde hace tiempo deberían ser realidad.

Ahora bien, aunque los preceptos relativos a la punición de los raptos —con todas las posibilidades de «chantaje legal» que ofrecen las normas sobre su persecución— hayan sido utilizados *de hecho* para la protección de determinadas categorías familiares y para una efectiva represión sexual, hay que reconocer que en el plano estrictamente *jurídico* estas tipologías no poseían naturaleza de delitos sexuales ni constituían auténticas infracciones contra la familia. Lo mismo cabe decir respecto de las vigentes tipologías del artículo 440.

a) *Los raptos no constituyen una categoría de los delitos sexuales.*

Si para determinar el objeto jurídico de los delitos de rapto atendemos al bien jurídico efectivamente conculcado con la íntegra realización de la conducta típica (87), observaremos dos fenó-

(86) Sobre el principio del mínimo de intervención penal en materia sexual, vid. BAUER, Fritz: *El Derecho Penal sexual en la actualidad*, en *Sexualidad y crimen* (versión de la 3.ª ed. alemana por E. Gimbernat). Madrid, 1969, págs. 14 y ss. SÁINZ CANTERO, J. A.: *La reforma del Derecho Penal sexual*, cit., en especial, págs. 239 y ss. Sobre hasta qué punto mediante la coacción del Estado se intenta imponer unas determinadas concepciones morales, vid. BACIGALUPO, E.: *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*. Revista de Derecho Penal y Criminología 1968, págs. 130 y 131.

(87) Este es el criterio que utilizó CARRARA para llegar a conclusiones idénticas a las aquí sostenidas. Vid. *Programa del Curso de Derecho Criminal*, cit., págs. 491 y ss.

menos muy significativos. *De una parte*, el hecho de raptar —apoderamiento de una persona llevado a cabo por traslación o retención— no supone la realización de conducta alguna de tipo sexual con la víctima del delito. Conlleva solo la «puesta en juego finalísticamente» de unos ideales designios sexuales cuya ausencia de realización práctica no impide la existencia del delito de rapto consumado. Esto es, la consumación de los raptos no lleva aparejada en sí misma lesión alguna a bienes jurídicos de naturaleza sexual. Más concretamente, el hecho de raptar no afecta en absoluto al derecho de la persona a disponer libremente del propio cuerpo en materia sexual (libertad sexual). *De otra*, si después de consumado el rapto —por el apoderamiento de la persona— el sujeto lleva a la práctica sus designios de atentar contra la libertad sexual de la víctima realizando con la misma actos típicamente deshonrosos, incurrirá nuevamente en responsabilidad criminal; esto es, nos encontraríamos ante un concurso de delitos por el hecho de que el sujeto, además de cometer un delito de rapto lesionando o poniendo en peligro los bienes jurídicos específicamente protegidos en este delito, ha realizado posteriormente un nuevo delito por el que se ha lesionado un bien (la libertad sexual) de naturaleza sexual.

En base a estas consideraciones resulta imposible sostener que los raptos constituyan delitos sexuales. Los raptos no conllevan actividad sexual alguna, ni lícita, ni ilícita. Lo único que pueden tener de «sexual» es la finalidad que inspira al autor: sólo supervalorando (o, mejor, desvalorando) ésta, se pueden arrancar los tipos de rapto del lugar que sistemáticamente les corresponde para llevarlos al marco de los delitos sexuales. Y en tal supradesvalorización ha incurrido el legislador penal español al tipificar los raptos entre los delitos contra la honestidad (88) dando preferencia al bien jurídico que se pone en peligro (la libertad sexual) sobre el bien jurídico que efectivamente se lesiona (89).

Efectivamente, los raptos son delitos «próximos» (90) a los delitos sexuales. Ahora bien, el legislador no debe guiarse por estas proximidades —ya lo ha hecho, también erróneamente con determinados delitos contra la vida, integridad y libertad de las personas que aparecen tipificados entre los delitos contra la propiedad (91)— sino por la auténtica naturaleza del delito en cuestión y es evidente que la de los raptos no es precisamente sexual.

(88) Indudablemente, los raptos no son «delitos contra la honestidad», esto es, delitos que lesionen un bien jurídico denominado «honestidad». Como afirma POLAINO NAVARRETE, la «designación legal de honestidad tiene el valor de una rúbrica abstracta de plural significación. Concebida como bien jurídico en sí mismo sustancialmente apreciado, carece en cambio de sentido». Cfr. *Introducción a los delitos contra la honestidad*, cit., pág. 42.

(89) Ha procedido, pues, incurriendo en el mismo error al que hacían referencia DEAN: *Ratto*, cit., págs. 396 y ss. y MANCI: *Reati Sessuali*, cit., páginas 230 y ss.

(90) En este sentido, cfr. BLEI, H.: *Strafrecht II*, cit., págs. 142 y ss.

(91) Vid. artículo 501, núms. 1 y 2 del Código Penal.

b) *Los raptos no constituyen una categoría de los delitos contra la familia.*

No cabe duda de que determinadas modalidades de raptos han venido jugando en nuestro Derecho positivo como auténticas figuras en las que se protege —de facto— a la institución familiar que «padece el robo» de uno de sus miembros. Ahora bien, creemos que tal fenómeno no es sino una desviación generalizada, fundamentalmente, por nuestro Tribunal Supremo. Desde el punto de vista estrictamente técnico es insostenible la afirmación de que los raptos —en general— o determinadas modalidades de los mismos —en particular— constituyen delitos contra la familia de la persona raptada. Baste tener presente las siguientes consideraciones.

En primer lugar, los delitos de rapto existirán aunque la persona raptada carezca absolutamente de familiares o guardadores. Este dato es lo suficientemente significativo como para poner de manifiesto la irrelevancia de consideraciones familiares en estos delitos (92). Nuestro Código penal permitía y permite el mantenimiento de esta tesis ya que para la existencia de los raptos consensuales no exigía —a diferencia de lo que sucede en el art. 486— que la mujer fuera inducida a abandonar precisamente «la casa de sus padres, tutores o encargados de su persona». Por el contrario, el delito existía —y podía ser perseguido de oficio— en los supuestos en los que la raptada fuere «de todo punto desvalida» (93), bien por carecer absolutamente de familiares o guardadores, bien porque éstos hubieran abandonado de facto su derecho-función de protegerla y ampararla. Lo mismo cabe decir en la actualidad respecto de los raptos del artículo 440. Dado que sin familia puede haber delito de rapto, no se comprende que el rapto sea un delito contra la familia.

En segundo lugar, la irrelevancia del consentimiento de los familiares o guardadores de la raptada en orden a justificar los delitos de esta especie de los que la misma sea víctima, nos pone claramente de manifiesto que del bien jurídicamente protegido en estos delitos no pueden disponer dichos familiares o guardadores por la sencilla razón de que no son sus titulares (94). Una vez más, el Derecho positivo permite el mantenimiento de esta tesis. El consentimiento de los guardadores respecto del rapto de que ha sido víctima su protegida puede significar que se ha producido

---

(92) Ya CARRARA se había pronunciado en este sentido. Vid. *Programa del Curso de Derecho Criminal*, cit., págs. 497 y ss.

(93) Art. 443, párrafo 3.º. Sobre este concepto vid. GIMENO SENDRA, José Vicente: *La querrela*. Barcelona, 1977, págs. 143 y 144.

(94) Excepcionalmente el Tribunal Supremo ha reconocido la existencia en estos delitos de unos «intereses superiores a los de las voluntades de los guardadores de la menor» que la ley se encarga de defender. Vid. Sentencias de 14 de abril de 1973 y 7 de octubre de 1973.

el abandono del «derecho-función» de protección: en estos supuestos no solamente el rapto no queda justificado sino que se podrá proceder de oficio contra el raptor. Bien significativo es también el dato de que «el perdón del representante legal, protector o guardador de hecho» del menor de dieciocho años o incapaz necesite, «oído el Fiscal, ser aprobado por el Tribunal competente». La ausencia de disposición de los familiares o guardadores sobre el bien jurídico protegido en los raptos es evidente. Y tal ausencia de disposición llega hasta el extremo de que si un familiar o encargado de la guarda de la mujer llega a perpetrar un delito de rapto sobre la menor o a cooperar en él, no sólo incurre en responsabilidad criminal (¿cómo incurrirá en responsabilidad criminal el titular del bien jurídicamente protegido?), sino que, además, esta responsabilidad se prevé agravada (95).

Un argumento definitivo para considerar que los raptos no son delitos contra la familia de la raptada se encontraba en el artículo 441 del Código penal. Se castigaba allí, el rapto de una mujer mayor de dieciséis años y menor de veintitrés. Esto es, el rapto era punible tanto si la mujer era mayor de dieciséis años y menor de veintiuno, como si era mayor de veintiún años y menor de veintitrés. ¿Cómo puede sostenerse que en estos delitos se protegía la autoridad familiar y las instituciones de la patria potestad y la tutela, si las mismas, ope legis, habían dejado de existir desde la emancipación de la mujer o, en todo caso, desde su mayoría de edad? Afir-mar que el rapto de una mujer no sometida a patria potestad era un delito contra la patria potestad, carece absolutamente de sentido (96).

### c) *Los bienes jurídicamente protegidos en estos delitos.*

El auténtico sujeto pasivo de los delitos de rapto no es, por tanto, la familia de la persona raptada, sino la persona raptada misma quien a su vez es objeto material de la conducta tímica. Y el bien jurídico del que ésta es titular no goza precisamente de naturaleza sexual: por el contrario, lo constituye su libertad personal ambulatoria o su seguridad personal según los casos. Se establece esta distinción porque no creemos que exista un mismo bien jurídicamente protegido para todas las modalidades de este delito. En nuestra opinión, constituían delitos contra la libertad personal de la víctima los raptos engañosos de mujer mayor de doce años y menor de veintitrés. Constituían delitos contra su seguridad personal los raptos llevados a cabo sin mediar engaño alguno siendo la mujer mayor de doce años y menor de veintitrés (!). En la actualidad, constituyen delitos contra la libertad

(95) Vid. artículos 445, párrafo 1.º, y 452 bis g) del Código Penal.

(96) Téngase en cuenta que por la Ley de 22 de julio de 1972 se modificó la desafortunada redacción del artículo 321 del Código Civil referente a las mujeres menores de veinticinco años. El poco sentido que pudiera conservar el mantenimiento de esta doctrina desapareció a raíz de aquella fecha.

personal ambulatoria de la persona raptada los raptos ejecutados contra su voluntad (mediante violencia, amenaza o engaño). Constituyen delitos contra la seguridad de la persona raptada los ejecutados sin la voluntad de la misma y los llevados a cabo a través de cualquier medio comisivo siendo la víctima menor de doce años. Resulta necesario realizar algunas precisiones en apoyo de esta tesis.

En primer lugar, entendemos la «libertad personal ambulatoria» en el sentido de libertad de locomoción, esto es, libertad de traslación física, de residencia o movilidad (97). Con otras palabras: la facultad de determinar libremente y en cada momento la propia situación espacial. Este es el bien que resulta primaria y esencialmente lesionado cuando una persona, v. gr., encierra a otra con cierto carácter de permanencia a efecto de permitirse ulteriores atentados contra su libertad sexual. Así entendido, claro está que el rapto supone un peligro para determinados bienes de naturaleza sexual de la persona raptada —piénsese en la inminencia del ataque sexual cierto. Pero este peligro resulta evidentemente secundario en el hecho mismo de raptar, puesto que éste conlleva primariamente una obligada privación del bien jurídico libertad personal ambulatoria como paso previo —e independiente incluso en su sanción— al posible, no esencial, y siempre posterior ataque a la libertad sexual.

En segundo lugar, resulta preciso distinguir el engaño de la simple seducción más o menos veraz (98). No tiene la misma relevancia ni consecuencias jurídicas el «hacer actuar a una persona de una forma por ella no querida» doblegando previamente su libertad mediante el engaño, que el hacerla actuar en un determinado sentido —querido por ella— después de haberla seducido, conquistado o incitado a ello por medio de ruegos, halagos o promesas en los que la verdad haya quedado más o menos falseada (99). Cuando la voluntad de la persona raptada resulta vencida por la violencia moral del engaño de que ha sido objeto, padece su libertad personal ambulatoria (100). Cuando sólo media seducción, la

---

(97) Vid. GONZÁLEZ DE LA VEGA: *Derecho Penal mexicano*, cit., págs. 405 y ss. CARRANCA TRUJILLO, R. y CARRANCA RIVAS, R.: *Código Penal anotado*, cit., págs. 665 y ss. También, Sentencias de 15 de noviembre de 1964, 29 de enero de 1975 y 24 de marzo de 1975. Vid., además: SÁINZ-PARDO CASANOVA, J. A.: *Detenciones ilegales* (análisis del art. 186 C. P.). *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 2, págs. 153 y ss., y VIVES ANTÓN, T. S. y GIMENO SENDRA, J. V.: *La detención*. Del primeramente citado, *Detenciones ilegales*. Barcelona, 1977, páginas 13 y ss.

(98) Es éste un dato al que el legislador, con las excepciones de los Códigos Penales de 1822 y 1932, no ha prestado demasiada atención.

(99) No es lo mismo, efectivamente, fingirse policía y coaccionar engañosamente a una mujer para ir a declarar a una supuesta Comisaría, que «persuadir suavemente o cautivar» el ánimo de una novia para iniciar un viaje utilizando la promesa —falsa— de un posterior matrimonio.

(100) No debe extrañar, por consiguiente, la equiparación de los medios comisivos de violencia, amenaza y engaño que, para los delitos de rapto, se establece en los Códigos Penales de Finlandia, Marruecos, Portugal,

víctima —convencida, no forzada— se limita a hacer uso de su propia libertad (101).

En tercer lugar, se ha afirmado que los raptos ejecutados sin la voluntad de la persona raptada y los llevados a cabo siendo ésta menor de doce años, no constituyen delitos contra su libertad ambulatoria, sino contra su seguridad personal. Obedece esta afirmación a dos motivos diferentes pero con cierta base común. El concepto de libertad es por sí mismo «amplísimo, relativo e indeterminado y abarca, de un lado, a un amplio aspecto de la misma que se refiere a la propia persona individual como requisito esencial e inalienable del hombre y, de otro, a un sentido restringido de la misma que, como facultad, se refiere a ciertas manifestaciones de la libertad en general» (102). La libertad en general es algo que existe en toda persona por el hecho de serlo y, como atributo del ser humano vivo, la tiene tanto el recién nacido como el enajenado o la persona plenamente capaz. Pero esta libertad humana, dada su amplitud e indeterminación no puede ser objeto de protección penal (103). El Derecho penal sólo puede proteger determinadas manifestaciones de la misma: libertad de expresión, libertad sexual, libertad religiosa, etc. Todas estas manifestaciones de la libertad requieren una cierta capacidad en el ser humano para su existencia (104). Concretamente, la manifestación de la libertad que menor capacidad requiere en el sujeto es la libertad de locomoción, de traslación o ambulatoria ya que sólo exige la posibilidad de ejercer «una voluntad natural, no valorada, de movimiento» (105).

No cabe duda de que esta capacidad está presente en personas mayores, menores, inimputables, paralíticos, etc., ya que todos ellos

---

Argentina, Colombia, Panamá, Turquía, Venezuela, Uruguay, Alemania, Suiza, Grecia, Perú, Brasil, México, Austria e Italia. Tal equiparación se realizó también en el artículo 665 del Código Penal español de 1822. Compárense los artículos 480 y 486 y cfr. con CORDOBA RODA, J.: *El delito de detenciones ilegales en el Código Penal Español*. ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES, 1964, págs. 397 y ss.

(101) Es este ejercicio de la propia libertad el que debe amparar, y no sancionar, nuestro Código Penal. El artículo 441 suponía en buena medida un auténtico ataque al bien jurídico de la libertad de la mujer realizado a nivel legislativo. Exceptuamos, claro está, los delitos contra la seguridad de los «auténticamente» menores: a efectos penales no deberían considerarse como tales a aquellos que, sin haber alcanzado la mayor edad civil, pueden responder criminalmente de sus actos. El límite máximo de los dieciséis años ha sido ya reclamado para los delitos de estupro por BOIX REIG, J.: *Consideraciones político criminales en torno a los delitos de estupro*, cit., págs. 17 y ss.

(102) Cfr. CAMAÑO ROSA, A.: *Delitos contra la libertad*. ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES, 1967, págs. 57 y ss.

(103) Vid. RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.: *Derecho Penal español*. P. G. Madrid, 1975, pág. 339.

(104) El recién nacido, en cuanto ser humano vivo, es un ser libre. Ahora bien, no puede pretenderse que posea una «libertad de expresión» para la que no está capacitado.

(105) Vid. CORDOBA RODA, Juan: *El delito de detenciones ilegales en el Código Penal español*, cit., págs. 383 y ss.

tienen la «posibilidad de querer». A sensu contrario, se deduce que en todas aquellas personas que no tengan dicha posibilidad, que no posean voluntad natural no valorada de movimiento, mal podrá existir una libertad ambulatoria o de locomoción. Si las concretas libertades que protege el Derecho penal no son sino manifestaciones de la voluntad, la ausencia de voluntad en la persona impide la existencia de las concretas libertades y, lógicamente, su protección penal. Hay que considerar, por consiguiente, que cuando el rapto se lleva a cabo sin que intervenga la voluntad de la víctima por estar privada de la misma, mal puede protegerse una libertad ambulatoria inexistente (106). En estos supuestos, es la seguridad de la víctima lo que constituye el objeto de protección penal habida cuenta de la situación de «inferioridad e indefensión» en que la misma se encuentra. De la misma forma, tampoco puede decirse que se proteja la libertad ambulatoria de la persona raptada cuando el delito se lleva a cabo sobre una víctima menor de doce años que está privada de sentido (107) o, simplemente, que sea recién nacida. Otro tanto ocurre cuando se rapta a un menor de doce años con su consentimiento y sin engaño alguno. Indudablemente habrá supuestos en los que, como consecuencia del rapto, sufra la libertad ambulatoria de la víctima menor de doce años. Pero si quiere establecer un objeto jurídico «unitario» para todos los raptos de persona menor de doce años, este objeto jurídico no puede ser sino la seguridad personal de la persona raptada. Dicha seguridad se pondrá siempre en peligro habida cuenta de que el rapto es un apoderamiento que tiene como finalidad el cometer un ulterior delito contra la libertad sexual de la persona raptada (108).

---

(106) Sentido éste ya apuntado por CONTIERI, E.: *La congiunzione carnale violenta*. Milano, 1958. Sobre la «intangibilidad» de determinadas personas, vid. págs. 10 y ss.

(107) No de razón ya que en estos supuestos existe libertad ambulatoria.

(108) Si nos mantenemos fieles a la tesis de GONZÁLEZ RUS (cfr. supra nota 19), según la cual el bien jurídicamente protegido en los números 2.º y 3.º del artículo 429 *no es* la libertad sexual de la mujer violada, habría que mantener paralelamente la *imposibilidad jurídica* de llegar a aplicar en alguna ocasión el párrafo 2.º del artículo 440, así como la imposibilidad de aplicar el párrafo 1.º del mencionado precepto cuando al rapto realizado contra la voluntad de la mujer sigue un yacimiento de los tipificados en el número 2.º del artículo 429. La razón de esta imposibilidad es clara: el artículo 440 exige la finalidad de atentar contra la libertad sexual de la persona raptada y los yacimientos tipificados en los números 2.º y 3.º del artículo 429 no atentan contra la libertad sexual de la mujer violada. El legislador, sin duda, no midió bien el alcance del término «libertad sexual» cuando lo incorporó al texto del artículo 440. Pero el razonamiento expuesto, aunque lógicamente correcto, conduce a resultados absurdos. ¿No es absurdo acaso tener que acudir a los preceptos del Título XII del Libro II de nuestro Código para tipificar como detenciones ilegales o sustracciones de menores los «raptos» de mujeres respecto de las cuales no cabe atentar contra su libertad sexual por el hecho de que sus particulares circunstancias les impiden ser titulares del mencionado bien jurídico? Para evitar tan absurda situación—sin duda no querida o no prevista por el legislador—

Por último, se ha afirmado que el rapto consentido no engañoso de una mujer mayor de doce años y menor de veintitrés constituía un delito contra su seguridad personal habida cuenta de la posibilidad de que fuera víctima («con miras deshonestas») de un ataque al bien jurídico libertad sexual o a otro distinto. Puntualicémos que este peligro era solamente remoto y que cuanto mayor fuera la edad de la mujer esta lejanía sería también cada vez mayor: nos encontramos ante un bien jurídico que, para determinados supuestos, había que reconocer que venía «impuesto por la ley» contra todo fundamento razonable.

### 3. Conclusiones.

Los bienes que eran objeto de protección jurídica en los artículos 440 a 442 de nuestro Código se identificaban (109), pues, con aquellos a los que el legislador había querido ofrecer protección (110) en su Libro II, Título XII (delitos contra la libertad y seguridad). Tal identidad de bienes jurídicamente protegidos en uno y otro lugar de nuestro texto punitivo es fácilmente demostrable por una vía diferente a la que ya ha sido utilizada. Téngase en cuenta el estrecho paralelismo que existía entre el artículo 422 y los artículos 483 y 485. Pensemos además por un momento que quedara derogado el nuevo artículo 440. ¿Quedarían impunes las conductas —raptos— que en el mismo se tipifican? En absoluto. Es más, la punición de las mismas podría encontrar en algunos supuestos una notable agravación. No en vano los raptos del párrafo 1.º del artículo 440 encontrarían paralela sanción en el artículo 480. Con arreglo a este precepto o en base a los artículos 484 ó 486, según los casos, se podría sancionar el rapto del párrafo 2.º

caben tres soluciones. En primer lugar, la de considerar que en todo delito de violación se protege la libertad sexual de la mujer violada. Esta solución es inadmisibles por ser científicamente falsa tal como GONZÁLEZ RUS ha puesto de manifiesto claramente. Sólo restan dos soluciones con visos de validez. En primer lugar, la de interpretar el término «finalidad de atentar contra la libertad sexual» de una forma amplia, como alusivo a «finalidad de realizar cualquier comportamiento sexual delictivo». En segundo lugar, la de considerar que se debe atender más a la intención del sujeto activo del delito —en su conocimiento vulgar— que a determinados planteamientos doctrinales por mucha base científica que posean. Desde este punto de vista, la sustracción violenta de una mujer de once años<sup>9</sup> realizada con la finalidad de tener un posterior acceso carnal con la misma podría ser tipificada como delito de rapto con tal que el raptor supiera que su finalidad —bien jurídico de la libertad sexual aparte— interferiría delictivamente en la esfera sexual de su víctima.

(109) Y se sigue identificando en parte puesto que conserva su vigor el artículo 440. Las modificaciones en su redacción no afectan a su objeto jurídico.

(110) Hasta qué punto lo haya logrado es algo muy discutible, habida cuenta del tenor del artículo 486, en el que se olvida precisamente a los menores más precisados de protección: aquellos que no habitan en «la casa de sus padres, tutores o encargados de su persona».

del artículo 440. Pero es que de otra parte, se ha derogado el artículo 441 de nuestro Código. ¿Significa esto acaso que las conductas que en el mismo se tipificaban son actualmente impunes? Con la excepción del rapto plenamente consentido de mujer mayor de edad y menor de veintitrés años, hay que afirmar que dicha derogación no conlleva la impunidad de las conductas a las que hemos hecho referencia. *Se las puede sancionar* —más gravemente incluso— aunque *modificando el título de imputación*. Los artículos 486 y 480 cubrirán los supuestos de rapto consentido sin engaño y rapto engañoso de mujer menor de edad a los que se refería el derogado artículo 441. El paralelismo, pues, es absoluto. Las «miras deshonestas» constituían el factor que permitía distinguir (111) a los raptos de los delitos de detenciones ilegales y sustracciones de menores, por lo que la aplicación de los preceptos relativos a aquellos suponía siempre el previo planteamiento y resolución de un concurso aparente de normas penales que debía resolverse en favor de los raptos en virtud del principio de especialidad (112). La aplicación del artículo 440 en la actualidad planteará también el mismo problema concursal. La especialidad radica ahora en la «finalidad de atentar contra la libertad sexual» de la persona raptada.

(111) Aparte los diferentes límites de edad y la exigencia típica en cuanto a las condiciones en las que ha de llevarse a cabo la sustracción del menor, el dato anímico de que el sujeto activo actuará movido por miras deshonestas era el que más claramente permitía distinguir los delitos que estudiamos de los de detenciones ilegales y sustracciones de menores. La finalidad de atentar contra la libertad sexual de la persona raptada juega ahora idéntico papel en el artículo 440 respecto de los delitos antes mencionados. En este sentido, vid. CASTRO OROZCO y ORTIZ DE ZUÑIGA: *Código Penal explicado*, cit., pág. 358. GROIZARD y GÓMEZ DE LA SERNA, A.: *El Código Penal de 1870 concordado y comentado*, cit., págs. 192, 209 y ss. GANDARIAS, M.: *El rapto*, cit., pág. 66. SÁNCHEZ TEJERINA, I.: *El delito de rapto en el Código Penal español*, cit., págs. 556 y ss. CUELO CALÓN, E.: *Derecho Penal*, cit., página 618. PUIG PEÑA, F.: *Derecho Penal*, cit., pág. 72. POLAINO NAVARRETE, M.: *Introducción a los delitos contra la honestidad*, cit., págs. 64 y s. QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Curso de Derecho Penal*, tomo II, cit., pág. 353. SÁINZ CANTERO, J. A.: *Derecho Penal II*. Unidades Didácticas redactadas para la UNED. Madrid, 1974. Unidad/2, pág. IX/6. CARRARA, F.: *Programa del Curso de Derecho Criminal*, cit., págs. 491 y ss. ANTOLISEI, F.: *Manuale di Diritto Penale*, cit., pág. 381. GONZÁLEZ DE LA VEGA: *Derecho Penal mexicano*, cit., página 314. IRURETA GOYENA: *Delitos contra la libertad de cultos, rapto y estado civil*, cit., págs. 66 y ss. GARCERÁN LAREDO, O.: *El rapto y su jurisprudencia*, cit., págs. 11 y ss. La descripción típica de los delitos de sustracciones de menores que establece el Código Penal italiano—de la que están ausentes los defectos de los que participa nuestro Código—ha permitido a PISAPIA realizar la contundente y significativa afirmación de que «los delitos de detenciones ilegales y sustracciones de menores se caracterizan por la nota negativa de no ir inspirado su autor por miras deshonestas. Cfr. *Delitti contro la famiglia*. Torino, 1953, pág. 773.

(112) No es obstáculo para esta forma de resolver el concurso el hecho de que suponga un incomprensible beneficio para el reo. Aunque creemos que no fue ésta la intención del legislador, lo cierto es que los raptos han llegado a constituir tipos privilegiados respecto de las detenciones ilegales y las sustracciones de menores.

## V. CONSIDERACIONES DE LEGE FERENDA.

Desaparecidas hoy todas las razones que en otros tiempos pudieron justificar dicha especialidad, desaparece también la necesidad y conveniencia de que los raptos sigan siendo objeto de una tipificación expresa por parte de nuestras leyes penales. Cabe proponer, por consiguiente, la derogación del artículo 440 en una futura reforma del Código o, mejor aún, que ninguna figura de *rapto* llegara a figurar como delito independiente en un futuro y nuevo Código penal. Los apoderamientos de personas con fines sexuales que *realmente sean intolerables* a nivel social deberán encontrar su adecuado tratamiento en una correcta normativa general sobre los delitos contra la libertad y seguridad de las personas. Esta alternativa al sistema hoy todavía vigente pese a la reciente reforma viene exigida por superiores razones de técnica jurídica y política criminal.

### 1. Desde el punto de vista de técnica jurídica.

Al ser los delitos de rapto del artículo 440 meras modalidades cualificadas de otras figuras criminales, la pérdida de razón de ser en la causa de especificación convierte al mencionado precepto en una disposición superflua y reiterativa. Su eliminación, su supresión, aparece, pues, indicada. Efectivamente, el campo delictivo que cubre el artículo 440 está abarcado por otras figuras delictivas. Y pese a que son varios los bienes jurídicos que en el mencionado precepto se protegen, aparece en el mismo mucho más clara e inmediata la lesión al bien jurídico de la libertad y seguridad individual que la lesión a valores de naturaleza sexual (113). Desde el punto de vista estrictamente jurídico, la existencia del artículo 440 del Código penal sólo puede ser calificada de desafortunada.

### 2. Desde el punto de vista de política criminal.

Si se propone la derogación del artículo 440 de nuestro Código—o lo que es lo mismo, que los delitos de rapto no lleguen a figurar como tales en un futuro texto legal— no es porque se piense que «a los mismos resultados cabe llegar mediante la utilización de otros preceptos del Código penal» —lo que, por lo demás, es rotundamente cierto como hemos visto—, sino porque, por el contrario, creemos que a tales resultados no debe llegarse de ningún modo. Precisamente por ello creo que la eliminación de los raptos de nuestro Código debe ir acompañada de una profunda reforma de los delitos de detenciones ilegales y, sobre todo, de los

---

(113) Vid. *supra* nota 23.

delitos contra la seguridad de los menores. En este aspecto, la entrada en vigor de la Constitución —al establecer la mayoría de edad en los dieciocho años— supondrá un importante paso adelante. Pero no eximirá de la necesidad de reformar los preceptos penales a los que nos hemos referido.

Al hacer desaparecer de nuestro Código la referencia a los delitos de rapto —la reciente reforma sigue insistiendo en la vía de su punición expresa— se empezaría a liberar a nuestro ordenamiento punitivo de toda la carga ideológica que los mencionados delitos llevan consigo. Esto es: una fuerte carga moralizante, una notable carga de inseguridad jurídica, un buen número de absurdos y un apartamiento de la normativa penal de la realidad social para la que rige. Estaríamos entonces en condiciones de afrontar el problema de cómo articular una efectiva protección de la libertad humana y la seguridad de los menores sin concesiones a trasnochadas y decadentes concepciones de la vida, la sexualidad y la familia.



# Conductas incriminadas en el artículo 487 del Código penal (abandono de familia)

JOSE ENRIQUE BUSTOS PUECHE

Prof. Ayudante de Derecho penal

SUMARIO.—I. Planteamiento del problema.—II. Examen de la doctrina.—  
III. Postura de la Jurisprudencia.—IV. Toma de posición.

## I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

A la hora de determinar la conducta incriminada en el artículo 487 del Código penal, tipificador, como se sabe, del delito de abandono de familia, surge un problema previo para el que, cabalmente, pretendemos ofrecer una solución en este trabajo.

En efecto, existen dudas serias sobre si el mencionado precepto alberga uno o dos delitos. Hay quienes piensan que el delito previsto en aquél es único, si bien se configura en el párrafo IV del artículo 487, una modalidad agravada. Otros, en cambio, sostienen que la pretendida modalidad agravada constituye, en rigor, un delito distinto del anterior, por lo que, en consecuencia, nos encontramos con que en un mismo artículo se castigan dos infracciones diferentes.

Como se ve, el problema no es baladí y, por tanto, la resolución de esta incógnita es previa a la determinación de cuál sea el comportamiento realmente tipificado en el repetido precepto. Sin entrar en pormenores, aparece evidente, que la conducta típica del párrafo del precitado artículo 487 —cuya interpretación origina la duda de que ahora tratamos— será distinta según se sostenga que es mera modalidad agravada del párrafo I, en cuyo caso, los elementos existenciales fundamentales de éste serán los mismos que los de aquél, o se afirme, constituye delito independiente y distinto del primero, en cuyo supuesto, no existirá semejante coincidencia.

Veamos la cuestión con más detenimiento.

El tantas veces citado artículo 487, en sus tres primeros párrafos, modela, de esta manera, la primera infracción o la infracción base, según se acepte una u otra postura:

«Será castigado... el que dejare de cumplir, pudiendo hacerlo,

los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad, la tutela o el matrimonio, en los casos siguientes:

1.º Si abandonare maliciosamente el domicilio familiar.

2.º Si el abandono de sus deberes legales de asistencia tuviere por causa su conducta desordenada.»

Por su parte, el párrafo siguiente, IV, perfila la segunda infracción, o la modalidad agravada, como se prefiera, con estas palabras:

«Cuando el culpable dejare de prestar la asistencia indispensable para el sustento a sus descendientes menores o incapaces para el trabajo, o a sus ascendientes o cónyuge...».

Sin entrar, ahora, en precisiones que se harán más adelante, se manifiesta, con sólo leer el precepto transcrito con algún detenimiento que la decisión que se tome en la disputa aludida es determinante de lo que se entienda por comportamiento incriminado en cada caso.

Efectivamente. Examinemos, en primer lugar, la tesis unitaria. Para los partidarios de esta interpretación, la realización de la conducta penada en el párrafo IV exige, no sólo el cumplimiento de lo que en el mismo se prevé, sino además, que concurren los elementos definitorios del párrafo I, habida cuenta de que el párrafo IV no tiene, explícita, autonomía propia, sino que presupone la realización de la conducta prevista en el primer párrafo —delito básico— a la que se añaden las circunstancias prevenidas en el IV.

Así, no basta con que el culpable deje de prestar la asistencia indispensable para el sustento a cualquiera de las personas protegidas en el tan aludido párrafo, sino que, además, es preciso que el susodicho culpable esté vinculado por el complejo de deberes que llevan consigo cualesquiera de las tres instituciones mencionadas en el primer párrafo —patria potestad, tutela o matrimonio— y, asimismo, que esa dejación de asistencia sea cometida, precisamente, mediante una de las modalidades comisivas —o mediante ambas— previstas respectivamente, en los párrafos II y III del artículo 487.

Según esta interpretación, por ejemplo, el padre natural que privara de toda asistencia a su hijo natural no reconocido, menor o incapacitado para trabajar, nunca podría ser castigado conforme al precepto que estudiamos, toda vez que, al no mediar reconocimiento de su paternidad, no adquiere la patria potestad del menor, por lo que el párrafo I no podría aplicarse, porque semejante conducta es atípica, y el párrafo IV tampoco, por cuanto, para estos autores, no basta con la inasistencia total, sino que es preciso además, según advertíamos, el cumplimiento del típico básico.

De igual modo, tampoco se podría castigar, de acuerdo con la teoría unitaria, al marido que privara totalmente de asistencia a su mujer que se hallare necesitada, pero por causas distintas a las previstas en los párrafos II y III —abandono del hogar y con-

ducta desordenada— por idénticas razones a las que acabamos de aducir: el párrafo IV, sólo se puede aplicar cuando el culpable produce ese desvalimiento total del sujeto protegido, precisamente, mediante una de las dos modalidades previstas para el delito básico, el cual, repetimos, siempre ha de realizarse para que haya castigo en base a este artículo.

Veamos, ahora, la tesis dualista:

Según esta segunda interpretación, el párrafo IV del artículo 487 del Código penal tipifica una conducta distinta e independiente de la incriminada en el párrafo I del referido precepto. En consecuencia, el tipo se cumple con sólo realizar el comportamiento previsto en el susodicho párrafo IV, sin que sea preciso, de ninguna manera, la concurrencia de las circunstancias, situaciones o modalidades dinámicas que se exigen en el primer párrafo, ya que tales elementos lo son de un delito que es distinto al que se castiga en el tantas veces repetido párrafo cuarto.

La consecuencia práctica de esta segunda interpretación es evidente: La persona que dejare de prestar la asistencia indispensable para el sustento a alguno de los parientes mencionados en el texto legal, independientemente de que sea o no persona obligada por razón de la patria potestad, tutela o matrimonio, y con abstracción, también, de si la inasistencia es o no efecto del abandono del domicilio familiar o de su conducta desordenada será castigada como reo del delito de abandono de familia.

Volviendo a los ejemplos con que ilustramos la tesis anterior resulta que el padre natural que observa respecto de su hijo la censurable conducta a que aludimos, a pesar de no estar vinculado por razón de patria potestad, será perfectamente castigable, conforme al párrafo IV, toda vez que concurren los dos únicos requisitos que el citado precepto impone: inasistencia, hasta extremo tan grave, y el ser la víctima descendiente del que omite el deber de socorro.

De igual forma, no habría problema en reprimir penalmente la conducta del marido que deja totalmente inasistida a su mujer, mediante otros medios o modos distintos a los prevenidos en los párrafos II y III del tan aludido artículo.

## II. EXAMEN DE LA DOCTRINA

Como se ha podido comprobar, la cuestión de que tratamos no es puramente académica o teórica, sino que tiene superlativa trascendencia práctica. Vamos a recorrer en este apartado las principales opiniones que en la doctrina española e italiana se mantienen sobre la misma.

Refirámonos, primeramente, a la tesis unitaria:

En la doctrina española, esta postura es la mayoritaria. En el artículo 487 se prevé un solo delito de abandono de familia, si bien en éste hay que distinguir un tipo básico y otro agravado.

Fundamentalmente, los argumentos utilizados para defender esta interpretación son:

— El precepto del mencionado artículo constituye una Ley penal en blanco, trata de proteger, con la fuerza de la represión criminal, una serie de deberes de índole civil, impuestos por el Derecho Privado. Por tanto, el artículo en cuestión no puede ser entendido sin remisión a la ley civil. Tal remisión es manifiesta en el párrafo I, en cuanto, con absoluta claridad, se señalan, como objeto de la tutela jurídico-penal, los deberes legales inherentes a la patria potestad, a la tutela o al matrimonio y, claro es, para concretar cuáles son esos deberes, hay que estar a la enumeración que de los mismos ofrece, fundamentalmente, el Código civil.

Pues bien, puestos a la tarea de interpretar el párrafo IV, no se puede olvidar que continúa vigente la remisión a la ley civil. También en el párrafo tan discutido se trata de tutelar los deberes establecidos por una de las tres instituciones mencionadas en el primero, lo que vale tanto como exigir que la realización de este segundo párrafo exige la previa realización del primero.

Si no se acepta esta interpretación, tendríamos que afirmar que el párrafo cuarto se halla desvinculado de la ley civil, que no es precepto penal en blanco, sino que él mismo determina el objeto de la protección criminal y él mismo indica los sujetos de la misma. No habría, por ende, remisión a la normativa civil. Y esta solución no convence a los partidarios de la tesis que ahora exponemos. ¿Cómo se explica que en el párrafo primero haya remisión a la ley civil y en el cuarto no? ¿Por qué ha de ser el párrafo I, norma en blanco, siendo necesario que se rellene con las disposiciones de otro sector del ordenamiento y, en cambio, el párrafo IV ha de ser precepto enteramente autónomo e independiente? ¿Cómo se explica tan distinto tratamiento?

Es afirmación indiscutible que el delito de abandono de familia está pensado, precisamente, para amparar esta institución. Ahora bien, por familia, cuando nos movemos en el campo jurídico, hay que entender, necesariamente, aquello que por tal se tiene en el «*Ius Positum*». ¿Y qué se entiende por «proteger la familia» cuando del delito estudiado se habla? Pues la antedicha expresión es sinónima a «proteger los deberes legales inherentes a la patria potestad, la tutela o el matrimonio» y nada más. Si pues, por familia esto se entiende en el primer párrafo, lo mismo se ha de entender en el cuarto, desde el momento que tanto uno como otro van orientados al mismo fin: amparo de la familia.

No podemos aceptar un concepto de familia en un caso y otro—más amplio— en el segundo. Un concepto «civil» de familia en el primero, y otro «penal» en el segundo. Eso sería incongruente y contradictorio.

— El segundo argumento que se maneja, en pro de la tesis unitaria, es de índole formal: si se querían construir dos delitos diferentes, ¿por qué no se los ubicó en artículos distintos, como es la regla general y no en uno solo? Según la redacción actual,

afirman los defensores de la postura que explicamos, aparece un claro engarce entre el primero y el cuarto párrafo que no arguye precisamente independencia, sino todo lo contrario.

Y todavía, en este mismo sentido, podría esgrimirse otro argumento gramatical —aunque a la verdad, no lo hemos visto utilizado por ninguno de los autores a que ahora nos referimos—: el propio texto legal en su párrafo VI habla, en singular, del «delito previsto en este artículo», lo que parece confirmar la tesis unitaria.

Citemos ahora algunos de los representantes de dicha tendencia.

Rodríguez Devesa se manifiesta partidario de la teoría del tipo cualificado y por ello afirma que el sujeto activo de este delito tiene que ser siempre quien ostente la patria potestad, la tutela o el matrimonio y que han de concurrir, bien un abandono malicioso o una conducta desordenada, pero él mismo reconoce «el problema es particularmente agudo respecto a los ascendientes y solucionable únicamente si se admite que tan sólo aquellos ascendientes sujetos a la tutela de uno de sus descendientes están comprendidos aquí» (se refiere, naturalmente, a los ascendientes aludidos: en el párrafo IV) (1).

Quintano Ripollés, por su parte, afirma: «Nos parece más razonable la primera de las opiniones anteriores expuestas (sea la de que el párrafo IV es mera agravación del párrafo I). No se comprende bien cómo la ley civil puede ser la norma en unos casos y no en otros para la ley penal... Por el hecho de que el Código penal hable, no de alimentos, sino de lo «indispensable para el sustento» no se puede deducir que sean dos cosas distintas totalmente, sino que aquí se matiza aquella parte de alimentos en su sentido estricto del sustento necesario para la vida... Independientemente de la remisión o no a la ley civil, existe, en nuestro entender, una imposibilidad jurídica de catalogar como obligación independiente la de proporcionar lo necesario para el sustento, salvo en los casos de separación familiar decretada por el Juez, y ello por la naturaleza jurídica misma del derecho de alimentos» (2).

En idéntico sentido, Puig Peña (3), Barredo de Valenzuela (4), Antón Oneca y Rodríguez Muñoz (5), Beltrán de Heredia (6) y Muñoz Conde (6 bis).

---

(1) J. M. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español. Parte Especial*. Madrid 1969, pág. 309.

(2) A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso de Derecho Penal*. Vol. II. Madrid 1963, pág. 399.

(3) F. PUIG PEÑA, *Derecho Penal*. Tomo II. Barcelona 1950, pág. 399.

(4) BARREDO DE VALENZUELA, *Rev. General Legislación y Jurisprudencia*, 1942, pág. 378.

(5) ANTÓN ONECA y RDZ. MUÑOZ, *Derecho Penal Español*, II, pág. 338. Madrid 1949.

(6) BELTRÁN DE HEREDIA, *Aspecto civil y penal del abandono familiar*, en «Rev. de Derecho Privado», 1955, Tomo I, pág. 36.

(6 bis) FRANCISCO MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, 2.<sup>a</sup> edición, Sevilla 1976, pág. 375.

En la doctrina italiana, al contrario de lo que hemos indicado sucede en la española, esta postura es minoritaria, pudiéndose citar entre sus seguidores a Maggiore (7) y a Pisapia (8).

Pasemos revista, a continuación, a los defensores principales de la tesis dualista.

He aquí los argumentos utilizados para sostener esta segunda interpretación:

Ante todo, estos autores ponen de manifiesto cómo existe diversidad de sujetos pasivos entre el párrafo I y el párrafo IV. En efecto, con simple lectura de los mencionados textos, se observa que los sujetos protegidos en el párrafo IV son más numerosos que los del I, por lo que ven en este primer dato, un punto de apoyo para su interpretación.

— En segundo lugar, maneja otro importante argumento gramatical: en el párrafo I se habla de los «deberes inherentes a la patria potestad, tutela o matrimonio», mientras que en el que es objeto de comparación tan sólo se menciona «la asistencia indispensable para el sustento». Ello quiere significar, en el sentir de los expositores que ahora nos interesan, que mientras en el primer delito se tutelan lo que en terminología civilista se conoce con el nombre de «alimentos» —concepto que abarca, como se sabe, tanto los deberes materiales como los morales de educación e instrucción—, en el segundo únicamente se amparan los de índole económica o material, a los que se refiere la ley penal con el nombre de «asistencia indispensable para el sustento». Se rompe así la concatenación de ambos párrafos, pues si bien en el primero existe remisión a la ley civil —para precisar el concepto de alimentos— en el segundo no hay tal remisión, ya que el nuevo concepto utilizado es propio de la ley penal y no exige para su interpretación acudir al Derecho Privado, sino que basta con que sea interpretado según lo que gramaticalmente quiere decir asistencia indispensable para el sustento.

En resumidas cuentas, este argumento se basa en la distinción entre alimentos y asistencia indispensable.

— Por último, también se esgrime un tercer argumento basado en la ratio del artículo 487. Este precepto intenta proteger, como sabemos, a determinadas personas más o menos ligadas por lazos de parentesco con otras, contra la inasistencia deliberadamente producida por estas últimas.

Pues bien, sería absurdo que se castigaran los supuestos menos graves de inasistencia, por ejemplo, cuando ésta se refiere sólo al aspecto espiritual o moral, y en cambio se dejaran impunes los más graves, verbigratia, cuando se desatienden, en absoluto, las prestaciones materiales en el caso del padre que no asiste a su

---

(7) G. MAGGIORE, *Derecho Penal. Parte Especial*. Vol. IV. Traducción del P. José y Ortega Torres. Bogotá 1955, pág. 224-225.

(8) G. DOMENICO PISAPIA, *Delitti contro la famiglia*. Torino 1953, páginas 678-671.

hijo, legítimo o no, sin concurrir ninguna de las causas prevenidas en los párrafos II y III del mentado artículo 487, hipótesis esta, posible, y que según la tesis unitaria había de resultar impune.

Pues bien, dentro de este segundo grupo, hemos de citar, en la doctrina española, a Cuello Calón, Ferrer Sama y María Rosario Diego.

Afirma el profesor Cuello Calón «el párrafo I castiga el abandono moral y económico; el párrafo II sólo el económico; los sujetos de ambas infracciones son diferentes; los elementos diversos; las penas también distintas» (9).

En igual sentido se expresa María del Rosario Diego: «A nuestro modo de ver, resulta claro cómo comete este delito el que conviviendo con su familia y observando conducta normal externa, no alimenta a los miembros necesitados que menciona «expresamente» nuestro Legislador en el artículo 487. Se trata del incumplimiento de un deber específico de carácter iminente material a diferencia de la primera modalidad que, como hemos visto abarca deberes de tipo moral (10).

Conviene resaltar que, precisamente, los únicos autores que se han ocupado del abandono de familia con detenimiento, dedicando al tema sendas monografías, se manifiestan partidarios, a ultranza, de la tesis dualista. En efecto, Cuello Calón, trató el delito que estudiamos en conocido trabajo publicado en la temprana fecha de 1942, al poco de promulgarse la Ley del 42 introductora como es sabido, del delito en cuestión.

También Ferrer Sama abordó la cuestión en fecha pronta —1946—, en Murcia, publicándose, posteriormente, el trabajo en la Enciclopedia de Estudios Jurídicos, año 1950. Al igual que Cuello, se declara defensor, sin ambages, de la postura a la que ahora nos referimos.

Por último, recientemente María del Rosario Diego, si bien no estudia el abandono de familia con exclusividad, sí lo hace con mayor atención que los tratadistas generales, pues, lógicamente, es tema obligado en su libro «Delitos contra la Familia», publicado en Madrid, 1973, y al que ya nos hemos referido en varias ocasiones. También esta autora se alinea, como hemos advertido en el grupo de referencia.

Desde luego, no deja de llamar la atención el hecho de que, quienes —por razones evidentes— han dedicado mayor tiempo a la reflexión sobre el debatido problema, se manifiestan —con rara unanimidad— defensores de la interpretación autónoma e independiente del párrafo IV, al paso que los representantes de la tesis opuesta son todos autores que incluyen sus opiniones sobre el tema en tratados generales de la Parte Especial del Derecho penal.

(9) CUELLO CALÓN, *El delito de abandono de familia*. Barcelona 1948, página 35.

(10) M.<sup>a</sup> DEL ROSARIO DIEGO DÍAZ-SANTOS, *Delitos contra la familia*. Madrid 1973, pág. 341.

Por lo que hace a la doctrina italiana, y según ya hemos indicado, la opinión mayoritaria se inclina también por esta segunda postura que estamos examinando.

Así nos dice Antolisei: «De acuerdo con la teoría dominante, sostenemos que se trata de tres delitos distintos, habida cuenta de que ni la segunda ni la tercera hipótesis, pueden considerarse mera modalidad de la primera, en cuanto que, por la diversidad de sujetos a que se refieren no se encuentran respecto de la primera en relación de especialidad. De aquí se sigue —por aplicación de los principios generales— la posibilidad de un concurso de delitos cuando se realicen más de una de estas hipótesis (11).

También Manzini es de esta opinión, al distinguir en el artículo 570 del Código de su país, tres delitos distintos (12): a) inobservancia de las obligaciones de asistencia familiar por causa de abandono doméstico u otra conducta contraria al orden o a la moral de la familia; b) malversación y dilapidación de los bienes del hijo menor, del pupilo o del cónyuge; c) falta de suministro de las medidas de subsistencia a los descendientes menores o inhabilitados para el trabajo, a los ascendientes o al cónyuge (13).

Finalmente, podemos señalar como partidarios de la tesis expuesta, dentro también de la doctrina italiana a Vannini (14) y a Santoro (15).

### III. POSTURA DE LA JURISPRUDENCIA

¿Cuál es la postura de la Sala II del Tribunal Supremo sobre la polémica de que nos estamos haciendo eco?

Se puede afirmar, rotundamente, que nuestra Jurisprudencia sigue la teoría unitaria y considera el párrafo IV del artículo 487 como mera modalidad agravada del delito base contenido en el párrafo I, negando a aquél independencia o sustantividad propias.

Esta es la doctrina sentada en la trascendental Sentencia de 18 de julio de 1945 (A. núm. 916) que abrió el camino para la interpretación del párrafo IV en el sentido referido, camino que luego ha sido continuado por múltiples sentencias. Así leemos en uno de sus Considerandos: «... constituyendo, a su vez, la infracción que previene el párrafo II (sc al que nosotros denominamos párrafo IV) de dicho artículo, no una forma diferente de abandono de familia, con propia individualidad penal, sino una especial agravación que

(11) F. ANTOLISEI, *Manuale di Diritto Penale. Parte Speciale*, I. Milano 1972, pág. 360.

(12) Los autores italianos hablan de tres delitos y no de dos, porque en su Código existe una previsión que falta en el nuestro: la malversación o dilapidación de los bienes de las personas protegidas.

(13) MANZINI, *Trattato di Diritto Penale Italiano*. Vol. VII. Torino 1963, pág. 848.

(14) VANNINI, *Manuale di Diritto Penale*. Vol. II, pág. 202.

(15) A. SANTORO, *Manuale di Diritto Penale*, IV. Torino 1966, pág. 275.

modifica los casos previstos en el párrafo I de la misma disposición, de tal manera que para sancionar al culpable en este supuesto es preciso como elemento fundamental o requisito previo, la concurrencia por parte del culpable del abandono malicioso del domicilio familiar, o que su conducta sea desordenada» En verdad mayor claridad no se puede pedir.

En igual sentido otras muchas Resoluciones, de las que sólo citaremos, por vía de ejemplos: S. 19 de febrero de 1947 (A. 272); S. 31 de octubre de 1968 (A. 4490); S. 10 de diciembre de 1968 (A 5286); S. 3 de abril de 1971 (A. 1716).

#### IV. TOMA DE POSICION

Una vez que hemos planteado el tema, recorrido las principales opiniones doctrinales, y examinado la postura de la Jurisprudencia, es llegado el momento de manifestar nuestra posición en la polémica.

Decididamente, nos inclinamos por la teoría dualista. En el artículo 487 se tipifican dos delitos independientes el uno del otro. El prevenido, pues, en el párrafo IV del referido artículo tiene sustantividad e individualidad propias, si bien, es claro, obedece a igual designio legislativo.

Trataremos de justificar nuestra posición.

— En primer lugar, tenemos el argumento, al que ya hemos hecho somera referencia, de la diversidad de sujetos de los párrafos I y IV. Veámoslo ahora, con más detenimiento.

En el párrafo I se nos presenta como sujetos protegidos: a) los hijos sometidos a la patria potestad; b) los incapaces sujetos a tutela; c) el cónyuge.

En el párrafo IV se amparan a las siguientes personas: a) descendientes menores o incapaces para el trabajo; b) ascendientes, en todo caso; c) el cónyuge no separado por su propia culpa.

Pues bien, ¿existe coincidencia total entre ambas enumeraciones? Evidentemente no. En el primer apartado ya comienza la diversidad, pues es manifiesto que la expresión «descendientes», es mucho más amplia que la rúbrica «hijos sometidos a patria potestad». Sin entrar en detalles, resulta claro que los hijos ilegítimos, ya sean ilegítimos en sentido estricto o naturales no reconocidos, no están sujetos a la patria potestad de quien les ha dado el ser, pero de lo que no cabe duda es de que son descendientes suyos y entran, por ende, en el ámbito de sujetos protegidos por el párrafo IV. ¿O es que vamos a excluir a los hijos ilegítimos de la tutela que depara el consabido precepto? Ciertamente no acertamos a adivinar cuál sea el fundamento para no incluir en la expresión legal «descendientes» a los hijos que no han sido habidos en matrimonio legal. Si la Ley no distingue —con suma justicia— a la hora de intentar garantizar la asistencia indispensable a los descendientes, ¿por qué vamos a distinguir nosotros, imponiendo

una interpretación restrictiva que reduce el radio de acción protector del precepto, en perjuicio de unas personas cuyo status jurídico se tiende actualmente —por razones incontestables— a que no resulte diferente por razón de su origen? Dicha interpretación sólo podría sostenerse si el precepto en cuestión —párrafo IV— estuviera limitado a amparar las relaciones de familia legítima, como sucede con el párrafo I, pero resulta que mientras el texto legal últimamente citado, «*expressis verbis*», se refiere tan solo a aquellas, en cambio, el párrafo cuestionado, en absoluto contiene una sola palabra que permita defender tal limitación; antes bien acontece lo contrario, como lo demuestra la terminología empleada «*descendientes, ascendientes*», palabras que, en el Código penal, nunca se interpretan como sinónimos de descendientes legítimos o ascendientes legítimos (cfr. artículos 405, 423 bis g, etc.) sino antes bien, en su sentido más amplio:

El error de la doctrina dominante consiste, en nuestra modesta opinión, en creer ver algún nexo entre el párrafo IV y el I, en virtud del cual el texto del precepto primeramente citado ha de interpretarse necesariamente en función del segundo, por lo que a la hora de determinar conceptos, como ascendientes, descendientes, asistencia indispensable —los cuales por lo visto, no contienen en sí mismos la clave para su exacta fijación— ha de traerse a colación el texto del considerado por ellos precepto-base. Pero, ¿por qué de un párrafo hay que remitirse a otro, cuando sin esa operación, el primero es susceptible del perfecto entendimiento?

Es cierto que, en ciertas ocasiones, por razones de economía legislativa existen este tipo de remisiones. Pero en tales ocasiones, la necesidad de la remisión no ofrece dudas, bien porque el legislador, expresamente, la impone, bien porque el texto subsidiario es del todo ininteligible sin aquella operación. Ninguna de estas dos circunstancias concurre en el artículo que estudiamos. Entonces, ¿por qué presumir que sucede lo que es excepcional?, ¿no es más lógico pensar en lo ordinario? Lo excepcional, sin duda, es la remisión a otro párrafo. Lo ordinario es que cada párrafo exprese por sí solo una idea, tenga su propio significado, sin necesidad de acudir a otros párrafos distintos. Han de existir razones poderosas para que lo excepcional se imponga. Aquí no creemos verlas.

Esto, por lo que se refiere a los descendientes. ¿Y qué ocurre con los ascendientes? Volvemos a notar otra diferencia entre los sujetos protegidos en ambos párrafos. De los ascendientes no se habla en el párrafo I. Siguiendo la tesis unitaria, ¿a qué personas se refiere el precepto discutido cuando habla de ascendientes? Si seguimos aferrados a la idea de la remisión, hemos de concluir, necesariamente, que tan sólo aquellos ascendientes sujetos a tutela merecen la protección legal. ¿Es aceptable esta interpretación? Como hemos indicado, el propio Rodríguez Devesa, defensor de la doctrina unitaria, vislumbra este problema cuando afirma: «el

problema es particularmente agudo respecto a los ascendientes, y solucionable únicamente si se admite que tan sólo aquellos ascendientes sujetos a la tutela de uno de sus descendientes están comprendidos aquí (16).

Por supuesto que, conforme a la postura que él mantiene, la única solución es la que propone, pero, en cambio, la tesis dualista que preconizamos, no se encuentra con este problema, sino que, sin limitaciones que contradicen la ratio legis del precepto, concede protección penal a todo ascendiente por el mero hecho de serlo. Las normas jurídicas se promulgan para ser aplicadas y no por puro placer creador. ¿Qué posibilidades de aplicación tendría el texto legal que nos ocupa, si lo restringimos a los ascendientes sujetos a tutela de sus descendientes? Prácticamente ninguna. En la vida real, ¿cuántos ascendientes están sometidos a la tutela de algún descendiente suyo? He aquí un argumento que creemos ciertamente poderoso para apoyar nuestra interpretación del párrafo IV.

— Examinemos ahora, el segundo argumento en pro de la tesis dualista. El párrafo objeto de la polémica de la que nos estamos haciendo eco, habla de «asistencia indispensable para el sustento», mientras que el párrafo I menciona «los deberes legales inherentes a la patria potestad, la tutela o el matrimonio». Estamos ante otro importante dato para sostener la independencia o desvinculación de ambos preceptos. Si hablan de cosas distintas, ¿por qué empeñarse en que se refieren a lo mismo?

El delito del párrafo I, tutela la obligación civil de alimentos: «todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, según la posición social de la familia. Los alimentos comprenden también, la educación e instrucción del alimentista cuando es menor de edad». En términos generales y sin matizaciones que no son oportunas en este momento, éstas son las fundamentales obligaciones a que se refiere el Código, cuando habla de los deberes legales inherentes a la patria potestad, tutela o matrimonio. Así, pues, se comprenden tanto las prestaciones de orden material o económico como las de índole espiritual o moral.

En cambio, el delito del siguiente párrafo se limita exclusivamente a amparar las prestaciones de orden material y no en toda su extensión posible —según la posición social de la familia— sino únicamente en la medida necesaria para el sustento de la persona protegida. El propio Código civil no es ajeno a esta obligación mínima de asistencia, a la que se conoce con la expresión de «alimentos naturales» para distinguirlos de los anteriores que se denominan «alimentos civiles». En efecto, en el artículo 143 del expresado Cuerpo Legal se los conceptúa como «los auxilios necesarios para la subsistencia».

El objeto de la protección penal, pues, es diferente en ambos:

---

(16) RODRÍGUEZ DEVESA, op. cit., pág. 309.

párrafos. Semejantes afirmaciones ni siquiera tienen que significar que mientras en el párrafo I estaríamos en presencia de una remisión de la Ley Civil —evidente—, en el II no existiría tal remisión, al utilizar el párrafo cuarto un concepto exclusivamente penal —asistencia indispensable—. Si así fuera resultaría clara falta de paralelismo y de sintonía en un artículo que busca un solo fin: la tutela de la familia. Recordemos que ésta era la objeción de Quintanao, ¿cómo vamos a admitir la remisión a la Ley Civil en el primer párrafo y a negarla en el segundo?

Decimos que ni siquiera existe esta falta de sintonía. Tanto en uno como en otro precepto existe remisión al Derecho Privado. Tanto uno como otro constituyen leyes penales en blanco. No hay distinto tratamiento ni incongruencia, porque no es que en el primer párrafo se juegue con un concepto civil de familia y en el segundo con uno penal, sino que en ambos el concepto es puramente civil, como no podía ser de otra manera. ¿De dónde se obtiene el fundamento para inferir que «proteger la familia» quiere decir «proteger los deberes legales inherentes a la patria potestad, la tutela o el matrimonio»? ¿Con qué base hemos de entender por familia, en el caso que nos ocupa, «relaciones familiares legítimas»? ¿Es que acaso el Derecho civil —al que es preciso remitirse, como los autores de la tendencia combatida enseñan— limita el concepto de familia a la familia legítima? No, por cierto. Claro que hay remisión, en ambos preceptos, a la Ley civil, al concepto civil de familia, pero entendiendo ésta en el sentido amplio en que la entiende el Derecho privado. Y no son necesarias especiales indagaciones para afirmar que las relaciones familiares ilegítimas son tenidas en cuenta por el Derecho civil; son protegidas y caben, perfectamente, dentro de un concepto amplio de familia. Pueden leerse, simplemente, algunos artículos del Código civil (arts. 139, 143, 845, etc.) para convencerse de este aserto.

En conclusión, existe perfecto paralelismo y congruencia entre los párrafos I y IV del artículo 487, en cuanto ambos constituyen leyes penales en blanco a rellenar por las normas del Derecho civil, y ambos buscan el mismo objetivo y se asientan sobre el mismo concepto civil de familia. Simplemente que mientras el primero abarca tanto la asistencia material como la moral, el segundo se limita a la primera. Si pues el ámbito de protección es distinto, he aquí otro argumento poderoso en favor de la independencia e individualidad propia de cada párrafo.

Tenemos una Sentencia de la Sala II (de 27 de octubre de 1969, A. núm. 5186) en la que, claramente, se admite que el párrafo IV sólo se refiere a la asistencia material, a la prestación económica que se debe a los sujetos protegidos. En efecto, leemos en uno de sus Considerandos: «... y como en la sentencia recurrida no se expresa que el procesado dispusiera de medios económicos para prestar el imprescindible socorro legal y se afirmara en el encabezamiento y en la parte dispositiva su insolvencia, es visto que no

le debió ser aplicada la meritada agravante (sc. al párrafo IV, considerado, como sabemos, como simple agravación del párrafo I) sin infringir el Tribunal el señalado párrafo II (sc. el párrafo IV) del número 2.º del artículo 487». En base a este razonamiento se castiga al procesado por el párrafo I pero no por el párrafo IV como había hecho el Tribunal de Instancia. Según este criterio, el insolvente nunca incurriría en el precepto del párrafo IV. No nos interesa entrar ahora a discutir si el criterio es o no acertado —pensamos que no—, lo que interesa es poner de relieve cómo se interpreta el susodicho parágrafo en relación únicamente al aspecto material de la obligación de asistencia, conforme a la postura que aquí se mantiene. Sin embargo, a lo que el Tribunal Supremo no llega es a sacar la última conclusión, que nosotros sacamos, de esta diversidad en el objeto de protección, a saber, si, entre otros datos, el objeto de tutela es distinto en ambos párrafos, es que se trate de delitos distintos e independientes.

—Nos vamos a detener, en este momento, en un tercer argumento que también nos parece de peso a la hora de defender nuestra postura.

Nos referimos al basado en el propósito legislativo que anima a la tipificación de estas conductas insolidarias y en el bien jurídico protegido en estos delitos.

Puede afirmarse que la seguridad de ciertas personas contra determinados riesgos constituye el interés jurídicamente protegido en el artículo 487, ámbito de seguridad, o si se prefiere, determinación de los riesgos que ayuda a perfilar el propósito legislativo: se les intenta asegurar la prestación de cierta asistencia a la que tienen derecho por hallarse especialmente vinculados por lazos de parentesco con las personas obligadas en virtud de aquel derecho.

Parece lógico pensar, sentado lo anterior, que el precepto en cuestión debe interpretarse en la forma más en consonancia posible con la ratio del mismo expresada, de la manera que proporcione mayor seguridad al mayor número de personas siempre que entre ellas medien los referidos lazos familiares —familiares en sentido amplio, y no en sentido de familia legítima, según ya hemos expuesto.

Pues bien, utilizando la doctrina unitaria se dejan impunes, precisamente, los casos más graves de inasistencia.

Vamos a examinar algunos ejemplos, pero no inventados, porque como la doctrina oficial del Tribunal Supremo es aquella, se han presentado casos siempre reales, realmente graves, en los que la Sala II, revocando siempre sentencias condenatorias de las Audiencias, ha absuelto.

Supuesto de hecho de la S. de 18 de julio de 1975, A. núm. 916: el niño de ocho años, T, vivía en compañía de su padre, el procesado M, casado en segundas nupcias con la procesada L, y era víctima del mayor abandono, puesto que dejaban de prestarle la

asistencia indispensable para el sustento, mientras que los demás hijos, los comunes de ambos, estaban perfectamente alimentados.

La Audiencia condena por el último párrafo, «la modalidad agravada». El Tribunal Supremo casa la Sentencia y absuelve. No podía hacer otra cosa, conforme a la tesis unitaria que, como se recuerda, exige la concurrencia —junto a la inasistencia total— del abandono del hogar o de la conducta desordenada. La inasistencia por sí sola no es delito, porque el párrafo IV no goza de individualidad propia, es preciso que se de algunas de las circunstancias prevenidas en el párrafo I. Como en el caso de autos, el padre no ha abandonado su casa ni ha observado conducta desordenada (17). ya puede dejar morir de hambre al pequeño, que no incurre en delito de abandono de familia. La misma lógica se rebela; pero, ¿cabe pensar en mayor abandono de familia —con la agravante de poseer medios económicos tan suficientes como se quiera— que en el del padre —y padre legítimo, aunque esta circunstancia es lo de menos— que por puro capricho, incurría, desafecto o, en fin, cualquier otra causa, de las muchas que se pueden imaginar, deje a su hijo menor en situación de absoluto desvalimiento, por mucho que no huya del hogar, ni observe conducta desareglada? Parece que no.

Otro caso: el de la Sentencia de 19 de febrero de 1947, A. número 272. El procesado, en estado de soltería, tiene un hijo con otra soltera. No presta auxilio alguno al hijo, a pesar de ser hecho confirmado —en vía penal— su filiación.

La Audiencia —el Tribunal que «toca» más de cerca el problema real— condena por el referido párrafo. El Tribunal Supremo, casa y absuelve, «ya que el supuesto desamparo económico... no es en sí mismo delictivo, sino que para serlo ha de tener por causa el abandono malicioso del hogar o la conducta desordenada del culpable...».

No es necesario repetir aquí las mismas consideraciones anteriores. Los hechos son suficientemente explícitos.

Un último supuesto: el de la Sentencia de 31 de octubre de 1968 A. núm. 4490. El procesado a causa de frecuentes altercados y escenas de violencia sostenidas con su mujer, abandonó el domicilio conyugal sin que después haya vuelto, ni a ver a sus hijos de corta edad, ni a preocuparse por ellos. Aquí hay abandono, pero se estima que es justificado por las especiales circunstancias concurrentes —altercados, escenas de violencia—. Según la jurisprudencia cuando hay justas causas para el abandono, éste no es malicioso, por lo que no se cumple el tipo legal. Dejemos, ahora, el problema de si malicioso quiere decir injustificado o si la posible justificación respecto de la mujer ha de extenderse también a los

---

(17) Adviértase que mantener al niño en esa situación tan penosa constituye, sin duda, un desorden, pero la ley exige que el desorden sea la causa —y no el resultado— de la inasistencia—. De lo contrario estaríamos utilizando la misma conducta desordenada como causa y como efecto.

hijos. Lo que importa en estos momentos es que cuando el Tribunal estima que el abandono es justificado, nos encontramos otra vez con el problema: los hijos menores vuelven a quedar completamente desamparados por la Ley penal. En efecto, la Sala II del Tribunal Supremo, revocando una vez más la sentencia condenatoria de la Audiencia Provincial, absuelve al procesado.

Ante los casos referidos nos preguntamos de nuevo, ¿es la interpretación unitaria del artículo 487, defendido por la doctrina dominante y por nuestra Jurisprudencia, la que más se acomoda al espíritu del precepto? Creemos que no. Siquiera sea por razones de justicia material debe acogerse la interpretación que propugnamos.

Resumiendo, pues, hemos utilizado en pro de nuestra postura, los anteriores tres argumentos:

a) El de la diversidad de sujetos protegidos en los párrafos I y IV respectivamente.

b) El distinto contenido de la protección deparada en ambos párrafos, a saber: «deberes legales inherentes a la patria potestad, la tutela o el matrimonio» (párrafo I), y «asistencia indispensable para el sustento» (párrafo IV).

c) Propósito legislativo que anima la redacción de todo el artículo.

Pues bien, frente a los argumentos —en nuestro sentir, ciertamente convincentes— que acabamos de esgrimir, poco poder suisorio alcanzan las siguientes objeciones, casi exclusivamente de índole formal.

— En primer lugar, nos encontramos con la ubicación en el mismo artículo de ambos párrafos. ¿Por qué si el legislador quería construir dos tipos penales independientes, no les dedicó artículos separados?

Ante todo conviene advertir que la ratio legislatoris nunca puede prevalecer sobre la ratio legis. Es decir que, independientemente de lo que el legislador haya querido hacer, el Ordenamiento Jurídico posee su propia lógica interna, al igual que cada precepto, para constituir así un todo unitario y sistemático. La norma, desde que sale de manos del legislador, se independiza. No hay que olvidar la advertencia de Federico De Castro cuando critica la teoría interpretativa de la voluntad del legislador: «el error inicial e insuperable de esta doctrina, estriba en la separación que supone entre legislador y súbdito;... aísla la actividad legislativa de la vida de la comunidad nacional y cierra los ojos al hecho de que son las tradiciones, las creencias y las aspiraciones del pueblo las que animan y dan sentido a la Ley (18).

Ante la interpretación lógica que surge, naturalmente, del mismo texto legal, pierde importancia la voluntad del legislador.

---

(18) FEDERICO DE CASTRO, *Derecho Civil de España*. Tomo I, 3.<sup>a</sup> edición. Madrid 1955, pág. 499.

Por otro lado, el procedimiento legislativo de incluir preceptos independientes en un mismo artículo es bastante común.

— Por lo que hace a otra objeción de parecido sentido, a saber, la de que el párrafo IV habla en singular de «delito» y no de «delitos», vale perfectamente la consideración que acabamos de exponer.

— Por último, Quintano Ripollés consideraba más satisfactoria la tesis unitaria, entre otras razones, porque la contraria supondría castigar «el incumplimiento del mínimo deber alimenticio, con mayor sanción que los de abandono domiliar y conducta desordenada» (19). Tampoco esta razón nos convence porque Quintano pone en comparación las prestaciones protegidas, pero a nosotros nos parece más correcto contejar los sujetos protegidos. Ciertamente que, en el párrafo primero se tutela tanto la asistencia material como la espiritual, al paso que el segundo limita su protección al socorro económico, lo que supone menor extensión del objeto amparado, pero no es menos cierto, que mientras en el párrafo primero se trata de garantizar la asistencia a personas que, en general, pueden valerse por sí mismas, en el segundo se dirige el auxilio a personas que, en general, no pueden valerse por sí mismas, por lo que no parece injusto que el ataque a las mismas resulte sancionado con mayor severidad que el encaminado a las primeras.

---

(19) QUINTANO RIPOLLÉS, op. cit., pág. 399.

# Notas sobre la delincuencia económica en España

CARLOS VILADAS JENE

Prof. Ayudante de Derecho penal. Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona

INDICE: 1. Introducción.—2. Planteamiento del problema. Figuras delictivas más usuales.—3. Factores posiblemente determinantes del trato penal excesivamente benévolo que ha sido dispensado a las actividades ilícitas cometidas en el ámbito económico.—3.1. Legislación.—3.2. Administración de Justicia.—3.3. Administración Pública.—3.4. Inexistencia de otros controles de naturaleza no jurídico-penal.—4. Cambios introducidos en la problemática analizada durante el período noviembre 1975-diciembre 1977.—5. Conclusiones.

## PREAMBULO

Estas notas fueron redactadas en vistas a la participación del autor en la segunda sesión de trabajo de un grupo de científicos procedentes de varios países europeos y de Canadá, que se celebró en Londres el 16 de diciembre de 1977, organizada por la «LONDON SCHOOL OF ECONOMICS AND POLITICAL SCIENCE», el «INSTITUT DE CRIMINOLOGIE DE L'UNIVERSITE DE LILLE II» y el «CENTRE INTERNATIONAL DE CRIMINOLOGIE COMPAREE DE L'UNIVERSITE DE MONTREAL». El objetivo de estas reuniones anuales consiste en fomentar los estudios comparados en materia de delincuencia económica y de ahí su título genérico: «*Criminalisation and financial, economic and social infractions - Comparative Studies in Economic Crime*» (\*).

Este trabajo consiste en una recopilación sumaria de los problemas que afectan al trato dispensado a la delincuencia económica en España y que han sido evocados por los estudiosos que se preocupan por estas cuestiones en nuestro país. El texto también incluye algunos de los antecedentes históricos más inmediatos que

---

(\*) Creemos que la traducción más aproximada de este título podría ser la siguiente: *Incrimination penal e infracciones financieras, económicas y sociales. Estudios comparados sobre delincuencia económica.*

quizá ayuden a comprender el estado actual de la problemática aludida y recoge los motivos que pueden haber determinado un fenómeno unánimemente admitido por los científicos de nuestro país: la llamada delincuencia económica se ha beneficiado en España —paralelamente a lo ocurrido en tanto a otros países de Occidente— de un trato excesivamente benévolo.

La justificación de este trabajo esencialmente descriptivo estriba en la falta de información que gran parte de los científicos extranjeros acusan con respecto a la situación española en materia de delincuencia económica. Aspira pues a llenar un vacío como paso previo a una futura colaboración a nivel internacional en estudios comparados sobre delincuencia económica.

De lo expuesto se deduce que no se abordará aquí la cuestión relativa a las causas últimas de la delincuencia económica; es decir la discusión sobre si tal delincuencia es o no exclusivamente inherente a toda sociedad estructurada según el modo de producción capitalista. Se analizarán solamente las características actuales del fenómeno en España, país que, como es sabido adopta este modelo económico capitalista aunque con las particularidades que se derivan del régimen político instaurado por el General Franco.

Por último señalar que la expresión «trato benévolo dispensado a la delincuencia económica», alude simplemente a la constatación de la disparidad existente entre la *severidad* de las sanciones que prevee la legislación vigente en España sobre estas materias y la *lenidad* de las que —en número muy escaso— han sido impuestas.

No se interprete pues esta afirmación como un juicio de valor personal emitido por el autor en base a su propia ética.

### 1. *Introducción.*

A nuestro juicio, una exposición, aunque sea sintética, de lo que representa la delincuencia económica en España en los momentos actuales, no puede prescindir de unas referencias al pasado reciente, pues como veremos más adelante, las circunstancias en que se ha desenvuelto el país durante los años 1939-1975 han condicionado en gran medida la evolución del fenómeno sobre el que nos proponemos reflexionar aquí.

En efecto, la importancia y la amplitud de la delincuencia económica aquí y ahora, arrancan de los años de la postguerra civil, con todos los abusos y prácticas lícitas que, conocidas bajo los nombres de «mercado negro» y «estraperlo», son propias de toda postguerra. Téngase en cuenta además que en el caso de España la escasez de todo tipo de bienes —incluso los de primera necesidad— se vio agravada por el aislamiento internacional en el que ésta se vio confinada después de la victoria aliada en la Segunda Guerra Mundial (1).

---

(1) Con ello no queremos decir que la delincuencia económica «nace» en España durante aquellos años, sino que éstos condicionan de manera

Podríamos pues configurar un período caracterizado por la escasez, que va desde 1939 hasta finales de la década de los 50 y en el que las actividades ilícitas en el ámbito económico son típicas de toda postguerra.

A partir de finales de los 50, ya totalmente «reconciliada» con las grandes potencias victoriosas de Occidente, España conoció una fuerte y rápida expansión económica. Según criterio al parecer unánime, esta clase de coyunturas constituyen un campo ideal para la práctica de toda suerte de actividades abusivas y de dudosa licitud en el terreno económico. En este segundo período las infracciones pasan a ser típicas de un proceso de crecimiento económico capitalista presidido por un régimen político autoritario.

En los últimos años la crisis económica ha matizado estas tipicidades. Podríamos entonces distinguir un último período coincidente con los inicios de la década de los 70 hasta hoy, en el que muchas empresas han sucumbido a la recesión; pero han sido las que subsistían gracias a la realización de actos de dudosa licitud o incluso claramente delictivos —construcciones contrarias a planos urbanísticos, elusión fiscal, etc.— las que se han visto más afectadas porque acaso dichas prácticas son cada vez de más difícil realización, sobre todo a partir de noviembre de 1975, por los motivos que más adelante veremos.

Un fenómeno común a los tres períodos citados ha sido la ausencia casi total de reflexiones críticas sobre la delincuencia que analizamos. Ello ha facilitado la impunidad de las actuaciones abusivas y delictivas que se han multiplicado así sin enfrentarse ni tan siquiera con la opinión pública.

Porque solamente han llegado hasta el gran público, a través de los medios de comunicación de masas, las explicaciones oficiales que han acompañado las promulgaciones de los escasos textos legales que versaban sobre la delincuencia económica. Debemos distinguir a estos efectos, tres clases de trabajos

— Los estudios realizados por los juristas han abordado la problemática de la delincuencia económica mediante unos análisis que, enlazando con una tradición jurídica acrítica, han consistido, en su casi totalidad, en reflexiones de carácter dogmático acerca de la estructura de las leyes promulgadas, del ámbito de aplicación de las mismas, de las dificultades de interpretación de los preceptos que las integran, etc. Ello no es más que un aspecto parcial de un fenómeno general a nivel europeo: los juristas, y en particular los penalistas, se han dedicado casi exclusivamente, hasta la mitad de la década de los años 60, al estudio de cuestiones dogmáticas. Las realidades atinentes a la aplicación de la Ley en la práctica no

---

especial este fenómeno ya existente. Buena prueba de su existencia anterior la constituye la histórica conferencia pronunciada por don Antonio RODRÍGUEZ SASTRE en 1934, bajo el título *El Delito Financiero. Su repercusión en el crédito y la economía*. El texto fue publicado en Madrid el mismo año, con prólogo del profesor don Luis JIMÉNEZ DE ASÚA, que califica el delito financiero como el «más importante y más a la moda en esta época».

han merecido su consideración hasta fechas muy recientes en las que se emprenden estudios socio-jurídicos amplios y detallados.

Lógicamente, sobre tales trabajos no pesaron trabas ni condicionamientos administrativos, seguramente en razón de su escasa «peligrosidad»: los tecnicismos jurídicos en que consistían eran incomprensibles para toda persona ajena al estudio del Derecho y las publicaciones en que se agrupaban eran muy minoritarias y su distribución no se hacía por los puntos de venta abiertos al gran público.

— Otros trabajos científicos, escritos en el campo de otras disciplinas, han analizado la delincuencia económica desde la óptica de las relaciones de clase y la han relacionado con los intereses que el Régimen instaurado por el General Franco protegía.

— Finalmente merecen ser citados los reportajes sobre delitos económicos que la prensa periódica intentó ofrecer al público, cumpliendo con sus tareas informativas.

Sobre estas dos últimas categorías de trabajo sí se cernieron el artificio de la declaración de «Materia Reservada» y la censura gubernamental de la prensa y de la edición (2). Sin embargo, parece que esta actitud obstinada de la prensa logró vencer en algún caso a la férrea censura (3) consiguiendo sensibilizar paulatinamente al público mediante una información que fue escasa en vida del General Franco, más amplia después de su muerte (noviembre 1975) y casi totalmente libre a partir de las elecciones celebradas el 15 de junio de 1977.

## 2. Planteamiento del problema. Figuras delictivas más usuales.

Las infracciones económicas han alcanzado cotas tan elevadas y han consistido a menudo en escándalos tan importantes que, como hemos visto y a pesar del obligado silencio, el tema se ha ido difundiendo entre los ciudadanos, dándose de esta suerte una concienciación progresiva del público, ya importante bajo el franquismo. A este respecto, pueden ser evocados casos tan espectaculares

(2) Por motivos atinentes a la envergadura de este trabajo, no podemos detener nuestra atención en una cuestión que puede suscitar interés, cual es la de estudiar la utilización que se ha hecho del instituto jurídico-procesal denominado «Secreto del Sumario» durante el período considerado. Pensamos que un tal estudio podría conducir a demostrar que la función asignada a este instituto por el legislador liberal del siglo XIX ha sido distorsionada en la práctica judicial de nuestros días.

(3) Un artículo de carácter teórico sobre el tema fue publicado por José A. SÁINZ CANTERO en el número extraordinario XXVIII de la revista «Cuadernos para el Diálogo» correspondiente al mes de diciembre de 1971, bajo el título *Delincuencia económica-financiera*.

En cuanto a información sobre algún escándalo aun en vida de Franco merece destacarse el esfuerzo informativo desarrollado por parte de muchas publicaciones del país sobre el asunto «Matesa».

Finalmente, el mero repaso de la prensa desde junio hasta ahora nos ilustra acerca del interés que el tema suscita, proporcional al gran número de páginas que las revistas de mayor tirada le dedican (por ejemplo la revista «Interviú»).

como el de MATESA y el de SOFICO; ambos ocurrieron en vida del General y no pudieron ser silenciados.

Incluso el Fiscal del Tribunal Supremo destacó la importancia actual de la delincuencia económica en la Memoria que elevó en 1970 al Gobierno. Y este dato es particularmente revelador porque las instancias oficiales españolas se han caracterizado, durante los años de gobierno del General Franco, por presentar al ciudadano un país «ideal», pretendiendo ignorar los problemas muy graves de los que éste adolecía en realidad y que ahora afloran en todas las esferas de la vida social: economía, educación, sanidad, ordenamiento jurídico, organización y régimen penitenciarios; etc.

Aunque somos conscientes del carácter evanescente del concepto de «delincuencia económica», vamos a intentar enumerar algunos de los supuestos que podrían integrarse bajo esta denominación. Esta recopilación no pretende ser exhaustiva sino que apunta las conductas cuya realización parece haber abundado más durante estos años en España. Ha sido realizada en base a la lectura de la literatura especializada, de la prensa diaria y a datos aportados por profesionales del Derecho (4).

— Las prácticas fraudulentas consistentes en la promesa publicitaria de dividendos ficticios destinados a captar el ahorro del público (5). Las operaciones que favorecen a los Consejos de Administración en perjuicio de la propia Sociedad y de sus acreedores (6) y los sobornos de altos directivos de Sociedades (7). Las defraudaciones consistentes en abusar del crédito y de las subvenciones oficiales (8).

— Los fraudes y estafas inmobiliarias propiciadas por la masiva inmigración desde el campo a las ciudades industrializadas. Revisiten formas muy variadas por consisten por ejemplo en actividades inmobiliarias realizadas por Sociedades a menudo inexistentes o constituidas ante Notario sin abono real del capital suscrito por

---

(4) Una tal enumeración puede contribuir a poner de relieve una vez más la dificultad de definir con exactitud lo que designa la expresión «delincuencia económica» y la complejidad inherente a la tipificación penal de los distintos comportamientos que a continuación en el texto se citan.

(5) Caso bien conocido a este respecto es el de la sociedad «Sofico», que mediante intensísimas campañas publicitarias logró captar el ahorro de miles de españoles, que se vieron sorprendidos más tarde con la quiebra de esta sociedad.

(6) Cabría citar aquí todos aquellos casos en los que, instada la suspensión de pagos de la sociedad, en la lista de acreedores aparecen varios Administradores de la firma ostentando a menudo créditos preferentes o muy elevados que cierran el paso a los demás en la negociación y aprobación del Convenio.

(7) El «Affaire Lookeed» que al parecer también se extendió a España y cuya resolución se ha visto imposibilitada por estar implicados en él, según primeras impresiones divulgadas por la prensa, altos funcionarios del Estado.

(8) Como ejemplo, podemos citar aquí el escándalo «Matesa», quizá el más difundido y conocido tanto en España como en el extranjero, por estar implicados en él, al parecer, algunos ministros del Gobierno.

los accionistas y sin inscripción en el Registro Mercantil; o también en actividades emprendidas por sociedades que simulan bienes imaginarios y que desaparecen junto con sus administradores y las cantidades entregadas a cuenta del precio total de las supuestas viviendas por personas de condición frecuentemente modesta (9); otras dos modalidades muy características: la venta del mismo piso a dos o más personas y los fraudes inmobiliarios cometidos mediante cooperativas supuestas.

La otra vertiente del fraude inmobiliario consiste en el empleo de materiales de calidad y resistencia insuficientes con un propósito de lucro, que ocasionan a menudo hundimientos de edificios, inundaciones de barrios enteros por falta de los alcantarillados idóneos, etc. (10).

— La destrucción de la ecología urbana mediante la construcción de edificios destinados a la venta sin atender a un plan urbanístico racional que tome en consideración las necesidades de equipamiento indispensables para la vida moderna en las ciudades: zonas verdes, hospitales, escuelas, etc. (11).

— Las adulteraciones de productos alimenticios destinados al consumo humano: aguas minerales (12), aceites (13), etc.

— La emisión y dación en pago de cheques sin provisión de fondos, conducta particularmente habitual en nuestros días; los delitos monetarios consistentes en la evasión de capitales al extranjero también están al orden del día y revisten las más diversas formas: desde la maleta repleta de billetes de banco hasta las más sofisticadas formas de contravención a las muy rígidas normas atinentes a las inversiones extranjeras en España, al pago de royalties por asistencia técnica, a la repatriación al extranjero de fondos invertidos en España o de su producto, a la importación y exportación de mercancías, etc.

— La constitución de sociedades mercantiles y en particular de sociedades anónimas: como medio de elusión fiscal (14); como medio de captar gran número de accionistas dispersos y de administrar el capital social de un modo autocrático por parte de una

(9) El asunto «Rosell», acaecido en Barcelona, es particularmente ilustrativo a este respecto.

(10) Estas modalidades se producen especialmente en barrios trabajadores (por ejemplo en Cornellá y Bellvitge en las afueras de Barcelona) o bien en las urbanizaciones turísticas: por ejemplo en la de los «Angeles de San Rafael».

(11) Los casos de ciudades como Barcelona y Bilbao son especialmente relevantes en este contexto.

(12) El cierre de la planta embotelladora de «Agua de Solares» durante varios meses, por no reunir el agua los requisitos sanitarios exigidos, es un claro ejemplo.

(13) El escándalo de los aceites de Redondela —REACE—, que costó incluso el suicidio (?) de un implicado recluso en la cárcel, es quizá el más notorio en esta materia.

(14) Esta modalidad es tan frecuente que la Ley 50/1977, de 14 de noviembre, *sobre medidas urgentes de reforma fiscal*, le dedica un título completo: VII. *Elusión fiscal mediante Sociedades*.

minoría fundadora en perjuicio de la mayoría; como medio de abusar del principio de la responsabilidad patrimonial limitada, reduciendo al máximo el riesgo de pérdida —y no el de ganancia— que se desplaza así a los acreedores al limitar la responsabilidad patrimonial a un escueto y a veces casi irrisorio capital social en evidente desproporción con la envergadura o riesgo del objeto o fin que la sociedad se asigna; etc.

— Las quiebras fraudulentas y culpables constitutivas de los delitos de quiebra de los artículos 520 y 521 del Código penal disimuladas bajo expedientes de suspensión de pagos que, en la práctica, no acarrear sanción alguna.

— Y finalmente el fraude fiscal que, según criterio al parecer unánime, ha sido la figura delictiva de mayor importancia durante el período considerado: por las cantidades que han sido defraudadas, por el número de infracciones cometidas y por las escasísimas sanciones que han sido impuestas a los infractores.

Ante esta avalancha de supuestos delictivos, de los cuales tan solo trascienden a la luz pública un escasísimo porcentaje, es criterio general el afirmar que la justicia penal —en sentido amplio— no ha brindado una respuesta adecuada ni eficaz. Y ello es particularmente grave si nos detenemos en comprobar que estas acciones se hacen merecedoras de intensísimos juicios de reproche y de desvalor que han sido expresados con toda intensidad por parte de la comunidad social en donde se producen en cuanto se han restablecido las libertades públicas propias de un régimen político democrático (15). Así hemos asistido en España a un notable incremento de las acciones de protesta (manifestaciones, artículos y entrevistas en la prensa, escritos elevados a las Autoridades Públicas, etc.), desde la muerte del General Franco acontecimiento que, como es sabido, acarreó una evolución paulatina hacia una ordenación de la vida política más cercana a las formas características de los demás estados de Europa Occidental (16).

(15) Sabemos, porque así lo han demostrado numerosas investigaciones de carácter empírico, que la delincuencia económica no es sentida, por regla general, como propia y verdadera delincuencia por los miembros de la comunidad social en donde aquélla acontece. Con todo, nosotros no compartimos plenamente tal generalización en base a la experiencia de los movimientos de protesta que a continuación en el texto se citan. Creemos que el juicio de reproche aparecerá o no en función de la naturaleza de la infracción que sea cometida. Así, los llamados «delitos sin víctima» (defraudación fiscal, por ejemplo) no son sentidos como propios delitos por el ciudadano medio; sí lo son en cambio las infracciones que lesionan intereses tangibles de una o varias personas físicas (estafas inmobiliarias, por ejemplo). Uno de los exponentes de la preocupación social por las actividades ilícitas en el ámbito de los negocios, radica en la publicación de varios trabajos sobre los escándalos de mayor trascendencia. A modo de ejemplo, podemos citar los siguientes: J. CASTELLA-GASSOL, *El libro negro de Sofico*, Dopesa, Barcelona 1975. Jesús YNFANTE, *Los negocios ejemplares (Matesa, Sofico, Rumasa, Reace, etcétera)*, Ed. Monipodio. Jesús YNFANTE, *Los negocios de Porcioles - Las sagradas familias de Barcelona*, Ed. Monipodio.

(16) Estas protestas masivas se habían iniciado ya en vida del General Franco, pero se desenvolvían en muy precarias condiciones y su amplia di-

Vamos a intentar esquematizar seguidamente las posibles causas que han dificultado, y que incluso en algún supuesto han impedido, esta respuesta de la Justicia Penal *latu sensu* entendida.

### 3. Factores posiblemente determinantes del trato penal excesivamente benévolo que ha sido dispensado a las actividades ilícitas cometidas en el ámbito económico.

#### 3.1. Legislación.

Suscribiendo la opinión unánime de la doctrina penal podemos afirmar que el marco jurídico referente a la delincuencia económica ha estado siempre hasta nuestros días en una patente situación de desfase con respecto a la realidad social que debía regular. Más aún, parece poder afirmarse que las reformas que se han ido introduciendo en esta materia desde 1938 han enturbiado considerablemente el marco legal positivo existente.

Como es sabido, el Código penal español —texto punitivo fundamental de nuestro ordenamiento sancionador— encuentra su origen en el proceso de codificación iniciado en Europa a principios del siglo XIX. Las sucesivas modificaciones de su redacción inicial no han alterado decisivamente ni su estructura ni su contenido material, sobre todo en lo que se refiere a su Título XIII denominado «*De los delitos contra la propiedad*» (17).

Si recordamos que los juristas españoles del siglo XIX ya criticaron duramente la falta de adecuación de las regulaciones establecidas por el referido Código penal, en su redacción original, en lo que concierne a lo que hoy denominamos «delincuencia económica» (17 bis), y que estas críticas fueron formuladas desde el prisma de una sociedad todavía esencialmente agrícola, podremos captar con exactitud el desfase de estas mismas normas —apenas alteradas— con respecto a la realidad actual de España, país en indudable y avanzado proceso de industrialización.

Comprobamos pues el arcaísmo muy marcado del Texto punitivo básico de nuestro ordenamiento, del que es prácticamente imposible predicar una idoneidad con respecto a la estructura económica de la sociedad que pretende regular.

fusión era prácticamente imposible, ambas cosas debidas a la falta de libertades públicas antes aludida. Sin embargo, debemos referirnos una vez más y como excepción a lo expuesto, al caso «Matesa» y al caso «Sofico», cuya amplia divulgación en pleno régimen franquista fue inevitable.

(17) Como bien indica el Preámbulo al Decreto de 23 de diciembre de 1944 que promulga el Código penal de 1944, éste «no es una reforma total, ni una obra nueva, sino sólo una edición renovada o actualizada de nuestro viejo Cuerpo de Leyes Penales que, en su sistema fundamental y en muchas de sus definiciones y reglas, data del Código promulgado en 19 de marzo de 1848». Esta afirmación sigue siendo válida si la referimos al Texto refundido de 1973 actualmente vigente.

(17 bis) Vid. al respecto, por ejemplo, GONZÁLEZ y SERRANO, José, *Apéndice a los comentarios al Código Penal de Pacheco*, pág. 337.

Mas podría pensarse en la posibilidad de que este desajuste «Código Penal-Realidad Social» hubiese sido corregido mediante la oportuna promulgación de unas Leyes Penales Especiales adecuadas a la realidad cambiante de la Sociedad y, dentro de ella especialmente, a las relaciones económicas y mercantiles que en su seno se desarrollan. Y es cierto que desde 1938 se han promulgado una serie de leyes especiales cuyo objetivo —según rezan sus respectivos preámbulos y exposiciones de motivos— ha sido el de regular distintas facetas de la vida económica. Pero, como veremos más adelante, estos textos legales adolecen de muchos defectos que han determinado su casi nula eficacia y su escasísima aplicación.

Citaremos seguidamente algunas de las más relevantes disposiciones legales referentes a esta materia (18):

— En materia de «*Delitos monetarios*» sigue en vigor todavía la Ley de 24 de noviembre de 1938, dictada, según su preámbulo, «en concordancia con las exigencias de la guerra» (!).

— En materia de «*Abastecimiento, fabricación, circulación y precio de mercancías*», hay que mencionar las leyes de 26 de octubre de 1939 y de 30 de agosto de 1946, así como el Decreto de 27 de septiembre de 1946, tipificadoras de conductas de acaparamiento de mercancías, retención de productos fabricados y elevación abusiva de precios. También es de aplicación aquí el Decreto de 17 de noviembre de 1966.

— Las «*Infracciones de contrabando*», están tipificadas en la Ley de Contrabando, Decreto de 16 de julio de 1964.

— En materia de «*Monopolios*», la Ley de 20 de julio de 1963 sobre «*Represión de prácticas restrictivas de la competencia*» pretende ofrecer una regulación más amplia y más fácilmente aplicable que la contenida en los artículos 539 a 541 y 547 del vigente Código penal.

— En materia de «*Disciplina de mercado*» en general, y de «*Competencia*» para conocer de las infracciones a dicha disciplina, debe aludirse al importante Decreto de 17 de noviembre de 1966 que tenía por objeto, en principio y según su Exposición de Motivos, refundir y sistematizar el «abigarrado cúmulo de disposiciones» existentes sobre la materia, objetivo a todas luces incumplido.

Las mismas fechas de las disposiciones legales que hemos citado revelan una presumible falta de adecuación a la realidad económica y mercantil de la España de 1977, máxime si convenimos en que el desarrollo económico español arranca del «*Primer Plan de Estabilización*» aprobado en el año 1958. Este desarrollo imprime en todos los ámbitos de la sociedad española un ritmo de

---

(18) Para un análisis detenido y exhaustivo de la normativa vigente, vid. BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, *El Derecho penal económico. Un estudio de Derecho positivo español*, en ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES, tomo XXVI, fascículo 1, enero-abril 1973, Madrid, págs. 91 a 139.

«cambio» muy acelerado que, aunque no es equiparable al de los demás países desarrollados de la Europa de Occidente, produce modificaciones muy sustanciales en las relaciones sociales y en particular en la contratación mercantil y en los usos y prácticas de los negocios. Se produce así un rápido desfase de la normativa existente y una teórica necesidad de readaptación frecuente que no se ha llevado a término.

La doctrina penal española coincide en destacar además, que la legislación penal en materia económica —y por ende las disposiciones citadas que se encuentran en la actualidad total o parcialmente vigentes— se caracterizan por haber introducido numerosas incongruencias y múltiples contradicciones internas. Constituyen un conjunto de normas asistemático y falto de coordinación que ha creado un régimen de confusión en cuanto, sobre todo, a los respectivos ámbitos de aplicación de cada una de estas normas con respecto al Código penal y entre sí.

Otra característica esencial de esta legislación penal complementaria ha sido la de atribuir unos poderes sancionadores desmesurados a la Administración Pública que, en algunos aspectos, ha visto equiparadas sus facultades a las que, en un Estado de Derecho, deben ser privativas del Poder Judicial. Esta atribución de poderes sancionadores y algunas de las propias sanciones con las que conminan determinadas disposiciones, han supuesto el contravenir no solamente principios fundamentales del Derecho penal —«non bis in idem», por ejemplo—, sino también principios establecidos por las llamadas «Leyes Fundamentales» (19) como los establecidos por ejemplo en el artículo 18 del Fuero de los Españoles (20), en el artículo 32 del mismo Fuero (21), en el artículo 20 del mismo Fuero (22) y en los artículos 29 y 31 de la Ley Orgánica del Estado (23).

Esta atribución de poderes a la Administración Pública reviste a nuestro entender una especial gravedad cuando se produce en

(19) El conjunto de estas leyes sustituyó, durante el Régimen de Franco, a la disposición legal de mayor rango que usualmente se conoce bajo el nombre de *Constitución*.

(20) «Ningún español podrá ser detenido sino en los casos y en la forma que prescriben las Leyes. En el plazo de setenta y dos horas, todo detenido será puesto en libertad o entregado a la Autoridad Judicial».

(21) «En ningún caso se impondrá la pena de confiscación de bienes».

(22) «Ningún español podrá ser privado de su nacionalidad sino por delito de traición, definido en las Leyes penales, o por entrar al servicio de las armas o ejercer cargo público en país extranjero contra la prohibición expresa del Jefe del Estado».

(23) «La Justicia gozará de completa independencia. Será administrada en nombre del Jefe del Estado, de acuerdo con las Leyes, por Jueces y Magistrados independientes, inamovibles y responsables con arreglo a la Ley».

«La función jurisdiccional, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, en los juicios civiles, penales, contencioso-administrativos, laborales, y demás, que establezcan las Leyes, corresponden exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados en la Ley Orgánica de la Justicia, según su diversa competencia».

un país en el que ciertos órganos de esta Administración se han distinguido con regularidad por su vinculación estrecha a grupos económicos implicados en actividades de dudosa licitud o incluso claramente delictivas (MATESA es también el caso más significativo al respecto). Además puede apreciarse que el número de procedimientos legales emprendidos contra funcionarios públicos implicados en actividades irregulares es escaso, siendo todavía menor el número de estos procedimientos que culminan con una sanción (24).

En cuanto a los objetivos oficialmente asignados a estas Leyes penales especiales, debemos recordar que estaban en lógica concordancia con la ideología que inspiraba al régimen del General Franco: eran presentadas como «freno a los abusos que se producen en todo sistema económico capitalista». Pero estas finalidades programáticas contrastan con los efectos prácticos que se han conseguido, consistentes precisamente en dificultar en grado máximo la sanción de las infracciones económicas. Así es notoria la falta de aplicación de los Textos legales por parte de los órganos competentes durante los años considerados destacando en este sentido la falta de sanciones en la Jurisprudencia del Tribunal de Defensa de la Competencia, encargado, como su denominación indica, de la aplicación de la Ley sobre «Represión de las prácticas restrictivas de la competencia» ya citada. Y ello, como han señalado acertadamente autores especializados en derecho de la empresa, a base de ignorar «ostentosamente la existencia de prácticas restrictivas bien evidentes en el mercado español» (25).

Estamos frente a una de las manifestaciones de un fenómeno general que es preocupante: se va privando paulatinamente al derecho penal de sancionar, con el rigor sistemático que por regla general de él puede predicarse, conductas muy graves que son motivadoras de alarma social y que atentan contra bienes jurídicos dignos de protección penal; y se confía la tipificación y sanción de estos comportamientos a disposiciones esporádicas emanadas del poder ejecutivo que adolecen de todos cuantos defectos puede reunir un conjunto normativo. Los Tribunales penales están sobrecargados de trabajo porque deben conocer asuntos de escasa gravedad —infracciones de tráfico, por ejemplo (ver nota 31)— y

---

(24) Los rasgos que aquí se destacan no son más que la exteriorización de un fenómeno general que consiste en la simbiosis Administración Pública-Clase Dominante. Esta se traduce, por regla general, en una asunción por parte de la primera de los intereses de la segunda.

(25) VICENT CHULIA, Francisco, *Concentración y unión de empresas ante el Derecho español*, pág. 592, Confederación española de Cajas de Ahorros, Madrid 1971. Destaca este autor cómo el mencionado Tribunal ha sentado como requisito de la figura de «práctica restrictiva de la competencia», el que las prácticas colusorias vayan en contra del «orden público económico»; gracias a este concepto tan amplio y abstracto, que no consta en la Ley y que el mencionado Tribunal ha «creado» en base a una interpretación a nuestro juicio errónea del preámbulo a la citada Ley de 20 de julio de 1963, se pueden eludir fácilmente las sanciones legales previstas.

paralelamente se otorgan funciones prácticamente jurisdiccionales a otros órganos de la Administración Pública para que conozcan asuntos de considerable gravedad, alejándose de esta suerte a la Jurisdicción Penal de su función primordial.

Dos cuestiones legislativas complejas y faltas de regulación expresa en nuestro Ordenamiento Jurídico positivo contribuyen finalmente a enturbiar el marco legislativo en el que debemos actuar: *la responsabilidad penal de las personas jurídicas y la problemática del delito-masa*. Una solución a estos problemas ha sido muchas veces reclamada por los juristas españoles, hasta la fecha sin éxito.

A nuestro entender, la responsabilidad penal de las personas jurídicas es un tema de singular relieve; por esta razón le dedicamos especial atención en los párrafos siguientes.

La moderna conformación de las relaciones económicas se caracteriza, entre otros muchos datos, por la masiva utilización de las personas jurídicas para intervenir en el tráfico mercantil y por la progresiva desaparición de los comerciantes individuales y de las sociedades mercantiles de tipo personalista como sujetos de la actividad económica. De este fenómeno cada día más generalizado participa también España. Y de entre las diversas formas societarias previstas por el Ordenamiento Mercantil español destaca por su preponderancia en la vida económica actual del país la Sociedad Anónima, siguiéndole, pero ya a mucha distancia, la Sociedad de Responsabilidad Limitada.

No creemos que este sea el lugar adecuado para enumerar las características de cada una de estas formas societarias. Sin embargo, existen unos motivos determinantes de la adopción de una personalidad jurídica con el fin de intervenir en el tráfico mercantil que nos interesa destacar aquí porque incumben al estudio de la delincuencia económica. Algunos de estos motivos los hemos citado ya (aunque seguramente aquella enumeración no fuese exhaustiva —vid. págs. 4, 5 y 6—) pero existe uno que es el que nos interesa especialmente en este lugar sistemático de la exposición: constituirse en persona jurídica a fin y efecto de intentar obviar la responsabilidad penal que dimanaría de la realización de alguna de aquellas conductas que citamos en las referidas págs. 4 y ss. si fuese ejecutada por un comerciante individual.

Planteados en estos términos, resulta patente la enorme importancia de la regulación legal positiva vigente con respecto a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, regulación que ha sufrido modificaciones recientes referidas a casos particulares, con las redacciones dadas, por ejemplo, a los artículos 319 y 499 bis del Código penal, que regulan el delito fiscal y los delitos contra la libertad y la seguridad en el trabajo respectivamente (26).

---

(26) Las redacciones de los artículos citados resuelven el problema planteado, cada una de manera distinta, pero ambas a nuestro entender en forma insatisfactoria, aunque por motivos distintos.

La doctrina penal española ha destacado la trascendencia de esta cuestión y han sido profesores de reconocido prestigio —doctores Córdoba Roda y Muñoz Conde— los que más recientemente han abordado el tema. Nos proponemos recoger aquí, en síntesis, algunas de sus autorizadas conclusiones acerca del problema en general, dejando aquí sin abordar los artículos del Código penal citados que arbitran exclusivamente soluciones particulares para las conductas que tipifican como delictivas (27).

En Derecho penal español, está plenamente vigente el principio *societas delinquere non potest*. Esta vigencia dimana desde el prisma de la dogmática penal, de la inclusión del elemento «voluntad» en el concepto jurídico-penal de «acción», determinándose de tal modo la incapacidad de las personas jurídicas para llevar a cabo una de estas «acciones». Ante la vigencia de este principio como realidad normativa, resulta imprescindible comprobar qué medios arbitra la ley penal para sancionar posibles prácticas ilícitas cometidas al amparo de una persona jurídica (28).

Cuando la acción que se consuma es subsumible en un tipo delictivo que no requiere una cualidad especial en el sujeto activo

El artículo 499 bis requiere la averiguación de cuál fue el órgano de la persona jurídica que cometió la acción típica, bien fuese mediante un hacer positivo, bien fuere por simple omisión; técnicamente la solución legal aparece como correcta pero una regulación de esta índole es prácticamente inaplicable cuando los delitos son cometidos en grandes empresas con organigramas complejos.

El artículo 319 establece una presunción *iuris tantum* con respecto a la responsabilidad penal de los Directores, Gerentes, Consejeros Delegados o personas que efectivamente ejerzan la administración de una persona jurídica que cumpla el tipo del delito fiscal; es difícil admitir en el ámbito penal la determinación de responsabilidad en base a una presunción salvo prueba en contrario, aunque los efectos de prevención general al parecer conseguidos puedan ser plausibles. En efecto, existen indicios de que buen número de dirigentes de empresas, al sentirse directamente amenazados por una sanción penal, han exigido de los accionistas y/o de los Consejos de Administración, la regularización fiscal de las sociedades en las que trabajan; y también al parecer, este fenómeno ha ocurrido con mayor frecuencia en las grandes empresas que son, como es sabido, las que, por regla general, escapan con mayor facilidad a la represión de las infracciones económicas.

(27) CORDOBA RODA, Juan, *Consideraciones sobre los delitos de quiebra en Derecho español*, en «Revista Jurídica de Catalunya», núm. 4, oct-dic. 1975. MUÑOZ CONDE, Francisco, *La responsabilidad penal de los órganos de las personas jurídicas en el ámbito de las insolvencias punibles*, ponencia presentada en el coloquio de la Sección Nacional Española de la Asociación Internacional de Derecho Penal celebrada en Madrid y Plasencia del 19 al 23 de octubre de 1977.

(28) Creemos necesario advertir que el profesor MUÑOZ CONDE no se ciñe a esta consideración de tipo formalista. Citando al profesor BRICOLA, MUÑOZ CONDE explica la vigencia de este principio como «producto de la fuerza de las leyes del poder económico», apoyando dicha argumentación con ejemplos concretos en los que se desdibuja el referido principio: imposición de medidas administrativas a las personas jurídicas, medidas estas últimas que en muchos casos sólo se distinguen de las penas en razón de su denominación; sanciones y responsabilidad de asociaciones políticas; etc.

(libramiento de cheques en descubierto, falsedad documental, etcétera), no parece que existan obstáculos —y así también lo afirma la Jurisprudencia— para imponer la sanción penal al órgano de la sociedad autor material de la acción punible, pues, como es sabido, una persona jurídica actúa a través de unos órganos que se componen de una o más personas físicas. El problema en estos casos se reduce a las dificultades de prueba que, con frecuencia, llegan a ser insuperables debido a que las estructuras, organigramas y regímenes estatutarios y legales de las personas jurídicas, paralelamente al fenómeno de concentración de empresas, se desarrollan cada día de forma más compleja.

Las dificultades que no radican ya exclusivamente en cuestiones de técnica probatoria se presentan en cuanto se comete un delito que está tipificado de tal suerte que las cualidades que exige la Ley penal en la persona del sujeto activo no las ostenta un órgano-persona física de la sociedad sino la propia sociedad como persona jurídica individualizada y diferenciada de cada una de las personas físicas que se agrupan para formarla. Un caso de estas características es el delito de quiebra —en sus dos modalidades culpable y fraudulenta— tipificado en los artículos 520 y 521 del Código penal español cuando es cometido por una Sociedad Anónima o de Responsabilidad Limitada (29). Sujeto activo de estos delitos sólo puede serlo, a tenor de los preceptos referidos, el *quebrado*; es decir el *comerciante insolvente* que cumple con los demás requisitos exigidos por los tipos en cuestión. Con todo rigor afirma el profesor Córdoba Roda a este respecto: «En la medida en que los artículos 520 y 521 disponen que las penas de presidio mayor y presidio menor se impongan al «*quebrado*» y en que, en el caso de recaer la declaración de quiebra sobre un comerciante social, únicamente a «*éste*» —y no así, en cambio, a los individuos integrantes— corresponde la referida cualidad, deberá rechazarse la posibilidad de aplicar las indicadas penas a los sujetos miembros del comerciante social. Tampoco cabrá castigar a dichos individuos como «*participes*» en los delitos de los artículos 520 y 521, por la sencilla y elemental razón de que toda participación presupone la realización del tipo principal y el comerciante social no está en situación de cumplir dicho tipo».

Como bien han señalado los dos autores aludidos, el problema con el que nos enfrentamos aparece pues como irresoluble si no es acogiéndonos a vías que aparecen como inadmisibles en Derecho penal. Así ciertos autores han propugnado la interpretación analógica de unos artículos del Código penal que contemplan la responsabilidad penal de los órganos de administración, gestión o di-

---

(29) Cuando estos delitos son cometidos por sociedades de tipo personalista —colectiva y en comandita—, al responder también los socios —por imperativo jurídico-mercantil— de las deudas sociales, el problema que aquí analizamos no se plantea con la misma virulencia ya que los socios ostentan también la cualidad de comerciantes-deudores.

rección de las personas jurídicas, cuando cometen determinados delitos en interés de éstas. Otros también han propugnado una interpretación extensiva, pretendiendo deducir de estos últimos preceptos citados un principio general en el ámbito penal, cuando, por el contrario, de la atenta lectura de aquellos en su contexto, se desprende su excepcionalidad. Por último, también la Jurisprudencia penal española ha intentado el castigo de los componentes de la persona jurídica; pero su encomiable voluntad de no dejar impunes actos reprobables le ha valido dictar sentencias en contra de lo que inequívocamente se desprende del ordenamiento positivo vigente.

A la vista de todo ello resulta obvia la necesidad de propugnar una reforma de esta legislación que permite, en ciertos casos, eludir la responsabilidad penal derivada de la comisión de actos ilícitos, amparándose sus autores bajo el escudo de la personalidad jurídica.

Sin embargo, como bien señala el profesor Muñoz Conde, mien una reforma de esta legislación que permite, en ciertos casos, eludir preceptos penales en vigor que sancionan —con unas penas iguales o incluso mayores que las que conminan una quiebra fraudulenta o culpable— las conductas que habitualmente acompañan —o incluso causan directamente— el cumplimiento de los tipos de quiebra. Así pueden emprenderse procedimientos penales contra los órganos de una sociedad que hayan cometido falsedades documentales, apropiaciones indebidas, estafas, otorgamientos de contratos simulados, exigiéndose en todo caso la responsabilidad civil subsidiaria a que hubiere lugar a la propia sociedad. Y todo ello aunque no constituya una propia y plena solución al problema que hemos planteado.

Una última referencia a la legislación debería analizar la modificación muy recientemente introducida en el Código penal español configuradora del «delito fiscal». Mas, precisamente debido a lo reciente de dicho acontecimiento nos hemos impuesto la renuncia al comentario de esta nueva figura, porque si fuese enunciado pecaría, como mínimo, de poco meditado.

### 3.2. Administración de Justicia.

Una característica a nuestro juicio esencial del Régimen político instaurado por el General Franco, ha sido la de desconfiar del Poder Judicial. Abonan esta afirmación, entre otros, los datos siguientes.

Como ya hemos visto, la legislación ha establecido una atribución de potestades sancionadoras cada vez más amplias a una Administración Pública que es mucho más sensible a las directrices del Poder Ejecutivo que el propio Poder Judicial. Han sido creadas en el país multitud de jurisdicciones especiales sobre todo para conocer de los asuntos penales más «delicados» (Tribunal de Orden

Público, Juzgado de Delitos Monetarios, Tribunales militares, etc.) despojando de esa suerte a la Jurisdicción ordinaria del conocimiento de muchos asuntos de grave trascendencia. La carencia de medios materiales y humanos de que ha adolecido la Administración de Justicia contrasta con la abundancia de los que han sido asignados al Ministerio de Gobernación para la ampliación constante y el perfeccionamiento de los cuerpos represivos (30).

Destacaremos seguidamente en síntesis algunas de las características a nuestro juicio más relevantes de nuestra Administración de Justicia:

a) Sobrecarga de trabajo con asuntos de poca importancia (31) que determina una lentitud exasperante y preocupante de la Justicia penal en España.

Los efectos de dicha lentitud son sobradamente conocidos: dificultad de establecer los hechos acaecidos con precisión; ineficacia de toda condena impuesta con años de retraso; posibilidad de que el procesado se convierta en insolvente obviando así toda responsabilidad civil, etc.

b) Por los mismos motivos, aplicación estereotipada de los preceptos penales con alejamiento de la función juzgadora respecto a los datos de la realidad.

c) Aplicación sistemática de las penas mínimas en atención a la desconfianza que merecen a los Tribunales las penas privativas de libertad y su actual régimen de cumplimiento.

d) En el ámbito de la delincuencia económica, una falta de formación especializada del personal al servicio del Magistrado —e incluso frecuentemente del propio Magistrado— con respecto a la empresa, a las relaciones económicas de creciente complejidad, etc.; una dificultad para aplicar la legislación vigente a la realidad actual debido a las características de aquella que hemos analizado en el apartado anterior; por último, y más grave que lo anterior, un desconocimiento de muchas conductas delictivas debido a la «selección» que de los casos producidos hace la Policía.

### 3.3. Administración Pública.

A nuestro juicio; los órganos de la Administración Pública han sido en gran medida responsables de la tolerancia dispensada a la delincuencia económica.

Los sucesivos Gobiernos de la Dictadura han dispuesto la dedicación casi exclusiva de los Cuerpos de Policía a la detección y

---

(30) P.D. Sobre la desigual distribución de los Presupuestos Generales del Estado durante los últimos años con referencia a las necesidades reales del Ministerio de Justicia, se pronunció muy recientemente el subsecretario del Ministerio de Justicia en unas declaraciones al periódico EL PAIS (Vid. EL PAIS de 16 de febrero de 1978).

(31) Las infracciones de tráfico representan más del 50 por 100 del volumen total de causas penales seguidas en la actualidad en los Juzgados españoles.

represión de las conductas de discrepancia política y les han inculcado un profundo respeto a la pretendida «honorabilidad» de los hombres de negocios; ambos fenómenos aparecen como causas patentes de la desigualdad en la persecución de las conductas constitutivas de delito con arreglo a las Leyes.

Por otra parte y como hemos destacado anteriormente, la vinculación frecuente de órganos de la Administración Pública a grupos económicamente fuertes ha determinado también que, en múltiples ocasiones, funcionarios de la Administración hayan aparecido involucrados en negocios ilícitos (otra vez el ejemplo más ilustrador es MATESA), determinando entonces el abandono de la persecución por parte de los cuerpos de la Administración encargados de ésta y ello debido quizá a la «solidaridad profesional» que entre los miembros de la Administración Pública pueda desarrollarse. Como consecuencia de esta «filtración» y de esta «selección» operadas por los cuerpos de Policía, hemos asistido a dos fenómenos: muchas conductas constitutivas de delito económico no llegan ni tan siquiera a ser conocidas por los Tribunales y escasisima aplicación de los artículos del Código penal que tipifican los delitos cometidos por los funcionarios públicos.

#### 3.4. Inexistencia de otros controles de naturaleza no jurídico-penal.

El correctivo que a tales situaciones cabe oponer en los demás países de Europa Occidental, integrado por dos elementos fundamentales en toda Sociedad que se desenvuelve en unas estructuras democráticas, la libertad de prensa y la existencia de una oposición parlamentaria facultada para obtener explicaciones del Poder Ejecutivo, no ha sido restaurado en España hasta fechas muy recientes.

Aunque de hecho la primera ha ido cobrando realidad de modo paulatino aun en vida del General Franco, la reforma legislativa que la ampara —todavía precaria a juicio de muchos— no ha sido introducida hasta el mes de abril de 1977. Y es de todos conocido que la existencia de la oposición parlamentaria no ha cobrado realidad hasta pasadas las elecciones generales celebradas el 15 de junio también de 1977.

El necesario «rodaje» de estos dos mecanismos de «control» no ha terminado todavía; y creemos que todavía es pronto para determinar la fecha en que podrán alcanzar el nivel de eficacia que los caracteriza en los países antes citados.

#### 4. *Cambios introducidos en la problemática analizada durante el periodo noviembre 1975-diciembre 1977.*

Hemos ido destacando dichos cambios a lo largo de la exposición, mas creemos que una recapitulación al respecto puede ser de utilidad.

En cuanto a la legislación material, tan sólo cabe destacar la introducción de la figura denominada «*Delito Fiscal*» en el Código Penal. *Prima facie*, dada la tipificación de la figura y el contexto de la Administración de Justicia encargada de aplicarla, muchos creen que su promulgación no frenará los enormes fraudes fiscales que se han venido cometiendo en España; otros piensan lo contrario. Mas parece que es demasiado pronto para emitir un juicio válido al respecto.

En cuanto a la Administración de Justicia, tan sólo cabe retener la atribución de competencia a la recién creada Audiencia Nacional en materia de delitos monetarios, con la consiguiente supresión del Juzgado de Delitos Monetarios. Serían deseables, sin embargo, cambios más sustanciales en la organización y en la eficacia de los órganos jurisdiccionales.

En lo que atañe a los controles, como hemos visto en el apartado anterior, su implantación reciente ha sido muy beneficiosa pero no cabe esperar que sus efectos sean inmediatos.

Sí cabe destacar una mayor expresión del sentir ciudadano con respecto a la delincuencia económica. Es evidente que las personas afectadas han aprovechado las libertades recién conquistadas y se han organizado para frenar, en la medida de sus posibilidades, los fraudes y los abusos de los que tienen conocimiento.

## 5. Conclusiones.

Creemos poder afirmar que, en España y durante el período 1938-1975, se ha cometido un número particularmente elevado de prácticas abusivas y frecuentemente delictivas en el ámbito económico. Sus modalidades han sido función de las circunstancias que ha atravesado el país durante estos años. Dichas acciones han gozado de un tratamiento jurídico-penal excesivamente benévolo, cuando no inexistente. Las causas de este fenómeno particularmente agravado en nuestro país, podrían resumirse del modo siguiente:

— Una inhibición de la Administración de Justicia ante un marco legal caótico.

— Una Administración Pública dotada de potestades sancionadoras desmesuradas, hartas veces comprometida con los intereses de ciertos grupos económicos y a cuyos cuerpos de Policía les ha sido ordenado que centrasen su actividad represiva e investigadora sobre la llamada «delincuencia política».

La censura y la falta de libertades públicas han forzado la pasividad de los ciudadanos ante la dilapidación de los recursos financieros del Estado, ante la destrucción a menudo irreparable de la ecología campestre y ciudadana y ante las múltiples estafas a las economías familiares modestas.

El panorama hasta aquí descrito no ha cambiado radicalmente desde noviembre 1975. Y a nuestro juicio no existen inmediatas perspectivas de cambio si la evolución democrática del país no se afianza en el futuro, si las recién sentadas bases de éste no se potencian y dinamizan y si no media una interpretación correcta del sentir ciudadano en lo que atañe a estas materias cuya importancia resulta a nuestro juicio crucial.



## Primeras jornadas internacionales de Derecho penal

ALFONSO GOMEZ MENDEZ

Profesor de Derecho penal

El problema de las causales de justificación en la moderna dogmática penal, fue el tema central de las Primeras Jornadas Internacionales de Derecho penal, que durante los días 18 a 22 de septiembre del año en curso se realizaron en Bogotá, organizadas por el «Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas» de la Universidad Externado de Colombia, con participación de prestantes juristas de España, Argentina y Colombia.

Ciertamente que no fue posible —tampoco era su objeto— estudiar todos los aspectos relativos a las causales de justificación, pero las discusiones demostraron cómo se mantiene intenso el debate, aun frente a instituciones jurídico-penales que una copiosa producción doctrinal y jurisprudencial han logrado decantar.

Las Jornadas se iniciaron con una presentación histórica —desde el punto de vista de los textos legislativos— de las causales de justificación en Colombia, que sirvió para demostrar la falta de sistematización de la mayoría de los anteriores textos colombianos, para regular el fenómeno de las que suelen llamarse «causales objetivas de exclusión del delito». El Código vigente, las agrupa todas en su artículo 25, y las denomina causales de justificación. Ello plantea el problema de si resulta conveniente que el legislador se vincule con determinadas orientaciones de la ciencia penal, al expresar en el texto mismo de la norma qué fenómenos excluyen la antijuridicidad, y cuáles la culpabilidad. En el curso de las discusiones se llegó a la conclusión de que si bien es cierto que todo código debe tener una cierta sistemática, no es necesario que en él se definan conceptos —con la fuerza legislativa que su inclusión les da— que corresponden a la creación doctrinal o jurisprudencial, y que pueden variar con el desarrollo de la ciencia jurídico-penal. Tal puede ocurrir, por ejemplo, con problemas tales como el Estado de Necesidad, o la orden de autoridad competente, sobre cuya correcta ubicación en las causales que excluyen la responsabilidad penal, no existe acuerdo doctrinal. Sin embargo, en el Cód-

go colombiano son considerados, por disposición expresa de la norma (arts. 24 y 25) siempre, como causales de justificación.

Justamente la orden de autoridad competente (obediencia debida) constituyó otro de los temas tratados en las Jornadas, en la legislación penal española y colombiana. Se estudiaron las dificultades resultantes de su propia ubicación jurídica, de los requisitos exigidos para su conocimiento, y de la problemática del error. Como es lógico, en esta clase de seminarios no se busca llegar a «conclusiones» que pueden tener una validez incuestionable. Muy discutido fue el punto sobre si la orden de autoridad competente, debe ser tratada como causal de inculpabilidad en el plano del error y de la posibilidad de reaccionar legítimamente frente a un acto ejecutado en cumplimiento de una orden.

Tal vez la causa de justificación sobre cuya naturaleza existe unanimidad en doctrina y jurisprudencia, es la legítima defensa. En el curso de los debates se estudiaron los requisitos para su reconocimiento, y dos problemas específicos con ella relacionados; la defensa privilegiada y la defensa putativa. Respecto de la primera se examinaron los tópicos relativos a las distintas especies de «presunciones» que esta figura implica en sus dos variantes, de rechazo del asaltante nocturno y del extraño en el hogar. En cuanto atañe al segundo problema, es decir la denominada impropriamente en ocasiones «legítima» defensa subjetiva, hubo acuerdo en considerarla no como una causal de justificación, sino como un fenómeno de inculpabilidad por error respecto de la existencia del «hecho» generador de la justificante.

El Estado de Necesidad —una de las más antiguas instituciones del derecho penal— se examinó en sus diversos aspectos, a la luz de la doctrina universal y de la legislación penal colombiana. El problema principal tratado, fue el de las tesis «unitaria» y de la «diferenciación» para la ubicación del fenómeno. El Código Penal colombiano acoge la teoría «Unitaria», pues considera el Estado de Necesidad, en todo caso, como un problema de justificación, independientemente de la naturaleza de los bienes jurídicos en conflicto. Otras legislaciones, en cambio, siguiendo las orientaciones de la doctrina primero, y luego de la ley alemanas (parágrafos 34 y 35) aceptan la teoría de la diferenciación. No es un problema que pueda considerarse resuelto, como se desprende de las polémicas que él suscitó durante el Seminario. Igualmente se examinaron los casos «especiales» de estado de necesidad contemplados en la legislación colombiana, conocidos como hurto famélico y hurto doméstico, para aconsejar la desaparición de estas figuras «autónomas». Una reciente norma (decreto 070 de 1978) expedida por el Gobierno colombiano en ejercicio de las facultades que confiere el régimen de excepción (art. 121 de la Constitución Nacional) que «crea» una causal de justificación, cuando el hecho se comete por miembros de la fuerza pública en el ejercicio de operaciones planeadas para prevenir o reprimir determinados delitos (secuestro, extorsión, tráfico de estupefacientes), fue ampliamente

examinada y severamente criticada, no solamente por razones de orden constitucional, sino por los peligros que para la seguridad y garantías ciudadanas pueden derivarse de su aplicación, y por sus manifiestas fallas de técnica jurídica. El decreto «agregó» a las causales de justificación eximentes, esta otra, que participa de las características de algunas de ellas (orden de autoridad, defensa de terceros, disposición de la ley).

En las Jornadas participaron como expositores los profesores José María Rodríguez Devesa (España), Jorge Frías Caballero (Argentina), Alfonso Reyes Echandía, Luis Carlos Pérez, Luis Enrique Aldana Roza y Antonio José Cancino Moreno, de Colombia.

Bogotá, noviembre de 1978



## SECCION LEGISLATIVA

### A) DISPOSICIONES LEGALES

*LEY 31/1978, de 17 de julio, de modificación del Código penal para tipificar el delito de tortura. ("B. O. del Estado", 20 de julio de 1978.)*

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

Artículo único.—Se introduce en el Código penal un artículo doscientos cuatro 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 uno y cuatro del título ocho y capítulo seis del título doce 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 quinientos ochenta y dos, quinientos ochenta y tres, número uno, y quinientos ochenta y cinco, 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 o 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.

*LEY 33/1978, de 17 de julio, por la que se da nueva redacción a los artículos 273 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 166 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. ("B. O. del Estado", 20 de julio de 1978.)*

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

Artículo primero.—El párrafo tercero del artículo doscientos setenta

y tres de la Ley de Enjuiciamiento Civil quedará redactado en los siguientes términos:

“Cuando el Juez lo estime conveniente podrán hacerse estas citaciones por correo certificado con acuse de recibo, dando fe el Secretario en los autos del contenido del sobre remitido y uniéndose a ellos el acuse de recibo.”

En este supuesto las citaciones se entenderán practicadas en la fecha en que el destinatario haga constar su recepción en el acuse de recibo.

Artículo segundo.—El párrafo primero del artículo ciento sesenta y seis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal quedará redactado del modo siguiente:

“Las notificaciones, citaciones y emplazamientos que se practiquen fuera de los estrados del Juzgado o Tribunal se harán, respectivamente, por un Agente judicial o por un Oficial de Sala. Cuando el Juez o Presidente del Tribunal lo estime conveniente podrán hacerse por correo certificado con acuse de recibo, dando fe el Secretario en los autos del contenido del sobre remitido y uniéndose el acuse de recibo.

Este último procedimiento no será de aplicación para las notificaciones previstas en los artículos ciento sesenta, quinientos uno y quinientos diecisiete.

Las notificaciones, citaciones y emplazamientos por correo se entenderán practicados en la fecha en que el destinatario haga constar su recepción en el acuse de recibo.

Los certificados enviados conforme a lo establecido en los párrafos precedentes gozarán de franquicia postal; su importe no será incluido en la tasación de costas.”

*LEY 45/1978, de 7 de octubre, por la que se modifican los artículos 416 y 343 bis del Código penal. (“B. O. del Estado”, 11 de octubre de 1978.)*

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

Artículo primero.—En el artículo cuatrocientos dieciséis del Código penal se introducen las siguientes modificaciones:

En el párrafo primero se suprime la frase: “...o de evitar la procreación...”, y se eliminan los apartados cuarto y quinto.

Artículo segundo.—El artículo trescientos cuarenta y tres bis del Código penal quedará redactado en la siguiente forma:

“Artículo trescientos cuarenta y tres bis. Los que expendieren medicamentos de cualquier clase o medios anticonceptivos sin cumplir las formalidades legales o reglamentarias serán castigados con las penas de arresto mayor y multa de veinte mil a cien mil pesetas.”

## DISPOSICION ADICIONAL

El Gobierno, en el plazo de un mes, a partir de la publicación de la presente Ley, regulará, mediante Decreto, la expedición de anticonceptivos.

La publicidad de los anticonceptivos se ajustará a las normas generales que regulan aquélla y a las específicas que sean de aplicación en la de éstos.

Para la correspondiente información, el Gobierno creará los oportunos servicios de orientación y planificación familiar.

*LEY 46/1978, de 7 de octubre, por la que se modifican los delitos de estupro y rapto. ("B. O. del Estado", 11 de octubre de 1978.)*

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

Artículo primero.—Uno. Se derogan los artículos cuatrocientos treinta y cuatro, cuatrocientos treinta y cinco, cuatrocientos treinta y seis, cuatrocientos treinta y siete, cuatrocientos cuarenta, cuatrocientos cuarenta y uno, cuatrocientos cuarenta y dos, cuatrocientos cuarenta y tres y cuatrocientos cuarenta y siete del Código penal.

Dos. Los artículos cuatrocientos treinta y cuatro, cuatrocientos treinta y cinco, cuatrocientos treinta y seis, cuatrocientos cuarenta y cuatrocientos cuarenta y tres del Código penal quedarán redactados en la siguiente forma:

“Artículo cuatrocientos treinta y cuatro.—La persona que tuviere acceso carnal con otra mayor de doce años y menor de dieciocho, prevaleciendo de su superioridad, originada por cualquier relación o situación, será castigada, como reo de estupro, con la pena de prisión menor.

La pena se aplicará en su grado máximo cuando el delito se cometiere por ascendiente o hermano del estupro.”

“Artículo cuatrocientos treinta y cinco.—Comete, asimismo, estupro la persona que, interviniendo engaño, tuviere acceso carnal con otra mayor de doce años y menor de dieciséis. En este caso la pena será de arresto mayor.”

“Artículo cuatrocientos treinta y seis.—Se impondrá la pena de multa de veinte mil a doscientas mil pesetas al que cometiere cualquier abuso deshonesto, concurriendo iguales circunstancias que las establecidas en los dos artículos precedentes.”

“Artículo cuatrocientos cuarenta.—El rapto de una persona, ejecutado contra su voluntad y con la finalidad de atentar contra su libertad sexual, será castigado con la pena de prisión mayor.

Si la persona raptada tuviere menos de doce años, se impondrá la misma pena, aunque el rapto fuere con su anuencia.”

“Artículo 443. Para proceder por los delitos de violación, abusos deshonestos, estupro y raptó bastará denuncia de la persona agraviada, o del ascendiente, representante legal o guardador de hecho, por este orden.

Por los menores de dieciséis años podrán denunciar los hechos el Ministerio Fiscal, la Junta de Protección de Menores o cualquier Tribunal Tutelar de Menores.

El Ministerio Fiscal podrá denunciar y el Juez de Instrucción proceder de oficio, en los casos que consideren oportunos, en defensa de la persona agraviada si ésta fuere de todo punto desvalida.

En los delitos mencionados en el párrafo primero de este artículo, el perdón expreso o presunto del ofendido, mayor de dieciocho años, extingue la acción penal o la pena impuesta o en ejecución. El perdón no se presume sino por el matrimonio del ofendido con el ofensor.

El perdón del representante legal o guardador de hecho del menor de dieciocho años o incapaz, en todos los delitos a que se refiere este título, necesitará, oído el Fiscal, ser aprobado por el Tribunal competente. Cuando lo rechazare, a su prudente arbitrio, ordenará que continúe el procedimiento o la ejecución de la pena, representando al menor o incapaz el Ministerio Fiscal.”

Artículo segundo.—El capítulo III del título IX del Libro Segundo del Código penal se denominará “Del estupro”.

*LEY 53/1978, de 4 de diciembre, por la que se modifican los artículos 23, 37, 53, 118, 302, 311, 333, 520 y 522 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y se deroga el artículo 316 de la misma. (“B. O. del Estado”, de 8 de diciembre.)*

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

Artículo uno.—Se derogan los artículos veintitrés, treinta y siete, cincuenta y tres, ciento dieciocho, trescientos dos, trescientos once, trescientos dieciséis, trescientos treinta y tres, quinientos veinte y quinientos veintidós de la Ley de Enjuiciamiento Criminal con el alcance que se expresa en el artículo dos de la presente Ley.

Artículo dos.—Uno. Los artículos veintitrés, treinta y siete, cincuenta y tres, ciento dieciocho, trescientos dos, trescientos once, trescientos treinta y tres, quinientos veinte y quinientos veintidós de la Ley de Enjuiciamiento Criminal quedan redactados así:

“Artículo veintitrés.—Si durante el sumario o en cualquier fase de instrucción de un proceso penal el Ministerio Fiscal o cualquiera de las partes entendieran que el Juez Instructor no tiene competencia para actuar en la causa, podrán reclamar ante el Tribunal superior a quien correspondiera, el cual, previos los informes que estime necesarios, resolverá de plano y sin ulterior recurso.

En todo caso, se cumplirá lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo anterior.”

“Artículo treinta y siete.—El Tribunal requerido acusará inmediatamente recibo y oyendo al Ministerio Fiscal, al acusador particular, si lo hubiere, a los referidos en los artículos ciento dieciocho y quinientos veinte que se hubieren personado y a los que figuren como parte civil, por un plazo que no podrá exceder de veinticuatro horas a cada uno, dictará auto inhiéndo o declarando que no ha lugar a hacerlo.

Contra el auto en que el Tribunal se inhiéiera no se dará otro recurso que el de casación.”

“Artículo cincuenta y tres.—Podrán únicamente recusar en los negocios criminales:

El representante del Ministerio Fiscal.

El acusador particular o los que legalmente representen sus acciones y derechos.

Las personas que se encuentren en la situación de los artículos ciento dieciocho y quinientos veinte.

Los responsables civilmente por delito o falta.”

“Artículo ciento dieciocho.—Toda persona a quien se impute un acto punible podrá ejercitar el derecho de defensa, actuando en el procedimiento, cualquiera que éste sea, desde que se le comunique su existencia, haya sido objeto de detención o de cualquiera otra medida cautelar o se haya acordado su procesamiento, a cuyo efecto se le instruirá de este derecho.

La admisión de denuncia o querella y cualquier actuación procesal de la que resulte la imputación de un delito contra persona o personas determinadas, será puesta inmediatamente en conocimiento de los presuntamente inculcados.

Para ejercitar el derecho concedido en el párrafo primero, las personas interesadas deberán ser representadas por Procurador y defendidas por Letrado, designándoseles de oficio cuando no los hubiesen nombrado por sí mismos y lo solicitaren, y en todo caso, cuando no tuvieran aptitud legal para verificarlo.

Si no hubiesen designado Procurador o Letrado, se les requerirá para que lo verifiquen o se les nombrará de oficio si, requeridos, no los nombrasen, cuando la causa llegue a estado en que se necesite el consejo de aquéllos, o haya de intentar algún recurso que hiciese indispensable su actuación.”

“Artículo trescientos dos.—Las partes personadas podrán tomar conocimiento de las actuaciones e intervenir en todas las diligencias del procedimiento.

Sin embargo, de lo dispuesto en el párrafo anterior, si el delito fuere público, podrá el Juez de Instrucción, a propuesta del Ministerio Fiscal, de cualquiera de las partes personadas o de oficio, declararlo, mediante auto, total o parcialmente secreto para todas las partes personadas, por tiempo no superior a un mes y debiendo alzarse necesariamente el secreto con diez días de antelación a la conclusión del sumario.”

“Artículo trescientos once.—El Juez que instruya el sumario practicará las diligencias que le propusieran el Ministerio Fiscal o cualquiera de las partes personadas, si no las considera inútiles o perjudiciales

Contra el auto denegatorio de las diligencias pedidas podrá interponerse recurso de apelación, que será admitido en un solo efecto para ante la respectiva Audiencia o Tribunal competente.

Cuando el Fiscal no estuviere en la misma localidad que el Juez de Instrucción, en vez de apelar, recurrirá en queja al Tribunal competente, acompañando al efecto testimonio de las diligencias sumariales que conceptúe necesarias, cuyo testimonio deberá facilitarle el Juez de Instrucción y, previo informe del mismo, acordará el Tribunal lo que estime procedente."

"Artículo trescientos treinta y tres.—Cuando al practicarse las diligencias enumeradas en los artículos anteriores hubiese alguna persona declarada procesada como presunta autora del hecho punible, podrá presentarse a ellas, ya sola, ya asistida del defensor que eligiese o le fuese nombrado de oficio si así lo solicitara; uno y otro podrán hacer en el acto las observaciones que estimen pertinentes, las cuales se consignarán por diligencia si no fuesen aceptadas.

Al efecto se pondrá en conocimiento del procesado el acuerdo relativo a la práctica de la diligencia con la anticipación que permita su índole y no se suspenderá por la falta de comparecencia del procesado o de su defensor. Igual derecho asiste a quien se halle privado de libertad en razón de estas diligencias."

"Artículo quinientos veinte.—La detención, lo mismo que la prisión provisional, deben efectuarse de la manera y en la forma que perjudiquen lo menos posible a la persona y a la reputación del inculcado. Todo detenido o preso debe ser informado, desde luego y en términos claros y precisos, de modo que le sean comprensibles, de las causas que han determinado su detención y de los derechos que le asisten. En ningún caso se le podrá compeler a prestar declaración si, invitado a hacerlo, se negare.

Su libertad no debe restringirse sino en los límites absolutamente indispensables para asegurar su persona e impedir las comunicaciones que puedan perjudicar la instrucción de la causa.

Desde el momento en que se practique su detención o se acuerde su prisión, el afectado tiene derecho a designar Abogado y a solicitar su presencia en el lugar de custodia para que asista al interrogatorio, recabe, en su caso, la lectura del presente artículo e intervenga en todo reconocimiento de identidad de que sea objeto.

Si el detenido o preso se niega a declarar, aun en presencia de su Abogado, se consignará tal decisión en las actuaciones. Tanto si hubiera prestado declaración como si se hubiera negado a declarar, podrá entrevistarse después personalmente con el Abogado, siempre que lo desee.

La Autoridad bajo cuya custodia se encuentre el detenido o preso notificará, en su caso, la elección de Letrado al Colegio de Abogados, el cual, si no resulta posible la actuación del designado, proveerá lo necesario para la intervención de un Abogado de oficio en el lugar de custodia.

Asimismo, desde el momento de su privación de libertad, la persona afectada tendrá derecho a que se comunique al familiar o a la persona

que desee el hecho de su detención, el lugar de custodia y la petición de asistencia de Abogado. Cuando se trate de menor de edad o de persona incapaz, la Autoridad bajo cuya custodia esté tendrá la obligación de notificar a la persona indicada las circunstancias antedichas, y si ésta no fuere hallada se dará cuenta inmediata al Ministerio Fiscal. Sin embargo, lo establecido en este párrafo no será de aplicación a los casos en que concurren causas que impliquen un riesgo grave y racional para la seguridad del Estado o de las personas. La aplicación de esta medida requerirá autorización judicial, que será, en todo caso, motivada y se entenderá sin perjuicio de proceder en la forma dispuesta con carácter general en el plazo más breve posible.

Si transcurridas ocho horas desde la notificación realizada al Colegio de Abogados no compareciese en el lugar donde el detenido se encuentra Letrado alguno, podrá procederse a su interrogatorio y a la práctica de cualesquiera otras diligencias urgentes sin perjuicio de lo establecido en el párrafo primero de este artículo.

Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de lo establecido en el capítulo III del título VI del libro segundo de la presente Ley."

"Artículo quinientos veintidós.—Todo detenido o preso puede procurarse a sus expensas las comodidades u ocupaciones compatibles con el objeto de su detención y el régimen del establecimiento en que esté custodiado, siempre que no comprometan su seguridad o la reserva del sumario."

Dos. El artículo trescientos dieciséis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal queda suprimido.

Artículo tres.—Se modifica la denominación del capítulo IV, título VI del libro segundo de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en los siguientes términos: "Del ejercicio del derecho de defensa y de la asistencia de Abogado y del tratamiento de los detenidos y presos."

*LEY 56/1978, de 4 de diciembre, de medidas especiales en relación con los delitos de terrorismo cometidos por grupos armados. ("B. O. del Estado", de 8 de diciembre.)*

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

Artículo primero.—Las disposiciones contenidas en esta Ley serán aplicables a las personas implicadas en los delitos contra la vida, robo con homicidio, mutilaciones y lesiones graves, detención ilegal bajo rescate o cualquier otra condición, detención ilegal con simulación de funciones públicas, depósito de armas o municiones, tenencia de explosivos, estragos, coacciones o amenazas y delitos directamente conexos con los anteriores, siempre que sean cometidos por personas integradas en grupos organizados y armados.

Asimismo se aplicarán a las personas pertenecientes a dichos grupos.

Artículo segundo.—Los detenidos por hallarse implicados en cualquiera de los delitos enumerados en el artículo anterior serán puestos a dis-

posición 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 hasta un plazo máximo de otros siete días, siempre que tal prolongación se ponga en conocimiento del Juez antes de que transcurran las setenta y dos horas de la detención. El Juez, en el término previsto en el artículo cuatrocientos noventa y siete, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denegará o autorizará la prolongación propuesta.

En cualquier caso, el Juez competente deberá tener conocimiento de la detención en los términos que señala el artículo cuatrocientos noventa y seis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y podrá, en todo momento, requerir información y conocer personalmente la situación del detenido, pudiendo, en su caso, revocar la autorización de prolongación de la detención.

La autoridad que haya decretado la detención o prisión podrá ordenar la incomunicación por el tiempo que estime necesario mientras se completan las diligencias o la instrucción sumarial, sin perjuicio del derecho de defensa que asiste al detenido o preso.

Artículo tercero.—A los efectos prevenidos en el artículo quinientos cincuenta y tres de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, los delitos comprendidos en esta Ley se considerarán siempre flagrantes.

El Ministro del Interior comunicará inmediatamente al Juez competente el registro efectuado, las causas que lo motivaron y los resultados obtenidos del mismo.

Artículo cuarto.—El Ministro del Interior podrá ordenar, por un plazo de tres meses, prorrogables por iguales períodos, la observación postal, telegráfica y telefónica para aquellas personas de las que se estime racionalmente puedan estar relacionadas o integradas en los grupos organizados a que se refiere el artículo primero de esta Ley. Al tiempo de ejercitar esta facultad, comunicará, por escrito, tal decisión al Juez competente, fundando la adopción de la medida; la autoridad judicial, en las diligencias que al efecto incoe y también con expresión de los motivos, deberá confirmar o revocar total o parcialmente lo acordado por el Ministro del Interior en un plazo máximo de setenta y dos horas desde que reciba la comunicación.

La autoridad judicial podrá revocar total o parcialmente, en cualquier momento, la autorización concedida. En el supuesto de revocación, deberá ejecutarse inmediatamente la resolución.

La sucesiva o sucesivas prórrogas en la observación se someterán a los trámites previstos en el párrafo anterior.

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

La tramitación de las causas a que se refiere esta Ley 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 procedimien-

to ordinario, desde la presentación del último escrito de calificación hasta la vista no transcurrirán más de tres meses.

Artículo sexto.—El Gobierno informará, al menos cada tres meses o antes si así lo solicitan dos Grupos Parlamentarios del Congreso o del Senado, del uso que se hace y del resultado obtenido por la aplicación de las medidas reguladas en esta Ley a una Comisión parlamentaria de carácter informativo, cuyas reuniones serán siempre secretas, y de la que formarán parte Diputados y Senadores de las Comisiones de Justicia e Interior, estando en ella representados todos los Grupos Parlamentarios.

Artículo séptimo.—Sin perjuicio de lo establecido en el artículo anterior, las facultades que se atribuyen en esta Ley a la autoridad gubernativa serán ejercitadas exclusivamente por el Ministro del Interior.

#### DISPOSICION TRANSITORIA

A la tramitación de las causas a que se refiere la presente Ley, iniciadas con anterioridad a la vigencia de la misma, será de aplicación lo dispuesto en el artículo quinto.

#### DISPOSICIONES FINALES

Primera.—La presente Ley tendrá vigencia durante un año, a contar desde su promulgación.

Segunda.—Esta Ley entrará en vigor el día de su publicación en el "Boletín Oficial del Estado".

Tercera.—Quedan derogados el Real Decreto-Ley veintiuno/mil novecientos setenta y ocho, de treinta de junio, y cuantas normales legales se opongan a lo dispuesto en esta Ley.

*REAL DECRETO 3.033/1978, de 15 de diciembre, por el que se desarrolla la Ley 45/1978, de 7 de octubre, por la que se modifican los artículos 416 y 343 bis del Código Penal. ("B. O. del Estado", de 25 de diciembre.)*

La Ley cuarenta y cinco/mil novecientos setenta y ocho, de siete de octubre, por la que se modifican los artículos cuatrocientos dieciséis y trescientos cuarenta y tres bis del Código Penal, establece en su disposición adicional que el Gobierno regulará la expedición de anticonceptivos.

Dada la diversa naturaleza de los preparados o medios anticonceptivos, así como la diversificación de su empleo o aplicación y los posibles efectos que sobre la salud pueden producir, se precisa establecer determinadas distinciones en su expedición, garantizando, en todo caso, el control sanitario sobre los mismos. Por otro lado, y según aquella naturaleza o sistema de uso, se determina la debida adecuación de tales

preparados o medios a las normas sanitarias específicas de publicidad.

En su virtud, a propuesta del Ministerio de Sanidad y Seguridad Social y previa deliberación del Consejo de Ministros en su reunión del día quince de diciembre de mil novecientos setenta y ocho,

#### DISPONGO :

Artículo primero.—La expedición de preparados o medios anticonceptivos se considerará sanitariamente reglamentaria si se cumplen, según su naturaleza, las normas de registro, fabricación, prescripción, dispensación, venta y publicidad que se determinan en este Real Decreto o que se dicten para su aplicación y desarrollo.

Artículo segundo.—Uno. Los preparados o medios anticonceptivos se clasificarán en los siguientes grupos:

a) Aquellos en cuya composición entran sustancias o principios activos químicos, anovulatorios o espermaticidas.

Tendrán, a todos los efectos, la consideración de especialidades farmacéuticas. Su autorización, registro, elaboración, distribución, prescripción y dispensación, así como la de los correspondientes establecimientos o entidades, se regularán y regirán por las normas contenidas en el Decreto dos mil cuatrocientos sesenta y cuatro/mil novecientos sesenta y tres, de diez de agosto, y demás disposiciones que lo modifican, desarrollan o complementan.

La dispensación a través de las Oficinas de Farmacia se efectuará de acuerdo con las normas de prescripción y dispensación establecidas en la Orden Ministerial de once de mayo de mil novecientos setenta y siete.

b) Los medios mecánicos que actúan y se aplican como aisladores intrauterinos o cualquier dispositivo intrauterino.

Tendrán la consideración de implantes y les serán de aplicación en su registro, autorización, venta, control e inspección, así como a las Empresas de fabricación e importación, las normas contenidas en el Real Decreto novecientos ocho/mil novecientos setenta y ocho, de catorce de abril, y las específicas de la Orden ministerial de veintiuno de julio de mil novecientos setenta y ocho, sobre implantes clínicos, terapéuticos o de corrección.

c) Los demás medios no incluíbles en los apartados anteriores.

Estarán sometidos a control e inspección sanitarios por los servicios farmacéuticos del Ministerio de Sanidad y Seguridad Social. Su expedición, venta o dispensación podrá efectuarse en las Oficinas de Farmacia y en otros establecimientos o lugares que determine o autorice la Dirección General de Ordenación Farmacéutica.

Dos. La Dirección General de Ordenación Farmacéutica, previos los informes y asesoramientos que precise, resolverá los casos de duda o interpretación sobre la inclusión de los preparados o medios anticonceptivos en los grupos anteriormente indicados.

Artículo tercero.—La publicidad de los anticonceptivos se ajustará a las normas generales que regulan aquélla y, además, a las siguientes normas específicas:

a) A lo establecido en el Real Decreto tres mil cuatrocientos cincuenta y uno/mil novecientos setenta y siete, de uno de diciembre, en los supuestos del artículo segundo, a), de este Real Decreto.

b) A lo establecido en el Real Decreto dos mil ochocientos veintisiete/mil novecientos setenta y siete, de seis de octubre, cuando se trate de los demás medios anticonceptivos o de actividades médico-sanitarias relacionadas con las materias objeto del presente Real Decreto.

### DISPOSICIONES FINALES

Primera.—La Comisión Central de Visado de la Publicidad Médico-Sanitaria a que se refiere el Real Decreto dos mil ochocientos veintisiete/mil novecientos setenta y siete, de seis de octubre, propondrá al Ministerio de Sanidad y Seguridad Social las normas para la mejor aplicación de lo establecido en el artículo tercero.

Segunda.—Se faculta al Ministerio de Sanidad y seguridad Social para dictar las normas necesarias para el desarrollo y aplicación del presente Real Decreto.

*REAL DECRETO-LEY 45/1978, de 21 de diciembre, por el que se reforma el Código de Justicia Militar, la Ley Penal y Procesal de la Navegación Aérea y la Ley Penal y Disciplinaria de la Marina Mercante. («B. O. E.» de 23 de diciembre de 1978.)*

El artículo quince de la Constitución declara abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las Leyes penales militares para tiempos de guerra; y a tenor de su disposición derogatoria, quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en la Constitución.

En consecuencia, resulta necesario reformar los artículos del Código de Justicia Militar, de la Ley Penal y Procesal de la Navegación Aérea y de la Ley Penal y Disciplinaria de la Marina Mercante que se hallan afectados por dichos preceptos constitucionales.

La necesidad de rango de Ley y razones de evidente urgencia aconsejan la adopción de Decreto-ley, para evitar el vacío y la inseguridad jurídica en que quedarían preceptos de tan extraordinaria importancia.

En su virtud, y previa deliberación del Consejo de Ministros en su reunión del día quince de diciembre de mil novecientos setenta y ocho, en uso de la autorización conferida por el artículo trece de la Ley Constitutiva de las Cortes Españolas, texto refundido aprobado por Real Decreto de veinte de abril de mil novecientos setenta y siete, y oída la Comisión 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,

## D I S P O N G O :

Artículo primero.—Los artículos del Código de Justicia Militar en que se establece como única pena la de muerte, se modifican en el sentido de que, salvo en tiempos de guerra, queda sustituida dicha pena por la de treinta años de reclusión.

Artículo segundo.—Los artículos del Código de Justicia Militar, de la Ley Penal y Procesal de la Navegación Aérea y de la Ley Penal y Disciplinaria de la Marina Mercante en los que se señala pena compuesta por la de muerte y otra u otras de privación de libertad, quedan modificados en el sentido de que la pena máxima a imponer, salvo en tiempos de guerra, es la de treinta años de reclusión.

## DISPOSICION FINAL

El presente Real Decreto-Ley entrará en vigor el mismo día que la Constitución, y del mismo se dará cuenta inmediata a las Cortes.

*LEY 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona.* ("Boletín Oficial del Estado" de 3 de enero de 1979.)

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

Artículo primero.—Uno. El ejercicio de los derechos fundamentales de la persona, comprendidos en el ámbito de aplicación de esta Ley, gozará de las garantías jurisdiccionales que en la misma se establecen.

Dos. Quedan comprendidas en el ámbito de aplicación de esta Ley, sin perjuicio de lo establecido en su disposición final, las libertades de expresión, reunión y asociación, la libertad y secreto de la correspondencia, la libertad religiosa y la de residencia, la garantía de la inviolabilidad del domicilio, la protección jurídica frente a las detenciones ilegales y, en general, frente a las sanciones impuestas en materia de orden público.

## SECCION PRIMERA

*Garantía jurisdiccional penal*

Artículo segundo.—Uno. Los delitos y faltas contra los derechos fundamentales de la persona, comprendidos en el ámbito de aplicación de esta Ley serán enjuiciados por los Juzgados y Tribunales de la jurisdicción ordinaria, según su propia competencia.

Dos. Para el enjuiciamiento de estos delitos y faltas se observarán

las normas de procedimiento correspondientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Tres. Cuando el conocimiento y fallo corresponde a la Audiencia Provincial, el trámite utilizado será el que dispone el capítulo III del título III del libro IV de dicha Ley de Enjuiciamiento Criminal con las siguientes modificaciones:

Primera.—Los artículos de previo pronunciamiento se propondrá en el escrito de calificación provisional y serán resueltos en la sentencia definitiva.

Segunda.—El plazo para instrucción y calificación que concede el artículo setecientos noventa y siete de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se entenderá común, y de cinco días, para todas las partes acusadoras, y también común, y de la misma duración, para las partes acusadas.

Artículo tercero.—Uno. Para el enjuiciamiento de los delitos cometidos a través de la imprenta, el grabado u otros medios mecánicos de publicación, sonoros o fotográficos, difundidos por escrito, radio, televisión, cinematógrafo u otros similares, se seguirán los trámites señalados en el título V del libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con las modificaciones señaladas en el párrafo tres del artículo anterior.

Dos. Los Jueces, al iniciar el procedimiento, podrán acordar, según los casos, el secuestro de la publicación o la prohibición de difundir o proyectar el medio a través del cual se produjo la actividad delictiva. Contra dicha resolución podrá interponerse directamente recurso de apelación, que deberá ser resuelto en el plazo de cinco días.

Artículo cuarto.—Uno. Cuando los delitos a que se refiere el artículo anterior sean los de calumnia o injuria, previstos y penados en los capítulos primero y segundo del título X del libro II del Código Penal, en los supuestos a que se refiere el artículo cuatrocientos sesenta y tres del mismo texto, bastará denuncia de la persona agraviada o, en su caso, de su representante legal, sin necesidad de acto de conciliación.

Dos. El perdón del ofendido o, en su caso, del representante legal, extingue la acción legal o la pena impuesta o en ejecución.

Tres. Lo establecido en el párrafo anterior se aplicará también a las injurias livianas a que se refiere el número uno del artículo quinientos ochenta y seis del Código Penal.

Cuatro. Las ofensas dirigidas a la Autoridad pública, Corporaciones o clases determinadas del Estado y lo dispuesto en el capítulo VIII del título II del libro II del Código Penal no sufrirán alteración en su actual sistema de persecución como delitos públicos.

Cinco. La indemnización por perjuicios materiales y morales será fijada en la sentencia expresamente. Los Tribunales tendrán en cuenta el agravio producido y el medio a través del cual se cometiera el delito o falta, así como la difusión del mismo.

Artículo quinto.—Uno. La tramitación de las causas a que se refieren los artículos anteriores tendrá carácter urgente y preferente, y su duración, desde la iniciación del procedimiento hasta la sentencia, no podrá exceder de sesenta días en las del artículo segundo ni de cuarenta y cinco en las del artículo tercero.

## SECCION SEGUNDA

*Garantía contencioso-administrativa*

Artículo sexto.—Uno. Contra los actos de la Administración pública, sujetos a Derecho administrativo, que afecten al ejercicio de los derechos fundamentales de la persona, mencionados en el artículo primero, dos, de esta Ley, podrá interponerse recurso contencioso-administrativo de conformidad con las reglas de procedimiento establecidas en la presente sección y, a falta de previsión especial, de acuerdo con las reglas generales de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, cuya aplicación será supletoria.

Artículo séptimo.—Uno. Para la interposición de estos recursos no será necesaria la reposición ni la utilización de cualquier otro recurso previo administrativo.

Dos. En el mismo escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo, o en cualquier momento posterior, podrá solicitarse la suspensión de la efectividad del acto administrativo impugnado.

Tres. De esta solicitud, y es pieza separada, se dará traslado al Ministerio Fiscal y al Abogado del Estado, y se requerirá al órgano del que dimana el acto impugnado para que en el plazo de cinco días puedan informar acerca de la solicitud de suspensión.

Cuatro. Deducidos los dictámenes e informes a que se refiere el párrafo anterior o transcurrido el plazo concedido al efecto, la Sala acordará la suspensión del cumplimiento del acto impugnado, salvo que se justifique la existencia o posibilidad de perjuicio grave para el interés general, suspensión que podrá concederse con o sin afianzamiento de los perjuicios de cualquiera otra naturaleza que pudiera derivarse.

Cinco. La interposición del recurso contencioso-administrativo suspenderá, en todo caso, la resolución administrativa cuando se trate de sanciones pecuniarias reguladas por la Ley de Orden Público, sin necesidad de afianzamiento o depósito alguno ni de los dictámenes a que se refiere el apartado anterior.

Seis. En el caso de prohibición o de propuesta de modificación de reuniones previstas en la Ley Reguladora del Derecho de Reunión que no fueren aceptadas por los promotores, éstos podrán interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia competente, poniendo, al mismo tiempo, en conocimiento de la autoridad tal interposición para que ésta remita inmediatamente el expediente a la Audiencia. Dentro del plazo improrrogable de cinco días, el Tribunal, poniendo de manifiesto el expediente, convocará al Abogado del Estado, al Ministerio Fiscal y a los promotores o a la persona que éstos designen como su representante, a una audiencia en la que, de manera contradictoria, oír a todos los personados y resolverá sin ulterior recurso sobre el mantenimiento o revocación de la prohibición o de las modificaciones propuestas.

Artículo octavo.—Uno. El recurso contencioso-administrativo se interpondrá dentro de los diez días siguientes a la notificación del acto

impugnado, si fuere expreso. En caso de silencio administrativo, el plazo anterior se computará una vez transcurridos veinte días desde la solicitud del interesado ante la Administración, sin necesidad de denunciar la mora.

Dos. En el mismo día de la presentación o en el siguiente, la Sala requerirá, por vía telegráfica y con carácter urgente, al órgano administrativo correspondiente para que en el plazo de cinco días, a contar desde la recepción del requerimiento, remita el expediente y pueda alegar lo que estime procedente como fundamento del acto impugnado, con apercibimiento de cuanto establece el apartado cuatro del artículo diez de esta Ley.

La resolución administrativa que ordene la remisión del expediente se notificará de inmediato a todos los interesados en el mismo, emplazándoles para que puedan comparecer ante la Sala en el plazo de cinco días.

Tres. La falta de envío del expediente administrativo dentro del plazo previsto en el párrafo anterior no suspenderá el curso de los autos. Tampoco lo suspenderá la falta de alegaciones por parte de la Administración.

Cuatro. Recibido el expediente o transcurrido el plazo para su remisión y, en su caso, el del emplazamiento a los demás interesados, la Sala, dentro del siguiente día, pondrá de manifiesto el expediente y demás actuaciones al recurrente para que en el plazo improrrogable de ocho días pueda formalizar la demanda y aportar la documentación que estime conveniente. Acto seguido se dará traslado al Ministerio Fiscal, al Abogado del Estado y a quienes se hubieren personado, para que en el plazo común e improrrogable de ocho días efectúen, en su caso, las alegaciones que estimen pertinentes. A los escritos de contestación a la demanda podrá acompañarse la documentación que se considere oportuna.

Cinco. Cuando el expediente administrativo se recibiese en el Tribunal una vez transcurrido el plazo establecido en el apartado dos de este artículo, se pondrá de manifiesto a las partes por término de veinticuatro horas y sin alteración del curso del procedimiento.

Seis. Transcurrido el plazo señalado en el apartado cuatro anterior, con o sin alegaciones, la Sala decidirá en el siguiente día sobre el recibimiento a prueba en su caso. El período probatorio no será superior a veinte días, comunes para la proposición y práctica, a prudente arbitrio de la Sala, sin que en ningún supuesto sea procedente el término extraordinario.

Siete. Concluidas las actuaciones, la Sala, sin más trámites, pero con citación de las partes, dictará sentencia en el plazo de tres días.

Artículo noveno.—Uno. Contra la sentencia podrá interponerse, en su caso, recurso de apelación, en un solo efecto, ante el Tribunal Supremo.

Dos. La apelación se preparará mediante escrito razonado ante la Sala sentenciadora, dentro del plazo de cinco días común a todas las partes personadas.

Tres. Admitido el recurso, en su caso, se remitirán las actuaciones a la Sala del Tribunal Supremo que corresponda, con emplazamiento a las

partes por cinco días para que puedan personarse si lo consideran oportuno.

Cuatro. Si dentro del término del emplazamiento no compareciere el apelante, se declarará desierto el recurso, imponiéndole las costas.

Cinco. Compareciendo el apelante y transcurrido el término de los emplazamientos, la Sala dictará sentencia en el plazo de cinco días.

Artículo diez.—Uno. La tramitación de estos recursos tendrá carácter urgente a todos los efectos orgánicos y procesales.

Dos. La puesta de manifiesto de las actuaciones se sustituirá, cuando sea posible, por la entrega de fotocopia de las mismas, debidamente cotejada.

Tres. Las costas se impondrán al recurrente o a la Administración pública si fueren rechazadas o aceptadas, respectivamente, todas sus pretensiones. En otro caso se seguirán las reglas comunes.

Cuatro. Si la Administración que hubiese dictado el acto impugnado no remitirá el expediente dentro del plazo señalado en el apartado dos del artículo octavo, se reducirá sin más trámites ni recordatorio alguno el oportuno testimonio de particulares para exigir la responsabilidad personal y directa por desobediencia en que hubiera podido incurrir el Jefe de la dependencia en la que obrare el expediente y cualquier otra persona responsable de la demora, imponiéndole en todo caso a aquél multa de cinco mil pesetas.

## SECCION TERCERA

### *Garantía jurisdiccional civil*

Artículo once.—Uno. Las reclamaciones por vulneración o desconocimiento de los derechos fundamentales de la persona, comprendidos en el ámbito de esta Ley, o para impugnar pretensiones relativas a los mismos, no comprendidas en los artículos segundo y sexto de la misma, se formularán ante los Juzgados de Primera Instancia correspondientes a la localidad donde se haya producido el hecho o donde radique el registro u oficina en que deban manifestarse.

Dos. Las disposiciones de esta sección serán aplicables en todo caso cuando las Leyes reguladoras de los derechos fundamentales de la persona a que se refiere esta Ley establezcan alguna reclamación de orden civil.

Artículo doce.—Uno. Están legitimados para actuar como demandantes el Ministerio Fiscal y las personas naturales o jurídicas titulares de un derecho subjetivo que les faculte para obtener la declaración judicial pretendida.

Dos. Podrá intervenir en el proceso, como parte coadyuvante del demandante o del demandado, cualquier persona natural o jurídica que tuviere interés directo en el asunto.

Tres. El Ministerio Fiscal siempre será parte de estos procedimientos.

Artículo trece.—Uno. El procedimiento será el establecido para los incidentes en la Ley de Enjuiciamiento Civil, con las siguientes especialidades:

Primera.—El plazo de contestación a la demanda será común para todos los demandados e intervinientes.

Segunda.—No cabrá el plazo extraordinario de prueba.

Tercera.—La vista, en caso de solicitarse, habrá de celebrarse antes de los siete días siguientes al de formulación de la petición.

Artículo catorce.—Uno. La sentencia que recaiga será apelable en ambos efectos.

Dos. Podrán interponer el recurso quienes conforme al artículo doce se hallen legitimados para actuar como demandantes o demandados.

Tres. Los coadyuvantes no podrán recurrir con independencia de las partes principales.

Artículo quince.—Uno. Las apelaciones se sustanciarán por los trámites establecidos en la sección tercera del título VI del libro II de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con las siguientes modificaciones.

Primera.—El plazo de pruebas, en su caso, será de diez días.

Segunda.—La vista tendrá lugar dentro de los siete días siguientes a la conclusión del plazo concedido al ponente para instrucción.

Tercera.—Entre la citación y la vista se pondrán los autos de manifiesto a las partes en la Secretaría, para que puedan instruirse de ellos.

Dos. Contra la sentencia dictada en apelación podrá interponerse recurso de casación o, en su caso, de revisión.

## DISPOSICION FINAL

Dentro de los dos meses desde la entrada en vigor de la Constitución, y entre tanto se regula definitivamente el procedimiento jurisdiccional de amparo o tutela de los derechos reconocidos en la misma, el Gobierno, por Decreto legislativo, previa audiencia del Consejo de Estado, podrá incorporar al ámbito de protección de esta Ley los nuevos derechos constitucionalmente declarados que sean susceptibles de ella.

## DISPOSICION DEROGATORIA

Se derogan los incisos B), C), D) y E) del apartado dos del artículo sesenta y cuatro de la vigente Ley de Prensa; el Real Decreto-Ley veinticuatro/mil novecientos setenta y siete, de uno de abril, y el Real Decreto mil cuarenta y ocho/mil novecientos setenta y siete, de trece de mayo, y cualesquiera otras disposiciones que se opongan a lo prevenido en esta Ley.

## DISPOSICION TRANSITORIA

Uno. Las causas que se encuentren en trámite, por acciones u omisiones comprendidas en el ámbito de aplicación de la presente Ley, se acomodarán a las prescripciones de ésta, cualquiera que fuera su estado,

incluso en el supuesto de que hubiere recaído sentencia siempre que ésta no fuera firme.

Dos. Los Juzgados, Tribunales y autoridades de cualesquiera orden y jurisdicción distintas de las que componen la jurisdicción ordinaria, que estuvieren conociendo de actuaciones comprendidas en el ámbito de aplicación de la presente Ley, se inhibirán inmediatamente a favor de aquéllas. El Fiscal del Tribunal Supremo acordará lo conducente al cumplimiento de estas normas.

*LEY 77/1978; de 26 de diciembre, de modificación de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social y de su Reglamento.*  
(“B. O. del Estado” de 11 de enero de 1979.)

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

Artículo primero.—Uno. Se derogan, quedando en blanco, los siguientes preceptos de la Ley dieciséis/mil novecientos setenta, de cuatro de agosto, sobre Peligrosidad y Rehabilitación Social:

- a) Los supuestos dos, tres, trece, catorce y quince del artículo segundo;
- b) El artículo tercero y la medida de seguridad y rehabilitación social tercera del artículo quinto; y
- c) El último párrafo del apartado dos y los apartados nueve, diez, once y doce, todos del artículo sexto.

Dos. Se suprime la mención del artículo tercero que figura en los artículos primero, trece y en el apartado a) del artículo veintiuno.

Tres. Se suprimen:

- a) La referencia a “rufianes y proxenetas” y a establecimiento de “custodia” en el número dos del artículo sexto;
- b) La frase “a los comprendidos en el número tres y” que encabeza el número tres del mismo artículo sexto;
- c) La frase final “o cuando se considere que cesado el estado peligroso” que figura en el párrafo uno del artículo veintiséis;
- d) La expresión “o en establecimiento de preservación” que aparece en el apartado b) del artículo treinta y cinco.

Artículo segundo.—Se modifican el supuesto nueve del artículo segundo y el artículo cuarto de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social, que quedarán redactados en la forma siguiente:

Supuesto nueve del artículo segundo: “Los que con notorio menosprecio de las normas de la convivencia social se comportaren de un modo insolente, brutal o cínico, con perjuicio para la comunidad o daño de los animales, las plantas o las cosas”.

Artículo cuarto: “También podrán ser declarados en estado peligroso y sometidos a las correspondientes medidas de seguridad y rehabilita-

ción social los condenados por tres o más delitos en quienes, por las demás circunstancias que en ellos concurren, se aprecie habitualidad criminal”.

Artículo tercero.—Las medidas de seguridad a que se refieren los números uno, dos, cuatro y cinco del artículo quinto se cumplirán en establecimientos adecuados a la personalidad del sujeto peligroso. Estos establecimientos se organizarán y mantendrán con absoluta separación de los demás penitenciarios.

#### DISPOSICION TRANSITORIA

Los procedimientos derivados de los supuestos del artículo segundo y del artículo tercero, derogados por la presente Ley, que se hallaren en trámite de declaración del estado de peligroso, de ejecución de las correspondientes medidas de seguridad y rehabilitación social, o de revisión, se cancelarán con carácter definitivo, cesando las medidas de internamiento preventivo y las de seguridad que se hubieren impuesto y se adoptarán respecto a los enfermos y deficientes mentales las que fueren procedentes, de conformidad con las disposiciones vigentes en materia de asistencia psiquiátrica.

#### DISPOSICIONES FINALES

Primera.—El Gobierno, a propuesta del ministro de Justicia, introducirá en el Reglamento de la Ley sobre Peligrosidad y Rehabilitación Social las modificaciones y supresiones necesarias para la ejecución de la presente Ley.

Segunda.—Por el Ministerio de Justicia se adoptarán, igualmente, las medidas necesarias para la ejecución de esta Ley.

*LEY 81/1978, de 28 de diciembre, de modificación del Código Penal en materia de reincidencia y reiteración. (“B. O. del Estado, de 12 de enero de 1979.)*

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

##### *Artículo primero.*

Uno. Se deroga la actual redacción de la circunstancia quince del artículo diez del Código Penal.

Dos. La circunstancia quince del artículo diez del Código Penal quedará redactada en los siguientes términos:

“Quince. Ser reincidente. Hay reincidencia cuando al delinquir el culpable hubiere sido ejecutoriamente condenado por otro u otros delitos comprendidos en el mismo título de este Código. 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 hubiere apreciado ya la circunstancia de reincidencia”.

Tres. Se adiciona a los números catorce y quince del artículo diez del Código Penal un párrafo redactado en los siguientes términos:

“En los casos en que se hubiere producido cancelación de la inscripción de los antecedentes en el Registro Central de Penados y Rebeldes, no serán considerados los mismos a los efectos de la apreciación de esta agravante cuando al tiempo de la comisión del delito enjuiciado hubiera transcurrido un tiempo doble del previsto, para cada caso, por el artículo ciento dieciocho, párrafo tres, de este Código, computado desde la fecha señalada en el mismo y, como máximo, el plazo de diez años.”

*Artículo segundo.*

Uno. 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”.

Dos. Queda derogado el número tres del artículo quinientos dieciséis del Código Penal y se suprime el inciso final del último párrafo de dicho artículo, que dice: “Salvo en el supuesto del número tres de este artículo”.

*Artículo tercero.*

La presente ley entrará en vigor el día siguiente de su publicación en el “Boletín Oficial del Estado”.

## DISPOSICION FINAL

De conformidad con lo dispuesto en el artículo veinticuatro del Código Penal, los Tribunales revisarán de oficio las sentencias en las que se haya apreciado la circunstancia agravante de reiteración o de reincidencia en cuanto resulten afectados por las modificaciones introducidas por esta ley y siempre que las sentencias estén aún en fase de cumplimiento de la pena privativa de libertad.

*LEY 82/1978, de 28 de diciembre, de modificación del Código Penal en materia de terrorismo. (“B. O. del Estado”, de 12 de enero de 1979.)*

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

*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.”

La rúbrica del capítulo V, título IV, del libro II del propio Código quedará redactada en los siguientes términos: "De la omisión del deber de impedir determinados delitos o de ponerlos en conocimiento de la autoridad."

*Artículo segundo.*

La circunstancia segunda del número tres 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 y estragós."

*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 que puedan producir el mismo efecto 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, y con propósito delictivo, 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, con propósito delictivo determinará la declaración judicial de ilicitud y su consiguiente disolución."

*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 será castigado con la pena de arresto mayor o multa de veinte mil a doscientas mil pesetas, o con ambas penas."

El que se astuviese de poner en conocimiento de la autoridad —o de sus agentes, en el plazo más breve posible—, los hechos delictivos a que se refiere el párrafo anterior, será castigado con las penas previstas en él.

*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 menor en su grado medio, sin perjuicio de las demás responsabilidades en que incurriese 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 hubieren 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 o acondicionare lugares con el propósito de cometer el delito a que se refiere el artículo cuatrocientos ochenta será castigado con la pena de prisión menor.

Igualmente será castigado con la pena de prisión menor el que construyere o acondicionare lugares con el propósito de proporcionarlos a otros para la comisión del delito a que se refiere el artículo cuatrocientos ochenta.

El que por cualquier título tuviere a su disposición los lugares a que se refieren los párrafos anteriores, si no lo pusiere en conocimiento de las autoridades en el término más breve posible desde el momento de su adquisición, será castigado con la pena de arresto mayor."

*Artículo diez.*

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, se impondrá la pena superior en su grado."

*Artículo once.*

Se suprime en el artículo quinientos uno, número dos, el inciso último, donde se hace referencia a que "el robado fuere detenido bajo rescate o por más de un día, o cuando se intentare el secuestro de alguna persona."

*Artículo doce.*

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, explosivos, 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 seme-

jante a los expresados. Los Tribunales, teniendo en cuenta las circunstancias que concurran en el culpable en el hecho y en la gravedad de éste, podrán rebajar en uno o dos grados la pena a que se refiere el párrafo anterior, que podrá imponerse en su grado máximo o en la superior en grado, si se hubiere producido una situación de grave peligro para la vida o la integridad corporal de las personas.”

*Artículo trece.*

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 personas integradas en grupos organizados y armados.”

#### DISPOSICION DEROGATORIA

Quedan derogados los artículos doscientos sesenta, doscientos sesenta y uno y doscientos sesenta y dos del Código Penal, así como los artículos primero, segundo y tercero del anexo al Código Penal añadido por el Real Decreto-ley tres/mil novecientos setenta y siete, de cuatro de enero.

## **B) PROYECTOS DE LEY**

### **PROYECTO DE LEY SOBRE REGIMEN DE CONTROL DE CAMBIOS**

El texto refundido del Plan de Desarrollo Económico y Social aprobado por Decreto 1.541/72, de 15 de junio, dispuso en su artículo 59 la revisión de la legislación de Delitos Monetarios para su adaptación a las nuevas circunstancias creadas por la liberalización de transacciones y pagos con el exterior. A lo largo del trabajo de revisión se ha producido una importante evolución de la situación política española, de manera que la labor revisora que posiblemente hubiera dado lugar a la promulgación de un Decreto legislativo ha culminado, por el contrario, y tras los trabajos preparatorios realizados por los Ministerios de Justicia, Hacienda y Comercio, en el seno de un grupo de trabajo de la Comisión General de Codificación, en la elaboración de la presente Ley, entendiéndose que el rango de ley formal es el adecuado para la entidad penal y procesal de su contenido normativo.

I. La presente Ley responde, por tanto, a la necesidad de revisar la legislación actualmente vigente en esta materia cuya norma básica es la Ley Penal y Procesal de Delitos Monetarios de 24 de noviembre de 1938. Con independencia de los caracteres negativos de esta Ley, que responden a la época y circunstancias en que se dictó, no cabe duda de que

en el transcurso de los cuarenta años de vigencia de la Ley de 24 de noviembre de 1938, el sistema de control de cambios que la misma implantó, se ha visto notablemente modificado. Aunque la flexibilidad que establecía la Ley de 1938 en materia de autorizaciones administrativas hizo posible que el control de cambios siguiese funcionando aun en épocas de una más amplia libertad de intercambio, sin embargo los principales preceptos de la Ley constituyen un sistema, desde el punto de vista penal y procesal, difícilmente admisible en la actualidad, utilizando incluso una terminología totalmente superada.

La presente Ley intenta, en primer lugar, corregir los defectos antes apuntados. Pero también supone un esfuerzo por dar entrada en la legislación española a un sistema ordenado de normas que, respetando el principio de jerarquía, faculte la intervención administrativa en materia de control de cambios sin perjuicio de la eficacia de la misma y con respeto de los derechos de los particulares.

II. El punto de partida y fin último de la Ley es trazar el adecuado marco jurídico de la acción del Estado y la Administración en el control de las transacciones, pagos y cobros exteriores, al servicio de los intereses nacionales, estableciendo al tiempo y como salvaguarda de aquel fin un sistema punitivo de las conductas socialmente insolidarias en este ámbito, que sin perjuicio del imprescindible rigor legal y eficacia administrativa se equilibre con la garantía de la seguridad jurídica del ciudadano.

Este postulado de la defensa de la economía nacional se desarrolla en los siguientes principios generales de la Ley:

1.º La Ley configura el marco de la actuación administrativa en materia de control de cambios. A diferencia de la vigente Ley de Delitos Monetarios de 24 de noviembre de 1938, cuyo contenido se limitaba al estrictamente prohibitivo, por la vía de una tipificación penal general, la Ley de Control de Cambios incluye un vasto contenido que, junto a la determinación y punición del ilícito, la configura como norma esencial de las relaciones económicas, comerciales y financieras, de España con el exterior, en la que se base la intervención administrativa.

2.º A la actuación administrativa de control general, sea por medio de la prohibición, del sometimiento a declaración o verificación de los actos y negocios, debe acompañar un cuadro de las posibles conductas ilícitas y sus correspondientes sanciones.

No debe olvidarse que tras las crisis sufridas por algunas de las monedas más fuertes de los países occidentales han alcanzado amplia difusión las medidas restrictivas de las evasiones de capitales. Se precisa, pues, una ley que no deje nuestro signo monetario inerte frente a poderosos intereses y organizaciones específicamente creados para actuar ilícitamente en los mercados de capitales.

Por tal motivo, y dada la gravedad de los efectos que el incumplimiento de las normas de control de cambios puede ocasional a la economía nacional, es preciso que las infracciones, o al menos las de mayor entidad, se configuren como delitos. Por otra parte, se mantiene un sector de las infracciones como infracciones administrativas, consiguiéndose, de

acuerdo con la opinión generalizada frente a la indistinción de la Ley de 24 de noviembre de 1938, una mayor flexibilidad en la consideración del ilícito, descargando por otra parte a los órganos judiciales de los asuntos de menor entidad.

De acuerdo con una sugerencia formulada por la Sección de la Comisión General de Codificación, en el procedimiento sancionador de las infracciones administrativas, se da entrada a la figura de la solución conciliadora u oblación, ya admitida en nuestro Derecho en algunas infracciones administrativas y que está consagrada en ciertos países del área europea. Esta posibilidad representará gran economía procesal y rapidez en la reparación del hecho, y, configurada con las garantías con que se presenta en la ley, no merma en absoluto el respeto de los derechos de los particulares ni de los intereses públicos.

3.º Aunque en todo caso la existencia de las infracciones se produce por el no sometimiento a una actuación de control administrativo que legitime una determinada conducta, el principio de legalidad penal ha obligado a formular una tipificación precisa de los delitos. Su propia entidad y la penalidad prevista para sancionarlos, que puede llegar a la imposición de multas de una cuantía muy elevada y de penas de privación de libertad, exige atribuir su jurisdicción a los Tribunales. Aun respetando como regla general la aplicación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se ha recogido la vigencia del Real Decreto-ley 1/77, de 4 de enero, que prevé determinadas especialidades.

4.º El cumplimiento de las normas de control de cambios no puede dejarse solamente al efecto disuasorio o coactivo que se deriva de la existencia de unas normas sancionadoras. Es necesario reforzar los propios instrumentos de control, especialmente en los aspectos inspectores, de forma que puedan averiguarse con mayor profundidad los hechos que merezcan una investigación detallada. Esta labor de inspección debe ir íntimamente ligada a la tarea diaria de autorización y control administrativo, pero no se debe agotar en ello las posibilidades de actuación en este campo. La existencia de organizaciones internacionales dedicadas a la evasión de capitales y las formas sofisticadas que esta evasión puede revestir aconsejan la creación de un organismo coordinador de los distintos Departamentos en la labor de investigación y prevención de los delitos e infracciones administrativas previstos en la Ley, garantizando el más eficaz auxilio en esta materia a los órganos judiciales.

III. La promulgación de la Ley de Control de Cambios deberá ir acompañada de las correspondientes normas reglamentarias que no sólo desarrollen los preceptos de la Ley, sino que permitan el paso sin problemas de la vigencia del sistema creado en 1938 a otro sistema, que es el que ahora se crea, que responde a principios muy diferentes y que utiliza instrumentos también diferentes de los existentes con anterioridad. Esas normas, de rango inferior, deberán cubrir toda posible laguna y atender a que el período de transición se produzca con continuidad y con las menores interferencias posibles a la libertad económica.

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

**PROYECTO DE LEY****CAPITULO I****Régimen general de control de cambios****Artículo 1.º**

Quedan sometidos a los preceptos de la presente Ley los actos, negocios, transacciones y operaciones de toda índole entre residentes y no residentes que supongan, o de cuyo cumplimiento se deriven o puedan derivarse, cobros o pagos exteriores.

**Artículo 2.º**

1. Corresponderá al Gobierno en defensa de los intereses generales regular, de acuerdo con lo dispuesto en la presente Ley, los actos, negocios, transacciones y operaciones a que se refiere el artículo anterior.

2. A estos efectos, y mediante la reglamentación de control de cambios, podrá prohibir, someter a autorización previa, verificación o declaración y, en general, a cualquier tipo de control administrativo:

a) Los actos de adquisición y disposición, realizados por un residente, sobre bienes o derechos poseídos en el extranjero y los mismos actos, referentes a bienes o derechos poseídos en España, cuando el adquirente o disponente sea un no residente.

Se entiende por bienes o derechos poseídos en el extranjero:

1) Los bienes inmuebles o muebles que están sitos en el extranjero y los derechos establecidos sobre los mismos.

2) Las acciones, títulos mobiliarios, cuotas representativas de partes alícuotas de capital y participaciones en general en empresas constituidas o domiciliadas en país extranjero.

Se entiende por bienes o derechos poseídos en España los definidos en el párrafo anterior, sitos en España o referentes a empresas constituidas o domiciliadas en España.

b) Los actos y negocios por los que un residente resulte o pueda resultar acreedor o deudor de un no residente, y los actos de disposición realizados sobre los derechos y obligaciones derivados de aquéllos.

c) Los actos y negocios en virtud de los cuales un residente constituya, adquiera o disponga de haberes en divisas, o un no residente adquiera o disponga de haberes en pesetas.

A estos efectos se conceptúan como haberes los saldos de cuentas abiertas en Banco o cualesquiera otros establecimientos financieros, o en los libros de Sociedades y otras entidades.

d) Los actos de cobro y pago entre residentes y no residentes.

e) La importación y exportación de oro amonedado o en barras, medios de pago de cualquier clase y títulos referentes a derechos, estén cifrados en pesetas o en moneda extranjera.

f) La tenencia en territorio español por parte de residentes o no re-

sidentes de cualquier clase de medios de pago y títulos representativos de derechos cifrados en moneda extranjera, o en pesetas por parte de no residentes; la tenencia en el extranjero por parte de residentes de cualesquiera de tales medios de pago y títulos, y la venta, a través del mercado español de divisas, de aquellas que los residentes posean o adquieran.

#### Artículo 3.º

Cuando en función de lo que se disponga en la reglamentación de cambios, una determinada operación deba considerarse legal o autorizada, se entenderá asimismo autorizado el cobro o pago exterior correspondiente y la importación o exportación de los instrumentos de giro o crédito utilizados, salvo que la reglamentación de cambios o la correspondiente autorización administrativa dispongan lo contrario.

#### Artículo 4.º

1. Son residentes, a los efectos de la presente Ley, las personas físicas domiciliadas en territorio español o que residan principalmente en España, y las personas jurídicas con domicilio social en España.

Las personas físicas de nacionalidad española que residan en el extranjero tendrán la consideración de residentes respecto al patrimonio constituido en España con anterioridad a su toma de residencia en el extranjero, y a las rentas procedentes del mismo.

2. Son no residentes las personas físicas domiciliadas en territorio extranjero o que tengan allí su residencia principal y las personas jurídicas con domicilio social en el extranjero.

Las personas físicas de nacionalidad extranjera que residan en España tendrán la consideración de no residentes respecto al patrimonio constituido fuera de España con anterioridad a la toma de residencia y a las rentas procedentes del mismo.

3. La cualidad de residentes o no residentes de los establecimientos y sucursales de las personas jurídicas españolas en el extranjero, y de los de las personas jurídicas extranjeras en España, se determinará reglamentariamente.

4. La residencia o no residencia se acreditará en la forma que reglamentariamente se establezca.

#### Artículo 5.º

1. La Administración podrá autorizar, en las condiciones y límites que se determinen reglamentariamente, a los Bancos operantes en España, Cajas de Ahorro y otras entidades de crédito para intervenir en las operaciones reguladas por esta Ley. Esta autorización es revocable y estará subordinada al cumplimiento de las condiciones de la misma.

2. Los entes autorizados quedan sujetas al deber de colaboración con los organismos encargados del control de cambios y de la vigilancia de los delitos monetarios. Las entidades que incumplan este deber podrán considerarse incurso en los artículos 56 y 57 de la Ley de Orde-

nación Bancaria, con independencia de la suspensión o revocación de la autorización referida en el número 1 del presente artículo.

## CAPITULO II

### Delitos monetarios

#### Artículo 6.º

Cometen delito monetario en perjuicio de la economía nacional los que contravinieren el sistema legal de control de cambios mediante cualquiera de los actos u omisiones siguientes, siempre que su cuantía exceda de dos millones de pesetas:

A) Los que sin haber obtenido la preceptiva autorización previa o habiéndola obtenido ilícitamente:

1.º Exportaren moneda metálica o billetes de Banco españoles o extranjeros o cualquier medio de pago o instrumentos de giro o crédito, estén cifrados en pesetas o en moneda extranjera.

2.º Importaren moneda metálica española, billetes del Banco de España o cualquier medio de pago o instrumentos de giro o crédito cifrados en pesetas.

3.º Los residentes que constituyesen, o adquiriesen a título oneroso, en el extranjero, bienes o derechos de contenido patrimonial o crediticio.

4.º Los que en territorio nacional aceptaren cualquier pago, entrega o cesión de pesetas de un no residente, o por su cuenta, o los realizaren a su favor o por su cuenta.

B) Los residentes que no pusieren a la venta, a través del mercado español autorizado y dentro de los quince días siguientes a su disponibilidad, las divisas que posean.

C) El que destinare divisas lícitamente adquiridas a fin distinto del autorizado.

#### Artículo 7.º

1. Los autores de delito monetario serán castigados:

1.º Con la pena de presidio mayor y multa del tanto al décuplo de la cuantía del delito, cuando exceda de cincuenta millones de pesetas.

2.º Con la pena de presidio menor y multa del tanto al quíntuplo cuando exceda de diez millones de pesetas y no pase de cincuenta millones de pesetas.

3.º Con la pena de arresto mayor y multa del tanto al triplo cuando exceda de cinco millones de pesetas y no pase de diez millones de pesetas.

4.º Con la pena de multa del tanto al duplo, cuando exceda de dos millones de pesetas y no pase de cinco millones de pesetas.

2. Los Tribunales impondrán las penas en su grado máximo cuando los delitos se cometan por medio o en beneficio de entidades u organizaciones en las que, de su propia naturaleza o actividad, pudiera derivarse una especial facilidad para la comisión del delito.

3. Cuando los actos previstos en el artículo 6.º se cometan en el seno de una sociedad o empresa serán responsables de los delitos las personas físicas que efectivamente ejerzan la dirección y gestión de la entidad, siempre que tuvieran conocimiento de los hechos.

4. Los Tribunales, teniendo en cuenta la trascendencia económica del hecho para los intereses sociales, las especiales circunstancias que en él concurren, la personalidad del culpable y especialmente la reparación o disminución de los efectos del delito y la repatriación del capital, podrán imponer las penas inferiores en un grado a las señaladas.

5. La moneda española, divisa, objetos y cualquier otro de los elementos por cuyo medio se cometa delito monetario, se reputará instrumento del delito a efectos de lo previsto en el artículo 48 del Código penal.

6. El Código penal se aplicará con carácter supletorio.

#### Artículo 8.º

1. Los Tribunales españoles serán competentes para el conocimiento de los delitos establecidos en el artículo 6.º de la presente Ley cualquiera que fuera el lugar donde hubieran sido ejecutados los hechos.

2. La competencia y procedimientos para conocer de los delitos monetarios se regulará por la Ley de Enjuiciamiento Criminal y el Real Decreto-ley 1/77, de 4 de enero.

3. Conforme a lo dispuesto en el artículo 42 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la sentencia, sin perjuicio de los demás pronunciamientos que dicho precepto establece, determinará, en su caso, la responsabilidad civil que regula el artículo 104 del Código penal.

4. a) En todo caso, los Jueces y Tribunales de la jurisdicción penal competente para conocer de los delitos de esta Ley podrán requerir el conocimiento de cualquier expediente que se esté instruyendo por la Administración por hechos sancionados en esta Ley, de oficio o por denuncia, y la Administración tendrá la obligación de remitir las actuaciones, sin que quepa el planteamiento de conflicto jurisdiccional. Igual obligación de remisión tendrá la Administración cuando, con motivo del conocimiento de un expediente administrativo en materia de control de cambios, apreciase indicios de que el hecho puede ser constitutivo de delito sancionado en el artículo 6.º de esta Ley.

b) Mientras estuviera conociendo de un hecho la Autoridad judicial, la Administración se abstendrá de toda actuación sancionadora en relación con las conductas origen del mismo. La actividad sancionadora de la Administración, en virtud de las infracciones administrativas previstas en esta Ley, sólo podrá iniciarse o continuarse cuando el proceso penal termine por sentencia absolutoria u otra resolución que le ponga fin, provisional o definitivamente, sin declaración de responsabilidad penal, siempre que estén basadas en motivo que no sea la inexistencia del hecho, la declaración expresa de no haber participado en él el acusado o la exención de responsabilidad penal del mismo. Sin embargo, en estos dos últimos supuestos, la Administración podrá sancionar las infracciones:

administrativas relacionadas con el hecho y cometidas por tercero no sujetos al procedimiento penal.

## CAPITULO III

### Infracciones administrativas

#### Artículo 9.º

1. Constituye infracción administrativa grave en materia de control de cambios:

a) Las conductas previstas en el artículo 6.º de esta Ley, cuando su cuantía no exceda de dos millones de pesetas.

b) Cualquier otro acto de los previstos en el artículo 2.º de esta Ley, y no tipificado en su artículo 6.º, cuando se haya ejecutado sin la autorización administrativa prescrita expresamente en las normas de control de cambios o con ella, si hubiese sido obtenida ilícitamente.

2. Constituye infracción administrativa leve toda acción u omisión realizada con incumplimiento de las normas reguladoras del control de cambios y no constitutiva de delito o infracción grave.

3. Las infracciones graves serán sancionadas con multa de la mitad al tanto del contenido económico del acto ejecutado, sin que en ningún caso la sanción pueda ser inferior a 10.000 pesetas.

Las infracciones leves serán castigadas con multa en cuantía no inferior a 10.000 pesetas y que no exceda de la mitad del contenido económico.

4. La sanción se graduará teniendo en cuenta las circunstancias que concurran en los hechos y en las personas responsables de los mismos, debiendo tomarse en consideración, en su caso, la repatriación del capital.

#### Artículo 10

1. Serán sancionados con multa de hasta dos millones de pesetas, como autores de una infracción administrativa, los administradores, directivos o empleados de las entidades autorizadas referidas en el artículo 5.º que, por actos u omisiones negligentes en el ejercicio de sus funciones, hayan facilitado la comisión de alguna infracción de las contenidas en esta Ley. Esta sanción será siempre inferior a la que correspondiera a la infracción principal.

2. En estos supuestos podrá acordarse además por la autoridad competente para ello la suspensión o revocación de la autorización prevista en el artículo 5.º

#### Artículo 11

1. Corresponde a la Administración del Estado, a través de los órganos que tengan atribuida la competencia sustantiva específica para la regulación y vigilancia del control de cambios con el exterior, el conoci-

miento de las infracciones administrativas previstas en el artículo 9.º de esta Ley.

2. La sanción que en su caso corresponda se impondrá mediante resolución de:

a) El Consejo de Ministros, si la sanción es superior a diez millones de pesetas.

b) El ministro o secretario de Estado, según se expresa en el número 1, si la sanción es superior a cinco millones de pesetas y no excede de diez.

c) Los directores generales en las sanciones que no excedan de cinco millones de pesetas.

#### Artículo 12

1. Para la imposición de las sanciones administrativas se aplicará el procedimiento sancionador regulado por el capítulo II del título VI de la Ley de Procedimiento Administrativo y será de aplicación el trámite previsto en el artículo 91.1 de la mencionada Ley.

2. Las resoluciones que se dicten por los órganos a que se refiere el número 2 del artículo anterior serán susceptibles de recurso de acuerdo con lo previsto en la Ley de Procedimiento Administrativo y en la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

3. Las infracciones administrativas previstas en la presente Ley prescriben a los tres años y las sanciones correspondientes impuestas en virtud de resolución firme, a los cuatro años.

#### Artículo 13

1. Si el infractor reconociera ante la Administración en el curso del procedimiento sancionador, y en todo caso antes de que se formule propuesta de resolución, su responsabilidad por una infracción administrativa de control de cambios, cuya cuantía no exceda de veinte millones de pesetas, podrá solicitar de la Administración que se acuerde la tramitación del expediente conforme a lo previsto en los números siguientes.

2. En ese caso, la Administración interrumpirá la tramitación del expediente ordinario siempre que concurren las siguientes circunstancias:

a) Que el responsable ponga de manifiesto ante la Administración los antecedentes que permitan el total esclarecimiento de los hechos.

b) Que no sea reincidente.

c) Que el daño causado sea debidamente reparado, a juicio de la Administración.

d) Que la infracción no se haya cometido por medio o en beneficio de entidades o grupos organizados.

3. Acordada la interrupción del expediente ordinario y constatada la concurrencia de las circunstancias expuestas en el número 2, el instructor del expediente, valoradas las circunstancias previstas en el número 4 del artículo 9.º de esta Ley, elevará, al órgano competente, propuesta de resolución para la imposición de multa, cuyo importe no podrá superar el 50 por 100 de la cuantía de la infracción. El órgano competente resolverá

sobre la imposición de la multa o la prosecución del expediente ordinario.

4. A estos efectos, la Administración tendrá en especial consideración que el interesado haya puesto de manifiesto la infracción espontáneamente ante la misma con anterioridad a cualquier actuación administrativa, comunicación o denuncia relacionada con aquélla.

#### Artículo 14

1. La administración podrá acordar, durante la tramitación de un procedimiento administrativo relativo a una presunta infracción en materia de control de cambios, que se constituya garantía suficiente para asegurar las responsabilidades que, en su caso, pudieran derivarse.

2. El importe de la moneda española o divisas intervenidos se aplicará, en su caso, a la constitución de la garantía mencionada en el número anterior.

### CAPITULO IV

#### Inspección e investigación

#### Artículo 15

1. La Administración vigilará el cumplimiento de sus normas de control de cambios, comprobando cuantas situaciones o actividades pudieran dar lugar a su infracción.

2. Los funcionarios de los órganos administrativos competentes gozarán, en el ejercicio de sus funciones, de las facultades contenidas en el artículo 17.

#### Artículo 16

1. Se crea la Comisión de Vigilancia de las Infracciones de Control de Cambios a la que corresponderá la alta dirección y la impulsión a través de los órganos correspondientes, de las actividades de investigación y prevención de los delitos monetarios e infracciones administrativas de control de cambios, procurando la debida coordinación de los organismos de la Administración Pública que puedan colaborar en los fines expresados y garantizando el más eficaz auxilio en esta materia, a los órganos judiciales.

2. Los órganos competentes de la Administración, así como los dependientes de la Comisión antes citada, llevarán a cabo, a petición de los órganos judiciales, de otros órganos de la Administración, o por propia iniciativa, actuaciones de investigación cerca de los particulares que directa o indirectamente conduzcan al esclarecimiento de los hechos que pudieran ser constitutivos de delito o infracción administrativa o a la prevención de los mismos.

## Artículo 17

1. El personal encargado de realizar las actuaciones referidas en el artículo anterior podrá, en el ejercicio de sus funciones, tener acceso a los establecimientos o lugares en los que las personas físicas o jurídicas sometidas a investigación desarrollen actividades que pudieran ser constitutivas de delito monetario, con el fin de practicar registros y examinar toda clase de documentación que pudiera estar relacionada con los hechos.

2. Para la entrada en el domicilio particular de una persona física será preciso su consentimiento o la obtención del oportuno mandamiento judicial.

3. Reglamentariamente se dispondrá el procedimiento para realizar dichas actuaciones de investigación de forma que su eficacia no se logre en perjuicio de la dignidad y de los derechos de la persona.

## Artículo 18

Si efectuada por la Administración la correspondiente investigación se dedujeran de la misma indicios de la comisión de alguno de los delitos a que se refiere esta Ley, el organismo competente lo pondrá en conocimiento de la autoridad judicial, a la que remitirá cuantas actuaciones se hubieran practicado.

## DISPOSICION TRANSITORIA

Todas las normas procesales de índole penal contenidas en esta Ley serán sólo aplicables a los procedimientos que se inicien a partir de su entrada en vigor. Los preceptos penales materiales y los sancionadores administrativos tendrán carácter retroactivo, en cuanto resulten más favorables a los responsables de delitos o infracciones monetarias.

## DISPOSICIONES FINALES

Primera. La presente Ley entrará en vigor a los tres meses de su publicación en el "Boletín Oficial del Estado".

Segunda. Se autoriza al Gobierno para que, mediante Decreto, adapte la legislación de inversiones extranjeras en España a lo dispuesto en esta Ley en lo que se refiere al sujeto en el régimen de control de cambios.

Tercera. El Gobierno desarrollará, mediante Decreto, la composición y funciones de la Comisión de Vigilancia de las infracciones de Control de Cambios, prevista en el artículo 16.

## DISPOSICIONES DEROGATORIAS

Primera. Queda derogada la Ley Penal y Procesal de Delitos Monetarios de 24 de noviembre de 1938 y todas las demás disposiciones legales que se opongan a lo dispuesto en esta Ley.

Segunda. El Gobierno, en el plazo de tres meses, publicará la correspondiente tabla de disposiciones derogadas o modificadas por esta Ley. ("B. O. de las Cortes", núm. 148, 15 septiembre 1978).

## PROYECTO DE LEY GENERAL PENITENCIARIA

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, predominantemente 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 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.

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 sometido 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 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 aleje 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 sobresalientes de esta ley son los siguientes: consagración expresa del principio de legalidad con referencia a la ejecución de las penas y medi-

das 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 pospenitenciaria, que conduce a la creación de la Comisión 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 concienzuda, el problema de las prisiones carecerá de solución definitiva.

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

### 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 li-

bertad, 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.

Art. 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 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.

Art. 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.

Art. 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.

Art. 5.º Ningún interno será sometido a malos tratos de palabra u obra.

Art. 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

Art. 7.º Los establecimientos penitenciarios, dependientes de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, comprenderán:

- a) Establecimientos de preventivos.
- b) Establecimientos de cumplimiento de penas.
- c) Establecimientos especiales.

Art. 8.º 1. Los establecimientos de preventivos son centros 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 de preventivos para mujeres y jóvenes ocuparán en los de hombres departamentos que constituyan unidades con absoluta separación y con organización y régimen propios.

Art. 9.º 1. Los establecimientos de cumplimiento son centros 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 u otro sexo que no hayan cumplido los 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.

Art. 10. 1. No obstante lo dispuesto en el número 1 del artículo anterior, 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, siempre que el estudio de la personalidad del sujeto excluya la presencia de anomalías o deficiencias que deban determinar su destino al centro especial correspondiente.

2. También podrán ser destinados a estos establecimientos con carácter de excepción y absoluta separación de los penados, dando cuenta a la autoridad judicial correspondientes, aquellos internos preventivos en los que concurren las circunstancias expresadas en el número anterior, entendiéndose que la inadaptación se refiere al régimen propio de los establecimientos de preventivos.

3. El régimen de estos centros se caracterizará por una limitación de las actividades en común de los internos y por un mayor control y vigilancia sobre los mismos.

La permanencia de los internos destinados a estos centros será por el tiempo necesario hasta tanto no desaparezcan o disminuyan las razones o circunstancias que determinaron su ingreso.

Art. 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.

Art. 12. Los establecimientos especiales son aquellos 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.

Art. 13. Los establecimientos penitenciarios deberán contar en el conjunto de sus dependencias con servicios idóneos de dormitorios individuales, enfermerías, escuelas, biblioteca, instalaciones deportivas y recreativas, talleres, patios, peluquería, 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.

Art. 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

Art. 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.

Art. 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, salvo en los supuestos excepcionales que reglamentariamente se determinen.
- b) Los detenidos y presos estarán separados de los condenados y, en ambos casos, los primeros 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, estarán separados de los que puedan seguir el régimen normal del Establecimiento.

Art. 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. Para proceder a la excarcelación de los condenados será precisa la aprobación del licenciamiento definitivo por el Tribunal sentenciador o de la propuesta de libertad condicional por el Juez de Vigilancia.

4. 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 careciese de medios económicos se le facilitarán los necesarios para llegar a su residencia y subvenir a sus primeros gastos.

Art. 18. Los traslados de los detenidos, presos y penados, se efectuarán de forma que se respete la dignidad de los internos y la seguridad de la conducción.

Art. 19. 1. Todos los internos se alojarán en celdas individuales. En caso de 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.

Art. 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.

Art. 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 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.

Art. 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, previo el correspondiente resguardo, o enviados a personas autorizadas para recibirlos.

2. El Director, a instancia 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.

Art. 23. Los registros y cacheos en las personas de los internos, sus pertenencias y locales que ocupen, los recuentos, así como las requisas de las instalaciones del establecimiento, se efectuarán en los casos, con las garantías y periodicidad que reglamentariamente se determinen.

Art. 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.

Art. 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

Art. 26. El trabajo será considerado como un derecho y un deber del interno.

Sus condiciones serán:

a) No tendrá carácter aflictivo 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 supeditarán al logro de intereses económicos.

Art. 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 de 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.

Art. 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.

Art. 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 para todos los internos.

Art. 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.

Art. 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.

Art. 32. Los internos podrán formar parte del Consejo Rector y de la Dirección o Gerencia de las cooperativas que se constituyan. La Administración adquirirá la cualidad de socio de aquéllas, contribuyendo a la consecución del correspondiente objeto social de conformidad con la legislación vigente.

Art. 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 por que 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.

Art. 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.

Art. 35. Los liberados que se hayan inscrito en la Oficina de Empleo dentro de los quince días siguientes a su excarcelación, tendrán derecho a la prestación por desempleo en las condiciones que reglamentariamente se establezcan.

### CAPITULO III

#### Asistencia sanitaria

Art. 36. 1. En cada centro existirá al menos un médico general con conocimiento 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.

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 casos excepcionales de necesidad o de urgencia, en otros centros hospitalarios.

Art. 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.

Art. 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.

Art. 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.

Art. 40. La asistencia médica y sanitaria estará asegurada por el reconocimiento inicial de las ingresadas y los sucesivos que reglamentariamente se determinen.

### CAPITULO IV

#### Régimen disciplinario

Art. 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.

Art. 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 podrán 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 al mínimo de tiempo previsto reglamentariamente, durante un mes como máximo.

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 agresividad o violencia por parte del interno, o cuando éste reiterada y gravemente altere la convivencia en el centro. 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 triple del tiempo correspondiente a la más grave, ni de 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.

Art. 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 puérperas hasta seis meses después del alumbramiento, a las madres lactantes y a las que tuvieran hijos consigo.

Art. 44. 1. Las sanciones disciplinarias serán impuestas por el co-

rrespondiente 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. La interposición de recurso contra resoluciones sancionatorias suspenderá la efectividad de la sanción, salvo cuando por tratarse de un acto de indisciplina grave, la corrección no deba demorarse. Los recursos contra resoluciones que impongan la sanción de aislamiento en celda serán de tramitación urgente y preferente.

Art. 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 los 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 las medidas coercitivas estará dirigido exclusivamente al restablecimiento de la normalidad y sólo subsistirá el tiempo estrictamente necesario.

## CAPITULO V

### Recompensas

Art. 46. Los actos que pongan de relieve la buena conducta y espíritu de trabajo serán estimulados mediante un sistema de recompensas reglamentariamente determinado.

## CAPITULO VI

### Permisos de salida

Art. 47. 1. En caso de fallecimiento o enfermedad grave de los padres, cónyuge, hijos, hermanos u otras personas íntimamente vinculadas con los internos, así como por importantes y comprobados motivos, con las medidas de seguridad adecuadas, podrán concederse permisos de salida.

2. Igualmente 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 veinticuatro o treinta y seis días por año a los condenados de segundo o tercer grado, respectivamente, siempre que hayan extinguido la cuarta parte de la condena y no observen mala conducta.

Art. 48. Los permisos a que se refiere el artículo anterior podrán ser concedidos asimismo a internos preventivos con la aprobación, en cada caso, de la autoridad judicial correspondiente.

## CAPITULO VII

### Información, quejas y recursos

Art. 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 pueden entender la información por el procedimiento indicado, les será facilitada por otro medio adecuado.

Art. 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, a fin de que tome las medidas oportunas, o, en su caso, las haga llegar a las autoridades u organismos competentes. Si fueren hechas 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

Art. 51. 1. Los internos estarán autorizados para comunicar periódicamente, de forma oral y escrita, con sus familiares, amigos y representantes 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, en cuanto a las personas y al modo, 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 o en los casos previstos en la legislación especial sobre bandas o grupos armados.

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 comuni-

caciones podrán ser 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.

Art. 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 a su familia y Abogado su detención o traslado a otro establecimiento.

Art. 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 con sujeción a lo dispuesto en el número 2 del artículo 51 y en los casos, con los requisitos y periodicidad que reglamentariamente se determinen.

## CAPITULO IX

### Asistencia religiosa

Art. 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

Art. 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.

Art. 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.

Art. 57. En cada establecimiento existirá una biblioteca provista de libros adecuados a las necesidades culturales y profesionales de los inter-

nos, quienes además podrán utilizar los libros facilitados por el servicio de bibliotecas ambulantes establecido por la Administración o entidades particulares con el mismo fin.

Art. 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

Art. 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.

Art. 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.

Art. 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.

Art. 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 de-

lictiva 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.

Art. 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.

Art. 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.

Art. 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 el 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.

Cuando 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.

Art. 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.

Art. 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.

Art. 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.

Art. 69. Las tareas de observación, clasificación y tratamiento las realizarán los equipos cualificados 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 de internos tratados.

Art. 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 el 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 aquéllos cuyas peculiaridades convenga investigar a juicio del Centro Directivo.

Art. 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 alcancen la necesaria comprensión de sus correspondientes funciones y responsabilidades para lograr la indispensable coordinación.

Art. 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 pospenitenciaria

Art. 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 podrán ser en ningún caso motivo de discriminación social o jurídica.

Art. 74. El Ministerio de Justicia, a través de la Comisión de Asistencia Social, organismo dependiente de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, cuya estructura 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.

Art. 75. El personal asistencial de la Comisión 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

Art. 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 pronunciamiento de las resoluciones 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 sobre beneficios penitenciarios que puedan suponer acortamiento de la condena.

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 cuya duración sea superior a dos días, excepto de los clasificados en tercer grado.

Art. 77. Los Jueces de Vigilancia podrán dirigirse a la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, formulando propuestas referentes a la organización y desarrollo de los servicios de vigilancia, a la or-

denación de la convivencia interior en los establecimientos, a la organización y actividades de los talleres, escuelas, asistencia médica y religiosa, y en general a las actividades regimentales, económico-administrativas y de tratamiento penitenciario en sentido estricto.

Art. 78. En lo que respecta a las cuestiones orgánicas referentes a los Jueces de Vigilancia y a los procedimientos de su actuación, se estará a lo dispuesto en las leyes correspondientes.

## TITULO VI

### De los funcionarios

Art. 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.

Art. 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.

## DISPOSICIONES FINALES

Primera. Los derechos reconocidos a los internos en esta ley podrán ser suspendidos parcialmente por acuerdos de los Ministerios de Justicia e Interior en los supuestos de graves alteraciones del orden en un centro, que obliguen a la autoridad penitenciaria a requerir la intervención de los Cuerpos de la Seguridad del Estado.

Desde el momento en que intervengan dichas fuerzas, asumirá la dirección del establecimiento penitenciario, en cuanto a custodia, vigilancia y restauración del orden, el jefe de las mismas; sin perjuicio de continuar la autoridad penitenciaria en la dirección de las actividades de tratamiento, procedimiento administrativo en relación con las autoridades judiciales, régimen económico-administrativo y funciones asistenciales.

Segunda. Independientemente del supuesto considerado en la disposición anterior, los Ministerios de Justicia e Interior podrán acordar, por razones de seguridad pública, que la custodia y la vigilancia interior de un establecimiento cerrado o de un departamento especial de éste corresponde a los Cuerpos de la Seguridad del Estado.

Tercera. En el plazo máximo de un año el Gobierno aprobará el Reglamento que desarrolle la presente ley, continuando entre tanto en vigor el Reglamento de los Servicios de Prisiones aprobado por Decreto de 2 de febrero de 1956 y modificado por Decreto 2.705/1964, de 27 de julio, 162/1968, de 25 de enero, 1.372/1970, de 30 de abril y Real Decreto 2.273/1977, de 29 de julio, en lo que no se oponga a los preceptos de la Ley General Penitenciaria. ("B. O. de las Cortes", núm. 148, 15 de septiembre de 1978.)

## **PROYECTO DE LEY DE REFORMA DEL CODIGO DE JUSTICIA MILITAR**

Las Fuerzas Armadas forman una institución fuertemente jerarquizada, disciplinada y unida, características indispensables para conseguir la máxima eficacia en su acción en la Defensa Militar de España. La práctica de las virtudes y valores militares, así como el exacto cumplimiento del deber, que constituyen en los Ejércitos un presupuesto esencial para llevar a cabo la función que constitucionalmente se les asigna, es razón de ser de todo militar—adiestrado para ello constantemente en el uso de medios cueros y de naturales riesgos al fin de la Defensa Nacional—y que llegado el caso, incluso habrá de entregar su vida en observancia de unas obligaciones específicas de la Institución, no equiparables a la cotidiana forma de la vida civil. De otro modo, también, la naturaleza de las infracciones, por falta o delito, que pueden cometerse, comprenden generalmente un tipo de antijuridicidad y culpabilidad compleja, en las que el hecho no es susceptible de juicio ajeno a los profesionales de las armas; la severidad de muchas penas por la comisión de aquéllos y en consecuente amplio arbitrio en la imposición de las mismas, la trascendencia del bien jurídico protegido en la incriminación de las figuras punibles y el poder de supremacía especial del superior, según su diferente nivel de responsabilidad, para examinar el alcance y perjuicio de cada comportamiento que sea objeto de sanción, hacen que la Ley haya de dar un tratamiento unitario a la Justicia y a lo disciplinario, atribuyendo el Estado, en todo tiempo y lugar, un poder punitivo interno y propio de la Institución militar y en manera que la realización de aquélla impere en los Ejércitos de tal modo que nadie tenga nada que esperar del favor ni temer de la arbitrariedad.

### **I**

El Código de Justicia Militar vigente, aprobado por Ley de 17 de julio de 1945 y posteriormente reformado en alguno de sus artículos, trae causas del anterior de la Ley de 25 de junio de 1890, dado en un marco histórico y militar diferente al actual y que fue, por contingencias de necesidad política de difícil repetición, ampliado extensivamente en el alcance de la competencia de la jurisdicción militar, tal como lo hizo, citando un ejemplo, la Ley de 23 de marzo de 1906, en el establecimiento de penalidad militar para todo aquel que cometiera delito contra la Patria y los Ejércitos, y que parte de ella subsiste en la normativa penal militar actual, junto a otros preceptos de distinto origen, a pesar de la lejana fecha en que las Leyes que los contenían se promulgaron y de la obra codificadora subsiguiente, operada en la legislación penal común. También el cambio de las circunstancias sociales y el provechoso progreso conseguido en el desenvolvimiento de la vida ciudadana y en la operatividad técnica de los Ejércitos hacen que, además, por imperativos derivados del cumplimiento del punto VII del programa de actuación jurídica y política de los Pactos de

la Moncloa, se acomete la tarea de modificar aspectos concretos de la normativa del sistema procesal y sustantivo del Código de Justicia Militar, dejando la revisión general del mismo para fecha posterior y una vez que el proceso constitucional y legal de su consecuencia determine la necesidad de su planteamiento.

## II

En el presente texto legal se resuelve la dualidad de algunas tipificaciones superpuestas en el Código Penal, restringiendo el Código de Justicia Militar al ámbito de los delitos militares, precisando más las figuras del delito de Rebelión Militar, suprimiendo otras del de Traición, ya suficientemente expresadas en las conductas descritas en otra parte del articulado y en las formas generales de la participación para delinquir o en los tipos del Código Penal ordinario, consiguiendo hacer más circunscrito el perfil de legalidad para la protección de los intereses militares estrictamente. Se estima no son necesarias ahora mayores modificaciones, máxime teniendo en cuenta que se varían muy restrictivamente para la competencia de la justicia militar, las razones y causas del fuero personal, material y por el lugar de ocurrencia del hecho. La jurisdicción castrense se limitará, además de a los delitos que el Código comprende, al conocimiento de los que se realicen por actos cometidos en centros, establecimientos o lugares estricta y propiamente militares, considerándose como tal el mar territorial y aguas jurisdiccionales, además del espacio aéreo nacional, cuando el atentado, puesta en peligro o riesgo causado, amenace los intereses de la defensa militar del Estado y sus medios militares de guerra. Por razón de la persona se revisan ampliamente los supuestos de desafuero para el militar que sea reo de delito común, dado que en lo sucesivo serán para ello sometidos siempre a la Jurisdicción Ordinaria y sólo excepcionalmente al fuero de las Fuerzas Armadas, caso de que el hecho se haya cometido como consecuencia u ocasión de una relación de servicio o quedaren afectados los intereses militares, pues en estas circunstancias obviamente se comprende que, aunque el delito sea del Código Penal Común, participa estrechamente de la naturaleza de los que constituyen materia especial militar y hace necesario que el culpable sea juzgado y castigado con el rigor y agravaciones que la Ley militar prevé, así como con los severos efectos de las penas que impone, tanto privativas de libertad cuanto accesorias y que inciden cualificadamente en la carrera de las armas del que por ello sea condenado.

En cuanto a la competencia por conexión y codelincuencia de personas sujetas a distinto fuero, las reglas especiales denegatorias de la norma general de atribución de competencias no se consideran necesarias de profundas variaciones, dado su sentido técnico y habida cuenta de las restricciones de las disposiciones básicas de la competencia; por ello, la fórmula que existía en plurisubjetividad de militares y paisanos en la comisión de un delito común se respeta, pues es suficientemente comprensiva del significado absorbente de la jurisdicción ordinaria y del tratamiento de la militar como especial o eventual, dado que esta última sólo podrá conocer cuando el hecho se haya producido en territorio o lugar declarado en estado de

guerra. Igualmente, las demás combinaciones de conexiones subjetivas, instrumentales, ocasionales o puramente procesales, con la nueva orientación en la modificación que se introduce el conflicto por concursos ideales o reales de delito que se puedan plantear entre la jurisdicción militar y la ordinaria, quedan a favor de esta última, como fuero no excepcional de ciudadano, salvo cuando el delito de competencia militar sea de pena más grave al de los otros que se hayan cometido; principio de siempre observado y consecuencia legítima de la existencia del fuero y penalidad castrense en la que la criminalidad natural en muchos delitos militares de especial significado para la defensa nacional no suele aparecer de forma individual ni aislada; en méritos a que con ello se toca techo y límite de la esencia necesaria existencia de la justicia militar con competencia no puramente subsidiaria.

### III

El fortalecimiento de las garantías procesales y defensa en los procedimientos que se sigan en la jurisdicción militar se ha entendido que no sólo ha de suponer abrir la posibilidad de que siempre pueda nombrarse defensor letrado en ejercicio, como desde luego es norma que se introduce en una de las modificaciones del articulado, sino además actualiza de manera general el sistema orgánico de la Justicia Militar, modernizando su característica de complementariedad del resto del ordenamiento jurídico del Estado de Derecho. Así la unidad de criterio e inteligencia en la aplicación del imperio de la Ley se refuerza y da seguridad con el sistema de recurso de casación que ante el Consejo Supremo o ante el Tribunal Supremo puede interponerse, a partir de ahora, en las condenas de una cierta relevancia o siempre que el Ministerio Fiscal lo considere necesario y obligado. La independencia y profesionalidad de la Justicia Militar se evidenciará con mejor claridad y técnica en la dedicación y composición que se hace de los miembros de los Tribunales Territoriales y Central de Justicia y del Juzgado Togado Militar de Instrucción, también órgano permanente y de nueva creación; se agiliza con ello, además, el trabajo y curso de los procedimientos, en orden a conseguir la celeridad exigente y propia de la administración de Justicia de los Ejércitos en fin a la ejemplaridad de castigo impuesto al culpable, y evitar, en hechos de gravedad menor, incomodidades a quienes habiendo dejado de prestar servicio por haber sido licenciados estén incurso en responsabilidad o deban de ser citados como testigos o perjudicados. Todo ello sin disminuir las garantías de control y dirección de la Autoridad judicial militar y de la función que los Consejos de Guerra han de seguir desempeñando sólo respecto a militares que cometan exclusivamente delito militar, pues es de alta conveniencia que todo profesional de las armas esté preocupado y participe en la justicia militar, consiguiendo un pleno conocimiento y comprensión de la problemática viva y diaria de su labor de mando, responsable según la jerarquía que ostente. Con todo ello se conseguirá un sistema de máxima imparcialidad en una jurisdicción de impronta singular, cual es la militar, en que la necesidad de la concen-

tración procesal, la inmediación y atenuación del principio acusatorio no son en nada objeción posible en un dispositivo de Autoridades y Tribunales en el que junto a los recursos que en todo caso caben contra resoluciones instructoras, apelando a la Autoridad Judicial los acuerdos de órganos a ella subordinados, se faculta a la acusación particular para personarse en el procedimiento y queda expedita la doble instancia de los Tribunales.

#### IV

Aparte de lo expuesto se modifican o retocan algunos otros preceptos, bien por necesidades formales o porque ya lo podían haber sido con anterioridad al variar las cuantías penales en normas ordinarias o por estar en la actualidad implícitamente derogados por cambio legal de la nomenclatura y organización institucional o gubernativa. En lo sucesivo, para tiempo de paz, el Ministerio Fiscal estará a cargo únicamente de los miembros, con destino en tal efecto de los respectivos Cuerpos Jurídico-Militares, quienes además intervendrán con esa reforma, de manera más intensa, en las funciones de su especialidad y carrera en la administración de justicia en las Fuerzas Armadas. También se introducen otras variaciones que se estiman necesarias, dando una facultad humanitaria a los Tribunales que conozcan de hechos delictivos castigados con la máxima severidad o para rellenar un vacío de laguna legal, referente a las atribuciones que la Junta de Jefes del Estado Mayor ha de ejercer en el mando efectivo, instrumentado en lo sucesivo con la normativa ejecutiva deseable. En fin, ha parecido oportuno que un sistema modernizado de justicia militar resultará más eficiente en su día con una revisión general de Código cuando los cambios legales de la organización militar, la penal y la general del Estado obliguen a emprender la tarea de estudio y preparación de la obra que al Gobierno y a las Cámaras legislativas concierne, y, por último, se configura la posibilidad de una nueva ordenación general disciplinaria que sirva de prerrogativa sancionadora puramente interna de los Ejércitos y garantice un esmerado cumplimiento y práctica de los deberes y obligaciones contenidos en las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, descargándose la judicialidad de todo proceder que anticipadamente pueda corregirse.

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

#### PROYECTO DE LEY

##### ARTÍCULO PRIMERO

Los artículos y epígrafes de los Capítulos del Código de Justicia Militar que a continuación se expresan quedarán redactados de la forma siguiente:

##### Artículo 6.º

Por razón del delito, la Jurisdicción Militar conocerá de los procedimientos que se instruyan contra cualquier persona:

1.º Por los delitos comprendidos en este Código, incluso aquellos a que se refiere el artículo 194, y a los que las leyes especiales atribuyan a la Jurisdicción Militar.

2.º Por los de falsificación de sellos, marcas, contraseñas o documentos militares. Tendrán esta consideración los que deban ser expedidos por las autoridades, organismos o funcionarios militares, con arreglo a sus atribuciones propias o delegadas, y los usados por los mismos.

3.º Por los de adulteración de víveres y todos los demás cometidos por contratistas o proveedores de cualquier suministro para los Ejércitos perpetrados con ocasión del mismo.

4.º Por los que cometan los funcionarios civiles de la Administración Militar, el personal laboral o que preste sus servicios en los centros, dependencias o establecimientos militares, por hechos ejecutados con motivo u ocasión del trabajo o servicio que presten, de la utilización o empleo del material que se les entregue o de las relaciones laborales o de empleo con sus superiores, compañeros o subordinados.

5.º Por los de incendio, daños, robo, hurto, receptación, estafa, apropiación indebida y malversación de caudales, material, armas, pertrechos, municiones y demás efectos y enseres pertenecientes a la Hacienda Militar, cualquiera que sea el lugar en que se realicen.

6.º Por los de robo, hurto y daños en buques, aeronaves o material cogido al enemigo apresado, encontrado en la mar o convoyado por buques o aviones de guerra.

7.º Por los de piratería, cualquiera que sea el país a que pertenezcan los encausados, cuando se haya producido el apresamiento, persecución o abordaje de alguna embarcación haciéndola fuego con armas de guerra.

8.º Por los que se cometan en desobediencia a órdenes para la Seguridad o policía de la navegación marítima o vuelo, y que hayan sido adoptadas por la autoridad militar de un puerto, buque, aeródromo, aeropuerto o aeronave de guerra.

9.º Por los hechos que se definan o castiguen especialmente como delitos militares en los Bandos que dicten las Autoridades o Jefes Militares, con arreglo a sus facultades, declarado que haya sido el estado de sitio.

#### Artículo 7.º

La Jurisdicción Militar conoce de las faltas siguientes:

1.º De las comprendidas en este Código, así como las que se le atribuyan por Leyes Especiales, cualquiera que sean los culpables.

2.º De las comunes cometidas por militares, salvo aquellos que las Autoridades militares estimen que no afectan al buen régimen de los Ejércitos: o al decoro de sus clases.

3.º De las cometidas por los defensores, peritos, testigos y demás auxiliares, con motivo de su intervención en Justicia Militar, y por cuantos concurren a las vistas con ocasión de su asistencia.

4.º De las incluidas en los bandos que dicten las Autoridades y Jefes Militares con arreglo a las Leyes.

5.º De las comunes cometidas por paisanos contra los caudales o efectos a que se refiere el número 5º del artículo anterior.

#### Artículo 9.º

Por razón del lugar, la Jurisdicción Militar es competente para conocer de los procedimientos que se sigan contra cualquier persona por los delitos y faltas que, sin estar comprendidos en el artículo 16 de este Código, se cometan:

1.º En cuarteles, campamentos, lugares de concentración o maniobras, buques o aeronaves españolas de guerra, arsenales, maestranzas, aeródromos, obras militares, almacenes, fábricas y edificios públicos o particulares de cualquier clase destinados al alojamiento de fuerzas o servicios militares, cuando en cualquiera de los expresados inmuebles o lugares se encuentren tropas o estén ocupados o afectados al cumplimiento de una misión militar.

2.º En aguas de la mar, ríos navegables, embarcaciones mercantes nacionales o extranjeras que se hallen en puertos, radas, bahías o en cualquier otro punto de la zona marítima, exclusivamente cuando los hechos perpetrados atenten contra la soberanía española, la seguridad militar o los compromisos internacionales contraídos por España para la navegación de unidades navales de guerra.

3.º En el espacio aéreo sujeto a la soberanía española, en las aeronaves del Estado o privadas españolas y mercantes extranjeras cuando se hallen en vuelo sobre dicho espacio o estacionadas en campos o aguas españolas, y en las instalaciones, cualquiera que sea el lugar en que estén erigidas, de control, ayuda o auxilio a la navegación exclusivamente cuando los hechos realizados atenten contra la soberanía española, la seguridad militar o causen un perjuicio al tráfico o normas aéreas de las aeronaves militares españolas o las que por compromisos internacionales militares sobrevuelen territorio español.

En el caso de los dos párrafos anteriores, la Autoridad Judicial respectiva se inhibirá en favor de la ordinaria tan pronto como de las diligencias practicadas se deduzca que no han resultado afectados los intereses y servicios que en los mismos se detallan.

No obstante lo prevenido en los indicados párrafos, cuando se cometa delito a bordo de embarcaciones o aeronaves mercantes extranjeras que se hallen dentro de la zona marítima o espacio aéreo españoles, y el hecho que afectare a la disciplina de a bordo ocurriese entre tripulantes extranjeros, los culpables se pondrán a disposición de los agentes diplomáticos o consulares del país cuyo pabellón lleve el buque o aeronave en que el delito se hubiese cometido, si dichos agentes los reclaman oficialmente y no se dispusiera otra cosa en tratados internacionales suscritos por España.

4.º En fortalezas o plazas sitiadas o bloqueadas, siempre que afecten a la seguridad militar de las mismas o perjudiquen a su mejor defensa.

5.º En territorio declarado en estado de sitio, si aun no siendo de naturaleza militar los hechos ni aforados los presuntos responsables, se someten a la Jurisdicción castrense por las disposiciones que lo declaren o por los bandos que dicten las Autoridades o Jefes Militares en uso de sus facultades.

## Artículo 13.º

Por razón de la persona responsable es competente la Jurisdicción Militar para conocer de las causas que se instruyan por toda clase de delitos, salvo las exceptuadas a favor de otras jurisdicciones:

1.º Contra los militares en servicio activo o reserva, cualquiera que sea su situación o destino.

Para los efectos de este Código se comprenderá en la frase genérica de «militares» el Ministro de Defensa, aunque sea paisano, y los individuos pertenecientes a cualquiera de los Cuerpos, Armas o Institutos, Centros u Organismos dependientes del Ministerio de Defensa.

También se considerarán militares los paisanos que, por disposición del Gobierno, sean movilizados o militarizados con cualquier asimilación o consideración militar efectiva u honorífica mientras se encuentren en tal situación perciban o no sus haberes o devengos con cargo al Ministerio de Defensa.

Los Oficiales y Suboficiales de complemento y aspirantes a ambos empleos, cualquiera que sea su procedencia, se considerarán militares durante el tiempo que se encuentren prestando servicio o incorporados al mismo.

Los alumnos de las Academias de los Ejércitos de Tierra, Mar y Aire se considerarán militares, a estos efectos, desde la fecha de ingreso y durante su permanencia en los mismos, y sólo serán juzgados con arreglo a este Código cuando no pueda castigarse el hecho como infracción de la disciplina escolar según los Reglamentos, salvo que tengan categoría militar propia.

Los individuos de los Cuerpos militarmente organizados tendrán, a efectos de competencia, la consideración que les otorguen las leyes orgánicas de aquéllos u otras leyes especiales y, en su defecto, se reputarán militares cuando presten servicios que dependan de los Ejércitos de Tierra, Mar y Aire.

En el concepto de Oficiales, se entenderán comprendidos, a los efectos de este Código, los Oficiales Generales, Jefes, Oficiales y asimilados de los mismos empleos de los tres Ejércitos.

2.º Contra los individuos que extingan condena en establecimientos dependientes del Ministerio de Defensa.

3.º Contra los prisioneros de guerra y personas constituidas en rehenes. A unos y otros se les reconocerá la categoría oficial que tengan en el país a que pertenezcan para designación del Tribunal que, en su caso, haya de juzgarles.

4.º Contra las personas que en campaña sigan al Ejército de Tierra o a las fuerzas navales o aéreas.

5.º Contra cualquier persona que Leyes o disposiciones especiales sometan a la Jurisdicción Militar.

## Artículo 16.º

Los militares y demás personas enumeradas en los artículos 13 y 14 serán sometidos a los Tribunales de la Jurisdicción Ordinaria y, en su caso, de

las Autoridades Civiles competentes en los procedimientos que se les sigan por las infracciones siguientes:

1.º Atentado y desacato a las Autoridades no militares.

2.º Falsificación de moneda y billetes de Banco y la introducción, expedición y circulación de ellos.

3.º Falsificación de firmas, sellos, marcas, efectos timbrados del Estado, documentos de identidad, pasaportes, salvoconductos, oficios, despachos telegráficos y radiados y documentos públicos u oficiales que no sean de los usados o expedidos por los Jefes, Autoridades o Dependencias militares.

4.º Estupro, aborto y abandono de familia.

5.º Injuria y calumnia que no constituyan delito militar.

6.º Infracciones de leyes de Aduanas, abastos, transportes, caza, pesca, contribuciones y arbitrios o rentas públicas, así como por delito fiscal, delitos monetarios, salvo en el caso de que la infracción esté castigada en este Código o atribuida especialmente a la Jurisdicción Militar.

7.º Los cometidos por medio de la imprenta u otros medios de comunicación social que no constituyan delito militar ni falta grave de las que se castigan en este Código.

8. Los delitos cometidos por los militares en el ejercicio de función propia de destino o cargo civil o con ocasión de ellos, o que sin afectar al buen régimen de los Ejércitos tengan una naturaleza común y el hecho se ejecutara fuera de una relación de servicio de carácter militar, sin empleo de armamento, instrumentos o medios militares, ni fuere de los que determina la competencia por razón del delito o lugar.

9.º Los delitos comunes cometidos durante la desertión, salvo que la Jurisdicción Militar sea competente por otra razón.

10. Los delitos cometidos antes de que el culpable perteneciese o prestase servicio en las Fuerzas Armadas con la misma salvedad indicada en el párrafo anterior.

11.º Todas las infracciones que no estando comprendidas en el artículo 6.º se reserven expresamente por las leyes al conocimiento de la Jurisdicción o Tribunales Ordinarios, cualquiera que sea la condición de la persona que la cometa. Se entenderá, en todo caso, que corresponde la competencia a la Jurisdicción Ordinaria para conocer de las infracciones comunes o tipificadas en este Código, siempre que alguno de los presuntos culpables sea militar o paisano, por razón del cargo que ostente o de la Autoridad que ejerza, tenga señalado fuero personal del Tribunal Supremo, conforme a la Ley Orgánica del Poder Judicial u otra norma legal especial.

12. Los delitos comunes que cometan los miembros de la Guardia Civil o de los Institutos militarmente organizados como fuerzas de seguridad o de orden público, en los casos en que la Ley por que se rijan los atribuyan a la Jurisdicción Ordinaria, y además en los que concurra alguna de las siguientes circunstancias:

a) Que el hecho se realice con motivo u ocasión de las funciones de policía judicial que tengan encomendadas bajo dependencia o al servicio de una autoridad civil.

b) Que actúen bajo mando directo de autoridades civiles, individualmente o en equipos, patrullas o unidades inferiores a seis miembros.

c) Que el delito perseguido no sea con ocasión de la actuación de dichas fuerzas en un servicio de orden público antidisturbios utilizando el armamento de fuego real.

13. Cuando el presunto culpable se encuentre destacado en país extranjero como miembro de Unidades militares españolas de ocupación, asistencia internacional o de una alianza concertada por España, no serán de aplicación los preceptos establecidos en el artículo 7.º que produzcan desfuerzo por faltas, ni los del presente artículo por delitos con pena señalada no superior a la de seis años de privación de libertad.

#### Artículo 21.º

Cuando personas sujetas a distinto fuero ejecuten un solo hecho definido como delito en este Código y en el Código Penal, o sea, constitutivo de dos o más delitos de que deban conocer jurisdicciones distintas, será competente la Jurisdicción Militar cuando sea más grave la pena a imponer por delito del que sea competente la Justicia Militar. En los demás casos será competente la Jurisdicción Ordinaria.

#### Artículo 46.º

Ejercen la Jurisdicción Militar:

- 1.º El Consejo Supremo de Justicia Militar.
- 2.º Las Autoridades Judiciales militares.
- 3.º El Tribunal Central de Justicia Militar y los Tribunales Territoriales de Justicia Militar, y asimilados a ellos y el Tribunal Permanente de la Flota.
- 4.º Los Consejos de Guerra.
- 5.º Los Jueces militares togados de Instrucción.

#### Artículo 52.º

Corresponde a las Autoridades Judiciales militares mencionados en el artículo anterior.

1.º Ordenar la incoación de procedimientos judiciales contra militares de todas clases y demás personas sometidas a su jurisdicción cuando no lo hubiere mandado instruir las Autoridades o Jefes facultados al efecto.

2.º Nombrar Jueces Instructores y Secretarios para las causas o asignar la tramitación de las mismas al que resultare competente; confirmar o modificar los nombramientos hechos en las que otras Autoridades o Jefes de su jurisdicción hubiesen prevenido u ordenado y designar también los Defensores en los casos que proceda.

3.º Inspeccionar los procedimientos judiciales, pudiendo reclamar, en cualquier momento, los que juzgue conveniente conocer y se tramiten bajo su autoridad.

4.º Decretar la nulidad de las actuaciones en los casos que corresponda

y resolver los recursos que se interpongan contra los autos de procesamiento y prisión preventiva, así como aquellos en que se acuerde el embargo, sobreseimiento definitivo y otros susceptibles de apelación.

5.º Promover y sostener competencias con arreglo a la Ley.

6.º Decretar, revocar o confirmar los sobreseimientos y la reapertura de las causas sobreseídas provisionalmente siempre que aparezcan méritos para ello.

7.º Disponer la remisión y designar los miembros de los Consejos de Guerra y autorizar los señalamientos de la sesión del Tribunal Territorial de Justicia Militar.

8.º Resolver sobre las incompatibilidades, exenciones, excusas y recusaciones de los llamados e intervenir en los asuntos judiciales.

9.º Aprobar las sentencias de los Consejos de Guerra, así como aquellas que no hubieran sido objeto de recurso y hubieran sido dictadas por el Tribunal Militar Territorial siempre que en aquéllas o ésta se hubiera impuesto pena capital al reo, pérdida de empleo o separación del servicio a Oficiales como principales, accesorias a efectos de otras penas por delito, juzgado y condenado por la Justicia Militar.

10.º Aprobar las sentencias de los Consejos de Guerra o del Tribunal Territorial Militar, cualquiera que sea la pena impuesta, siempre que se trate de delitos de traición, espionaje, rebelión, sedición, negligencia en actos de servicio, abandono del mismo, cobardía, insulto a superior, desobediencia, secuestro a mano armada y piratería, o se hayan dictado en procedimiento sumarísimo, pero siempre que los hechos constitutivos de cualquier de los señalados delitos u objeto de procedimiento sumarísimo hayan sido ejecutados en tiempo de guerra o en territorio declarado en estado de sitio.

11.º Elevar al Consejo Supremo las causas cuyas sentencias no les correspondan aprobar o no hubiesen obtenido su aprobación, o tratándose de sentencias dictadas por el Tribunal Territorial se hubiere interpuesto contra ellas el recurso de casación en justicia militar en los casos en que puedan conocer del mismo el Consejo Supremo de Justicia Militar.

12.º Remitir al Consejo Supremo testimonio del resumen elaborado por el Juez Instructor del informe o acusación fiscal y de la defensa, sentencia, escritos posteriores de los mismos si los hubiere, dictamen del Auditor y decreto subsiguiente en las causas cuyos fallos aprueban, testimonio también de los decretos que se dicten y dictámenes en que se funden acerca de los sobreseimientos o inhibiciones que acuerden.

13.º Resolver los procedimientos previos, así como los expedientes judiciales, excepto en los que aparezca responsabilidad en un Oficial General, en cuyo caso dará traslado de lo actuado a la Junta de Jefes de Estado Mayor, completada que sea la instrucción y con el informe que sea oportuno.

14.º Llevar la ejecución de las sentencias o resoluciones firmes, aprobar los licenciamientos de penados y las declaraciones de rebeldía e intervenir en las remisiones condicionales y libertades condicionales con arreglo a las leyes.

15.º Decretar el cumplimiento de los exhortos.

16.º Ejercer la Jurisdicción disciplinaria a tenor del título VIII de este

Tratado, dejando íntegra la que corresponde a la superioridad en los asuntos que hayan de llevarse a su conocimiento.

17.º Aplicar los indultos y amnistías a los condenados por Tribunales dependientes de su jurisdicción o informar sobre las peticiones de indulto que se deduzcan.

18.º Realizar las visitas de cárceles en la forma y tiempo que corresponda.

19.º Encomendar a sus subordinados las comisiones y prácticas de diligencias que exija la administración de Justicia.

#### Artículo 61.º

Independientemente de las Auditorías y donde éstas residan actuará el Ministerio Fiscal Jurídico-Militar, que promoverá la acción de la Justicia, pedirá la aplicación de las Leyes en todas las causas que se sigan en la jurisdicción respectiva y ejercerá las demás funciones que le están atribuidas por este Código.

#### Artículo 62.º

I: El Consejo de Guerra ordinario conoce de las causas en que se persigan delitos militares exclusivamente, salvo las que estén reservadas al Consejo de Guerra de Oficiales Generales a los Tribunales Territoriales o Central de Justicia Militar, al Consejo Supremo de Justicia Militar o a otros Tribunales de la Jurisdicción ordinaria o especiales.

II: El Tribunal Territorial de Justicia Militar conocerá con las mismas atribuciones procesales señaladas en el presente Código para los Consejos de Guerra de las causas que se sigan por delitos comunes o militares y comunes, a excepción de las que corresponda su enjuiciamiento y fallo a los Jueces Togados Militares de Instrucción o sean de la competencia del Tribunal Central de Justicia Militar o del Consejo Supremo de Justicia Militar, siempre que concurra alguna de las circunstancias siguientes:

a) Que alguno de los procesados fuese paisano, aunque los hechos perpetrados fueren constitutivos exclusivamente de delito militar.

b) Que siendo alguno de los procesados militar, la graduación que ostentase fuere de la que determina la competencia del Consejo de Guerra ordinario.

c) Que la petición fiscal sea de pena superior a seis meses de privación de libertad.

III: Los miembros de los Tribunales Territoriales de Justicia Militar se nombrarán por tiempo de dos años al menos y serán designados: los pertenecientes al Cuerpo Jurídico, por los respectivos Auditores y los restantes por las Autoridades Judiciales de entre los Jefes y Oficiales de las Armas y Cuerpos del Ejército respectivo, que les estén subordinados, en número suficiente para poder cubrir el volumen de trabajos en curso y todos ellos habrán de reunir los requisitos que reglamentariamente se señalen. Unos y otros actuarán en su cometido sin perjuicio de los propios de su destino y de las demás funciones profesionales que les correspondan, no siendo

excusable por ningún motivo la inasistencia a la reunión del Tribunal, excepto en casos de enfermedad o ausencia por permiso de la superioridad en que serán suplidos por los que a tal efecto hayan sido nombrados por el mismo procedimiento.

IV: Los nombramientos y ceses serán publicados en la Orden General de la circunscripción jurisdiccional de cada Ejército, según la dependencia orgánica del respectivo Tribunal, teniendo efecto a partir del primero de enero del año que corresponda.

V: El Tribunal se reunirá en la cabecera de la circunscripción jurisdiccional. La Autoridad judicial, en mérito a las circunstancias concurrentes, podrá disponer se verifique en la plaza o lugar en que se tramite la causa o en otra que se juzgue conveniente.

VI: En el trámite de autorización de vista y fallo, el Auditor señalará la composición del Tribunal por riguroso turno de rotación de Vocales y decretada la Vista y fallo por la Autoridad judicial, se dará cumplimiento a lo establecido en los artículos 758 y siguientes del presente Código.

#### Artículo 63.º

I: El Consejo de Guerra Ordinario se integrará por:

- a) Un Presidente de los empleos de Coronel o Teniente Coronel, Capitán de Navío o de Fragata.
- b) Tres Vocales de los empleos de Capitán o Teniente de Navío y pudiendo ser uno de ellos Comandante o Capitán de Corbeta.
- c) Un Vocal Ponente, Capitán Auditor, o, en su defecto, de la categoría inmediata superior, del Cuerpo Jurídico-Militar que corresponda.

II: El Tribunal Territorial de Justicia Militar estará integrado por:

- a) Un Teniente Coronel Auditor, Presidente.
- b) Dos Vocales de los empleos de Comandante o Capitán o Capitán de Corbeta o Teniente de Navío.
- c) Dos Vocales de los empleos de Comandante Auditor o Capitán Auditor, uno de los cuales y según turno, actuará como Ponente. En el caso en que alguno de los procesados fuese militar, cualquiera que fuera su rango o empleo, uno de estos Vocales será sustituido por otro de los de la clase b) del párrafo anterior, y que actuará en número de tres y no de dos.

#### Artículo 67.º

I: El Consejo de Guerra de Oficiales Generales conoce de las causas atribuidas a la Jurisdicción Militar y en las que se persigan delitos militares exclusivamente, salvo las que estén reservadas al Tribunal Central de Justicia Militar o al Consejo Supremo de Justicia Militar o a otros Tribunales de la Jurisdicción ordinaria siempre que alguno de los procesados se encuentre comprendido en alguna de las siguientes categorías:

- 1.º Oficiales particulares y sus asimilados de cualquiera de los Ejércitos.
- 2.º Retirados de las clases anteriores que no hubiesen sido separados del servicio por virtud de procedimiento judicial o gubernativo.
- 3.º Contra los militares de empleos inferiores en posesión de la Cruz Laureada de San Fernando.

II: El Tribunal Central de Justicia conocerá de las causas atribuidas a la Jurisdicción Militar en que se sigan delitos comunes del Código penal ordinario o delitos militares y comunes en los casos en que concurra alguna de las siguientes circunstancias y no corresponda su enjuiciamiento al Consejo Supremo de Justicia Militar:

a) Que alguno de los procesados sea oficial particular o asimilado de cualquiera de los Ejércitos.

b) Que alguno de los procesados se encuentre comprendido en los números 2.º y 3.º del apartado anterior o esté designado o adscrito en los Organismos Centrales del Ministerio de Defensa, Cuarteles Generales de cualquiera de los tres Ejércitos o Alto Estado Mayor y organismos dependientes de los anteriores y sea paisano u ostente al menos la categoría de suboficial o asimilado.

c) Que alguno de los procesados, siendo paisano, ostentare Autoridad civil; o de orden judicial, sin fuero del Tribunal Supremo, o fuere Concejal o Diputado provincial.

d) Que el delito perseguido, aunque fuere sólo de naturaleza militar, se hubiere perpetrado contra las Cortes o Gobierno.

#### Artículo 68.º

I: El Consejo de Guerra de Oficiales Generales se compondrá:

a) De un Presidente.

b) De tres Vocales: uno y otros Oficiales Generales.

c) De un Vocal ponente, Coronel Auditor, o en su defecto de la categoría inmediata inferior del Cuerpo Jurídico-Militar que corresponda designado por la Autoridad Judicial a propuesta del Auditor.

Presidirá el Consejo el Oficial general de mayor empleo o más antiguo de los llamados a formarlo. El Presidente, siempre que sea posible, tendrá empleo superior al de los Vocales.

II: El Tribunal Central de Justicia Militar estará integrado por:

a) Un Consejero Togado o Ministro Togado, Presidente.

b) Dos Vocales de los empleos de General de Brigada o Contralmirante.

c) Dos Vocales de los empleos de General Auditor o Coronel Auditor, uno de los cuales, según turno, actuará de Ponente. En el caso de que alguno de los procesados fuere militar, uno de estos Vocales será sustituido por otro de los de la clase b) del párrafo anterior y que actuarán en número de tres y no de dos.

III: El Tribunal Central de Justicia Militar actuará orgánicamente adscrito al Consejo Supremo de Justicia Militar, su Presidente será nombrado por las mismas normas que se siguen para los Consejeros del Consejo Supremo de Justicia Militar y los que hayan de formar parte como Vocales por el Ministro de Defensa.

IV: Concluida la instrucción de las actuaciones de los procedimientos de que resulte competente el Tribunal Central y sus posteriores de conclusiones evacuadas por las partes, el Auditor remitirá a aquél lo actuado para que se le dé el curso que señalan los artículos 755 y siguientes del Código, correspondiendo al Tribunal la adopción de las subsiguientes reso-

funciones con la misma prerrogativa que la de las Autoridades judiciales, excepto las relativas a aprobación de sentencia, las cuales estarán atribuidas a la sala de Justicia del Consejo de Justicia Militar.

V: El Tribunal Central actuará asistido de los Secretarios Relatores del Consejo Supremo y las funciones fiscales se desempeñarán por la Fiscalía Togada.

VI: Los miembros que deben componer el Tribunal en cada una de sus reuniones serán designados por el Presidente del Consejo Supremo de Justicia Militar, oído el Presidente del Tribunal. Este, caso de ausencia justificada o enfermedad, será sustituido por quien a tal efecto sea nombrado de entre los Consejeros del Consejo Supremo.

#### Artículo 73.º

1.º El Consejo de Guerra de Oficiales Generales se reunirá en la residencia de la Autoridad Judicial, y si no fuera posible, donde la misma señale dentro de su jurisdicción.

2.º El Tribunal Militar Territorial se reunirá en el lugar de residencia de la Autoridad Judicial que conozca de la causa, donde ésta se tramite, o en otra plaza, cuando, a juicio de aquélla, razones especiales así lo aconsejen. La designación de local y señalamiento del día y hora en que el Tribunal deba reunirse se publicará en la Orden General de la Jurisdicción y en la de la Plaza.

3.º La designación del Vocal Ponente se realizará mediante turno de rotación, que llevará el propio Tribunal.

#### Artículo 80.º

Están obligados a formar parte de los Consejos de Guerra todos los Oficiales de los respectivos empleos que se encuentren en activo, aunque no cubran plantilla, exceptuándose solamente los que tengan alguna causa de incompatibilidad o exención.

En igualdad de empleo serán preferidos los que tengan destino.

Los Oficiales Generales en situación de reserva están obligados a formar parte de los Consejos de Guerra de Oficiales Generales que hayan de reunirse en la localidad en que residan, siempre que no los haya en activo para constituirlos.

Al designarse por el Auditor los Vocales de los Tribunales Territoriales de Justicia Militar que han de formar parte del Tribunal para cada señalamiento, se procurará que uno de ellos pertenezca a los mismos Arma o Cuerpo que el procesado, y si son varios y de distintos, se designará, a ser posible, un Vocal de la misma procedencia que el acusado de mayor categoría y otro del Arma o Cuerpo de la mayoría de los restantes. Los Vocales Militares de los Tribunales Militares que hayan de ver y fallar causas instruidas por accidentes de mar o aire u operaciones marineras, cuando todos los procesados sean militares, pertenecerán siempre al Cuerpo General de la Armada o del Ejército del Aire (Servicio o Escala de Vuelo).

**Artículo 84.º**

El Consejo Supremo de Justicia Militar ejercerá:

1.º La alta jurisdicción sobre las de los Ejércitos de Tierra, la Armada y el del Aire, según la competencia que le está legalmente asignada.

2.º Las funciones consultivas que las leyes o Reglamentos le señalen. Tendrán tratamiento impersonal.

**Artículo 85.º**

El Consejo forma parte orgánicamente del Ministerio de Defensa y estará integrado por personal de los Ejércitos que, reuniendo las condiciones legalmente establecidas, designe dicho Departamento.

**Artículo 86.º**

El Consejo se entenderá directamente con los Ministros de Defensa y de Justicia, el Fiscal y Presidente del Tribunal Supremo en los asuntos que les conciernan y será común a la Jurisdicción Militar de los tres Ejércitos lo dispuesto en esta Ley sobre la Organización de dicho Consejo.

**Artículo 87.º**

El Consejo se compone de un Presidente, diez Consejeros Militares, seis Consejeros Togados y dos Fiscales, uno Militar y otro Togado.

El presidente será Capitán General de los Ejércitos, Teniente General o Almirante en situación de actividad, en todo caso.

Los Consejeros Militares pertenecerán: seis al Ejército de Tierra, dos al de Mar y dos al de Aire con categoría, al menos, de General de División o Vicealmirante.

Los Consejeros Togados serán: tres del Cuerpo Jurídico Militar, uno del Cuerpo Jurídico de la Armada y uno del Cuerpo Jurídico del Aire, y uno más en rotación entre estos dos últimos Cuerpos Jurídicos, todos de categoría asimilada a General de División y en situación de actividad.

Los Fiscales, Militar y Togado, serán nombrados, respectivamente, de entre Generales de División o Vicealmirante, y de entre ellos en situación de actividad.

Será Secretario del Consejo un General de Brigada o un Contralmirante, proveyéndose dicho cargo entre los de tales empleos de los tres Ejércitos en situación de actividad, conforme al turno y por el plazo que se establezca en el Reglamento del Consejo.

**Artículo 89.º**

Con dependencia inmediata de los Fiscales respectivos habrá dos Tenientes Fiscales en la Fiscalía Militar y otros dos en la Togada.

Un Teniente Fiscal será General de Brigada del Ejército de Tierra y

otro Contralmirante de la Armada o General de Brigada del Ejército del Aire. Un teniente Fiscal Togado será General Auditor del Cuerpo Jurídico Militar y otro General Auditor de la Armada o General Auditor del Cuerpo Jurídico del Aire. Existirán, además en ambas Fiscalías, los Jefes, Oficiales y Auxiliares que se estimen necesarios para el servicio de las mismas.

#### Artículo 101.º

Constituido en Sala de Justicia, conoce el Consejo Reunido de las causas que, siendo de la competencia del Consejo Supremo, se hubieren formado:

1.º Por los de traición cometidos por algún Jefe militar al frente de fuerza armada.

2.º Por hechos de armas.

3.º Por la rendición de una plaza, fortaleza, aeródromo, puesto militar, naves del Estado o fuerza armada.

Conocerá además, en única instancia, de las causas instruidas:

1.º Por los delitos que cometan:

Los Capitanes Generales de los mismos Ejércitos los Tenientes Generales y Almirantes con mando, así como por los delitos militares o militares y comunes cometidos por los demás Oficiales Generales o asimilados.

Los Presidentes, Consejeros y Fiscales que sean o hayan sido del propio Consejo.

El Jefe del Alto Estado Mayor, el Jefe del Estado Mayor del Ejército de Tierra, del Mar o del de Aire.

2.º Por los delitos que cometan durante el desempeño de sus cargos las autoridades militares que ejerzan jurisdicción.

3.º Por delitos que cometan los Presidentes y Vocales de los Consejos de Guerra de Oficiales Generales relativos al ejercicio de sus funciones judiciales.

#### Artículo 107.º

Corresponde a la Sala de Justicia:

I: 1.º Conocer de las causas falladas por los Consejos de Guerra o Tribunales Militares cuando deban ser elevadas al Consejo Supremo por ministerio de la Ley o por disentimiento con excepción de las reservadas al Consejo Reunido.

2.º Resolver los recursos interpuestos contra la sentencia de los Tribunales Militares.

3.º Resolver los disensos entre las Autoridades Judiciales Militares y sus Auditores.

4.º Dirimir las competencias de jurisdicción entre Autoridades Judiciales de un mismo Ejército.

5.º Decretar la formación de causas cuando en los asuntos de que conozcan encuentre razón para ello.

6.º Exigir la responsabilidad judicial que corresponda en las causas

cuyos fallos hayan sido ejecutorios por aprobación de las Autoridades competentes y respecto de los sobreseimientos e inhibiciones que aquéllas hubieren acordado.

7.º Conocer de las quejas que se promuevan contra los Tribunales o Autoridades de los Ejércitos por denegación de los Recursos u otras garantías que las leyes concedan.

8.º Reclamar y examinar, cuando lo crea conveniente, las causas fenecidas, acordando lo que corresponda sin que las sentencias ya firmes puedan ser anuladas, rectificadas o alteradas, salvo por los trámites establecidos para el recurso de revisión cuando éste proceda.

9.º Aplicar en las causas que hubiere fallado en única instancia las amnistías o indultos. También cuando dichas gracias pudieran ser aplicables al dictar sentencia.

10.º Conocer, cuando proceda, de los recursos que se eleven al Consejo sobre la aplicación que hubieren hecho de tales gracias los Tribunales o Autoridades inferiores.

11.º Emitir los informes que se interesen por el Gobierno sobre concepción de indultos particulares o conmutaciones de pena.

12.º Conocer y sustanciar los recursos de revisión que han de ser resueltos por el Consejo Reunido.

13.º Conocer de los demás asuntos e incidencias judiciales que no sean de la especial competencia del Consejo Reunido.

II: Conocerá también:

1.º De las causas que se instruyan por delitos comunes contra Oficiales Generales de los Ejércitos cuyo conocimiento no corresponda al Consejo Reunido.

2.º De las instruidas contra el Secretario y Tenientes Fiscales del Consejo por todos los delitos que cometan durante el desempeño de sus cargos.

3.º De las que se sigan contra los Presidentes y Vocales de los Consejos de Guerra y Tribunales Militares, ambos ordinarios, por delitos relativos al ejercicio de funciones judiciales.

4.º De las seguidas contra militares cualquiera que sea su empleo o categoría, si por razón de jerarquía civil están sometidos por leyes especiales a la jurisdicción del Consejo Supremo, salvo en los casos de desafuero comprendidos en este Código.

5.º De las que se siguen contra Jueces, Instructores, Fiscales y Asesores por delitos referentes al ejercicio de sus funciones.

6.º De las que se instruyan contra Oficiales de los Ejércitos o Asimilados destinados en el Consejo Supremo por los mismos delitos del número anterior.

Artículo 116.º

Los Capitanes Generales, por su alta dignidad, no precisan ninguna condición especial para ser nombrados Presidente del Consejo.

Los Tenientes Generales y Almirantes para ser nombrados deberán estar en posesión de la Gran Cruz de la Real y Militar Orden de San Hermenegildo y tener alguna de las condiciones siguientes:

- a) Haber desempeñado el mismo cargo.
- b) Haber sido Ministro de cualquiera de los Departamentos Militares.
- c) Haber sido General en Jefe del Ejército.
- d) Hallarse en posesión de la Cruz Laureada de la Orden de San Fernando.
- e) Haber mandado Cuerpo de Ejército en Campaña.
- f) Haber sido con la misma u otra denominación Capitán General de Región Militar, Zona Marítima o General Jefe de Región Aérea; Consejero de Estado o del Supremo de Justicia Militar, Director General de la Guardia Civil; Jefes del Alto Estado Mayor, de la Junta de Jefes de Estado Mayor y de los del Ejército, Armada o Aire.

#### Artículo 123.º

Para el cargo de Fiscal Togado será nombrado un Consejero Togado o Ministro Togado de cualquiera de los tres Ejércitos y deberá pertenecer a la Real y Militar Orden de San Hermenegildo.

#### Artículo 127.º

I: Corresponde a los Fiscales del Consejo:

- 1.º Pedir la aplicación de las Leyes en los asuntos en que estén llamados a intervenir.
- 2.º Poner en conocimiento del Consejo los abusos e irregularidades que aprecien y consideren que aquél tiene competencia para remediar, sin perjuicio de poder dirigirse directamente al Gobierno en otro caso.
- 3.º Someter a Consejo las mociones que consideren convenientes.
- 4.º Recibir directamente del Gobierno las órdenes e instrucciones que éste considere oportunas para la rigurosa aplicación de las Leyes, la defensa de los intereses y derechos de la Nación, de los Ejércitos y los poderes del Rey, de las que darán conocimiento al Consejo Supremo.
- 5.º Formular las propuestas correspondientes para el nombramiento de los Tenientes Fiscales.
- 6.º Cumplir los demás deberes que les impongan las Leyes.

II: Corresponde privativamente al Fiscal Togado:

- 1.º Promover la acción de la Justicia en la Jurisdicción Militar.
- 2.º Sostener la integridad de la Jurisdicción Militar con arreglo a las Leyes.
- 3.º Vigilar el cumplimiento de las Leyes, Reglamentos y Ordenanzas y disposiciones relativas a la Justicia Militar.
- 4.º Proponer las correcciones disciplinarias en los casos que corresponda.
- 5.º Redactar, al principio de cada año judicial, una Memoria dirigida a la Presidencia del Gobierno y al Ministro de Defensa en las que exponga cuanto considere pertinente en relación con la Justicia Militar durante el año anterior e indique las cuestiones que se hayan suscitado y las reformas que puedan introducirse.
- 6.º Formar anualmente la estadística general de las causas criminales

conclusas por sentencia firme y de los sobreseimientos e inhibiciones que se hubiere acordado por la Jurisdicción Militar.

7.º Sin perjuicio de la plena integridad de las atribuciones que corresponde a las Autoridades Judiciales Militares, el Fiscal Togado tendrá también facultades directivas, inspectoras y disciplinarias sobre todos los miembros del Ministerio Fiscal Jurídico-Militar, a cuyo efecto dirigirá a cada Fiscalía las instrucciones que juzgue convenientes para mejor desempeño de su misión, de las que conferirá traslado a la Autoridad Judicial respectiva a los solos efectos de su noticia, y de las que dará también conocimiento al Consejo.

III: El Fiscal Togado, por decisión del Gobierno, a excitación del Consejo Supremo o por propia iniciativa, podrá designar a uno de los Tenientes Fiscales miembros de la Fiscalía o a uno de los Fiscales Jurídicos Militares de los Ejércitos, según proceda para que inspeccione o intervenga ejerciendo las funciones fiscales en alguna causa o actuación determinada.

Del nombramiento dará cuenta al Ministro de Defensa, al Consejo y, en caso, a la Autoridad Judicial a la que corresponda conocer del procedimiento.

#### Artículo 136.º

I: La instrucción de la tramitación de las actuaciones judiciales se confía y está a cargo de los Jueces Togados Militares de Instrucción o en su caso de los que para una plaza o cuerpo sean designados como jueces militares.

II: La instrucción de las causas de que conozcan los Tribunales Territoriales de Justicia Militar, corresponderá a los Juzgados Togados, Militares de Instrucción, constituidos, permanentemente, en la cabecera de cada circunscripción jurisdiccional, y en las plazas que, por su importancia o densidad de guarnición, se considere necesario; su término territorial se asignará reglamentariamente.

Instruirán también los expedientes judiciales en que se persigan faltas cometidas por paisanos y los procedimientos previos cuando así lo acuerde la Autoridad Judicial, en atención a la naturaleza y circunstancia de los hechos que en ellos se depuren.

III: Los Juzgados Togados serán desempeñados por un Capitán o Comandante del Cuerpo Jurídico respectivo y excepcionalmente del empleo de Teniente Coronel o Coronel, nombrados según lo dispuesto reglamentariamente y previa conformidad del Ministro de Defensa.

IV: Los Jueces Togados y los de Plaza incoarán los procedimientos de oficio y por orden de la Autoridad Judicial o Tribunal Militar competente para el enjuiciamiento y castigo de los hechos constitutivos de delito o falta, según su competencia. Darán cuenta inmediata a la Autoridad Judicial de quien dependan, dentro de las veinticuatro horas del inicio o recepción de actuaciones, sin perjuicio de practicar las diligencias o resoluciones de reconocida urgencia.

**Artículo 137.º**

En los supuestos de que la competencia no sea de la señalada anteriormente al Juzgado Togado o de plaza o hayan de conocer el Tribunal Central de Justicia Militar el nombramiento del Juez Instructor, se hará, para cada procedimiento, por la Autoridad Judicial o por la Autoridad o Jefe militar que dé la orden de proceder y recaerá siempre en Oficial General o Particular que de ellos dependan.

La Autoridad Judicial, si lo estimara procedente, podrá disponer que la Secretaría del Juez Instructor nombrado conforme al párrafo anterior, sea asistida o dirigida por el Juzgado Togado permanentemente radicado en la plaza más próxima a la que deban seguirse las actuaciones.

**Artículo 154.º**

Los procesados podrán nombrar en todo caso, para el ejercicio de su derecho de defensa, a Abogado en ejercicio dentro de la circunscripción jurisdiccional en que haya de verse y fallarse la causa o la de la sede del Juzgado Instructor y también a Oficiales de las Armas, Cuerpos e Institutos de cualquiera de los Ejércitos con destino en el mismo territorio jurisdiccional, pudiendo ser asistidos de ambas clases de defensa para el informe oral ante el Tribunal en el caso de que alguno de los delitos del procesamiento sea militar y se señale en la petición fiscal pena superior a seis años de privación de libertad.

Podrán asimismo solicitar se les designe defensor de oficio letrado o militar.

Si no usasen del derecho establecido en el párrafo precedente, se les nombrará de oficio un Defensor militar del Ejército por el que se tramite la causa y destinado en la plaza en que se instruya.

En las plazas o unidades sitiadas o bloqueadas, en los buques que se encuentren navegando sueltos y en los Ejércitos en campaña, cuando no puedan paralizarse las actuaciones, se designará por el procesado un Jefe u Oficial. Si no lo hiciere se le nombrará de oficio.

**Artículo 155.º**

Para la designación de Defensor militar, salvo la excepción prevenida en el último párrafo del artículo anterior, se observarán las reglas siguientes:

1.ª Las personas que deban ser juzgadas por el Consejo Supremo de Justicia Militar, o Tribunal Central de Justicia Militar, podrán elegirlo de entre los Generales, Jefes y Oficiales y sus asimilados residentes en Madrid, o ratificar el nombramiento de quien hubiere asumido la Defensa ante el Consejo de Guerra o Tribunal Militar o en la circunscripción Jurisdiccional en donde se hubiere instruido el procedimiento.

2.ª Las que deban ser juzgadas por el Consejo de Guerra de Oficiales Generales o Tribunal y Territoriales Militares, podrán elegirlo de entre los Generales, Jefes y Oficiales y sus asimilados, residentes en la localidad en que se siga la causa, o dependientes de la Autoridad Judicial respectiva.

3.ª Las que deban ser juzgadas por el Consejo de Guerra ordinario, lo elegirán de entre los Jefes u Oficiales y sus asimilados residentes en el lugar donde se instruya o haya de fallarse la causa.

#### Artículo 156.º

El procesado licenciado en Derecho podrá defenderse a sí mismo, si así conviniera a su interés y fuese autorizado para ello por la Autoridad Judicial.

#### Artículo 157.º

Si dos de los Abogados sucesivamente elegidos por el procesado se negasen a aceptar la defensa o fuesen retirados de la misma, se le proveerá de oficio requiriéndole a tal efecto para que manifieste si desea que se le designe de la clase de Abogado o Militar. En caso de no utilizar este derecho, en el mismo acto, se le nombrará defensor militar del respectivo Ejército.

El cargo de Defensor, salvo causas de incompatibilidad, exención o excusa, es obligatorio para los militares designados de oficio o de entre los comprendidos en las listas reglamentarias.

#### Artículo 164.º

Están exentos y no podrán ser nombrados Defensores:

- 1.º Los Ministros.
- 2.º Los Consejeros de Estado.
- 3.º Los Consejeros y demás funcionarios que presten servicio en el Supremo de Justicia Militar.
- 4.º Las Autoridades Militares.
- 5.º Los Subsecretarios, Secretarios Generales y Directores Generales.
- 6.º Los Ayudantes y Oficiales a las órdenes del Jefe del Estado.
- 7.º Los Oficiales de los Cuerpos Jurídico-Militares que tengan destino activo o no se hallen en situación de supernumerario ejerciendo la abogacía.
- 8.º Los Oficiales del Clero castrense.
- 9.º Los que tengan parentesco de consanguinidad dentro del cuarto grado civil, o segundo de afinidad, con cualquiera de las personas mencionadas en el artículo 158, llamadas a intervenir en la causa, o los que hayan desempeñado funciones de otro orden en el mismo procedimiento.
- 10.º Los Generales, Jefes y Oficiales en situación de reserva que no tengan su residencia en la plaza en que se instruya la causa.

#### Artículo 165.º

Pueden excusarse del cargo de Defensores si fueran nombrados:

- 1.º Los Capitanes Generales, cuando el procesado no tuviese igual jerarquía militar.
- 2.º Los Diputados y Senadores.
- 3.º Los que tengan mando de Cuerpo o buque.
- 4.º El personal de los Cuerpos auxiliares y el de la Guardia Civil y Cuerpos similares cuando no pertenezca a ellos el procesado, salvo que esté el Ejército en campaña o en territorio en estado de guerra.

5.º Los Generales, Jefes y Oficiales con destino en las Oficinas centrales de los Ejércitos, en cuanto a las causas de Consejos de Guerra ordinario.

6.º Los Generales, Jefes y Oficiales en situación de supernumerarios o reemplazo por herido.

7.º Los empleados en Comisiones activas del servicio y cualesquiera otros en quienes concurren razones atendibles, que apreciará la autoridad judicial oyendo al Auditor.

#### Artículo 221.º

Toda pena impuesta a Oficial o Suboficial por los delitos comunes de robo, hurto, estafa, apropiación indebida o por los de malversación comprendidos en los artículos 394 y 396 del Código Penal, llevará como accesoria la de separación de servicio, si la extensión de la pena impuesta fuera superior a seis meses.

#### Artículo 231.º

Las penas de la Ley común impuestas a Oficiales y Suboficiales producirán los efectos siguientes:

Las de reclusión mayor, reclusión menor y presidio mayor: la pérdida de empleo.

Las de prisión mayor, prisión menor por más de tres años y presidio menor en cualquier extensión, extrañamiento, confinamiento o inhabilitación: absoluta y especial: la separación del servicio.

Las de prisión menor por menos de tres años y arresto mayor, en las que se hubiere otorgado el beneficio de remisión condicional: suspensión del empleo militar.

Las de destierro: pérdida de tiempo de servicio por el que durase aquélla.

Las penas anteriores producirán, además de los efectos militares señalados, los consignados para cada una de ellas en la Ley común.

#### Artículo 245.º

Se confiere a las Autoridades Judiciales Militares la facultad de otorgar motivadamente por sí o de aplicar por Ministerio de la Ley a los reos penados por ellas en sentencias dictadas en su circunscripción jurisdiccional con arreglo a lo dispuesto en las Leyes comunes, la condena condicional que deja en suspenso la ejecución de la pena impuesta.

También podrá aplicarse la suspensión de condena por delitos comprendidos en este Código o en cualquier otra Ley penal militar, a los penados que no pertenezcan a los Ejércitos ni estén agregados a ellos.

La aplicación se llevará a cabo en los casos y con los requisitos establecidos en el Código Penal, mas sin otro recurso que los autorizados en el artículo 906.

Quedan exceptuados de la suspensión de condena los autores y cómplices a los que siendo militares se les haya condenado por delitos en los que se haga aplicación del artículo 194.

## Artículo 256.º

Para los efectos de este Código se considera:

1.º Que son actos del servicio todos los que tengan relación con los deberes que impone al militar su permanencia en los Ejércitos de Tierra, Mar o Aire.

2.º Que son actos del servicio de armas todos los actos militares que reclaman en su ejecución el uso, empleo o manejo de las mismas, con arreglo a las disposiciones generales que rijan y a las órdenes particulares que dicten los Jefes en su caso.

Para los efectos penales se reputan también como tales servicios de armas, aunque éstas no se empuñen por los militares:

a) La ejecución de cualquier maniobra o faena marinera o de aeronave, cuyo objeto conocido sea preparar o realizar alguno de los servicios expresados en el párrafo anterior.

b) El de transmitir, recibir y cumplimentar una orden relativa al servicio de armas.

c) Toda acción preparatoria de armarse o municionarse individualmente, cuando se halle reunida o llamada la tropa o marinería para formar o para ocupar sus puestos en el servicio que les corresponda.

d) Cuantos actos preliminares o posteriores al mismo servicio de armas se relacionen con éste o afecten a su ejecución.

3.º Que las fuerzas terrestres, navales o aéreas estén frente al enemigo, cuando el mismo se hallare notoriamente y constituyendo fuerza armada, en el territorio, mar o aire declarado en estado de guerra o en operaciones de campaña, a una distancia que haga posible de modo inmediato el combate.

Las fuerzas de antiaeronáutica de los tres Ejércitos se considerarán también al frente del enemigo mientras estén en situación de alerta. Las fuerzas navales a flote lo estarán, además, siempre que se hallen desempeñando alguna misión de guerra.

4.º Que se está al frente de rebeldes o sediciones siempre que a la vista de la localidad, campamento, buque o posición en que se hallare, exista cualquier grupo o fuerza armada en actitud rebelde o sedición aun cuando no hubiere precedido declaración formal del estado de guerra.

5.º Que las unidades de los Ejércitos de Tierra, Mar y Aire se hallan en campaña, cuando residan u operen en zonas terrestres, marítimas o aéreas declaradas en estado de guerra, aunque no aparezca ostensiblemente ningún enemigo armado, así como siempre que por precaución u otra razón de Estado ordenen las autoridades militares que las fuerzas practiquen el servicio de campaña.

6.º a) Que son Autoridades militares quienes por razón de su cargo o destino militar ejerzan mando superior o tengan jurisdicción o atribuciones gubernativas o administrativas en el lugar o unidad de su destino, aunque funcionen con dependencia de otras autoridades militares principales.

b) En todo caso lo serán también los que formen parte como Presidentes, Consejeros o Vocales de Organismos o Tribunales de Justicia militar,

los Auditores, Jueces y Fiscales en el desempeño de sus funciones o con ocasión de ellas, así como los Coroneles o Capitanes de Navío, Generales o Almirantes, Jefes de unidades y organismos administrativos militares, además del Ministro de Defensa, el Presidente del Gobierno y el Jefe del Estado en el ejercicio de las atribuciones constitucionales o legales inherentes a sus funciones, prerrogativas u otras de mando militar.

c) En tiempo de guerra o previéndose oficialmente para ella serán asimismo considerados como Autoridades Militares los Jefes de Unidades que operen separadamente en el espacio a donde alcance su acción militar y los Oficiales destacados para algún servicio dentro de la localidad o zona en que deban prestarlo, si en ellos no existe una Autoridad militar constituida.

d) Serán también considerados como Autoridades estando fuera del territorio nacional y de sus aguas o espacios jurisdiccionales:

1. Los Comandantes de División, grupos de buques o aeronaves, convoyes, buques o aviones de guerra sueltos y columnas en las aguas, espacio o territorio donde alcance su acción militar.

2. Los Oficiales de cualquier clase destacados para algún servicio dentro de las aguas o lugares en que deben prestarlo, siempre que allí no exista Autoridad Militar constituida, y en lo que concierna a la misión militar que se los haya encomendado.

#### Artículo 262.º

El español que en tiempo de paz entregare o comunicare a otro planos, diseños o documentos secretos relativos a la Defensa Nacional, siempre que hubiere posibilidad de perjuicio para la Patria, será castigado con la pena de reclusión. En tiempo de guerra podrá aplicarse la pena de muerte.

#### Artículo 286.º

Son reos del delito de rebelión militar los que se alcen en armas contra el Jefe del Estado, su Gobierno o Instituciones fundamentales de la Nación, siempre que lo verifiquen concurriendo alguna de las circunstancias siguientes:

1.º Que estén mandados por militares o que el movimiento se inicie, sostenga o auxilie por fuerzas de los Ejércitos.

2.º Que formen grupo militarmente organizado y compuesto de diez o más individuos y estén armados con armas de guerra.

3.º Que formen grupo en número menos de diez si en distinto territorio de la Nación existen otros grupos o fuerzas organizadas en la forma que se señala en el apartado anterior, así como en cualquier caso que se empleen aeronaves o buques de guerra o carros de combate o se produzca el asalto de un polvorín, parque de artillería, arsenal militar o almacén de armas de guerra, apoderándose de ellas.

4.º Que hostilicen a las fuerzas de los Ejércitos.

5.º También se considerarán reos del delito de rebelión militar los que así se declaren en leyes especiales o en los bandos de las autoridades militares.

**Artículo 312.º**

A los efectos de este Código se reputarán fuerza armada a los individuos que en acto de servicio de armas o con ocasión de él y vistiendo el uniforme reglamentario, presten servicios propios de las Fuerzas Armadas, aunque lo verifiquen por mandato o en auxilio de la Autoridad Civil, judicial o administrativa.

Asimismo, se reputarán fuerza armada:

1.º El Comandante y dotación de un buque de guerra en navegación dentro de las aguas jurisdiccionales españolas y además en alta mar respecto de los buques mercantes de bandera española y su tripulación y pasaje.

2.º El Comandante y dotación de una aeronave militar en vuelo en el espacio aéreo de soberanía española, además de en los espacios aéreos no estatales respecto de la tripulación y pasaje de las aeronaves privadas o comerciales de matrícula española.

3.º Los miembros de los cuerpos e instituciones militarmente organizados, cuando así lo dispongan sus Leyes Orgánicas u otras leyes especiales.

**Artículo 316.º**

Incurrirán en la pena de prisión los que por cualquier medio ultrajasen a la Bandera Nacional o Estandarte en lugares o edificios militares, así como cuando fueran portadas por Unidades militares o en paradas, desfiles o formaciones de tal carácter o el hecho se produjera contra las fuerzas o el Himno Nacional, estacionadas o interpretado en iguales circunstancias o lugares.

Con la misma pena se castigarán las ofensas a los emblemas o insignias militares en iguales circunstancias u ocasión.

**Artículo 317.º**

Incurrirán en la pena de prisión hasta seis años el que de palabra, por escrito o por cualquier medio de publicidad, injurie u ofenda, clara o encubiertamente, a los Ejércitos o Instituciones, Armas, Clases o Cuerpos determinados de los mismos, siempre que el culpable fuese militar o el hecho se produzca ante un mando en presencia de sus tropas o en acuartelamiento, recinto o lugar militar.

**Artículo 437.º**

Será castigado con arresto el militar que incurra en algunas de las faltas siguientes:

1.º No cumplimentar las órdenes relativas al servicio, siempre que el hecho no constituya delito o falta leve.

2.º Dejar de cumplir sus deberes militares sin incurrir en el delito señalado en el número 2.º del artículo 391.

3.º Poner mano a las armas para ofender a otro encontrándose en cuartel, campamento, buque, aeronave u otro cualquier lugar en que se hallen fuerzas reunidas.

4.º a) Acudir a la prensa o a otros medios de difusión análoga, por primera vez, sobre asuntos del servicio propios del implicado o pendientes de petición o recurso en favor de su pretensión o sobre aspectos concretos que puedan afectar a la debida protección de la seguridad nacional o se utilicen datos sólo conocidos por razón del destino o cargo en las Fuerzas Armadas o se expusiese conculcando una prohibición expresa del Ministerio de Defensa aun no afectando a los anteriores intereses el tema debatido o tratado. Se entenderán comprendidas en este párrafo:

Los escritos contrarios a la disciplina o al respeto a las Autoridades militares y superiores jerárquicos cuando no constituyan responsabilidad más grave.

Las discusiones que susciten antagonismo entre los distintos Cuerpos o Institutos de los Ejércitos o promuevan disgustos o falta de armonía y fraternidad entre las clases militares.

La murmuración sobre el Jefe del Estado, el Gobierno, el Ministro de Defensa y las demás Autoridades que ostente mando militar superior.

Las reclamaciones por medio de la imprenta y otro medio de difusión o publicidad y cuantas manifestaciones violen un deber de secreto sin incurrir en responsabilidad más grave.

b) Incurrir en segunda falta de las previstas en el artículo 443, párrafo segundo.

5.º Hacer uso de pasaporte, licencia o de cualquier otro documento legítimo expedido a favor de otra persona.

6.º Hacer uso de insignias, condecoraciones u otros distintivos militares o civiles sin estar autorizado.

7.º Quebrantar la prisión preventiva o el arresto.

8.º Excusarse con males supuestos o cualquier otro pretexto, de cumplir sus deberes o no conformarse con su puesto o servicio a que fuere destinado en tiempo de paz.

9.º Revelar en tiempo de paz el santo y seña u órdenes reservadas o quebrantar el secreto de la correspondencia oficial, no estando el hecho comprendido en el artículo 398.

10.º Utilizar para necesidades particulares, no estando autorizado, elementos de carácter oficial, siempre que el hecho no constituya delito.

11.º Extraviar por negligencia sumarios, documentos o papeles confiados a su cargo o, por la misma causa, ser culpable de la evasión de prisioneros de guerra o de otros presos cuya custodia le estuviere encomendada.

12.º Hacer reclamaciones o peticiones en forma irrespetuosa.

13.º Maltratar de obra a alguna persona sin necesidad justificada al cumplir una orden o consigna, a no constituir el hecho delito.

14.º Permitir en establecimiento militar, buque o aeronave actos que pueden producir incendio o explosión.

15.º Ocultar o alterar ante Tribunales, Autoridades o Superiores su verdadero nombre o estado y destino.

16.º Maltratar de palabra u obra a alguna persona en la casa en que esté alojado, no constituyendo el hecho delito o exigir en la misma alguna cosa a que no tenga derecho.

17.º Promover suscripciones colectivas para hacer regalos, obsequios o

agasajos de cualquier especie a los superiores, tomar parte en las mismas y aceptar la ofrenda no estando tal manifestación expresamente autorizada.

18.º Faltar públicamente al respeto debido a las Autoridades o a cualquier superior de categoría de Oficial o Suboficial de modo que no llegue a constituir delito.

#### Artículo 443.º

Son faltas leves las del aseo personal, descuido en la conservación del vestuario, equipado, ganado, armas, municiones, cuarteles, embarcaciones, alojamientos, utensilios o efectos análogos, inexactitud en el cumplimiento de las obligaciones reglamentarias e impuestas por el régimen interior de los Cuerpos, cantones, campamentos, aeródromos, buques, arsenales y demás establecimientos militares; murmuraciones contra los superiores, manifestaciones de tibieza o disgusto en el servicio, omisión de saludo a los superiores o no devolverlo a iguales o inferiores; las razones descompuestas o réplicas desatentas al superior; la concurrencia de Oficiales a tabernas o establecimientos de rango incompatible con la calidad de los mismos; la estancia escandalosa o con desdoro del uniforme, de cualquier militar, en casas de juego, actos contrarios a la dignidad militar; tomar parte en reyertas con compañeros o paisanos; las lesiones calificadas como falta por la Ley común; escándalo público, juego en cuarteles, buques o establecimientos militares; enajenar o distraer prendas o efectos de equipo cuyo valor no exceda de mil quinientas pesetas; embriaguez; ausentarse por tiempo que no llegue a constituir otra falta o delito; estar de servicio en buque, cuartel u otro establecimiento militar y permitir salir o conducir a sabiendas en embarcaciones que patroneen individuos no autorizados para ello; promover desórdenes o ejecutar excesos en marchas y alojamientos; contravenir los bandos de policía y buen gobierno y Reglamentos generales del Estado, Provincia o Municipio cuando no constituya infracción más grave; observar vida desarreglada o licenciosa o contraer deudas; ofender de palabra a paisanos; realizar hurtos; estafas o apropiaciones indebidamente de dinero o efectos en cuantía no superior a doscientas cincuenta pesetas, si el culpable no hubiere sido condenado anteriormente por delitos de robo, hurto, estafa o apropiación indebida o dos veces corregido o condenado por faltas de hurto o estafa; consumir atentados a la propiedad ajena sin causar daños o causándolos en cuantía que no exceda de doscientas cincuenta pesetas, y todas las demás que no estando castigadas en otro concepto constituyen leve desobediencia o ligera irrespetuosidad u ofensa a las Autoridades, Organismos o emblemas militares o símbolos nacionales consistan en el olvido o infracción de un deber militar, inferan perjuicio al buen régimen en los Ejércitos o afecten al decoro con que las clases militares deben dar público ejemplo de moralidad, decencia y compostura, aunque las mismas faltas tengan señalada corrección en el Código ordinario.

Igualmente serán faltas leves las que por primera vez se corrijan por incumplir el militar sus deberes de neutralidad en el ejercicio de sus derechos políticos por:

- a) Estar afiliado, colaborar o prestar apoyo a alguna organización polí-

tica o sindical, o asistir a reuniones públicas de carácter político o sindical, promovidas por los referidos partidos, grupos o asociaciones.

b) Expresar públicamente opiniones de carácter político o sindical en relación con las diversas opciones de partido, grupo, asociación u organización.

c) Asistir de uniforme o haciendo uso de su condición militar a cualquiera otras reuniones públicas de carácter político o sindical.

d) Ejercer cargos públicos o aceptar candidaturas para los mismos cuando sean electivos y tengan carácter político o sindical sin haber solicitado previamente el pase a la situación que legalmente esté señalada.

e) Quienes siendo individuos de la clase de Tropa, Marinería o de Escalas de Complemento no se abstengan a realizar los actos a que se refieren los párrafos anteriores durante el tiempo que se encuentren prestando servicio militar activo, sin perjuicio de que puedan mantener su anterior afiliación.

#### Artículo 452.º

Los procedimientos militares se iniciarán de oficio o en virtud de parte o denuncia a instancia del Fiscal Jurídico Militar que la podrá tramitar directamente al Juzgado Togado Militar de Instrucción si el conocimiento de la misma fuera de los de su competencia.

En ningún caso se admitirá la querrela. La acción privada podrá ejercitarse en todos los procedimientos, una vez acordado el auto de procesamiento, a cuyo efecto el instructor hará el oportuno ofrecimiento de acciones en la persona del agraviado o perjudicado por el delito, rigiendo con ello de manera supletoria los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, todo ello a salvo de las reglas especiales para los instruidos por uso y circulación de vehículos de motor.

#### Artículo 491.º

El Ministerio Fiscal Jurídico-Militar podrá intervenir, por propia iniciativa, en el sumario de todas las causas; asistir a las diligencias de prueba acordadas por el Instructor interrogando, con su venia, a los procesados, testigos y peritos; solicitar del Juez y, en su caso, de la Autoridad Judicial, la práctica de nuevas diligencias probatorias o la adopción de las resoluciones que considere pertinentes relativas a los procesados o a sus bienes, en cuanto sea necesario para garantizar las responsabilidades exigibles, o a las personas contra las que se deduzcan cargos, y emitir los informes que la Ley disponga.

#### Artículo 492.º

En el período de plenario pedirá la aplicación de las leyes y ejercitará la acción pública ante los Consejos de Guerra y Tribunales Militares.

**Artículo 569.º**

El Instructor recibirá declaración a cuantas personas puedan suministrar noticias o pruebas para la comprobación del delito y averiguación de los culpables.

En cada una de ellas se consignarán las preguntas del Instructor y las contestaciones del declarante.

Las preguntas serán pertinentes, sin que por concepto alguno puedan formularse de modo capcioso o sugestivo y sin que pueda emplearse coacción, engaño, promesa o artificio algunos, para obligar e inducir a declarar en determinado sentido.

**Artículo 580.º**

Están exceptuados de concurrir personalmente al llamamiento judicial, pero no de declarar:

- 1.º Los representantes diplomáticos acreditados cerca del Estado español.
- 2.º Los Ministros, presidentes de las Cortes y de sus Cámaras.
- 3.º Los Presidentes y Consejeros del Consejo de Estado, del Consejo Supremo de Justicia Militar, Presidente y Magistrados del Tribunal Supremo, Tribunal de Cuentas, de la Rota, de las Ordenes Militares y los Fiscales de los mencionados Tribunales.
- 4.º Los Capitanes Generales de los Ejércitos.
- 5.º Los Generales en Jefe del Ejército, Región, Departamento marítimo y Escuadra.
- 6.º Los Arzobispos y Obispos.
- 7.º Las Autoridades judiciales y militares.
- 8.º Los Tenientes Generales y Almirantes.

**Artículo 581.º**

Están exceptuados de comparecer personalmente ante el Juez, salvo que éste sea Oficial General:

- 1.º Los Oficiales Generales de los Ejércitos y sus asimilados.
- 2.º Los Presidentes y Fiscales Jefes de Audiencias.
- 3.º Los Auditores y Fiscales Jefes Jurídico-militares.
- 4.º Los Subsecretarios, Directores generales de los diversos ramos de la Administración civil o militar, Gobernadores Civiles, Delegados de Hacienda, Alcaldes de capitales provinciales.
- 5.º Los Diputados y Senadores.

**Artículo 595.º**

Los Oficiales Generales y Particulares y sus asimilados de los Ejércitos, cualquiera que sea el fuero del Tribunal ante el que comparezcan, prestarán juramento por su honor.

Las demás personas que hayan de declarar ante Juzgados o Tribunales militares jurarán en nombre de Dios, pero si manifestaren que el jura-

mento no es conforme a su conciencia, prometerán por su honor. Tal promesa surtirá los mismos efectos que el juramento.

#### Artículo 605.º

Los procesados contestarán de palabra a las preguntas que se les formulen por el Instructor. Sin embargo, en razón de las circunstancias de aquéllos y la naturaleza de la causa, podrá permitirles que redacten a su presencia una contestación escrita sobre puntos difíciles o complejos de explicar o que, ante su Autoridad, consulten apuntes o notas de simple recordatorio.

#### Artículo 701.º

El procesado, para evitar el embargo, podrá prestar fianza que será personal, pignoraticia, hipotecaria, o a metálico, a juicio del Instructor. Se admitirá igualmente la constituida por garantía bancaria o de la entidad en que tenga asegurada la responsabilidad civil aquel contra quien se dirija el embargo, en cuyo supuesto deberá formalizarse por escrito o por comparecencia ante el Instructor, de la persona que ostente la legítima representación de cualquiera de las autorizadas para operar en territorio nacional o de la entidad aseguradora correspondiente.

En la personal, sólo se admitirán como fiadores a españoles de intachable conducta y notoria solvencia económica que se hallen en pleno goce de derechos civiles y políticos, señalándoles por el propio Instructor la cantidad de que hayan de responder.

En la a metálico, la suma que el mismo Instructor determine, quedará custodiada en la Caja General de Depósitos y, en su defecto, en establecimientos públicos o caja de los Cuerpos. También podrá admitirse para constituir fianza valores o efectos públicos, al precio medio de cotización oficial, que se depositarán de igual modo.

#### Artículo 728.º

Elevada la causa a plenario, se pasará al Fiscal Jurídico Militar, quien formulará, en el plazo de cinco días, el escrito de conclusiones provisionales.

#### Artículo 729.º

Dicho escrito contendrá en números separados los siguientes extremos:

- 1.º Exposición concreta de los hechos que resulten del sumario, con cita de las diligencias de que deduce su prueba.
- 2.º Su calificación legal.
- 3.º La participación que en ellos se atribuya al procesado.
- 4.º Las circunstancias eximentes o modificativas de la responsabilidad criminal que estime apreciables.
- 5.º La pena que considere debe imponerse al procesado concretando la extensión de la misma o la absolución, en su caso.
- 6.º Las responsabilidades civiles procedentes.

7.º Las pruebas que estime necesario practicar o su renuncia. Cuando proponga prueba documental que ya obre en la causa, se limitará a citar los folios correspondientes para que sean leídos en el acto de la vista.

8.º Al redactar los extremos segundo al sexto, citará las disposiciones legales respectivamente aplicables.

#### Artículo 786.º

La entrega de la causa al Defensor y su devolución se ajustará a lo dispuesto en el número 13 del artículo 490.

El Defensor, al recoger la causa, firmará recibo con iguales datos, que conservará el Instructor mientras aquél la tenga en su poder y le será entregado al devolverla.

Si fueren varios los Defensores, la causa se les pondrá de manifiesto a todos por un plazo que no exceda de diez días.

Cuando la complejidad o el volumen de las actuaciones lo justifiquen podrán el Defensor o Defensores solicitar de la Autoridad Judicial la ampliación de los plazos señalados en este artículo y en el 734, petición que, informada por el Instructor dentro de las veinticuatro horas siguientes, será elevada a aquélla para su resolución definitiva, la que ordenará lo que proceda.

Expirado el plazo fijado, el Secretario procederá a recoger los autos de quien los tuviera en su poder, sin necesidad de previo apremio. Si al recogerlos no estuviera formalizado el escrito de conclusiones provisionales, se pasará la causa por término de cinco días al Defensor militar que se nombre de oficio, cesando en su cargo el designado.

#### Artículo 767.º

En los Consejos de Guerra, los Vocales efectivos y suplentes tomarán asiento a ambos lados del Presidente; el más caracterizado por su empleo y antigüedad ocupará el primer sitio de la derecha inmediato a la presidencia y el que le siga lo hará a la izquierda; y por el mismo orden los restantes. Cuando el Vocal Permanente sea de igual o menor categoría que los demás Vocales, se sentará a la izquierda del Presidente. El mismo lugar ocupará el Asesor cuando con arreglo a este Código asista al Consejo en defecto de Ponente.

En los Tribunales Militares los Vocales se sentarán a derecha e izquierda del Presidente según empleos y antigüedades.

El Instructor ocupará asiento frente al del Presidente, el Fiscal y los Defensores, a derecha e izquierda del Tribunal, respectivamente.

Los Vocales suplentes asistirán a la vista retirándose al constituirse el Tribunal en sesión secreta para deliberar, a no ser que hubieren sustituido a otros efectivos por no ser posible su presencia en la vista.

Todos los componentes del Tribunal, incluidos el Fiscal y Defensores Militares, cuya asistencia a la vista se estimará como acto de servicio preferente a cualquier otro, concurrirán al acto con uniforme reglamentario y sable.

## Artículo 777.º

Los testigos, una vez que comparezcan, se hallan obligados a declarar sobre lo que les fuere preguntado. Previamente al interrogatorio el Presidente les recibirá juramento o promesa en la forma establecida en el artículo 595. Les preguntará por su nombre, apellidos y circunstancias personales y serán examinados los propuestos por el Ministerio Fiscal y, a continuación los de la Defensa, siempre que el Presidente juzgue admisible cada uno de los puntos del interrogatorio. El Presidente y Vocales del Tribunal podrán, si lo estiman necesario, interrogar a unos y otros.

Cuando no conocieren el idioma español o fueren sordomudos, se observará lo dispuesto en los artículos 571 y 572. Para los careos se tendrán en cuenta tales normas aplicables de los artículos 616 a 619.

## Artículo 793.º

Si el Consejo o Tribunal estimase que los hechos perseguidos no son constitutivos de delito militar y sí de falta grave o leve de igual naturaleza, absolverá al procesado y llamará la atención de la Autoridad Judicial para que al aprobar la sentencia las corrija en vía judicial o gubernativa si lo considera procedente. La sentencia contendrá en su fallo la condena que corresponda por faltas comunes o incidentales.

El Tribunal Central de Justicia Militar dictará sentencia condenando o absolviendo de los hechos enjuiciados, aunque en la misma apreciase que el hecho perpetrado tiene naturaleza de delito militar únicamente.

## Artículo 809.º

Cuando sólo intervengan en el accidente buques extranjeros de una misma nacionalidad, si el abordaje no afecta a interés alguno extraño a la nación a que pertenezcan, se remitirán las actuaciones a los agentes diplomáticos o consulares del Estado cuyo pabellón enarbolean los buques y se pondrán a disposición de los mismos los presuntos culpables, si aquéllos los reclamasen oficialmente, al no disponer otra cosa los tratados internacionales.

## Artículo 816.º

Si durante la tramitación de la causa por abordaje y antes de que se dicte sentencia, falleciese el presunto responsable o procesado, se acordará el sobreseimiento definitivo de aquélla, sin perjuicio de las responsabilidades civiles que proceda exigir.

Si se acordase la rebeldía del procesado, en el auto que contenga tal declaración se hará expresa reserva de las acciones civiles que proceda en favor de quienes corresponda.

En ambos casos para la reclamación de las responsabilidades civiles, se estará a lo dispuesto en el párrafo segundo del número 4 del artículo 719.

## Artículo 823.º

Si durante la tramitación de la causa por naufragio y antes de que se dicte sentencia, falleciese el presunto responsable o procesado, se acordará el sobreseimiento definitivo de aquéllas sin perjuicio de las responsabilidades civiles que proceda exigir.

Si se acordase la rebeldía del procesado, en el auto que contenga tal declaración, se hará expresa reserva de las acciones civiles que procedan en favor de quienes corresponda.

En ambos casos, para la reclamación de las responsabilidades civiles se estará a lo dispuesto en el párrafo segundo del número 4 del artículo 719.

## Artículo 842.º

El Consejo Reunido y la Sala de Justicia, respectivamente, observarán en los asuntos judiciales de que conozcan en única instancia, las normas procesales señaladas para los que se vean en los Consejos de Guerra o Tribunales Militares, según los casos, con las variaciones siguientes:

1.º La instrucción de las actuaciones corresponderá al Consejero que está en turno para prestar este servicio. Las funciones de Secretario se desempeñarán conforme a lo establecido en el artículo 134.

2.º Para la designación del Consejero Instructor se llevarán dos turnos: Uno, de los Consejeros Militares, y otro de los Togados. En ambos casos se iniciarán por el más antiguo.

Corresponderá el turno de los Togados cuando se persigan delitos comunes o militares y comunes, así como con los conexos de unos y otros, cualquiera que fuera la naturaleza de los mismos. Asumirán la instrucción los Consejeros Militares en los demás casos y, como norma general, pertenecerán al Ejército al que corresponda el asunto según las reglas de competencia establecidas.

3.º El Consejero Instructor podrá encomendar la práctica de todas o parte de las diligencias sumariales a las Autoridades Judiciales que considere conveniente de cualquiera de los Ejércitos, la que designará, conforme a las normas generales, Instructor y Secretario que las lleve a término y darán cuenta al Consejero de los incidentes y demás cuestiones que se susciten para que resuelva lo que proceda.

El mencionado Consejero podrá también designar directamente el Instructor y Secretario, dando conocimiento a la Autoridad de quien dependa y a la del lugar en que deban desempeñar la comisión.

El Consejero Instructor, en todo cuanto se relacione con el servicio de su cargo, se entenderá directamente con las Autoridades y funcionarios públicos y usará en sus comunicaciones el sello del Consejo.

Para intervenir en las diligencias del sumario podrá el Fiscal Togado delegar en los Tenientes Fiscales o en los Jefes de las Fiscalías Jurídico-Militares.

4.º Concluido el sumario, el Secretario Relator dará cuenta al Tribunal y éste, oyendo al Fiscal Togado, acordará el sobreseimiento de las actua-

ciones o su elevación a plenario. Si la causa adoleciera de omisiones o defectos esenciales, la devolverá al Consejero Instructor, para que practique las diligencias necesarias.

5.º Acordada la elevación de los autos a plenario, se pasará al Fiscal Togado y devueltos que sean al Consejero Instructor se pondrán de manifiesto a los Defensores para el trámite de conclusiones provisionales en un plazo que no excederá de cinco días; seguidamente se practicarán las demás diligencias propias de este período del juicio hasta la vista.

El Fiscal Togado, en plenario, podrá delegar únicamente en los Tenientes Fiscales o en los Jefes destinados a su intermediación.

6.º Terminada la prueba, si se hubiera practicado previamente a la vista, el Secretario Relator entregará los autos al Tribunal, el que mandará formar apuntamiento o ampliar las diligencias y se pasarán aquéllas al Fiscal Togado para que formule su escrito de acusación.

7.º Practicado este trámite y con traslado del escrito a la Defensa, se lo pondrán de manifiesto los autos en la sede del Consejo para su conocimiento y redacción del escrito en el plazo de cinco días, que entregará al Secretario Relator para su unión al rollo.

8.º Expirado dicho término, el Tribunal designará al Consejero Togado que haya de actuar como Ponente, a quien pasarán los autos para instrucción por el término que se señale. Seguidamente señalará día y hora para la vista, citándose al Ministerio Fiscal, Defensor, acusados, testigos y peritos que hubieran de asistir. Antes de que ésta se celebre podrá pasarse la causa para estudio de los Consejeros de la Sala, que lo soliciten.

9.º El Ministerio Fiscal en el acto de la vista ante el Consejo Reunido, estará representado por el Fiscal Togado, y ante la Sala de Justicia por él mismo o por el Teniente Fiscal en quien delegue.

10.º El Consejero Instructor de la causa no podrá, en caso alguno, formar parte de la Sala que haya de verla y fallarla.

11.º El acto de la vista comenzará con la lectura del apuntamiento realizado por el Secretario Relator, y concluida ésta se observará lo dispuesto en los artículos 772 al 776, ambos inclusive.

Practicada la prueba, el Fiscal y Defensor leerán sus escritos de acusación y defensa, pudiendo después el primero hacer uso de la palabra para explicar o ampliar sus conclusiones, en cuyo caso el Defensor podrá usar de igual derecho.

12.º Finalmente, el Presidente del Tribunal preguntará al procesado si tiene algo que exponer, y manifestado, en su caso, lo que le conviniera, se declarará terminada la vista.

#### Artículo 906.º

La resolución de la Autoridad Judicial, de conformidad con su Auditor, es firme, y contra ella sólo cabe recurso de súplica ante la misma, que podrán interponer el Fiscal, el reo o el Defensor, en término de tres días, a partir de la notificación, de acuerdo con las prescripciones de la presente Ley.

Contra la denegación del recurso de súplica, en los supuestos en que

debiera aplicarse la suspensión de condena por ministerio de la Ley, podrá acudir en queja, en igual plazo, ante la Sala de Justicia del Consejo Supremo de Justicia Militar, con arreglo a lo dispuesto en el número séptimo del artículo 107.

#### Artículo 927.º

Adoptado por la Autoridad Judicial el acuerdo a que se refiere el artículo anterior, se pasará la causa al Ministerio Fiscal para que, en término que no exceda de cuatro horas, se instruya y formule escrito de acusación y propuesta de la prueba que haya de practicarse ante el Consejo de Guerra.

Al propio tiempo, el Instructor requerirá al procesado para que nombre Defensor, que podrá designar de acuerdo con lo señalado en el artículo 154; si no lo hiciere se le nombrará de oficio un Defensor militar.

Un solo Defensor asumirá la defensa de todos los procesados, a no haber incompatibilidad para ello.

Aceptado el cargo, se le pondrá la causa de manifiesto para que en término de cuatro horas, previa entrevista obligada con el procesado, formule su escrito de defensa y proposición de prueba.

Los plazos establecidos en el presente artículo podrán ser ampliados hasta veinticuatro horas por causas excepcionales que apreciará la Autoridad Judicial.

#### Artículo 976.º

Cuando por virtud de la sentencia firme anulada hubiese estado cumpliendo el condenado alguna pena, si en la nueva sentencia se le impusiere otra, se le tendrá en cuenta a tal efecto la anteriormente sufrida, si fuese de la misma o análoga naturaleza.

Cuando hubiere fallecido el penado podrán, su viuda, ascendientes o descendientes y hermanos, solicitar el juicio de revisión con objeto de rehabilitar la memoria del difunto, y de que se castigue, en su caso, al verdadero culpable.

#### Artículo 979.º

Cuando en virtud de recurso de revisión se dicte sentencia absolutoria, los interesados en ella, o sus herederos, tendrán derecho a las indemnizaciones civiles a que hubiere lugar según el derecho común, las que serán satisfechas por el Estado, sin perjuicio del derecho de éste a repetir contra el Tribunal sentenciador que hubiere incurrido en responsabilidad o contra la persona directamente declarada responsable o sus herederos.

#### Artículo 1.011.º

Se instruirá expediente gubernativo cuando se considere perjudicial la continuación de algún Oficial o Suboficial en el servicio por cualquiera de las causas siguientes:

1.º Por acumular en su expediente notas desfavorables que desmerezcan notoriamente su cualificación profesional o la aptitud para sus funciones.

2.º Por observar mala conducta habitual e incorregible según informe de dos jefes de los que hubiere tenido.

3.º Por haber sido sancionado por cualquier falta de hurto, estafa, apropiación indebida, bien se aprecie en esta naturaleza común o con carácter militar ante cualquier jurisdicción, o por haber sido condenado por delito en los Tribunales ordinarios imponiéndose pena de suspensión, si conforme al Código de Justicia Militar no correspondiera la accesoria de separación de servicio.

4.º Por contraer deudas injustificadas.

5.º Por realizar cualquier acto contra el Honor Militar que no constituya delito ni haya sido enjuiciado por algún Tribunal.

6.º Por incumplir las disposiciones y Ordenanzas sobre ejercicio de actividades políticas y sindicales, habiendo sido anteriormente condenado por falta grave de las señaladas en el artículo 437, número 4, apartado b) y párrafo segundo del artículo 443 del presente Código.

7.º Por haber sido corregido como autor de una cuarta falta leve, si las anteriores hubieran sido cometidas en un período de tiempo no superior a los tres años inmediatos; por reincidencia en las faltas graves de los artículos 434, 435 y 437, números 1.º, 2.º y 4.º apartado a), o por segunda reincidencia o reiteración en cualquier falta grave por hechos que se hayan sucedido en un período de tiempo inferior a cuatro años.

#### ARTÍCULO SEGUNDO

Las cuantías de cincuenta y veinticinco a cincuenta, y veinticinco pesetas que aparecen en el artículo 403, números 3.º y 4.º del artículo 439; todos ellos del Código de Justicia Militar, referidos a la enajenación de prendas o efectos militares, se sustituyen respectivamente por los de tres mil, mil quinientas a tres mil, respectivamente, sin que ello determine revisión de sentencias firmes.

#### ARTÍCULO TERCERO

Las cuantías de las multas que señalan los artículos 171, 172, 173 y 589 del Código de Justicia Militar, se entenderá que las cantidades de 250, 1.000, 2.500 y 500 pesetas, respectivamente, quedan sustituidas por las de 10.000, 30.000, 50.000 y 20.000 pesetas.

#### ARTÍCULO CUARTO

1.º El Título IV del Tratado Primero será epigrafiado así: Organización y atribuciones de los Consejos de Guerra y de los Tribunales Territoriales Militares y Central de Justicia Militar; su Capítulo I: Del Consejo de Guerra ordinario y de los Tribunales Territoriales de Justicia Militar; el Capítulo II: Del Consejo de Guerra de Oficiales Generales y del Tribunal Central de Justicia Militar.

2.º En el Tratado Segundo, el Título IX, será epigrafiado así: Delitos. contra la seguridad militar del Estado y de los Ejércitos; su Capítulo I: Rebelión Militar; su Capítulo II: Sedición Militar.

3.º En la referencia que se hace a los Consejos de Guerra, en los artículos 158, 166, 169, 170, 171, 172, 173, 177, 475, 741, 748, 751 a 758, 763 a 766, 768. a 772, 775 a 787, 790 a 793, 795, 796, 996 y en los epígrafes del Título XIV, Secciones 1.ª, 2.ª y 3.ª del mismo Título del Tratado Tercero del Código de Justicia Militar, se entenderán incluidos también los Tribunales Militares.

#### ARTÍCULO QUINTO

Quedan suprimidos los artículos o párrafos de artículos del Código de Justicia Militar que a continuación se detallan:

- Los números 2.º, 3.º, 4.º y 12.º del artículo 258.
- El número 5.º del artículo 259 y el artículo 266.
- El artículo 410.
- El último párrafo del artículo 403.

#### ARTÍCULO SEXTO

Uno. Quedan derogados el punto 4.º del artículo 122 del Código Penal y el artículo 134 del referido Código.

Dos. Los artículos del Código Penal que a continuación se expresan quedarán redactados de la siguiente forma:

«Artículo 152. Los que, portando armas, intentaren penetrar en el Palacio de las Cortes para presentar en persona o colectivamente peticiones a las mismas, incurrirán en la pena de extrañamiento.»

«Artículo 154. Incurrirán en la pena de confinamiento los que, portando armas, presentaren o intentaren presentar colectivamente, aunque no fuere en persona, peticiones a las Cortes.

En igual pena incurrirán quienes, portando armas, las presentaren o intentaren presentar individualmente.

Las penas señaladas en este artículo y en el 152 se impondrán, respectivamente, en su grado máximo a quienes promovieren, dirigieren o presidieren el grupo.»

Tres. El artículo 242 del Código Penal tendrá el siguiente contenido: «Los que injuriaren, insultaren, ultrajaren u ofendieren, cara o encubiertamente, a los Ejércitos o sus Instituciones, Armas, Clases o Cuerpos determinados, serán castigados con la pena de prisión menor y multa de 50.000 a 100.000 pesetas.

Si el hecho se cometiere por medio de la imprenta, radio-difusión u otro de análoga naturaleza y las injurias o insultos fueran graves, se impondrá la pena de prisión mayor y multa de 100.000 a 500.000 pesetas.

#### ARTÍCULO SÉPTIMO

El Fiscal Togado del Consejo Supremo de Justicia Militar por sí o a instancia del Ministro de Defensa, tenida noticia de la perpetración de un hecho con caracteres de delito contra las Fuerzas Armadas, sus medios,

intereses o prestigio, de los que sea competente la Jurisdicción ordinaria, podrá formular una moción al Fiscal del Reino en solicitud de la concreta acción de la justicia a que haya lugar o, en su caso y momento, en solicitud de la interposición de los recursos procedentes.

#### ARTÍCULO OCTAVO

Queda suprimido, en tiempo de paz, excepto en el Consejo Supremo de Justicia Militar, el cargo de Fiscal Militar, cuyas funciones serán asumidas por el Fiscal Jurídico Militar.

#### ARTÍCULO NOVENO

Las alusiones que el Código de Justicia Militar hace a los Ministerios del Ejército, Marina y Aire, conjunta o separadamente, se entenderán que, en lo sucesivo, lo son al Ministerio de Defensa, igualmente las referencias a cualquiera de los Ministros Militares de los expresados Ministerios deberán sustituirse por los del Ministro de Defensa.

#### ARTÍCULO DÉCIMO

Las atribuciones que según los números 3.º, 4.º, 8.º, 11.º, 12.º, 18.º y 19.º, del artículo 52 del Código de Justicia Militar, corresponden a las Autoridades Judiciales que ejercen jurisdicción territorial y todas aquéllas referentes a las actuaciones posteriores a la sentencia del Juez Togado Militar de Instrucción, podrán ser delegadas por orden expresa de las citadas autoridades, publicada reglamentariamente, en el Auditor Jefe correspondiente, pudiendo ser reasumidas en los casos que por su significada importancia sean de su interés. Las resoluciones en uso de estas facultades adopte el Auditor tendrán el mismo valor que las de plena jurisdicción de la Autoridad Judicial.

#### ARTÍCULO UNDÉCIMO

1.º Los Juzgados togados militares de Instrucción que se establecen en la presente Ley se crearán necesariamente en cada cabecera de circunscripción jurisdiccional, en el plazo de tres meses a partir de su entrada en vigor. En el desempeño de sus funciones y para preparar el despacho de los procedimientos serán asistidos por uno o dos Secretarios Relatores, oficiales del respectivo Cuerpo Jurídico Militar, que tendrán encomendadas, además, las que se señalan en el artículo 490, auxiliados por el personal del mismo destino.

2.º Será competencia de los Jueces Togados Militares de Instrucción, además de la señalada en el Código de Justicia Militar:

a) Proceder de oficio en todos aquellos casos en que entendiera que se ha cometido un delito del que resulte competente la Jurisdicción Militar de su circunscripción y Ejército.

b) El conocimiento y resolución de los procedimientos por infracciones de naturaleza común para los que el Ministerio Fiscal hubiere solicitado

pena no superior a la de seis meses de privación de libertad, y los encarados, siendo militares, fueran de las Clases de Tropa o Marinería.

En las diligencias preparatorias que se sigan, la vista y fallo de las mismas y los recursos a que haya lugar, se estará a todo lo dispuesto en el Decreto 4.101/1964, de 17 de diciembre, actualmente en aplicación para los procedimientos instruidos por uso y circulación de vehículos de motor, que continuará vigente en el ámbito de la Jurisdicción Militar en lo que no quede afectado por la presente Ley.

c) Condenar por faltas, exclusivamente de naturaleza común y sean o no incidentales, en los casos que se señalan en el apartado b), cuyas diligencias o procedimientos podrá sobreseer. Contra el auto que dicte terminando por sobreseimiento un procedimiento de los de la entidad señalada, podrá recurrir el Fiscal o acusación particular en término de cinco días después que se les notificare, acordando la Autoridad Judicial lo que proceda.

#### ARTÍCULO DUODÉCIMO

1.º Contra las sentencias del Tribunal Territorial de Justicia Militar, así como las del Tribunal Central de Justicia Militar, podrán interpretarse recursos en casación de justicia militar por el Ministerio Fiscal Jurídico Militar en todo caso y por quienes hubieran sido condenados en la sentencia si en la misma se hubiera puesto pena privativa de libertad superior a tres años de duración en una de ellas o en la suma de varias de las impuestas a un mismo condenado.

2.º La petición de preparación de recursos habrá de formularse dentro de los tres días siguientes al de notificación de la sentencia ante el Juez instructor que hubiere conocido del procedimiento, suspendiendo la Autoridad Judicial Militar las facultades de aprobación que pudieren corresponderle, elevándose las actuaciones al Consejo Supremo de Justicia Militar.

3.º Los recursos en casación de Justicia Militar sólo serán admisibles y serán motivados conforme a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, aplicándose a la tramitación de los mismos lo que en el expresado texto legal se establece con las salvedades orgánicas del Consejo Supremo de Justicia Militar y del que será competente para su conocimiento y fallo la Sala de Justicia del mismo.

#### ARTÍCULO DECIMOTERCERO

Los condenados a penas de privación de libertad superiores a tres años, en una de ellas o en la suma de varias, así como en todo caso el Ministerio Fiscal, podrán interponer contra las sentencias dictadas en primera instancia por el Consejo Supremo de Justicia Militar, según la competencia al mismo asignada, recurso de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, conforme a los motivos y trámites que señalan los artículos 847 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

## ARTÍCULO DECIMOCUARTO

1.º El Fiscal del Reino podrá cursar instrucciones de servicio o para procedimientos de particular relevancia al Fiscal Togado del Consejo Supremo de Justicia Militar, así como las que sean necesarias para la unidad de criterios interpretativos en la aplicación de las leyes.

2.º El Fiscal del Reino podrá nombrar un Fiscal de los inmediatamente a sus órdenes para actuar en los procedimientos que se sustancien ante el Consejo Supremo de Justicia Militar, en cumplimiento de orden expresa del Gobierno.

## DISPOSICIONES ADICIONALES

## PRIMERA

1. Para el nombramiento del Presidente del Consejo Supremo de Justicia Militar y de sus Consejeros se instruirá, previo expediente de idoneidad, oyéndose al Consejo Superior Judicial y al Ministro de Justicia y haciéndose la designación a propuesta del Ministro de Defensa en Real Decreto de Su Majestad el Rey, previa deliberación y acuerdo del Consejo de Ministros.

2. Idénticos trámites se seguirán para la designación del Fiscal Togado del Consejo Supremo de Justicia Militar, oyéndose, además, al Fiscal del Reino y pudiendo recaer el nombramiento en cualquier miembro de los Cuerpos Jurídicos Militares con categoría de General Auditor con más de dos años de antigüedad en dicho empleo, quien automáticamente pasará a la dignidad de Consejero Togado o Ministro Togado ocupando el primer puesto de la escala a que pertenezca, hasta tanto no cese por idénticos procedimientos, sin que en lo sucesivo pueda ocupar otro cargo que el de Consejero del Consejo Supremo o Asesor General del Ministerio de Defensa.

## SEGUNDA

La Junta de Jefes de Estado Mayor como órgano colegiado superior de la cadena de mando militar tendrá las atribuciones siguientes, además de las que le sean propias:

1. Resolver diligencias previas y expedientes instruidos por faltas graves, en los que aparezcan responsabilidades en un Oficial General, o las que contra los mismos hubiere ordenado incoar, nombrando juez al efecto. En este segundo caso se acumularán las actuaciones, ya en trámite, a las ordenadas instruir por la Junta de Jefes de Estado Mayor.

2. Informar, siempre que el Ministro de Defensa lo solicite, de la resolución a adoptar en los expedientes gubernativos que se instruyan.

3. Proponer al Ministro de Defensa la apertura de expediente para el pase a la reserva o al Grupo «B» de los Oficiales Generales de cualquiera de los Tres Ejércitos que por su conducta perjudicial para los intereses militares o de las funciones de las Fuerzas Armadas hubieran incurrido en negligencia,

indisciplina o incapacidad en el mando de sus unidades o subordinados o en el desempeño de su destino. La resolución se adoptará por Real Decreto acordada en Consejo de Ministros a propuesta del de Defensa, previo informe del Consejo Supremo de Justicia Militar. No será admisible otro recurso que el de súplica por infundado agravio, ante el Rey como Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas.

## DISPOSICIONES FINALES

### PRIMERA

1. Para la elaboración de un plan de informes y ante-proyectos relativos a la Reforma Legislativa de la Justicia Militar y la reordenación y modernización de la misma, con sede en el Consejo Supremo de Justicia Militar y bajo la autoridad del Ministro de Defensa, se constituirá una comisión para el estudio y reforma de la Justicia Militar.

2. Estará compuesta por un Presidente, Oficial General en activo o reserva, y veinte vocales según se señala a continuación:

a) Cuatro Oficiales Generales y cuatro oficiales particulares de los Ejércitos de Tierra, la Armada y el Ejército del Aire.

b) Cuatro Generales Auditores o Fiscales Jefes que se encuentren en la actualidad en el desempeño de dichos cargos o los hayan tenido por tiempo superior a cuatro años.

c) Cuatro Oficiales particulares de cualquiera de los Cuerpos Jurídicos Militares.

d) Hasta cuatro especialistas o profesionales de cuestiones de Derecho Militar, Penal o Procesal que sean indistintamente Académicos de la Real Jurisprudencia y Legislación, Catedráticos de Universidad, Jueces o Magistrados, Fiscales o Abogados con más de quince años de ejercicio.

3. Los nombramientos se harán por los Ministros de Defensa, Justicia y Educación y Ciencia, según los casos, y previa solicitud que se formulará a los órganos rectores de la respectiva Corporación en aquellos que estuvieren comprendidos en el grupo d).

4. La Comisión aprobará su Reglamento de Régimen interior, dividiéndose el trabajo en Plenos, Secciones y Ponencias. El Presidente designará a quien le sustituya en sus funciones y a los directores de cada una de las Secciones.

5. Serán misiones de la Comisión:

a) Elaborar un anteproyecto articulado del Código de Justicia Militar, antes de un año a partir de su constitución, en el que se reflejen debidamente los principios jurídicos del orden constitucional nacional, la autonomía y especialidad de la Jurisdicción Militar equilibradamente ponderada con la unidad procesal y sustantiva del ordenamiento jurídico y el sistema del poder judicial, así como el progreso comparado de los de la orgánica judicial militar de los ejércitos extranjeros de más asidua relación.

b) Elaborar proyectos y propuestas, planes e informes en desarrollo y

reestructuración de la Justicia Militar, así como todos aquellos que el Ministro de Defensa requiera.

## SEGUNDA

I. Se autoriza al Gobierno para que en el plazo de un año, a propuesta del Ministro de Defensa, dicte un Reglamento General de Disciplina Militar, de acuerdo con las siguientes bases:

a) Refundirá en un texto sistemático y uniforme a los tres Ejércitos:

1.º Las disposiciones del Código de Justicia Militar relativas a las faltas leves que puedan cometer los militares y las normas de procedimiento de los mismos, contenidas en el Título XV del Tratado Segundo y en el Título XXIV del Tratado Tercero.

2.º Las disposiciones relativas a las reincidencias en las faltas graves del Título XIV del Tratado Segundo cuando el hecho no fuere constitutivo de delito al que se le señale pena privativa de libertad, ni estuviere cometido por persona no militar.

3.º Las normas relativas a las faltas graves y sus correctivos, contenidos en el Título XV del Tratado Segundo y los de su procedimiento, regulado en el Título XXIV del Tratado Tercero, con las mismas previsiones que se indican en el párrafo anterior.

4.º Las disposiciones contenidas para la regulación de los Expedientes Gubernativos y los demás del Título XXV del Tratado Tercero, así como las de invalidación de notas desfavorables del Título XXVI del indicado Tratado.

b) Definirá claramente los hechos que puedan ser constitutivos de falta y la gravedad de los mismos en correlación con los deberes que las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas exigen.

c) Señalará la Autoridad o Jefe Militar que puede imponer cada una de las sanciones, según el distinto empleo que ostente o el mando que ejerza en unidades, buques o aeronaves.

d) Regulará el modo de esclarecer los hechos, el límite o alcance de las sanciones en relación con el resultado acaecido y el perjuicio irrogado a la disciplina, así como el procedimiento y recursos que puedan preceder, en su caso, para las sanciones de gravedad y en orden a impedir el abuso o arbitrariedad.

e) Recogerá igualmente las atribuciones de disciplina que sean propias o correspondan, conforme a la presente Ley, a la Junta de Jefes de Estado Mayor.

II. Serán sanciones y correctivos del Reglamento General de Disciplina Militar:

1. Represión pública o privada.
2. Arresto en domicilio hasta catorce días.
3. Arresto en acuartelamiento hasta catorce días.
4. Arresto en acuartelamiento separado o establecimiento correccional o disciplinario militar hasta dos meses.
5. Arresto en acuartelamiento separado o establecimiento penitenciario o disciplinario militar hasta seis meses.
6. Deposition de empleo para clases de Tropa o Marinería.

7. Pérdida de destino forzoso, sin perjuicio de las atribuciones conferidas al Ministro de Defensa en las disposiciones reglamentarias vigentes.

8. Suspensión de la calificación de aptitud para el ascenso por tiempo hasta de dos años.

9. Suspensión de la calificación de aptitud para ascenso por tiempo hasta cuatro años.

10. Descalificación definitiva para el ascenso.

11. Separación de servicio.

III. Los Suboficiales y Oficiales Generales o particulares solamente podrán ser castigados con las sanciones de los números siete y siguientes por resolución que se adopte por el Jefe del Estado Mayor de cada Ejército, previo expediente ordenado iniciar por el Jefe Superior de la Unidad del encartado o del General Inspector del Arma o Cuerpo correspondiente oído el Consejo Superior del respectivo Ejército y para la imposición de la separación del servicio, además, el Consejo Supremo de Justicia Militar en lo relativo a las garantías habidas en el esclarecimiento de los hechos y defensa del interés del residenciado.

IV. Las sanciones podrán imponerse a los Oficiales particulares y suboficiales, si a solicitud del Jefe Superior de la Unidad Militar u Organismo de Administración de cualquiera de los Ejércitos, se reuniera, con los requisitos que se señalen reglamentariamente, un Tribunal Disciplinario que adoptando el acuerdo de sanción fuere confirmado por la autoridad que señalará la constitución del Tribunal Disciplinario.

V. El procedimiento ante Tribunal Disciplinario estará regulado con la garantía de audiencia del interesado y las pruebas que a juicio del Tribunal puedan aportar convicciones o sean de interés. Contra la resolución definitiva que se adopte no cabrá recurso alguno gubernativo ni judicial, excepto el extraordinario de súplica ante Su Majestad el Rey por el agravio que contra el sancionador hubiere podido cometerse.

3.º A salvo las fechas que para preceptos especiales se señalan, la presente Ley entrará en vigor el mismo día de su publicación.

4.º Se autoriza al Gobierno para dictar las disposiciones necesarias al desarrollo de la presente Ley.

## DISPOSICIONES TRANSITORIAS

### PRIMERA

El Ministro de Defensa creará escalonadamente los Tribunales Militares que quedarán constituidos en el plazo máximo de seis meses.

### SEGUNDA

Los Fiscales Militares, en el plazo máximo de 30 días, remitirán los procedimientos en que se hallen interviniendo al Ministerio Fiscal Jurídico Militar.

## TERCERA

En las causas en que no hubiera autorizado la vista y fallo, se notificará a los procesados su derecho a nombrar Defensor, con arreglo a la nueva normativa del Código.

## CUARTA

En las causas que antes de entrar en vigor la presente Ley se hubiera decretado su vista y falló en Consejo de Guerra y pudieran ser por la nueva normativa de la competencia de los Tribunales Militares, el Consejo se constituirá y dictará sentencia. Contra la misma podrán presentarse alegaciones, o en su caso, como recurso de casación en la forma prevista.

## QUINTA

Los procedimientos que se inicien a partir de la entrada en vigor de la presente Ley serán instruidos por Oficiales Generales o particulares de los Cuerpos Jurídicos respectivos, si así procediese con arreglo a lo dispuesto en el Código. Para los actualmente en trámite de instrucción, las Autoridades Judiciales dispondrán paulatinamente su continuación por los Juzgados Togados permanentes de Instrucción.

## SEXTA

El Consejo Supremo de Justicia Militar y las Autoridades Militares de los Ejércitos, por propia iniciativa, a instancia del Fiscal o a petición del procesado o su defensor; se inhibirán a favor de los Tribunales y Juzgados de la Jurisdicción ordinaria de los procedimientos en que no hubiera recaído Sentencia y de los que se hallaren conociendo por hechos que hayan dejado de ser de su competencia, con arreglo a las modificaciones introducidas en el Código de Justicia Militar por la presente Ley.

## SÉPTIMA

Se aplicará de oficio o a instancia de parte interesada la suspensión de condena a los penados que estuvieren cumpliendo las que le fueron impuestas con arreglo a la legislación anterior y que puedan ser objeto de tal beneficio, conforme a la nueva redacción del artículo 245 del Código de Justicia Militar.

## OCTAVA

Por el Ministerio de Defensa se adoptarán las órdenes pertinentes para el cumplimiento por el personal de los Cuerpos Jurídicos de los cometidos que el Código Militar les asigne y especialmente para resolver las suplencias interjurisdiccionales o interregionales. («B. O. de las Cortes», núm. 182, 15 noviembre 1978.)

## CIRCULARES Y CONSULTAS DE LA FISCALIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

### a) Circulares

CIRCULAR NUM. 1/1977

*LEY 46/1977, de 15 de octubre, por la que se concede amnistía para determinados delitos.*

La Ley 46/1977, de 15 de octubre de los corrientes, publicada en el "Boletín Oficial del Estado" del día 17, concede amnistía para delitos y faltas de intencionalidad política y para diversas figuras específicas de infracción penal, laboral y administrativa, culminando el proceso de medidas de gracia y olvido encaminadas a promover la pacificación de los espíritus, la reconciliación y la concordia nacional.

Lo extraordinario de la materia, la complejidad de las normas que contiene esta Ley y las dificultades de interpretación que plantea en algunos puntos hace necesaria esta instrucción general, que se redacta en ejercicio de las facultades que establece el artículo 3.º del Estatuto del Ministerio Fiscal y el artículo 87 de su Reglamento, para procurar la uniforme interpretación de la Ley por todos los Fiscales, en servicio del principio de unidad que gobierna nuestra Institución y sin perjuicio de las instrucciones especiales que los señores Fiscales puedan recabar, por vía de consulta, cuando la dificultad del caso o cualquiera otra circunstancia lo requiera.

### I

#### AMBITO DE APLICACION DE LA AMNISTIA

La Ley contiene una gran variedad de supuestos, con distinto contenido objetivo e incluso con diferente ámbito temporal, que conviene reducir a sistema para facilitar su examen. A estos efectos cabe entender que no es una, sino varias, las amnistías concedidas, unas generales y otras especiales, sujetas cada una a condiciones y tratamiento distinto, por lo que resulta lógico considerarlas por separado.

De un lado, en el artículo 1.º, vienen a concederse tres amnistías generales—generales en el sentido de que no se especifican las infracciones, sino que incluyen genéricamente, "todos los actos de intencionalidad política... tipificados como delitos y faltas". De otro, en los artículos 2.º y 3.º, en sus diversas hipótesis, se contienen amnistías especiales por cuanto hacen referencia a determinados y concretos tipos de infracción. Son también de carácter general las establecidas en los artículos 4.º —faltas disciplinarias y gubernativas— y 5.º, infracciones laborales y sindicales.

Siguiendo este orden sistemático examinaremos:

1.º *Amnistía general para todos los delitos y faltas de intencionalidad política realizados con anterioridad al día 15 de diciembre de 1976 —artículo 1.º, apartado I, a) y los delitos y faltas conexos con aquéllos —apartado II, segundo párrafo.*

a) *Ambito temporal.*—No ofrece duda que comprende las infracciones cometidas hasta el 14 de diciembre de 1976 inclusive, cualquiera que sea la antigüedad del hecho y el estado procesal de las actuaciones o de la ejecutoria.

Sin embargo, la temporalidad del hecho no ha de referirse al momento consumativo, pues establece el apartado II, párrafo primero, que “se entenderá por momento de realización del acto aquel en que se inició la actividad criminal”, lo que retrotrae y, por consiguiente, incluye en período más favorable de la amnistía o en la amnistía misma hechos cometidos —en sentido técnico— después de sus fechas límites.

Resulta así de singular trascendencia la determinación de lo que ha de entenderse por acto inicial de la actividad criminal, para lo que hemos de guiarnos por criterios amplios, en consonancia con el espíritu y la letra de la Ley.

En este sentido, por acto inicial de la actividad criminal habrá de entenderse no sólo el hecho directo y exterior por el que comienza la ejecución del delito, como determina el párrafo tercero del artículo 3 del Código Penal, sino también cualquiera de los actos preparatorios típicos definidos en el artículo 4 del mismo Código (conspiración, proposición o provocación-inducción) que le hubieran podido preceder.

Las dificultades que entraña esta interpretación extensiva sólo pueden ser salvados mediante la exigencia rigurosa de prueba sobre la real existencia del acto inicial al que se pretenda retrotraer la aplicación de la amnistía y su enlace lógico, directo y concreto con el hecho criminal que habría de resultar amnistiado.

Otra cuestión que se ha de plantear, en lo que se refiere a la temporalidad, habrá de ser relativa a las infracciones conexas —de las que luego nos ocuparemos especialmente—, tanto si la infracción accesoria ha precedido a la principal—delito cometido como medio para cometer el principal o facilitar su ejecución— o la ha seguido —delito cometido para procurar la impunidad del principal—, cuestión que habrá de resolverse por la fecha de la más antigua de las infracciones conexas.

Con análogo criterio habrán de ser considerados los delitos permanentes, los de tracto continuo o cortado y, en general, todos los tipos simples, complejos o compuestos que conecten diversos actos en un desarrollo temporal más o menos prolongado.

No es posible, ni siéndolo resultaría recomendable, entrar en mayores especificaciones o casuismos, pero baste, para terminar estas consideraciones sobre la temporalidad, mencionar el caso del encubrimiento, que, cualquiera que sea su discutida naturaleza —grado de participación o delito autónomo contra la Administración de Justicia—, a los efectos que examinamos aparece tan estrechamente ligado con la infracción encubierta que su fecha, a efectos de amnistía, habrá de retrotraerse a la de aquélla.

b) *Ambito objetivo*.—Alcanza, como es visto, a todas las infracciones de intencionalidad política, sin consideración a su resultado ni a ninguna otra circunstancia.

Lo que se haya de entender por infracciones de intencionalidad política se examinó con bastante detenimiento en la Circular de esta Fiscalía de 13 de agosto de 1976, a la que nos remitimos y de la que conviene recordar especialmente los siguientes párrafos:

“Los Fiscales al dictaminar las causas y sostener u oponerse a la aplicación de la amnistía habrán de fundarse, si se hubiese dictado sentencia, en los pronunciamientos de éstas sobre móviles o finalidades de la infracción y en los datos que resulten o se deduzcan de sus resultados, considerandos y fallo.”

“En las causas en tramitación se atenderá a los pronunciamientos del auto de procesamiento y además a lo que resulte o se desprenda de todas las actuaciones del proceso, reclamándose, en caso necesario, la práctica de las diligencias de prueba que estimen necesarias para la caracterización del delito.”

“En el espíritu de amplitud que inspira la decisión de la Corona habrá de entenderse que la “intencionalidad política” no sólo habrá de ser considerada en las infracciones contra la organización del Estado, sus instituciones y magistraturas, sino también en las de carácter político-social.”

“A título de orientación, habrá de presumirse la intencionalidad política, salvo que la excluya la naturaleza específica de la infracción, en los delitos comprendidos en el Título I del Libro II del Código Penal—Contra la seguridad exterior del Estado— y en el Título II del mismo Libro—Contra la seguridad interior del Estado— y las correlativas faltas definidas en el Capítulo II del Título I del Libro III, así como los delitos enumerados en el artículo 3.º de la Ley de 2 de diciembre de 1963 en lo que amplíen aquellas enumeraciones. Las demás infracciones penales, aunque normalmente no son motivadas por intenciones políticas, ello no excluye que los Fiscales indaguen sobre la existencia de tales motivaciones con la minuciosidad necesaria.”

Es de señalar que los criterios expuestos en los párrafos anteriores resultaron legalmente ratificados por el artículo 2 del Real Decreto-Ley 19/1977, de 14 de marzo, en cuanto declaró incluidos de iure, como infracciones de intencionalidad política, los delitos comprendidos en el Título II del Libro II del Código Penal y en el anexo incorporado a este Código por el Real Decreto-Ley 3/1977, de 4 de enero.

c) *Ambito de conexión*.—Como ya se hizo mención, la amnistía comprende los delitos y faltas conexos con los de intencionalidad política—artículo 1.º, apartado II, párrafo segundo.

Normalmente, los delitos conexos con otro de intencionalidad política aparecen también comprendidos por esa intención. Otra cosa sería el planteamiento de la conexión entre delitos políticos estricto senso y delitos comunes. Tratándose de delitos conexos en que todo estén teñidos de intencionalidad política es claro que todos quedan comprendidos en el

ámbito objetivo de la amnistía, pero la conexión determina efectos de carácter temporal, como antes hemos examinado, con indudable trascendencia.

Para la rara hipótesis de conexión entre delitos de intencionalidad política y otros puramente comunes y ajenos a esa intencionalidad los criterios fiscales no pueden ser amplios ni extensivos.

Por lo pronto, la fácil interpretación de que son delitos conexos los que bajo tal rúbrica enumera el artículo 17 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ha de aceptarse con mucha cautela. La conexión a la que se refiere la Ley de Amnistía es la conexión material y no la conexión procesal, que abarca cualquier concurso de infracciones por motivos formales o de fuero (art. 17, 1.º), para facilitación de la prueba (núms. 2.º y 3.º), incluso para favorecer al reo con la limitación de pena en la acumulación del concurso real de infracciones (núm. 5).

Solamente tiene carácter material las conexiones en los supuestos del número 3 —“los cometidos como medio para perpetrar otros o facilitar su ejecución”— y del número 4 —“los cometidos para procurar la impunidad de otros delitos”— y a este criterio estricto habremos de atenernos.

2.º *Amnistía general para los actos realizados entre el 15 de diciembre de 1976 y 15 de junio de 1977, ambas fechas inclusive, siempre que en la intencionalidad política se aprecie un móvil de restablecimiento de las libertades públicas o de reivindicaciones de autonomías de los pueblos de España —artículo 1.º, apartado b).*

Todas las consideraciones anteriores sobre ámbito temporal, objetivo y variaciones determinadas por la conexión, son aplicables a esta amnistía y a la que es objeto del apartado siguiente. Solamente resulta necesario examinar lo concerniente al móvil específico, dentro de la intencionalidad política, que requiere, para este período de tiempo, la aplicación de la amnistía.

Ya no basta la indagación de una intencionalidad política en abstracto, sino que será menester el análisis más a fondo de la infracción, de sus antecedentes e incluso de la personalidad del sujeto para obtener una base razonable del dictamen fiscal.

A fin de salvar en alguna medida las dificultades que supone tal indagación, no resulta posible otro método que el de auxiliarnos, en los casos dudosos, por un orden de presunciones “ad hominem” que se correspondan con el sentido general de estas medidas de gracia.

En su consecuencia, se habrá de presumir que los actos delictivos se dirigieron al restablecimiento de las libertades públicas:

— Cuando aparecieren perpetrados con intención o tendencia a acelerar el proceso de democratización de las instituciones o de remover los obstáculos, reales o supuestos, contrarios a ese desarrollo democrático.

— Cuando consistieren en excesos individuales o colectivos en apoyo, exigencia o pretendido amparo de derechos humanos, políticos, sociales o cívicos.

— Los cometidos por personas pertenecientes o adheridas a asociaciones políticas, hoy legalmente reconocidas, y en defensa de los postulados políticos-sociales de tales asociaciones o partidos.

Igualmente que son en reivindicación de autonomías cuando las mismas actitudes y circunstancias se refieran a las regiones o a los pueblos de España en afirmación, fuera de las vías legales, de sus instituciones y libertades propias.

3.º *Amnistía general para los actos realizados entre el 16 de junio y el 6 de octubre de 1977, ambas fechas inclusive, en los mismos términos que la anterior, siempre que no hayan supuesto violencia grave contra la vida o la integridad de las personas —artículo 1.º, apartado c).*

Concurriendo los mismos datos que en las anteriores, sólo hemos de referirnos a la cláusula de exclusión; “violencia grave contra la vida o la integridad de las personas”.

Desde luego, suponen violencia grave, en ese sentido, todos los delitos contra las personas del Título VIII, Libro II del Código Penal, salvo las lesiones menos graves, en cualquier grado de ejecución y en cualquier forma de participación. Asimismo, cualquiera otra infracción en la que la muerte o lesiones graves constituyan elemento del tipo penal.

## II

### AMNISTIAS ESPECIALES

Aparecen concedidas en los artículos 2.º al 4.º y, habida cuenta de que no están sujetas a los condicionamientos de intencionalidad política ni a ninguna de las demás exigencias que el artículo 1.º señala para los distintos periodos de tiempo que comprende, sino a los requisitos y condiciones particulares que para cada amnistía especial se consignan, lo único que, en términos generales, puede suscitar duda es la del ámbito temporal para estas infracciones, duda que se resuelve fácilmente considerando que el único límite absoluto que se señala en la Ley es el del 6 de octubre actual y a él habremos de atenarnos.

Las amnistías especiales que afectan a nuestra jurisdicción son:

1.ª *Los delitos de denegación de auxilio a la Justicia por la negativa a revelar hechos de naturaleza política conocidos en el ejercicio profesional (artículo 2.º c).*

Estas infracciones, que lo serían de desobediencia por la negativa a prestar testimonio, basada en un supuesto deber de sigilo profesional, son de hecho inexistentes en la vida de nuestros Tribunales, por lo que carece de interés práctico intentar extendernos en el análisis e interpretación del texto, que, por otra parte, es suficientemente claro y no parece que plantee ninguna duda.

2.ª *Los actos de expresión de opinión realizados a través de prensa, imprenta o cualquier otro medio de comunicación (artículo 2.º d)*

Resulta valedero lo que en la Circular de 13 de agosto de 1976 se consignaba respecto a estas infracciones de opinión y que transcribimos a continuación:

“Por “opinión”, según su significado usual, habrá de entenderse la mera expresión de juicios, doctrinas, ideas o pareceres y, en tal sentido,

son infracciones de opinión las que vulneran las restricciones impuestas a las libertades de manifestación del pensamiento y de la expresión de las ideas, que, en sentido amplio, abarcarán no sólo las transgresiones materiales, sino también las de carácter formal (por ejemplo, los impresos clandestinos, del artículo 165 del Código Penal), las exteriorizaciones directas y también las indirectas (uso de lemas, banderas, símbolos o emblemas, etc.), las expresiones friamente críticas y las de carácter peyorativo o violento tales como gritos, denuestos, ultrajes, injurias y calumnias), las que se reducen a la esfera del pensamiento y las del propio contenido delictual trascendente (como la provocación o apología del delito).”

“El espíritu amplio del Real Decreto-Ley justifica la interpretación extensiva, de modo que la amnistía comprenda entre estas infracciones de opinión no sólo los delitos y faltas de prensa e imprenta, reuniones y manifestaciones ilícitas y propagandas ilegales, etc., sino también todos aquellos de exteriorización de un proceso intelectual o de un estado anímico, con excepción hecha de los delitos de injuria o calumnia perseguidos a instancia del ofendido; los cuales también están comprendidos en la amnistía si mediare perdón del mismo.”

Solamente es de observar que ahora para la aplicación de la amnistía, a diferencia de la anterior, no es necesario el perdón del ofendido.

Tradicionalmente, las medidas de gracia excluyeron los delitos privados, exclusión puesta en tela de juicio por cuanto parecía significar una prevalencia de la voluntad persecutoria del particular sobre la persecución pública; porque se olvidaba que los delitos públicos también agravan a los particulares perjudicados y, en general, mucho más gravemente; porque el “*ius puniendi*” corresponde exclusivamente al Estado y cuando dispone de él lo hace solamente en consideración al bien común y a los intereses generales del Estado.

Esta tendencia alcanzó reconocimiento y sanción en nuestro Derecho positivo por el Real Decreto 2.940/1975, de 25 de noviembre, que ya no excluyó del indulto general a los delitos privados, como puso de relieve la Circular de esta Fiscalía núm. 4/1975, de 1.º de diciembre de 1975, lo confirmó el Real Decreto de Indulto 388/1977, de 14 de marzo, y ha venido a ratificarlo esta Ley de Amnistía, cuyo texto aprobado por las Cortes se separa significativamente en este punto de los anteproyectos parlamentarios que se hicieron públicos y que seguían la antigua tradición excluyente de los delitos privados.

3.ª *Los delitos y faltas que pudieran haber cometido las autoridades, funcionarios y agentes del orden público con motivo u ocasión de la investigación y persecución de los actos incluidos en esta Ley (artículo 2.º e).*

El ámbito de esta amnistía aparece expresado con gran amplitud objetiva, pues abarca toda clase de delitos y faltas, tanto los que por razón de la cualidad del sujeto aparecen incluidos en el Título VII del Libro II del Código Penal —“Delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos”— como cualquier otra forma de infracción penal definida en el Código Penal o en las leyes penales especiales y sin consideración al resultado producido. Comprende las extralimitaciones del sujeto que ha-

yan sido tendentes al éxito de la investigación y persecución o entorpecimiento y contrarias; haya sido por exceso de celo o contrariando sus deberes, haya sido por móviles altruistas o por motivaciones personales y egoístas y, en fin, no importa que los delitos o faltas hayan sido dolosos o culposos.

Pero todo esa amplia objetividad se reduce a la ocasión o motivo que señala taxativamente la Ley, lo cual requiere para la aplicación de la amnistía:

— Que conste puntualmente la existencia de un hecho constitutivo de infracción penal que haya sido amnistiado o que corresponda ser amnistiado conforme a los preceptos de esta Ley—aunque lo haya sido por aplicación de anterior amnistía, siempre que también lo hubiera sido por ésta.

— Que conste la participación oficial del sujeto en las tareas de investigación o persecución del caso, sea en la esfera policial o en la judicial, sea solamente por hechos constitutivos de infracción amparada en esta amnistía o ligada con otro u otros hechos excluidos, siempre que se imputen o estén en relación con el mismo sujeto y con la misma ocasión.

4.<sup>a</sup> *Los delitos cometidos por los funcionarios y agentes del orden público contra el ejercicio de los derechos de las personas (artículo 2.º f)*

Casi con esta misma rúbrica comprende el Código Penal en su Libro II, Título II, Capítulo II, Sección 2.<sup>a</sup> —“Delitos cometidos por los funcionarios públicos contra el ejercicio de los derechos de la persona reconocidos por las Leyes”— un conjunto de figuras penales que indudablemente quedan comprendidas en esta amnistía.

5.<sup>a</sup> *Los quebrantamientos de condenas impuestas por delitos amnistiados, los de extrañamientos acordados por conmutación de otras penas y el incumplimiento de condiciones establecidas en indultos particulares (artículo 3.º).*

Ninguna duda resulta del examen de este texto.

6.<sup>a</sup> *Las infracciones de naturaleza laboral y sindical consistentes en actos que supongan el ejercicio de derechos reconocidos a los trabajadores en normas y convenios internacionales vigentes en la actualidad (artículo 5.º).*

Las infracciones de naturaleza laboral pueden resultar del quebrantamiento de normas correspondientes a distintos ordenamientos legales, pero, a los efectos de la amnistía y de esta Circular, sólo han de ser tenidas en cuenta las que hubieren dado lugar a sanción disciplinaria para el trabajador.

Conforme al texto de la Ley, la aplicación de la amnistía para esas infracciones de normas disciplinarias requiere:

- Que resulte la existencia de una sanción disciplinaria cualquiera.
- Que conste la infracción que la motivó:
- Que dicha infracción consista o se derive del ejercicio por el trabajador de derechos reconocidos en normas de carácter internacional vigentes en la actualidad
- Que la infracción aparezca cometida con cualquier antigüedad,

incluso antes de que la norma de carácter internacional se hubiera incorporado a nuestro Derecho interno; pero siempre antes del 6 de octubre actual, fecha límite para los efectos de la amnistía.

### III

#### PROCEDIMIENTO DE APLICACION DE LA AMNISTIA

##### A) *Organos competentes.*

Establecido en el artículo 9.º de la Ley que “la aplicación de la amnistía, en cada caso, corresponderá con exclusividad a los Jueces, Tribunales y Autoridades Judiciales correspondientes”, resulta, con arreglo a lo prevenido en el artículo 9.º y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que corresponde esa facultad al Juez o Tribunal que esté conociendo o haya conocido de la causa.

Por consecuencia, en términos generales, a los Jueces de Distrito en materia de faltas y, en materia de delito, según el estado que mantenga el proceso, los Jueces de Instrucción, las Audiencias Provinciales o los Tribunales superiores en razón de competencias especiales.

En materia laboral, la tramitación y decisión corresponde a la Magistratura de Trabajo competente, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 1 y 2, así como en los demás concordantes del Texto Refundido de Procedimiento Laboral.

##### B) *Tramitación.*

Con arreglo al artículo 9.º de la Ley, “La amnistía se aplicará de oficio o instancia de parte con audiencia, en todo caso, del Ministerio Fiscal. La acción para solicitarla será pública y los Jueces o Tribunales adoptarán sus decisiones de acuerdo con las Leyes procesales en vigor y con carácter de urgencia”.

Respecto al momento en que haya de ser aplicada la amnistía, el mismo artículo 9.º establece que “cualquiera que sea el estado de tramitación del proceso”.

En su consecuencia, si el proceso está en período de iniciación en virtud de denuncia, incluidos los atestados de la policía Judicial, si la infracción denunciada estuviere comprendida en la amnistía procederá la aplicación de lo dispuesto en el artículo 269 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, puesto que el hecho amnistiado ya no reviste carácter de delito. Si se estuviere en trámite de admisión de querrela habra de ser desestimada con arreglo a lo preceptuado en el artículo 313 del mismo Texto legal, por la misma razón.

Si se hubiese iniciado el procedimiento, la competencia y la forma de decisión para la aplicación de la amnistía dependerá de la naturaleza de tal procedimiento y de la fase procesal en que se encuentre.

En las diligencias previas lo procedente será su archivo, conforme a

lo dispuesto en la regla primera del artículo 789 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En las diligencias preparatorias lo procedente será el sobreseimiento libre del número 2.º del artículo 637, conforme a lo dispuesto en la regla segunda del artículo 791 del mismo texto.

En los sumarios, tanto de urgencia como ordinarios, así que conste la naturaleza de la infracción y resulte incluida en la amnistía lo procedente será que se declare concluso el sumario, sin más, y se eleve a la Audiencia o Tribunal competente.

En las causas obrantes en la Audiencia, estén o no calificadas y estén o no sentenciadas, procederá la aplicación de la amnistía mediante resolución que declare extinguida la responsabilidad penal, con arreglo al número 3 del artículo 112 del Código penal.

La preceptiva intervención del Fiscal en todos estos casos podrá revestir dos formas: pidiendo la aplicación de la amnistía cuando lo estimare procedente o dictaminando sobre esa procedencia cuando haya mediado petición de cualquier persona, puesto que la acción para solicitar la amnistía es pública, o bien el órgano judicial se proponga aplicarla de oficio.

Especialmente cuidarán los Fiscales de que se dé cumplimiento a lo que dispone el artículo 10 de la Ley, relativo a la puesta inmediata en libertad de los beneficiados por la amnistía que se hallaren en prisión y que se dejen sin efecto las órdenes de busca y captura y no sólo de quienes estuvieren declarados en rebeldía, sino de cualquier persona que con motivo de la causa por el delito amnistiado estuvieren reclamados y se hubiese ordenado su presentación, detención, prisión o se hubiese formulado petición de extradición, en cuyo caso se comunicará al Ministerio de Justicia por el conducto procedente el desistimiento de la pretensión.

Respecto a la aplicación de la amnistía a infracciones laborales que hayan producido despidos, sanciones, limitaciones o suspensiones de derechos activos o pasivos de los trabajadores por cuenta ajena, los Fiscales observarán, en principio, las siguientes reglas en su intervención.:

1.º Velarán, por los medios a su alcance, para que las peticiones de aplicación de la amnistía se sustancien con las necesarias garantías, para lo cual interesarán que se sujeten al trámite establecido en los artículos 71 y siguientes del Texto Refundido de Procedimiento Laboral y aprobado por Decreto 2.381/1973, de 17 de agosto.

2.º Dictaminarán una vez concluido el juicio, a la vista de los autos y de los del juicio, sobre la imposición de la sanción, si se hubieren seguido.

3.º En el caso de que su dictamen sea favorable a la aplicación de la amnistía solicitarán o apoyarán la solicitud de las medidas de restitución que procedan, conforme al artículo 8.º de la Ley.

4.º Corresponderá intervenir al Fiscal de la Audiencia a cuyo territorio corresponda el de la Magistratura de Trabajo

En todos los casos los medios de impugnación de las resoluciones judiciales adoptadas habrán de ser los normales utilizables contra la respectiva resolución.

## IV

## EFECTOS DE LA APLICACION DE LA AMNISTIA

Con arreglo a lo prevenido en los artículos 6.º, párrafo primero, y en el 7.º, apartado c), los efectos de la amnistía son los propios de estas excepcionales medidas: "extinción de la responsabilidad criminal derivada de las penas impuestas o que se pudieran imponer con carácter principal o accesorio" y "eliminación de los antecedentes penales y notas desfavorables en expedientes personales aun cuando el sancionado hubiese fallecido".

Asimismo, en las amnistías laborales, conforme dispone el artículo 8.º de la Ley, la restitución a los afectados de todos los derechos que tendrían al momento de serles aplicada la amnistía de no haberse producido la medida amnistiada.

**b) Consultas**

## CONSULTA NUM. 1/1977

## CHEQUE EN DESCUBIERTO

En su escrito de 16 de los corrientes consulta V. E. la calificación penal procedente para una emisión de cheque en descubierto por valor inferior a 5.000 pesetas y con propósito consumado de defraudar en su cuantía al tomador del efecto.

Como expresa V. E. en su Consulta, "así como la coordinación entre el libramiento de cheque en descubierto y la estafa aparece clara en la Ley cuando la cuantía de la defraudación y el importe del cheque exceden de 5.000 pesetas y el hecho, en consecuencia, es, en todo caso, delito, no ocurre lo mismo si el importe del cheque no rebasa la cantidad señalada".

Efectivamente, el párrafo final del artículo 563 bis b) del Código penal dice: "lo ordenado en este artículo deberá entenderse salvo el caso previsto en el artículo 529, núm. 1, de este Código", haciendo referencia exclusivamente al concurso del delito del cheque en descubierto con el delito de estafa, pero sin incluir ni comprender el caso contemplado de concurso con la falta de estafa.

En este caso la concurrencia de la emisión de cheque sin provisión, penada en el 563 bis b), 1.º, y constituyendo medio o instrumento para cometer la falta de estafa del 587, 3.º, al no existir regla especial que lo resuelva habrán de aplicarse las fórmulas generales de concurrencia de infracción y no siendo tampoco aplicable el artículo 71 del Código penal, como tiene declarado la Sentencia de 20 de junio de 1970, se impone lo dispuesto en el artículo 68 del Código penal, debiendo calificarse como más grave el delito de emisión de cheque en descubierto y en lo

tocante a la reclamación de responsabilidad civil, existiendo un perjuicio patrimonial concreto y directo por la cifra de lo efectivamente defraudado, habrá de reclamarse tal cifra de responsabilidad en favor del perjudicado como excepción a la regla general mantenida por constante jurisprudencia de que no es procedente la exigencia de responsabilidad civil meramente por el valor o cuantía del cheque impagado por falta de provisión de fondos.

Procede en consecuencia, como V. E. propone acertadamente en el párrafo final de su Consulta, que el hecho se califique como constitutivo de delito de cheque en descubierto y con la petición de indemnización civil para el perjudicado por la defraudación consumada.

#### CONSULTA NUM. 2/1977

#### APLICACION DEL INDULTO AL CONTENIDO DEL ARTICULO 67 DEL CODIGO PENAL

Consulta V. I., en su escrito de fecha 22 de los corrientes, sobre la aplicación del indulto concedido por Real Decreto 388/1977, de 14 de marzo, a la prohibición de residencia en el lugar de comisión del delito o en el que resida la víctima o su familia, impuesta por esa Audiencia en causa seguida por abusos deshonestos en ejercicio de la facultad que a tal efecto concede a los Tribunales el artículo 67 del Código penal.

El artículo 4.º del referido Real Decreto concede indulto por la cuarta parte de las penas impuestas o que puedan imponerse "por todos los delitos y faltas no incluidos en el Capítulo anterior y comprendidos en el Código penal", estableciendo que ese indulto "nunca será inferior a un año", tiempo que es precisamente el señalado por el Tribunal en el caso de autos.

Los mencionados preceptos, como se ve, no excluyen del indulto ninguna clase de penas de duración o medida temporal y la cuestión que V. I. plantea es la de si la prohibición de residencia a que nos venimos refiriendo es una pena o una medida de seguridad, caso este último que excluiría la aplicación del indulto.

La naturaleza de dicha sanción ha sido examinada por la Sentencia que V. I. cita de fecha 8 de octubre de 1968, así como las posteriores de 22 de marzo de 1969 y la más reciente y explícita de 14 de octubre de 1975.

En el conjunto de estas resoluciones y especialmente en la de 14 de octubre de 1975 se establece como doctrina que la prohibición de residencia del artículo 67 del Código penal es de naturaleza mixta y ambivalente, pues tanto participa del carácter de pena análoga a la de destierro como a medida de seguridad preventiva y tutelar de la víctima y sus familiares contra posibles actuaciones futuras del delincuente.

Siendo así, es innegable que en todo o en parte la medida del artículo

67 tiene carácter de pena y, por consiguiente, dada la amplitud y generosidad que inspira las medidas de gracia del referido Real Decreto, resulta procedente que se beneficie del indulto.

#### CONSULTA NUM. 3/1977

#### APLICACION DEL INDULTO DE 14 DE MARZO DE 1977 A PENADOS QUE DISFRUTEN DE REMISION CONDICIONAL

Consulta V. I., en su escrito de 13 de los corrientes, sobre la aplicación del indulto concedido por Real Decreto 388/1977, de 14 de marzo, a aquellos penados a quienes con anterioridad a la publicación de dicho Decreto se les hubiere concedido el beneficio de remisión condicional al amparo de lo dispuesto en los artículos 92 y siguientes del Código penal.

Después de exponer V. I., en cuadro comparativo, los beneficios y restricciones del indulto de 14 de marzo y los de la suspensión de condena, concluye que en unos casos —señaladamente cuando otorgada la remisión condicional pende el cumplimiento de penas accesorias— parece que resulta más favorable al reo la aplicación del indulto; en otros —por ejemplo, cuando en el mismo caso estuvieran extinguidas las accesorias— parece que le será más beneficiosa la inaplicación del indulto y en otros, en fin, los términos aparecen dudosos.

Aunque en términos generales, y como se manifiesta en la Circular de esta Fiscalía de 24 de enero de 1907, el beneficio de indulto es irrenunciable, la inexcusabilidad del acto de clemencia no puede alcanzar a aquellas situaciones en las que su aplicación cause efectos contrarios a su propio espíritu e intención de beneficiar al reo, es decir, ocasione mayor gravamen o perjuicio objetivo con su aplicación que con su inaplicación.

En su consecuencia, conforme con el parecer de V. I., cuando el penado esté disfrutando del beneficio de suspensión de condena, para la aplicación del indulto del Real Decreto de 14 de marzo, se estará a lo más beneficioso para el reo cuando esto aparezca con claridad y, en caso de duda, a la voluntad manifestada por el reo, a quien, en su caso, habrá de invitarse a que opte por uno u otro beneficio a fin de que, según prefiera, continúe en la situación de suspensión de condena hasta la remisión definitiva de ésta una vez cumplidas sus condiciones legales, o bien le sea aplicada la gracia de indulto concedida por el Real Decreto de 14 de marzo con la condición resolutoria del beneficio que se establece en el artículo 7.º del mismo Real Decreto.



# Relevancia penal de la denuncia del empleado contable a la Hacienda Pública de las anomalías en la contabilidad de su principal

(A propósito de la S. 22 marzo 1962)

MIGUEL BAJO FERNANDEZ

Profesor Agregado de Derecho penal

## I. HECHOS

La Sentencia 22 marzo 1962 del Tribunal Supremo, enjuicia los siguientes hechos: «El procesado, J. P. O., desempeñaba el cargo de contable de M. L. U., que tenía una fábrica de guantes en esta capital..., existiendo entre don M. y el procesado J. P. O. una gran amistad por llevar el procesado la contabilidad de la fábrica a su satisfacción... Surgieron desavenencias entre aquéllos con motivo de una reclamación contra el procesado P. O..., apareciendo que la contabilidad de don M. L. la llevaba el procesado J. P. y como ayudante E. P., y los libros de contabilidad en lugar de tenerlos en la fábrica los llevaron a la calle de A., en donde tenían los procesados otra contabilidad, y con este motivo ambos encartados se enteraron, por los diversos documentos de la contabilidad particular del referido M. L., de secretos contables del referido comerciante, y como se encontraban en malas relaciones decidieron hacer uso, de común acuerdo, de los documentos, presentándolos el procesado E. P. en la Delegación de Hacienda acompañados de un escrito firmado por él y denunciando diversas defraudaciones al erario público cometidas por el señor L., y dando lugar a que al comerciante se le instruyera expediente por Defraudación».

La Audiencia condenó a ambos procesados por delito de descubrimiento y revelación de secretos del artículo 497 del Código penal, condena que fue confirmada por el Tribunal Supremo.

## II. EL PROBLEMA

Quiero reducir el presente comentario a dos de las múltiples cuestiones que suscita este interesante supuesto de hecho. En primer lugar, y dando por supuesto que en el caso reseñado se produce una auténtica revelación o descubrimiento de secretos a que se refieren los artículos 497 y ss. del

Código penal, requiere una cierta atención el descubrimiento de secretos que versan sobre objeto ilícito. En segundo lugar, interesa estudiar si el comportamiento contrario del contable, es decir, la no revelación de las anomalías contables realizadas por mandato del principal, pueden integrar el delito fiscal del actual artículo 319 del Código penal.

### III. EL SECRETO QUE VERSA SOBRE OBJETO ILICITO

#### 1. Consideraciones generales

En relación con los comportamientos a que se refieren los artículos 497 a 499 del Código penal, discute la doctrina si cabe el deber jurídico del sigilo cuando el secreto versa sobre objeto ilícito. En otras palabras, si puede considerarse que el secreto al que se refiere la Ley es tanto el que tiene un objeto lícito como ilícito.

A mi entender, la postura negativa generalizada a todos los comportamientos del capítulo VII, Título II del Código penal, según la cual los secretos cuyo objeto atente al Derecho o la moral no están protegidos, no puede ser mantenida. Una postura de esta índole sostiene Alamillo al decir que «no pueden considerarse como secretos meritorios de protección jurídica los intereses inmorales» (1). Pienso, por el contrario, que sólo cabe responder a la cuestión según el bien jurídico protegido en cada precepto. Si el descubrimiento o revelación del secreto sigue lesionando el bien jurídico protegido, pese a que incide sobre un objeto ilícito o inmoral, no será posible negar su relevancia jurídica.

Es indudable que el deber de mantener el secreto persiste, v. gr. frente al delito de traición del artículo 122, número 6, del Código penal, aunque el objeto sea ilícito, si su descubrimiento lesiona la seguridad exterior del Estado. Lo mismo habrá de decirse en los casos en que la Ley protege la esfera de intimidad personal, como en el artículo 497 (2). En este sentido, observa Crespi que la revelación de un hecho contrario a Derecho o a la moral puede ser idóneo para lesionar el honor, las relaciones familiares o las de comercio, añadiendo que no suele haber interés en mantener reservado un hecho que redundaría en propia alabanza y honor (3). De ahí que las SS. 5 diciembre 1958 y 9 marzo 1974 hayan castigado conforme al artículo 497 a quienes lesionaron la esfera de intimidad ajena mediante la apertura de cartas, pese a que en el primer caso era objeto del secreto las relaciones amorosas ilícitas entre un hombre casado y una mujer soltera y en el segundo estaba referido a expresiones ofensivas para la nación española y su régimen político.

(1) ALAMILLO, *El secreto médico profesional*, ANUARIO DE DERECHO PENAL, 1950, pág. 85.

(2) J. M. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español. Parte especial*, Madrid, 1977, pág. 295, entiende que en el artículo 497 no hay restricciones en cuanto al secreto que lo mismo puede referirse a hechos inmorales como meritorios.

(3) A. CRESPI, *La tutela penale del segreto*, Palermo, 1952, págs. 32-33.

El problema varía en el caso del secreto industrial del artículo 499. Este precepto protege la capacidad competitiva de la empresa en el mercado (4). Sólo un falso entendimiento de este objeto de protección puede permitir decir que resulta lesionado por la revelación de un secreto sobre objeto ilícito (por ejemplo, un método de adulteración de alimentos). Gómez Segade ha destacado el claro paralelismo que existe entre las normas que protegen el secreto industrial (entre las que se encuentra el artículo 499) y las que luchan contra la competencia desleal (5) y, dado que el Estatuto de Propiedad Industrial (art. 115, 2) considera nulas las patentes con objeto contrario al orden, la seguridad pública, la ley o las buenas costumbres, igualmente el secreto industrial que versa sobre objeto ilícito debe considerarse indigno de protección (6). No hay que olvidar que las Leyes que protegen el mercado lo hacen por dos razones: por defensa del consumidor y por defensa del libre juego de contratación, de modo que se consiga una competencia leal sin que nadie obtenga situaciones de privilegio mediante comportamientos abusivos. De ahí que no tenga sentido que el artículo 499 proteja el secreto que versa sobre objeto ilícito.

Así, pues, conforme a lo dicho no hay obstáculo para considerar punible la revelación de secretos que versan sobre objeto ilícito cuando se trata de proteger la esfera de intimidad. Por el contrario, si se trata de secretos industriales, cuyo descubrimiento sólo es punible si lesiona la capacidad competitiva de la empresa, carece de relevancia a efectos de punición el descubrimiento de secretos que versan sobre objetos ilícitos.

Ahora bien, la aplicación de este criterio al supuesto de hecho que comentamos exige aclarar la cuestión relativa a si el secreto contable es secreto industrial.

## 2. *El secreto contable como secreto industrial*

El secreto industrial a que se refiere el artículo 499 del Código penal ha de entenderse como equivalente a secreto empresarial o secreto de la empresa (7). Esta equivalencia se utiliza en diversos textos legales. Por poner el ejemplo más característico bastaría citar los artículos 1, 2 y 4 del Estatuto de Propiedad Industrial, que al referirse a la protección de la propiedad industrial equiparan las expresiones industria y comercio. El adjetivo industrial que utiliza el artículo 499 no responde a un deseo de restricción a los secretos relativos a la producción, sino a un arcaísmo de lenguaje. Normas más modernas protectoras también del llamado secreto industrial utilizan otras expresiones más actualizadas para abarcar los secretos relativos a la actividad empresarial. Por ejemplo, la Ley de Contrato de Trabajo de 26 enero 1944, en su artículo 72 habla de «secretos de explotación y del negocio»; el p. 2, artículo 6, Ley de Cogestión 21 julio 1962, .

(4) Vid. M. BAJO FERNÁNDEZ, *Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial*, Madrid, 1978.

(5) J. A. GÓMEZ SEGADE, *El secreto industrial* (Prólogo de Fernández Novoa), Madrid, 1974, pág. 123.

(6) Cfr. GÓMEZ SEGADE, ob. cit., pág. 129.

(7) Manifiestan sus dudas J. M. RODRÍGUEZ DEVESA, ob. cit., pág. 297, y J. A. GÓMEZ SEGADE, ob. cit., págs. 61 a 63.

se refiere a «datos técnicos o económicos sobre la marcha de la empresa que tengan carácter de reservados»; y la Exposición de Motivos de la Ley de Sociedades Anónimas, 17 julio 1951, recoge la expresión «secretos de la empresa» (8).

Pues bien, si nuestro Derecho positivo utiliza la expresión industria en sentido amplio y si la normativa protectora del secreto en el ámbito de la empresa no se restringe al sector de producción, no hay razón para restringir el alcance de la expresión «secreto industrial» del artículo 499.

En este sentido, el secreto contable es secreto industrial, es decir, secreto de la empresa, al igual que lo son, v. gr., los procedimientos de fabricación o montaje, las listas de clientes, proveedores, cálculos de precios, situación financiera de la empresa, proyectos sobre celebración de contratos, etc. El descubrimiento de estos secretos son punibles por la razón de que afecta a la capacidad competitiva de la empresa.

La jurisprudencia mantiene también un concepto amplio de «secreto industrial» frente al artículo 499. Así, la Sentencia 24 septiembre 1968 entendió como secreto industrial los datos técnicos y contables, planos, correspondencia, características de las instalaciones, etc. Y la Sentencia 4 abril 1972, aunque absuelve por diversas razones del delito de descubrimiento de secretos, no parece excluir que las listas de proveedores y clientes, objeto del pretendido secreto, tuvieran el carácter de secreto industrial a efectos del artículo 499.

Así, pues, en el caso que comentamos de secreto contable que versa sobre objeto ilícito debería de aceptarse la impunidad de su descubrimiento si se acepta, como pretendemos defender, que el secreto contable es un secreto industrial y que un descubrimiento de secreto ilícito no lesiona el bien jurídico protegido (capacidad competitiva de la empresa). Sin embargo, la Sentencia que comentamos de 22 marzo 1962, encuentra una base para la punición a la que a continuación me refiero.

### 3. *Los artículos 497 a 499 como preceptos intercambiables*

La sentencia que comentamos, probablemente porque consideró inviable conforme al artículo 499 un descubrimiento de secreto que versa sobre objeto ilícito, castigó el comportamiento conforme al artículo 497 que, tradicionalmente, se viene entendiendo (junto al artículo 498) como protector de la esfera de intimidad.

No es ésta la única vez que operó de este modo la jurisprudencia. La Sentencia 3 abril 1957 castigó conforme al artículo 497 un caso de descubrimiento de secretos de aplicación mercantil, quizá porque al faltar la relación de dependencia con el titular del secreto el comportamiento sería impune conforme a los artículos 498 y 499. La S. 4 abril 1972, aunque absolvió del delito, discutió el tema respecto al artículo 498 pese a que se trataba de secretos industriales (listas de proveedores y clientes). Por último, la S. 30 septiembre 1929, también absolutoria, discutió el tema de descubrimiento de secretos contables de la empresa frente al artículo 497,

(8) Cfr. GÓMEZ SEGADÉ, ob. cit., págs. 49-50.

quizá porque faltaba la dependencia entre autor y titular del secreto exigible en el artículo 499. Así, pues, cuando se trata de secreto industrial la jurisprudencia ha considerado los tres preceptos como normas mixtas alternativas pudiendo ser aplicables cualquiera de ellos.

La tesis jurisprudencial sobre la intercambiabilidad de los preceptos produce una confusión, no deseable, entre los distintos bienes jurídicos, del capítulo VII relativo a la defensa del secreto, es decir, entre la esfera de intimidad y la capacidad competitiva de la empresa en el mercado. El hecho de que el objeto del delito (el secreto) sea común en todos los preceptos, no impide la radical disparidad de sus bienes jurídicos cuya identificación o afinidad es difícil de descubrir. Por otra parte, esta intercambiabilidad es aún más recusable en la medida en que la punición del hecho varía radicalmente en uno u otro precepto cuando se trata de secretos que versan sobre objeto ilícito.

#### IV. EL DELITO FISCAL

El hecho de que el comportamiento del contable al cumplimentar el mandato de su principal pudiera estar incurso en el delito fiscal del actual artículo 319, hace todavía más criticable la decisión condenatoria de la sentencia que comentamos.

El comportamiento típico del artículo 319, relativo al delito fiscal, consiste en defraudar a la Hacienda estatal o local en una cantidad igual o superior a dos millones de pesetas mediante la elusión del pago de impuestos o el disfrute ilícito de beneficios fiscales. El aspecto nuclear del tipo lo constituye, por tanto, la *defraudación*, que se viene entendiendo por la doctrina en el genérico sentido de la rúbrica del capítulo IV Título XIII del Código penal, es decir, como perjuicio patrimonial causado mediante engaño (9). Este engaño, por otra parte, igualmente se entiende en el sentido genérico que tiene en la estafa. De todo ello se deduce que, al igual que en el delito de estafa, el simple incumplimiento de deberes fiscales es atípico mientras no concurra una concreta *mise en scène* (10), una maniobra falaz susceptible de inducir a error.

Pues bien, el comportamiento del empleado contable en orden a la elaboración de una contabilidad irregular que sirva de cobertura a falsas declaraciones tributarias, liquidaciones inexactas u otra forma de elusión del pago de impuestos, constituye esa *mise en scène* que convierte la simple mentira impune en engaño típico del delito fiscal. Que el contable en tal caso incurra en responsabilidad criminal a tenor del artículo 319 no nos ofrece dudas, si bien sea discutible si su responsabilidad lo sería en concepto de autor o de partícipe.

No puede ser considerado autor en sentido estricto del artículo 319 el contable que se limita, cumpliendo instrucciones del patrono, a llevar una

---

(9) Cfr. G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *El nuevo delito fiscal*, en *Revista Española de Derecho Financiero*, 15-16, 1977, pág. 709; J. CÓRDOBA, *Comentarios al Código penal*, III, Barcelona, 1978, pág. 1012.

(10) Cfr. G. RODRÍGUEZ MOURULLO, ob. cit., pág. 710.

contabilidad falsa como cobertura del engaño a la Hacienda, por la razón: de que no realiza la totalidad del comportamiento típico (maniobra engañosa causante del perjuicio). Su comportamiento sólo podría entenderse, a lo sumo, como coautoría del número 1, artículo 14 (tomar parte directa en la ejecución del hecho) o incurrir en alguna de las modalidades de participación. Hay que tener en cuenta que estamos ante un delito especial en cuanto que sólo pueden ser sujeto activo el deudor tributario o el titular de la ventaja fiscal, según se trate de la primera o de la segunda modalidad del delito (11). Habrá que tener en cuenta, por tanto, la especificidad de tratamiento de la coautoría y participación en los delitos especiales.

## V. CONCLUSION. LA EXIMENTE 11 DEL ARTICULO 8

A mi juicio, la denuncia a la Hacienda pública de las irregularidades contables que ocultan una defraudación, de ningún modo puede considerarse como delito de descubrimiento de secretos por la razón de que, tratándose de secretos industriales con cuya protección se pretende amparar la capacidad competitiva de la empresa, no es digno de protección el secreto que versa sobre objeto ilícito. Pero, además, si resulta que el comportamiento del contable que elabora, por mandato del principal, una contabilidad falsa como cobertura a una defraudación a la Hacienda, es un comportamiento punible conforme al artículo 319 Código penal, no se alcanza a comprender cómo la revelación al sujeto pasivo del delito fiscal (la Hacienda pública) de la existencia de tal maniobra engañosa puede constituir delito de revelación de secretos. La impunidad del comportamiento tiene un doble fundamento: bien la atipicidad por tratarse de secretos que versan sobre objeto ilícito, o la exclusión de la antijuricidad por concurrencia de ejercicio de un derecho o cumplimiento de un deber.

La jurisprudencia ha negado la eximente del número 11, artículo 8, en Sentencia 8 marzo 1974, en un supuesto de apoderamiento y apertura de carta ajena cuyo contenido, ofensivo para la nación española y su régimen político, fue denunciado en la comisaría de policía. La exclusión de la eximente se fundaba en considerar dudosa la obligatoriedad del deber de denunciar cuando «se ha de nutrir a expensas de quebrantar el derecho a la intimidad personal y el secreto a la correspondencia». Ahora bien, negar la eximente en supuestos de defensa de la esfera de intimidad y proceder, por tanto, al castigo resulta aceptable porque, de un lado, en estos casos la Ley sigue protegiendo los secretos, aunque versan sobre objetos ilícitos y, de otro lado, porque el artículo 497 del Código penal exige la previa realización de un comportamiento de apoderamiento difícilmente justificable por un deber de denunciar sobre todo cuando el apoderamiento va acompañado de apertura de correspondencia.

Sin embargo, el caso que nos ocupa es distinto por muy diversas razones. En primer lugar, porque se trata de un secreto industrial en cuyo caso la Ley no protege el secreto que versa sobre objeto ilícito. En segundo lugar, porque no se exige el previo apoderamiento de objeto alguno, bastando con

---

(11) Sobre esto vid. M. BAJO FERNÁNDEZ, ob cit., Cap. XI, III, 1, B y VIII.

el simple descubrimiento del secreto. En tercer lugar, porque si el autor no revela el secreto contable su comportamiento puede quedar incurso en el delito del artículo 319. Estos tres argumentos obligan a considerar aplicable la eximente de cumplimiento de un deber de denunciar conforme a los artículos 259 y 264 LECr., en relación con el 11, número 8, o, si se quiere, de ejercicio legítimo de un derecho.

No lo ha entendido así la sentencia que comentamos de 22 de marzo 1962 so pretexto de que en el supuesto de hecho se incumple el elemento subjetivo de la causa de justificación de ejercicio de un derecho. En efecto, la condena quiere explicarse porque «el móvil que les indujo a ello (s. c. la denuncia) no fue simplemente el ejercitar una acción pública y ciudadana, sino el de perjudicar al repetido don M». Así, pues, se está exigiendo para la eficacia de la eximente 11 del artículo 8, que el autor opere con la finalidad exclusiva de ejercitar un derecho o cumplir un deber, lo que implica una concepción de la antijuricidad excesivamente subjetiva. Quienes partimos de una concepción objetiva de la antijuricidad creemos necesario para reconocer la existencia de un elemento subjetivo en el injusto o en las causas de justificación, que la Ley se manifieste en este sentido, y, a mi juicio, no es éste el caso del número 11 del artículo 8.



# Jurisprudencia penal

ALFONSO SERRANO GOMEZ

Profesor Agregado interino de Derecho penal (Criminología)  
en la Universidad a Distancia

## **Artículo 8.º, núm. 1.º. Trastorno mental transitorio.**

En el recurso se alega la infracción por no aplicación del artículo 8-1.º del Código Penal, eximente de trastorno mental transitorio, dado que es habitual a la embriaguez el recurrente, de personalidad psicopática, con inteligencia disminuida, debieron llevar a la Sala a la aplicación de citado precepto, en lugar de la eximente primera del artículo 9.º en relación con la causa ya indicada. Mas la argumentación no puede prosperar, puesto que el trastorno mental para apreciarse como eximente exige que exista pérdida momentánea de facultades intelectivas y volitivas de manera total y absoluta, afectándolas tan hondamente que las anula, ordinariamente, con base patológica o morbosa, aunque ésta no sea absolutamente necesaria que cura sin secuelas. La embriaguez ordinariamente no es eximente, puesto que ha de ser plena y total, ni las mismas psicopatías, puesto que en Derecho se niega que las reacciones episódicas de un psicópata, puedan constituir verdadero trastorno mental transitorio. (S. 10 octubre 1978.)

## **Artículo 1.º, 1. Enajenación mental incompleta (psicopatías).**

Las psicopatías se reputan dolencias **endógenas**, pues se trata de anomalías que acompañan al agente desde la cuna—«la anomalía es de siempre y para siempre»—, están ínsitas en él, influyen en su carácter, en su temperamento, en su vida vegetativa, en su afectividad, en la parte emocional del sentimiento y en el querer, haciendo sufrir a quienes las padecen y a quienes conviven con éstos; pero, por regla general, constituyen un defecto permanente sin honduras y si afectan a la inteligencia, el efecto o alteración no es profundo, quedando en un segundo término, afirmando la doctrina que, en la mayoría de los casos, se trata de individuos totalmente imputables, que, a veces, la psicopatía puede determinar la disminución de la capacidad de raciocinio o de volición del sujeto y que, en casos todavía más raros, merced a su asociación con otra enfermedad mental de mayor rango, o, gracias a degenerar en otras dolencias psíquicas de la que era leve manifestación o prólogo, se halla en situación de absoluta inimputabilidad, aunque

naturalmente no por la psicopatía en sí, sino porque la personalidad levemente anormal del psicópata ha sido superada por otra enfermedad superpuesta a la que se tenía predisposición y que reviste mucha mayor trascendencia y gravedad. Por su parte, las Sentencias de este Tribunal de 9 de noviembre de 1935, 18 de marzo de 1949, 1 de junio de 1972, 21 de enero de 1965, 25 de mayo y 30 de junio de 1970, 9 de noviembre de 1974 y 16 de junio de 1975, entre otras muchas, insisten que de ordinario, las psicopatías, como simples anomalías de la humana personalidad, sólo pueden tener el efecto de atenuar la responsabilidad criminal si se trata de psicopatías graves que afecten parcialmente a la imputabilidad del agente, pero si se trata de psicopatías leves, no afectan ni al intelecto ni a la voluntad, enfrentándose el psicópata al Derecho como sujeto raro y extravagante, pero plenamente imputable.

En el supuesto aquí estudiado, el Tribunal de instancia, como nada habían alegado al respecto las defensas, se abstuvo de ocuparse, en los fundamentos fácticos de su resolución, del estado mental del recurrente; pero, en uno de los Considerandos de su sentencia, alude al tema y de un modo biológico-psicológico afirma que el dicho impugnante tenía una personalidad psicopática sin reflejo alguno en su imputabilidad que anule o disminuya la responsabilidad, con lo que si desde el punto de vista psicológico, no puede sostenerse la imputabilidad abolida o disminuida del acusado, tampoco desde un punto de vista biológico cabe mantener dicha tesis, pues el Tribunal de instancia ni afirma que la psicopatía fuera grave, ni acusada, ni profunda y, menos aún, que se hallara asociada a otra enfermedad mental de mayor fuste que produjera la disminución o abolición del entendimiento o raciocinio o de la voluntad o facultad inhibitoria del sujeto. (S. 16 junio 1978).

#### **Artículo 9, 8.º. Arrebató u obcecación.**

Aunque el trastorno mental transitorio al no exigirse legalmente la existencia de un substrato o defecto cerebral patológico para su apreciación, sólo se diferencia del estado emocional alguno por su intensidad y efectos, mayor en el primero que en el segundo, es necesario tener en cuenta que dicho estado emocional para que pueda dar lugar a su aplicación como circunstancia atenuante contemplada en el núm. 8.º del artículo 9.º del expresado Código, requiere que el sujeto activo se hallase, en el momento de cometer el delito que se le imputa, en una situación de excepcional perturbación anímica—ya que la simple o normal excitación pasional no resulta suficiente, so pena de tener que excluir del ámbito delictivo la mayor parte de los crímenes—que excluya ostensiblemente su inteligencia y/o su voluntad y eleve su potencial emotivo muy por encima de su nivel habitual con intensidad suficiente para hacer saltar o desorganizar sus controles inhibitorios por la concurrencia de estímulos tan poderosos que hubieran producido tal perturbación emocional en cualquier otra persona que se hubiese hallado sometida a idénticas o parecidas circunstancias, lo que en el caso presente no consta, pues ni en el relato fáctico se habla de que el procesado hubiera actuado

anormalmente obcecado o arrebatado, ni el hecho de hallarse sin trabajo desde hacía cuatro meses y con preocupaciones de tipo familiar y económico, que de haber sido probadas como muy urgentes hubieran incluso podido encajar en una atenuante de estado de necesidad incompleto, que por otra parte no aparece alegado, pero no en la circunstancia pasional alegada, ya que tales estímulos de no ser muy agudos, lo que no se ha probado, no suelen producir en las personas normales, un estado de sobreexcitación que las lleve a asaltar un Banco provistas de tres armas cargadas que el imputado utilizó para matar a una persona que trataba de oponerse a su acción. (S. 16 junio 1978.)

**Artículo 10, 6.ª. Premeditación.**

El único motivo de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal, acusa la infracción por inaplicación del artículo 10, número sexto, del Código Penal, agravante de premeditación que, a su juicio, debió apreciarse en cuanto que hubo una deliberación detenida para la realización del delito, una decisión persistente y un espacio de tiempo apreciable, para que la premeditación fuera conocida. Mas impide apreciar la circunstancia invocada, en primer lugar porque las circunstancias de toda clase modificativas de la responsabilidad criminal han de estar tan probadas como los hechos, pues en ningún caso pueden presumirse y mucho menos contra el reo. En segundo lugar y tratándose de la premeditación en materia de robo con homicidio, la jurisprudencia de esta Sala es terminante y clara en su etapa actual al afirmar que tal circunstancia de agravación requieren por regla general, para aplicarse que abarque a los delitos que forman la figura compleja, esto es, que abarque al robo y que se planee, con la misma forma detallada, deliberada, persistente y conocida del homicidio, lo cual sucedió muy difícilmente cuando la muerte sea ocasional (Sentencia de 16 de junio de 1976), que aunque el criterio jurisprudencial reiterado es que basta la pertinencia de cualquier agravante atinente bien al homicidio, bien al robo para que la agravación del delito unitario total se produzca, tal criterio quiebra respecto de la premeditación, por más que lo primordial y expresamente preconcebido fuera el atentado patrimonial, sin explícita referencia positiva o negativa, en la literalidad de los hechos probados, a la previsión del evento letal están ocasionados y concatenados con el perverso proyecto codicioso, criterio que ha sido objeto de particulares y numerosas restricciones por parte de la doctrina de la Sala en Sentencias de 18 de marzo de 1948, 21 de octubre de 1952, 7 de julio de 1955, 11 de diciembre de 1957, 4 de junio de 1961 y 5 de marzo de 1976, que recoge las anteriores que exigen que los hechos probados hagan referencia no solamente al apoderamiento lucrativo, sino expresamente al planteamiento homicida. En tercer lugar, el hecho de llevar armas, si no consta ese planteamiento homicida, no puede servir de base para tomarlo como fundamento de una doble agravación: la del artículo 501, hacer uso de arma o la del 506, llevar armas y la premeditación para el homicidio, al menos que ésta aparezca de forma clara e inequívoca planeada para tal delito.

Aplicando tal doctrina al motivo invocado por el Ministerio Fiscal apare-

cen expresiones como la del apoderamiento de la escopeta para perpetrar un atraco, se dedicó a estudiar su plan, el procesado, eligiendo determinado establecimiento. Recogieran información sobre el funcionamiento del mismo, decidieron realizar el atraco proyectado, pero respecto al homicidio se habla sólo de una conminación, si era preciso al dueño; la sustracción del turismo estaba al servicio del plan ideado, que era el atraco; se apoderan del dinero mediante la conminación al dueño, lo tuvieron encañonado, se retiraba con el dinero sin disparar y es, ante la valiente actitud del comerciante, cuando se deciden, para proteger la huída, a disparar, ocasionando la muerte del transeúnte. De donde se concluye que hubo un dolo de ímpetu, rápido e imprevisto que descarta el frío, reflexivo y premeditado de matar que sería esencial para apreciar la agravante propuesta. (S. 27 septiembre 1978.)

#### **Artículo 10, núm. 15. Reincidencia.**

Hay que partir del hecho de que de las tres condenas por hurto que apoyan la aplicación de dicha agravante, hay que descartar la recaída en 12 de diciembre de 1974 por delito de hurto, toda vez que es **posterior** al hecho enjuiciado que tuvo lugar en la noche del 21 al 22 de agosto de 1974, restando las otras dos condenas: La primera de 27 de agosto de 1949, en que se impuso al procesado la pena de mil pesetas de multa, y la segunda de 26 de febrero de 1955, en la que se impuso igual pena de multa, sin que fuera apreciada la reincidencia simple, según ha comprobado igualmente esta Sala por el examen del testimonio de esa segunda sentencia; de suerte que ya se considere que de las dos condenas por hurto, la primera perdió la condición de delito, por aplicación de la Ley de elevación de cuantías en los delitos contra la propiedad, de 30 de marzo de 1954 (la cuantía de ese primer delito de hurto por el que fue condenado el recurrente era de trescientas pesetas y la mencionada Ley de 1954 alzó el límite entre delito y falta de hurto a quinientas pesetas), sin que tampoco sea de estimación la regla segunda del artículo 5.º de la Ley de 8 de abril de 1967, aplicada por esta Sala a las condenas posteriores a la citada Ley de 1954, bien se considere que hasta el momento actual no se ha declarado judicialmente la primera reincidencia, condición exigida por la jurisprudencia hasta el advenimiento de la Ley de 28 de noviembre de 1974, de modo que ocurridos los hechos de autos antes de esta última Ley, debe ser aplicado, como más favorable; la **Ley intermedia**, en cualquiera de los dos casos, decimos, se hace preciso acoger este motivo del recurso y entender que, con arreglo a la doctrina expuesta en el anterior motivo es aplicable la agravante de reincidencia simple—además de la de reiteración—del número quince del artículo 10 del Código Penal, pero no la de multirreincidencia, con exclusión, por tanto, de la regla sexta del artículo 61 del Código Penal y sin que pueda rebasar la pena imponible la de presidio menor en su grado máximo (además de la de multa), debiendo hacerse uso para fijar la cuantía definitiva de la pena a lo dispuesto en el artículo 546 bis e) del Código Penal; en cuyo sentido se casa la sentencia de instancia. (S. 12 junio 1978.)

**Artículo 14, 3.º. Cooperación necesaria.**

Los tres procesados actuaron, como se dice en el relato histórico, puestos de mutuo acuerdo y con el propósito de engañar y obtener futuras ganancias. en las posible operaciones de parcelación de las dos ya citadas fincas, sabiendo los intervinientes en el otorgamiento de la escritura la inveracidad de las manifestaciones de que las fincas se encontraban libres de arrendatarios, dato esencial por afectar al verdadero valor del patrimonio social. constituido solamente por esas dos fincas aportadas, y ese concurso de voluntades encaminadas a la consecución de un ilícito penal es presupuesto esencial que perfila y resalta la figura de autores de los tres procesados. —no tan sólo del que hizo la manifestación falsaria— que tuvieron participación muy activa en los hechos que previamente habían acordado y proyectado, cooperando los procesados a la ejecución del hecho por medio de una actividad necesaria e indispensable para su perpetración, en forma tal que sin su concurso no se hubiera podido llevar a efecto (artículo 14, núm. 3.º). (S. 29 septiembre 1978.)

Entre el recurrente y el otro procesado existió un concierto previo, de entrar en domicilio ajeno, empleando fuerza en las cosas, con ánimo de beneficiarse patrimonialmente de lo que encontrasen, en dicho domicilio. Y mientras el otro individuo no identificado, practica un agujero en la puerta de entrada, a la altura de la cerradura abriendo la puerta, y apoderándose de 18.000 pesetas en dinero efectivo y otros objetos muebles, por valor de 4.000 pesetas, el «Evaristo se quedó junto al vespino, en la puerta de la casa en acción vigilante». Y así centrados los hechos, es claro que se cometió el robo previsto y penado en el artículo 500, en relación con el 504-2.º, fractura de puerta, y 506, en casa habitada, aunque la inquilina se encontrase accidentalmente ausente de ella, cuando el robo tiene lugar, artículo 508. Hubo un concierto previo de voluntades distribuyéndose los actos ejecutivos los concertados y aportando el recurrente una cooperación necesaria al hecho, cual es la vigilancia, que protege al que materialmente entra en la vivienda, haciéndole sentirse más seguro por la protección del vigilante, evitando el posible riesgo de ser sorprendido. Doctrina ésta de la vigilancia, como acto necesario al hecho que ha sido sostenida reiteradamente por esta Sala en Sentencias de 9 de abril de 1970, 22 de septiembre de 1971, 6 de diciembre de 1972, 29 de octubre de 1973, 15 de febrero de 1975, 26 de marzo de 1976 y 23 de diciembre de 1977, entre otras muchas. Razones todas que, al considerar la vigilancia pactada, como cooperación imprescindible, excluyen la aplicación de los actos periféricos, acesorios o auxiliares. Y al haber encuadrado la Sala la conducta del recurrente en la de autor, lo hizo con todo acierto, descartándose, en su consecuencia, la condición de cómplice del artículo 16 del Código penal. (S. 3 octubre 1978.)

**Artículo 61, 2.º y 62. Determinación de la pena.**

Es doctrina reiterada de esta Sala que la pena señalada al delito, cuando en el mismo concurre agravación específica, es la que se fija en esta agravación de forma concreta y determinada, por constituir una tipología con elementos que escapan de la conceptualización genérica de las circunstancias modificativas de responsabilidad, por lo que al considerar la sentencia recurrida que los hechos que se declaran probados son constitutivos de un delito de robo a tenor de los artículos 500 y 501 en su número 5.º del Código penal, con la agravante específica de uso de armas prevista en el párrafo último de este mismo artículo, la pena señalada al mismo es la de presidio menor en su grado máximo, cuya duración comprende desde los cuatro años, dos meses y un día a seis años, y teniendo en cuenta que la propia sentencia aprecia la agravante genérica de nocturnidad prevista en la circunstancia 13 del artículo 10 del mismo Código penal, es de aplicar el artículo 61 en su regla 2.ª y la normativa que encierra el artículo 62, ambos artículos del cuerpo legal citado, que es la de dividir entre periodos este grado máximo señalado al delito cometido, para determinar los tres grados en los que han de moverse ciertas reglas de las causas modificativas de la responsabilidad penal, y de esa manera poder aplicar el grado máximo que se ordena en la regla 2.ª citada, por lo que al imponer a los procesados las penas en su grado mínimo de cuatro años, dos meses y un día, y aplicar la agravante de nocturnidad, la sentencia infringido estos dos artículos citados, que son los que el Ministerio Fiscal dice que han dejado de aplicarse en su único motivo del recurso impugnatorio de la sentencia, por lo que es necesario estimarlo, anular la sentencia recurrida y dictar la procedente conforme a Derecho. (S. 27 junio 1978.)

**Artículo 69. Delito continuado.**

La pluralidad de sujetos pasivos determina la existencia de otros tantos delitos y si bien es cierto que tal criterio puede quedar desvirtuado en el delito continuado, no es menos verdad que esta construcción cede igualmente cuando el ofendido es el portador de bienes eminentemente personales, unidos entrañablemente al sujeto, cual acontece con la honestidad, bien jurídico protegido de carácter personalísimo que no se puede englobar mediante el expediente de la conexión y continuidad delictiva y que si bien cabe en delitos contra la propiedad es inaceptable su extensión por la causa dicha a los delitos contra la honestidad; y la pluralidad de sujetos pasivos aparece del relato fáctico, donde se dice que realizó las acciones y tocamientos lujuriosos que en el mismo se detallan con cuatro niñas de siete a diez años con dos de ellas dos veces y con las otras dos en tres ocasiones, siempre a presencia de alguna o algunas niñas y en la bodega o servicio del bar del procesado, por lo que como sostiene el Fiscal en el motivo primero de su recurso y la acusación particular en los motivos primero y segundo, la sentencia recurrida infringió los preceptos que en el artículo 69 del Có-

digo penal regulan el concurso material de delitos, mediante su acumulación aritmética, al considerar que tales hechos son constitutivos de un solo delito, continuado, de abusos deshonestos, cuando necesariamente son plurales al ser cuatro los sujetos pasivos y diez las ocasiones en total que se realizaron los tocamientos libidinosos, así lo declara expresamente la última sentencia citada diciendo que es doctrina invariable de este Tribunal la de que, tratándose de abusos deshonestos violentos cometidos contra o sin la voluntad del sujeto pasivo, se cometen tantos delitos como personas sean víctimas de los tocamientos o contactos obscenos; y además que dichos delitos se desdoblán o multiplican al compás de las ocasiones en que tales actos impúdicos se llevan a cabo. (S. 30 julio 1978.)

#### **Artículo 69. Delito continuado (en injurias).**

Se plantea el tema del reconocimiento del **delito continuado** en el de injurias, continuación que fue aplicada en la instancia y que el recurrente niega con el argumento básico de que las injurias se expandieron por tres medios de difusión distintos con audiencia bien diferenciada, lo que diversifica, a su vez, la infracción; argumento que no tiene en cuenta que el distinto medio comisivo del delito no puede romper la continuación delictiva si tal diversidad no origina, a su vez, un cambio del tipo delictivo, cosa que no ocurre con el aplicado artículo 460 del Código penal en el que se recoge como elemento integrante del tipo la **publicidad**, abstracción hecha de las formas que la misma revista o los medios que sirvan para alcanzarla, concepto unitario que además es descrito expresamente por el artículo 463 del propio Código; de modo que lo único que resta es averiguar si concurren los demás elementos o abrazaderas propios del delito continuado, en particular la unidad de culpabilidad o dolo, no menos que la del sujeto pasivo que en el delito de injurias —por atacar bien personal como el del honor— adquiera particular relevancia; elementos los dos que, sin duda, se reconocen en la conducta del procesado toda vez que la homogeneidad dolosa se desprende del hecho de que fuera la misma carta la que se reprodujo por las tres emisoras radiofónicas y de que la misiva fue dirigida contra la misma persona; por lo que se hace preciso concluir con la sentencia recurrida que estamos en presencia de un típico delito continuado en el que la extensión de la publicidad lograda por el culpable sólo puede servir para graduar la extensión de la pena; tesis, por otra parte, admitida de antiguo por esta Sala (Sentencias de 28 de octubre de 1911, 3 de diciembre de 1934 y otras muchas posteriores. (S. 29 septiembre 1978.)

#### **Artículo 302. Falsedad.**

El hecho relacionado en el primer Resultando de la sentencia recurrida no puede ser encuadrado o subsumido en ninguna de las formas o modos de falsedad descritos en el artículo 302 del Código penal, como lo verifica incorrectamente el Tribunal de Instancia, puesto que en la tarjeta que allí

se menciona y que constituye el «corpus delicti» del proceso, aparte de no poder ser considerada jurídicamente como documento en sentido estricto, al no contener ninguna manifestación de voluntad que dé lugar a la creación, extinción, modificación o reconocimiento de derechos u obligaciones, no consta otra cosa que una simple anotación escrita a lápiz por el imputado que dice «2.000 bobinas, peso 37,870 kilogramos», en la que no se narra nada coherente que pueda ser alterado en su verdad objetiva y cuyo sentido tampoco aparece debidamente aclarado en la explicación que se añade en la resolución impugnada, en la que se expresa «cuya mercancía no había recibido de su mandante, ni tampoco la había remitido al mismo», que aumenta la confusión, al no existir datos ni en la sentencia ni en el recurso que demuestren que el procesado trataba con la presentación de la misma, de engañar intencionalmente al órgano judicial actuante en el proceso en el que fue introducida, en cuyo caso nos hallaríamos ante la figura delictiva de la estafa procesal encajable en el número 1 del artículo 529 de la Ley Penal citada, precepto que, por otra parte, no aparece invocado en autos, pero nunca en el supuesto contemplado en el número 6 del mencionado artículo 302, como se pretende, ya que **alterar** que es uno de los verbos nucleares de dicho tipo es suprimir parte de lo escrito en un documento o cambiar sus palabras o frases e intercalar que es el otro, designa la acción de añadir palabras o frases a lo que figura anteriormente escrito o consignado en el mismo, ninguno de los cuales fue realizado en el presente caso, por lo que resulta preciso, al no haberse probado la comisión de conducta punible alguna, por parte del recurrente, estimar el motivo primero del recurso, anulando y dejando sin efecto la resolución impugnada. (S. 25 septiembre 1978.)

#### **Artículo 303, 4.º. Falsedad.**

Tiene declarado esta Sala que la llamada falsedad ideológica o intelectual se produce por quien no habiendo cometido alteración o simulación del documento (falsedad material) induce error al sujeto receptor o destinatario de la mendaz declaración, incorporándola aquél al documento que ha de expedir u otorgar a virtud de su específica competencia funcional, con lo que dicho se está que tal documento —auténtico en su extrínseca formalidad— es inveraz en su contenido, incorporándose así al tráfico jurídico y llevando en sí el germen del daño potencial para los terceros que confíen en su apariencia legítima; y ese germen de daño potencial se encuentra en la escritura pública de constitución de la Sociedad Anónima de Fincas otorgada el 29 de marzo de 1972, cuyo objeto social era la compraventa de terrenos, su parcelación y urbanización, construcción de inmuebles, venta de los mismos, arrendamientos y actividades antecedentes o complementarias, y su capital social, fijado en dos millones de pesetas, representado por 400 acciones al portador, de 5.000 pesetas nominales, cada una, fue inscrito por los tres procesados, 398 por Luis y las dos restantes una por cada uno de los otros dos procesados, cuyo importe ingresaron en efectivo metálico en Caja Social, y Luis Serra desembolsó el importe de su suscripción,

mediante la aportación a la sociedad de las dos fincas, de las que declaró —puesto de mutuo acuerdo con los otros dos procesados y con el propósito de engañar, según se dice expresamente en los hechos probados— que tales predios estaban libres de arrendatarios, hecho que no era cierto, ya que les constaba la existencia de numerosos arrendatarios, alguno continúa todavía en la posesión de la cosa arrendada, con lo que el patrimonio social aparecía como superior y saneado al decirse estar las fincas libres de arrendatarios, y las acciones, al representar una parte alícuota del capital social, aumentaría su evaluación dineraria en caso de enajenación a tercero, con lo que quedó consumado el delito previsto y penado en el artículo 303, en relación con el número 4.º del artículo 302, pues el delito de falsedad hasta con que conozca el sujeto la inveracidad de las mendaces manifestaciones —como viene declarando con reiteración esta Sala— ni ser tampoco necesario el ánimo de lucro, ni que se haya producido resultado dañoso para tercero, bastando con que se haya podido o pueda causar, resultando indudable que por afectar la falsedad cometida a la seguridad y autenticidad del tráfico jurídico, se lesionó el interés general de la colectividad con la redacción y firma de un documento público falto de veracidad en parte tan esencial del documento como es el valor real del capital aportado, ya que lo que la Ley sanciona en esta clase de delitos es la falta de probidad y el quebranto del interés público por las garantías de seguridad y protección que los documentos ofrecen a los particulares en la vida de relación, máxime tratándose de la escritura pública de constitución de Sociedad Anónima, en que sus acciones pueden ser transmitidas a terceros, como en efecto lo fueron en su casi totalidad al día siguiente de constituir la sociedad en la que aportó las dos citadas fincas. (S. 29 septiembre 1978.)

#### Artículo 411, 2.º, Aborto.

En el recurso se trata de poner en duda la **relación de causalidad** entre la maniobra abortiva de la recurrente practicada en la otra procesada el 11 de julio de 1976 y la expulsión del fruto de la concepción ocurrida tras el ingreso de ésta en la Residencia de la Seguridad Social, internamiento que tuvo lugar el 23 de los mismos mes y año citados; argumentando al efecto con la posibilidad de otros factores concausales que pudieron ser decisivos para la expulsión prematura del feto como fueron la intervención del médico a quien fue en consulta la procesada abortante el 23 de julio referido, facultativo que, según el relato de hechos probados, recogió y acondicionó en un frasco los restos ovulares que echó dicha paciente, como asimismo la asistencia que se la practicó a la enferma en la citada residencia de la Seguridad Social, tras de la cual sobrevino la expulsión del producto de la concepción.

La argumentación que precede carece de la consistencia necesaria para poder afirmar la interrupción del nexo causal o, al menos, de ponerlo en cuestión, puesto que el **factum** de la sentencia recurrida parte de una premisa cuyo poderío causal para producir el aborto es indudable, a saber, la introducción en el aparato genital de Josefina (la otra procesada) de una

sonda que provocó luego una hemorragia, la cual prosiguió en ulteriores días acompañada de tan fuertes dolores que obligaron a la luego abortante a consultar con un médico que visto el cuadro clínico que presentaba la paciente se limitó a recoger los restos ovulares que arrojó aquella en el examen a que la sometió y a aconsejar el ingreso inmediato en institución de la Seguridad Social, establecimiento en el que lógicamente fue asistida la embarazada, para evitarle complicaciones fácilmente previsibles en toda operación abortiva clandestina, hasta que expulsó el producto de la concepción, expulsión, por tanto, que sólo es imputable a la inicial maniobra de la procesada con poder provocador suficiente para originar el aborto; tanto si se atiende al criterio de la **equivalencia de condiciones** (puesto que de no mediar referida intervención de la recurrente, no se hubiera originado el aborto en la forma que tuvo lugar), como si se atiende a la doctrina de la **causación adecuada o eficiente**, dado que, según la marcha natural de las cosas, es harto sabido, y la experiencia lo acredita sobradamente, que la introducción de una sonda por tiempo prolongado en los genitales de una mujer embarazada **suele** provocar el aborto, tanto más que si como síntomas premonitorios del mismo, se producen, a **consecuencia** de aquella intromisión, hemorragias continuadas y fuertes dolores en la grávida, indicios seguros de la operatividad del medio empleado. (S. 29 septiembre 1978.)

#### **Artículo 420, 2.º. Lesiones graves.**

El problema de la **inutilidad para el trabajo habitual** que si bien ha de ser **permanente**, el que sea **absoluta** y total o simplemente **parcial** ha de decidirse con vista del caso concreto y, sobre todo, habida cuenta de la profesión u oficio desempeñados por la víctima hasta el momento de advenir la lesión; lo que puede explicar la aparente antinomia de la jurisprudencia en el tema cuando en ocasiones ha exigido que la incapacidad ha de ser absoluta y permanente, si bien en la mayoría de los casos le ha bastado la incapacidad parcial y permanente cuando la misma afecta de modo esencial la profesión u oficio del lesionado, de suerte si la pérdida de dedos o su anquilosis se considera generalmente como miembro no principal a incluir en el número tercero del artículo 420 del Código punitivo, tales pérdidas o disfunciones se incluyen, en cambio, en el número segundo del mismo precepto tratándose de oficios que exigen una plena o correcta utilización del miembro afectado, por más que la incapacidad, siendo permanente, sea sólo parcial, por lo que, en definitiva y como se ha dicho, es preciso estar al juicio valorativo que comprenda la importancia de la lesión en relación con el trabajo que venía desempeñando la víctima, sin que, por supuesto, pueda influir en la calificación jurídica de dichas lesiones graves la posibilidad de una ulterior recuperación por medio de intervención quirúrgica, según constante doctrina interpretativa de esta Sala.

Si bien la conducta del procesado produjo en su antagonista lesiones de las que tardó en curar 248 días durante los cuales precisó asistencia facultativa y estuvo impedido para el trabajo, quedándole como secuela una anquilosis de 45 grados en la flexión interfalángica en el cuarto dedo de la

mano izquierda, no es menos cierto que también se declara en el **factum** que tal anquilosis le incapacita parcial y permanentemente para su profesión habitual de fontanero; es decir, que se dan los requisitos señalados en doctrina para que el resultado lesivo se incardine en el número segundo del artículo 420 del Código penal y no en el número tercero del mismo precepto como pretende el recurrente, pues si bien la lesión en sí misma considerada habría, en efecto, de subsumirse en dicho último apartado, su conexión con el oficio del lesionado y las consecuencias impeditivas que para él mismo producen, imponen la opción por el anterior apartado de las lesiones graves; juicio del juzgador de instancia que se refuerza pensando que, en efecto, el oficio de fontanero precisa una amplia utilización de ambas manos, tanto por el esfuerzo físico que en casos supone tal utilización, como por la precisión y ajuste de colocación de piezas que dicha actividad laboral exige. (S. 9 octubre 1978.)

#### **Artículo 429, 1.º. Violación.**

Según el relato de hechos probados hubo un arrastre de la ofendida durante cuarenta metros para introducirla en el monte y arrastrar es tirar de la víctima, completamente inerte deslizándola sobre el suelo, en cuya acción la fuerza motriz del arrastrado está anulada y sólo la fuerza material del que lo arrastra actúa en el deslizamiento. Después la golpeó en la cara ante la oposición de la ofendida al acceso carnal, golpeamiento que debió ser insistente, hasta el punto de producir temor y atemorizada y por ende intimidada la víctima obedeció órdenes del recurrente, despojándose de sus prendas y consumando el acto carnal. El golpeamiento del recurrente se pone de relieve en las contusiones diversas, hematomas, que describe el relato fáctico que tardaron en curar seis días, precisando asistencia médica. Por tanto hubo fuerza y hubo intimidación. (S. 9 octubre 1978.)

#### **Artículo 458, 1.º y 4.º. Injurias graves.**

La intención o propósito de deshonor y descrédito de la esposa del querellante por parte de la querellada aparece notoriamente de las expresiones y frases contenidas en las dos cartas dirigidas al querellante con fecha 19 de diciembre de 1975, la primera de ellas, y el 7 de enero siguiente la segunda, es decir, diecinueve días después, lo que implica una mayor reflexión y persistencia, que llevan consigo tal carga ofensiva que hacen presumir por sí mismas el ánimo infamante, por lo que acertadamente fueron calificadas por la Sala de instancia como constitutivas de un delito de injurias graves sin publicidad al fijar la atención en el sentido literal y gramatical de ambas cartas, sentido que es harto suficiente para la total e inequívoca comprensión del contenido de ellas cuyas frases más significativas han sido recogidas en los hechos probados, pero además se tiene en cuenta las circunstancias antecedentes que se narran en la citada declaración de hechos probados; todo lo cual pone de relieve la finalidad de deshonrar a las per-

sonas a quien se refieren y el ánimo de injurias que guió a la procesada al escribir las tan citadas cartas. (S. 28 septiembre 1978.)

#### **Artículo 480. Detención ilegal.**

El bien jurídico protegido en el artículo 480 del Código penal, es la libertad humana con su valor relativo de consistir en poder hacer todo lo que no perjudique a otro. Y el hecho que se obligue a su víctima a acompañarle a su domicilio el recurrente, haciéndolo contra su libertad a entrar en el mismo y retenerla en él, aunque fueran pocos minutos, es un atentado a la libertad personal de Balbina. El delito de detención ilegal es una variante específica del género de las coacciones que afecta a la libertad ambulatoria, y precisamente por esta especialidad, entra en juego el artículo 480 del Código penal, en lugar del 496 como pretende el recurrente, porque se suprime el espontáneo movimiento del hombre, advirtiéndose claramente en las expresiones del Código la diferencia: en el artículo 496 se impide hacer —genéricamente— lo que la ley no prohíbe o se le compele —al sujeto pasivo— a efectuar lo que no quiera; pero cuando este compelimiento se dirige a la libertad de movimiento de la persona, el género se concreta en la especie libertad deambulatoria y entra en juego el artículo 480 del Código, aunque dure pocos minutos, a cuya conclusión se llega en aplicación de buena técnica penal y por la disposición del artículo 68 del mismo cuerpo legal. (S. 2 octubre 1978.)

#### **Artículo 487. Abandono de familia.**

El delito de abandono de familia previsto y penado en el artículo 487 y siguientes del Código penal, incrimina y sanciona la omisión culpable y el incumplimiento de los deberes morales y legales de asistencia y protección dimanantes de las relaciones matrimoniales y paterno-filiales que imponen la ayuda material y la asistencia espiritual de dirección y protección a los miembros necesitados de apoyo por parte del marido y padre, titular de dicha relación, por lo que el abandono malicioso de tales deberes asistenciales sin causa o motivo justificado que en todo caso tiene que ser probado por el imputado, ya que las conductas ilícitas se presumen siempre voluntarias según lo preceptuado en el artículo 1.º del Código penal, lleva aparejada la correspondiente sanción penal, que en este caso aparece correctamente impuesta por el Tribunal «a quo» al haberse acreditado que el recurrente trabaja, lo que hace entender lógicamente que gana dinero con el que podría ayudar en mayor o menor grado al levantamiento de las cargas familiares de alimentación y vestido de su esposa e hijos menores a los cuales tiene asimismo abandonados moral y espiritualmente dada su continua falta de convivencia familiar con ellos, derivada de la vida desordenada o desarreglada que observa dentro de la cual le resulta imposible proveer como debiera a la educación de los mismos. (S. 9 octubre 1978.)

**Artículo 501, 1.º. Robo.**

El procesado que ocasionalmente ayudaba a una anciana de setenta y ocho años a subir un cesto que contenía diversas mercancías y efectos, entre éstos un monedero en que llevaba el dinero, que el procesado extrajo de aquél con propósito de apoderarse del mismo, pero cuando ya lo tenía en las manos, la víctima se dio cuenta de la maniobra y comenzó a gritar, por lo que alarmado el procesado de que alguien pudiera oírlo, dejó el monedero en el cesto y se dirigió contra aquélla sujetándole sobre la pared y tapándole la boca, más como viese en tal momento llegar a un transeúnte que había oído los gritos de auxilio, se dio a la fuga perseguido por éste, que ayudado por dos guardias municipales detuvieron al procesado, que había causado a la anciana agredida diversas erosiones en la mejilla, así como magullamiento general, de todo lo que curó en ocho días, de cuya transcripción se desprende inequívocamente la concurrencia del requisito esencial de «animus capiendi» o intención de apoderamiento del dinero ajeno, que si bien pretendió hacerlo sin violencia o intimidación alguna, como virtualmente lo tenía conseguido al ser sorprendido por la víctima, se interrumpió el proceso delictivo pacífico puesto en práctica, para cuya ultimación acometió a la víctima sin darle tiempo a consumar sus propósitos por la llegada del inesperado transeúnte, pero después de haberle inferido las lesiones leves reseñadas, con cuyo acto el hecho delictivo en curso quedó subsumido en la tipicidad prevista y penada en el número quinto del artículo 501 citado, careciendo de consistencia dialéctica la alegación defensiva —sin soporte fáctico ni legal, de que el procesado que ya tenía el monedero en su poder al oír gritar a la perjudicada, para evitar que pudieran oírlo y alguien acudiese en su ayuda, realizó simultáneamente el sujetar a aquélla contra la pared, tapándole la boca y dejar el bolso, por lo que procedía estimar «que la violencia la empleó para deshacerse de lo que ya se había apropiado, ante el temor de ser descubierto, y esto no podía calificarse de robo con violencia», o sea, que la violencia no fue dirigida a la perpetración del delito, puesto que éste ya se había realizado, sino utilizada a posteriori con la sola finalidad de conseguir la huida y la impunidad del acto, alegación discordante con lo afirmado y expuesto en el «factum» probatorio de haber sido sorprendido durante —no después— de la comisión de los hechos y cuando éstos no habían llegado a su perfección, siendo por tanto la violencia coetánea con la perpetración del delito, siquiera lo fuera en su fase postrera, pero en todo caso en directa y estrecha conexión de causalidad, al producirse con motivo o con ocasión del mismo, con resultado lesivo en la integridad personal de la ofendida, siendo por lo demás indiferente que este resultado preceda, acompañe o subsiga al acto antijurídico del apoderamiento, con tal de que guarde relación causal con su ejecución. (S. 6 octubre 1978.)

**Artículo 501, párrafo último. Robo.**

El último párrafo del artículo 501 del Código penal establece una agravación específica cuando el delincuente hiciere uso de armas u otros medios peligrosos, y si el Diccionario entiende por «arma» todo instrumento apto para defender u ofender, se comprende fácilmente que dicho vocablo se refiere a todo objeto vulnerante capaz de matar o de herir o, en su caso, de amedrentar o atemorizar al sujeto pasivo de la infracción de que se trate, habiéndose mostrado este Tribunal partidario de una interpretación amplia y comprensiva del precepto, pues tiempo ha que declaró que, puesto que el Código no distingue, era indiferente que se tratara de armas blancas o de fuego, siéndolo las navajas —Sentencias de 30 de septiembre de 1873, 16 de mayo de 1883, 27 de mayo de 1884, 5 de julio de 1886, 7 de diciembre de 1887, 12 de abril y 22 de noviembre de 1888, 9 de mayo de 1890, 19 de diciembre de 1896, 14 de enero de 1908, 11 de junio de 1909, 30 de abril de 1971, 15 de marzo de 1974, 1 de febrero de 1975 y 21 de enero de 1977—, los garrotes, una navajita —Sentencia de 6 de diciembre de 1905— y hasta un cortaplumas —Sentencia de 4 de mayo de 1907—. (S. 30 junio 1978.)

**Artículos 504, 2.º y 279 bis. Robo y sustitución de placa matrícula.**

El procesado sustrajo un automóvil «con propósito de hacerlo suyo», y más tarde, «a fin de consolidar la apropiación del vehículo», le cambió las placas de matrícula; siendo indudable que la segunda frase entrecomillada demuestra que la sustitución de las referidas placas propendió a evitar tanto el descubrimiento del delito de robo cometido como la recuperación del vehículo de autos y, por ende, a conseguir la impunidad de la mencionada infracción, debiéndose, por consiguiente, haber incluido el caso no sólo en el párrafo primero del artículo 279 bis del Código penal, sino también en el segundo como oportunamente solicitó el Ministerio Fiscal, y al no haberlo hecho así el Tribunal de Instancia, es evidente que incurrió en el error «in iudicando» que denuncia dicho Ministerio, procediendo en consecuencia estimar el único motivo del recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por el mentado Fiscal. (S. 23 septiembre 1978.)

**Artículo 516, 2.º. Hurto.**

Desde un punto de vista fáctico se afirma en la resultancia probatoria: a) que en fecha de autos el acusado era empleado administrativo de la Gestoría Estevan; esto es, la vinculación laboral que tenía con la empresa perjudicada que presupone un estado de confianza e impone al serviciario vínculos de la lealtad y probidad; b) que era sabedor **por razón de su empleo** que en uno de los cajones de la mesa de la cajera había quedado depositada una cantidad de dinero de cierta consideración; c) que conocía asimismo por su continuada convivencia en dicha oficina, que el acceso era

fácil porque la llave del local se dejaba colgada en la garita del portero, que no tiene puerta, y que los cajones de las mesas quedaban abiertos —o sin echar la llave—, durante las horas del día incluidas la del descanso para comer; d) que aprovechándose éste intervalo en que no había nadie allí, se personó sobre las quince horas en la finca donde está ubicada la Gestoría, cogió la llave de la garita del portero, mientras éste había ido a comer, abrió la oficina y, con ánimo de beneficiarse, se apoderó de 108.000 pesetas que encontró en la mesa donde sabía que estaban depositadas, llevándose las a su domicilio, no sin antes dejar nuevamente las llaves en su lugar y regresando a la Gestoría a la hora normal de iniciar la jornada vespertina.

Desde un punto de vista jurídico, el precitado artículo 516 manda castigar el hurto con las penas inmediatamente superiores en grado si en el hecho «**interviniera abuso de confianza**» y en este sentido la relación laboral supone e implica una relación de confianza que se otorga al productor, siendo precisamente la relación de empleo la que confirió al agente un conocimiento privilegiado del acceso al local, de donde quedaban depositadas las llaves; de donde las colocaba el portero; de en qué momento éste se ausentaba de la garita de la portería; de que el día de autos había quedado el dinero sustraído en el cajón de la mesa de la cajera y sin cerrar; circunstancias todas que aprovechó el acusado; que facilitaron la realización del hecho inculpativo con facilidades que un extraño no hubiera tenido para delinquir, y que presuponen que el contradictor abusó de la confianza que se le había deparado por su relación de trabajo, confianza que quebrantó violando los aludidos deberes de lealtad y propiedad que le incumbían. (S. 10 octubre 1978.)

#### **Artículo 519. Alzamiento de bienes.**

Toda disposición de bienes que realice un sujeto y toda transacción que concierte y luego no cumpla, o no pueda cumplir, no implican necesariamente ni representa ni un alzarse con los bienes y hacer desaparecer el patrimonio en perjuicio y con ánimo de defraudar a sus acreedores, y que toda transacción incumplida no significa una defraudación delictual, pues para el alzamiento es preciso la voluntad consciente, maliciosa y por ende dolorosa de perjudicar a sus acreedores haciendo desaparecer su patrimonio, que según el principio de responsabilidad civil universal, hace frente y cubre en cuanto posible las obligaciones patrimoniales contraídas; y que en la estafa es inexcusable la existencia de un engaño, de una maquinación o una maniobra, tendente a defraudar y perjudicar al ofendido, pero cuando este engaño esencial e inexcusable no es el motor de la operación, el delito no existe; sin dejar de ponderar que las insolvencias de una persona individual o jurídica, tienen su encuadramiento en las calidades de fraudulenta, culposa y fortuita de la cual sólo las dos primeras son potestativamente inculpativas, si el desequilibrio económico se hubiere producido por actuaciones fraudulentas o culposas penales, pero no lo son cuando se deben a infortunios o quebrantos económicos involuntarios. (S. 3 julio 1978.)

Es reiterada la posición de esta Sala en la materia, que una y otra vez, con mantenida insistencia, ha exigido como elemento esencial para la con-

creta existencia de este injusto penal: a) el claro, manifiesto y notorio propósito de perjudicar al acreedor o acreedores legítimos; b) que para este propósito finalístico se actúe ocultando o haciendo desaparecer los bienes, para constituirse en insolvencia o por lo menos en situación de aparente insolvencia, total o parcial, que haga inefectivos los derechos de los acreedores; c) que para esta dolosa finalidad se realicen maniobras o maquinaciones torticeras en burla y perjuicio defraudatorio de los acreedores. Por consiguiente, cuando no haya tal propósito, ni maniobra ni maquinación torticera y dolosa, sino un pago lícito, cierto y real, no puede afirmarse cometido este delito, pues pagar vendiendo para satisfacer lo debido podrá significar el incumplimiento del deber de solicitar quita o espera o dar sus bienes en pago a todos sus acreedores, pero esta omisión no cabe criminalizarla con base en el precepto acusado, y por consiguiente pagar a algún acreedor legítimo no constituye por sí solo, el antijurídico penal base de la acusación y del recurso que por todo lo razonado viene a ser inestimable, pues es difícil concebir ni configurar el alzamiento delictual cuando la venta en pago responde a un crédito real y exigible. (S. 30 septiembre 1978.)

#### **Artículo 529, 1.º. Estafa.**

El engaño suficiente y capaz de mover la voluntad del perjudicado aparece del relato de hechos declarados probados y se refuerza en el Considerando respectivo de la sentencia impugnada al manifestarse que el procesado, tras hacerse presentar al perjudicado por un amigo del mismo, fingiéndose actual constructor, a la sazón, de un edificio en realidad inexistente, ganó así su confianza y sorprendió su buena fe hasta el punto de llevarle e inducirle a concertar y suscribir un contrato privado de compraventa de un piso del inexistente inmueble y a que le entregase una cantidad en metálico y otra mediante letras aceptadas, de cuyo importe se aprovechó en su particular beneficio, en cantidad de 233.333,33 ptas., ya que junto al engaño que radicó en la ficción de emprendida construcción del imaginario edificio en lugar donde ni siquiera tenía la propiedad del solar y a la astucia de haberse valido de la común amistad de un tercero para mejor ganar la confianza de aquél, aparecen en el curso de la narración histórica todos los necesarios elementos integrantes del delito de estafa, cuales son el perjuicio patrimonial ocasionado por la entrega del dinero y las cambiales, que fueron atendidas por el perjudicado a su vencimiento, así como la relación de causalidad entre engaño y perjuicio a través de la actividad dispositiva, con lo que quedó consumado el delito, revestido bajo la forma de contrato civil de compraventa, en el que la radical falta de verdad y realidad en cuanto a las manifestaciones del supuesto vendedor, con la ficción de su creación, dio todo ello vida a la defraudación propuesta, con todas las argucias concurrentes, no siendo, como queda dicho, el otorgamiento de la escritura el único engaño puesto en juego por el procesado, sino uno más en la serie, en la que ya se aprecia desde el principio un dolo preparatorio o inicial, al que siguió la firma de escritura, con lo que la falsedad ideológica vertida en dicho documento no agota todo el mal hacer del procesado, sino que queda absorbida en la global estafa. (S. 28 septiembre 1978.)

**Artículo 546 bis, a). Receptación.**

No es menester que el receptor perciba un beneficio económico, sino que basta que obtenga algún provecho o utilidad personal, lo que puede estar representado por una gama de posibilidades numéricamente indeterminable de manera abstracta, puesto que ha de atenderse el caso concreto objeto de enjuiciamiento, no siendo preciso que conste, «ab initio», la concurrencia del «animus res sibi habendi» ni propósitos ulteriores de definitiva apropiación o permanencia, ya que el precepto sitúa el dolo en el aprovechamiento para sí, de modo que basta para que se entienda cometido el delito autónomo, con que los efectos se encuentren en poder del autor, que los tenga con conocimiento de su ilícita procedencia y que la razón o motivo de su tenencia no sea simplemente la de auxiliar a los autores del precedente delito contra los bienes para que se aprovechen de ellos, sino el de obtener personalmente alguna clase de provecho o utilidad. (S. 4 octubre 1978.)

El delito autónomo de encubrimiento con ánimo de lucro, más conocido como receptación, configurado a través de las seis modalidades señaladas en el artículo 546 bis del Código Penal, dirigidas al sancionamiento del que sin intervenir en la comisión del delito inicial contra la propiedad, se beneficia «a posteriori» de sus efectos, la prevista bajo el epígrafe a) constitutiva del tipo básico, se integra conforme al texto legal que la tipifica por la concurrencia de un elemento subjetivo o intelectual, centrado en el conocimiento de la comisión de un delito contra los bienes, y de otro objetivo y dinámico representado por el aprovechamiento personal de los efectos o cosas materiales obtenidas mediante aquél, requisito éste que a su vez lleva inherente, por el empleo y utilización del verbo «aprovechar» y por imperativo del capítulo y título en que el delito se incardina, el ánimo de lucro, razón de la independencia del mismo de la tradicional forma de codelinuencia del encubrimiento simple o genérico del artículo 17, número primero, del referido Código punitivo, elementos que apareciendo explícitamente consignados en el relato fáctico de la sentencia recurrida, al afirmar que cometido un delito de robo el 2 de noviembre de 1976 en un establecimiento de aparatos eléctricos, por otro coprocesado no recurrente, del que fueron sustraídas numerosas cintas «cassettes» grabadas, transistores de radio, máquinas de afeitar y varias planchas eléctricas, fueron recuperadas en poder del recurrente dos de dichas máquinas de afeitar, un secador de pelo y sesenta y siete de las cintas grabadas, que tenía guardadas, para beneficiarse de su importe, pese a conocer su ilícita procedencia, de cuya transcripción se desprenden los elementos constitutivos del delito acusado, al concurrir de una parte, la previa comisión de un robo en que no tuvo participación el recurrente, pero que a sabiendas del hecho delictivo referido no tuvo inconveniente de aceptar, recibir y guardar parte de los efectos así obtenidos para aprovecharse de su importe, según literalmente se afirma en el «factum» y también se apostilla con el primer Considerando, sin que tenga suficiente consistencia fáctica y legal la alegación defensiva de que para la tipificación de este delito se precisaba el conocimiento exacto y claro de que los efectos recibidos eran

producto de un delito contra la propiedad, lo que no se especificaba en la resolución impugnada que, son la imprecisa locución de ser de ilícita procedencia, no aclaraba si originariamente procedían de un delito contra la propiedad o eran simplemente de contrabando, alegación inacogible, puesto que todo el contenido de la Sentencia gira sobre la comisión de un delito de robo, del que incluso en principio fue acusado el recurrente por el Ministerio Fiscal como coautor con el ejecutor material del mismo, si bien dejando la alternativa de la receptación ante la falta de absoluta certeza de la directa participación en aquél, pero sin existir duda alguna de que los efectos hallados y recuperados en su poder procedían de dicho robo, como se tiene afirmado y probado por el Tribunal «a quo». (S. 26 septiembre 1978.)

Entre los requisitos estructurales del delito de receptación, figura el elemento cognoscitivo normativo o estado anímico de certeza consistente en el conocimiento que el receptor ha de tener inexcusablemente de la previa comisión de un delito contra los bienes, habiendo declarado este Tribunal al receptor que no basta con que se exprese vagamente que el presunto receptor barruntaba, sospechaba, recelaba o conjeturaba que los efectos habían sido fruto de la perpetración de un delito patrimonial, sino que es indispensable que se declare, de modo explícito y terminante, que al tiempo del aprovechamiento de dichos efectos sabía y conocía perfectamente que procedían de la referida perpetración, si bien no es preciso que tal conocimiento se extienda exactamente a todos los detalles y pormenores de lo sucedido, bastando, de ese modo, con que el Tribunal «a quo» se refiera a esa previa sapiencia con las frases «a sabiendas de su procedencia ilegítima», «con conocimiento de su ilícito origen» y otras similares que han llegado a convertirse en verdaderas fórmulas o cláusulas de estilo, mediante las cuales los Tribunales, de modo escueto y sobrio, significan que el presunto receptor aprovecha los efectos del delito antecedente con pleno conocimiento de su previa comisión. (S. 9 octubre 1978.)

#### **Artículo 565, p. primero.—Imprudencia.**

Se considera la actuación del procesado recurrente como constitutiva de homicidio causado por imprudencia temeraria una vez que en el **factum** de dicha sentencia eficazmente complementado por el **iudicium** se nos afirma que el impugnante, en su calidad de Ingeniero Industrial y por orden y cuenta de la empresa que lo designó, realizó los planos de la estructura metálica que habían de montarse por cuenta de terceros y examinó personalmente el lugar de emplazamiento de dicha estructura, percatándose de la existencia de una línea eléctrica, cuya altura y potencia no se cuidó de precisar pero comprobando que había de quedar muy cerca de la instalación metálica que había de levantarse; no obstante lo cual comenzó la obra, siempre bajo su dirección superior y técnica, limitándose a recomendar cuidado a los obreros, pero sin tomar medida alguna u ordenar alguna protección específica y concreta, de modo que cuando el día de autos, el operario encargado del montaje de la cubierta estaba realizando dicho trabajo en uno de los extremos o vértices de aquélla, a una distancia de un metro cincuenta cen-

ímetros de la línea eléctrica, que resultó ser de alta tensión, dicho oficial, en uno de sus movimientos, tocó con la línea o cables de la misma, recibiendo tan fuerte descarga que falleció instantáneamente; pues es visto que a tenor de tal síntesis fáctica, el procesado de que se trata se dio perfecta cuenta del peligro que suponía el tendido de la línea eléctrica próxima a la construcción metálica, cercanía que había de aumentar con el montaje de la cubierta, con el consiguiente acrecentamiento del riesgo para el operario encargado de tal misión (**saber** típico y preliminar de la imprudencia), no obstante lo cual, pudiendo por su cualificación técnica tomar las medidas pertinentes y prefijadas en los reglamentos (**poder** de previsión y de prevención también típicos de la culpa), omitió tomar las precauciones específicamente necesarias (**omisión** de diligencia grave a compás de la entidad del peligro desatado), sin que quepa ampararse, como ahora pretende, en aquella general y anodina recomendación a los obreros que ninguna eficacia tuvo para su misma incorporación, de modo que se completan los elementos estructurales de la imprudencia grave con la infracción del deber de cuidado, presente a cualquier persona y más en quien ejercía por sus conocimientos profesionales la dirección de la obra (**elemento normativo**). (S. 19 junio 1978.)

#### **Artículo 565, p. segundo. Imprudencia.**

El adelantamiento, calificado siempre por esta Sala de la más peligrosa maniobra y que ocasiona un elevado porcentaje de accidentes en la circulación, está perfectamente reglado en el Código de la Circulación, que impone en su artículo 30 hasta diez prevenciones que debe observar el conductor que adelanta, para evitar accidentes y entre ellas el apartado 7.º: «que no se adelantará a un vehículo mientras éste no deje libre, por lo menos, la mitad del ancho del camino y espacio suficiente para ser pasado holgadamente», y el artículo 31, del propio Código, que establece que en los adelantamientos a bicicletas y motocicletas habrá de mediar un espacio no inferior a un metro entre el vehículo que trata de adelantar y aquéllas. Mas si este adelantamiento se produce de noche, se habrán de extremar tales medidas sobre las generales para la conducción nocturna, de la velocidad reducida que permiten el frenado en la zona iluminada, comprendidos en los artículos 145 y siguientes del Código, más el aviso correspondiente a que se refiere el artículo 52 del repetido Código viario. Y como todas estas normas reglamentarias se infringieron, en el adelantamiento al ciclomotor, no se avisó, ni se desvió lo suficiente, es claro que se produjo una conducta imprudente, con infracción de los preceptos estudiados. (S. 29 junio 1978.)



## REVISTA DE LIBROS

**CERVILLE, D. y otros: «Actas». Primer Seminario de Actuación. Departamento de Ciencias Penales y Criminológicas. Universidad de Panamá, 1977. 111 págs.**

En el libro se recogen las intervenciones y ponencias del Primer Seminario de Actualización en Ciencias Penales y Criminológicas, celebrado en agosto de 1977 y organizado por el Departamento de Ciencias Penales y Criminológicas de la Facultad de Derecho de la Universidad de Panamá.

El contenido versa sobre cuatro puntos fundamentales: la revisión del Anteproyecto del Código Penal panameño, la Farmacodependencia, la delincuencia de tránsito y las medidas de seguridad.

En el primer aspecto, Oscar Ceville se ocupa de los motivos orientadores de la revisión del Anteproyecto del Código Penal preparado por el doctor Aristides Royo (págs. 17-24) y mediante el que se dan entrada al Código a instituciones y conceptos extraños al vigente: clasificación de circunstancias atenuantes y agravantes, ampliación de los conceptos de territorialidad y extraterritorialidad de la ley penal, suspensión condicional de la pena, perdón del ofendido, perdón judicial, etc., junto con una remodelación sistemática profunda.

González Ferrer trata de «La revisión de la teoría jurídica del delito en el anteproyecto de Código Penal» (págs. 25-31), en el que se introducen modificaciones tanto con respecto al Código vigente como al anteproyecto Royo que sirvió de base a la discusión y entre las que pueden destacarse como más significativas las siguientes: las causas de justificación se elaboran en base al principio de regla-excepción; en materia de culpabilidad, siguiendo al Código Penal Tipo para Latinoamérica, se vuelve al sistema del «numerus clausus» para los delitos culposos; se habla de tentativa acabada e inacabada, prescindiendo del término frustración y se elimina el artículo 23 del anteproyecto sobre el delito imposible.

La regulación de las penas en el Proyecto Royo son analizadas por Aura E. Guerra de Villalaz (págs. 33-40), señalando que en el anteproyecto se despoja a la pena de su carácter represivo y se la concibe como un medio para obtener la readaptación social del delincuente. Innovaciones destacadas fueron las de simplificar la clasificación de las penas privativas de libertad (se habla sólo de prisión), que se reduce a la máxima duración de veinticinco años, y la introducción del sistema sueco de los días-multa. La aplicación de las mismas se halla fundamentada en el reconocimiento de un gran arbitrio al juzgador. En cuanto a la ejecución, se prevé el aplazamiento de la pena en circunstancias especiales, la suspensión condicional de la ejecución y el reemplazo de las cortas privativas de libertad por diversos sustitutivos: a) la prisión en días y horas no laborables; b) el trabajo forzoso sin prisión, y c) la prisión domiciliaria. Se mantiene en el Proyecto la libertad

condicional y la conmutación de la pena de prisión por la de multa, ahora según el nuevo procedimiento de los días-multa. Sobre el Proyecto, la Comisión Revisora volvió a introducir modificaciones notables: supresión de la pena de extrañamiento, vuelta al límite de veinte años de duración de las penas privativas de libertad, se altera el alojamiento de los capítulos dedicados a la «unidad y pluralidad de hechos punibles» y a las circunstancias, se regulan los conceptos de habitualidad y profesionalismo y se prescinde del perdón judicial.

Para completar el estudio de la parte general del anteproyecto, Carlos Enrique Muñoz Pope se ocupa de las medidas de seguridad y responsabilidad civil (págs. 41-47). Se señalan, en primer lugar, las modificaciones hechas por la Comisión Revisora en el anteproyecto y que, a juicio del autor, vienen a simplificar acertadamente y dar rigor científico a la regulación. Se distinguen tres clases de medidas: preventivas, educativas y curativas; subdividiéndose las primeras, que no conllevan el internamiento del sujeto, en medidas de naturaleza personal y medidas de naturaleza patrimonial. Si lo requieren, en cambio, las educativas y curativas, que no figuraban en el anteproyecto de Royo. El límite de veinte años de duración máxima fijado para las penas privativas de libertad es también aplicable a las medidas de seguridad, con excepción, como parece lógico atendida su naturaleza, de las curativas. La aplicación viene fijada entre un límite mínimo y un máximo, sin que en ningún caso puedan extenderse a ellas los beneficios de la suspensión condicional, indulto o amnistía. En el tema de la responsabilidad civil, que cierra esta primera parte, merece ser destacado únicamente que en el anteproyecto se posibilita al Juez para ordenar en la sentencia la responsabilidad civil de autores y/o partícipes. Para terceras personas, por el contrario, continúa en vigor el sistema actual de reclamación de la misma en vía civil.

A la Farmacodependencia se dedica la segunda parte del Colectivo. La introducción al tema corre a cargo de Rafael Batista, que se refiere a los «Aspectos generales sobre la farmacodependencia» (págs. 51-54). Se examinan, a continuación, por Mariano Lamela, los «Aspectos farmacológicos de la farmacodependencia» (págs. 55-60), y por Rodolfo Ermocilla, los «Aspectos generales de las lesiones producidas por las drogas» (págs. 61-67), refiriendo brevemente las más comunes y los distintos efectos que acarrea cada una de ellas. Por último, Eduardo Amato presta atención a los «Aspectos psicológicos y sociales de la toxicomanía» (págs. 69-72), desarrollando brevemente las toxicofilias orgánicas y psíquicas.

La delincuencia de tráfico da contenido a la tercera parte. De los aspectos preferentemente administrativos y organizativos trata Ricardo Alonso Rodríguez al presentar el «Anteproyecto de ley sobre el tránsito terrestre», actualmente sometido a discusión y consulta de numerosas entidades del país. De los aspectos propiamente penales lo hizo el profesor Rodríguez Devesa, al referirse a «Los delitos de tráfico». Tras recordar el incontenible aumento de los mismos y los problemas que se plantean por tal hecho en orden a la responsabilidad civil, se refirió a la ineficacia de la intimidación que esperaba lograrse al elevar a la categoría de delito conductas como la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, conducción sin per-

miso y fuga en caso de accidente. El que los porcentajes de reincidencia sean muy considerables viene a corroborar, además, la ineficacia de la amenaza de la pena como medio educador del conductor. Y es que, señala el profesor de Madrid, ha cambiado la mentalidad social respecto a la concepción de estas conductas; la ilicitud de las mismas se difumina ante el hecho de que todos o casi todos somos delincuentes en potencia, convirtiéndose la reprobabilidad del suceso en un caso de mala suerte. Tal concepción, que podría ser extensible a cualquier género de delitos, hace que se estén debilitando las líneas de resistencia penales ante el fenómeno de la delincuencia, precisamente cuando con este adelantamiento de las barreras de la protección penal se trataba de lograr lo contrario.

Sin embargo, la experiencia muestra que tampoco podemos prescindir de las penas, aunque sea un hecho que su presencia tampoco ha servido para resolver el problema. Quizá haya influido en ello la dificultad que entraña el descubrimiento de muchos de los hechos sancionados, particularmente en aquellos casos en que no se produce ningún tipo de accidente, y la casi imposibilidad de asegurar la ejecución de penas que como la privación definitiva del carnet de conducir se mostraban en principio como apropiadas. La solución ofrecida por el coloquio de la Asociación Internacional Penal y Penitenciaria, celebrado en Rotterdam en el mes de junio del pasado año, favorable a la descriminalización de estas conductas, pasando al ámbito administrativo todas las infracciones de tráfico, aunque resultasen muertos o heridos, no parece acertada al autor. En su opinión, la solución está en una política de más amplios horizontes: sólo elevando el nivel moral de los conductores, sólo cuando se les haga comprender que deben respetar a los demás, aun cediendo de su derecho, podrán reducirse los delitos de tráfico.

Con unas consideraciones del mismo Rodríguez Devesa, sobre las medidas de seguridad, se pone fin al libro que comentamos. Partiendo de una posición contraria a su existencia y tras referir el nacimiento y evolución del principio de legalidad, la pena de prisión y la peligrosidad, el autor se ocupa, más que propiamente de las medidas de seguridad, de éstas y de la pena. La experiencia de que hasta ahora disponemos, dice, pone claramente de manifiesto el fracaso de las medidas de seguridad; ni la reincidencia, ni la delincuencia juvenil, que era lo que fundamentalmente se reprochaba a las penas, han disminuido, sino que continúan creciendo. Y es que, añade, es una utopía proponerse como fin de la pena la resocialización o readaptación social, porque para ello es preciso que el delincuente quiera resocializarse o rehabilitarse efectivamente. Además, es un hecho también que en casi todos los países las medidas de seguridad se cumplen del mismo modo que las penas privativas de libertad. La criminalidad, por otro lado, es algo que forma parte del propio desenvolvimiento de la humanidad. El delito es elemento integrante de la patología social, afirma, y en consecuencia toda sociedad debe partir de antemano admitiendo la existencia inevitable de una tasa de la misma, que podrá disminuir, pero no desaparecer. Las medidas de seguridad suponen, además, una violación del principio de legalidad, pues hoy no podemos precedir qué va a ocurrir en el futuro; por eso, el precio que se paga por mantenerlas, por sustentar un medio inútil, la inseguridad jurídica, es un precio demasiado alto e into-

lerable. Por todo ello, concluirá, debemos prescindir de las medidas de seguridad.

Obligado es, en cambio, mantener la pena de prisión, pero urge acuciantemente el hallazgo de nuevos instrumentos que sean sentidos como penas, pero no tengan los inconvenientes de aquélla, que desde luego no ha de ser en ningún caso superior a diez o quince años de privación efectiva de libertad. En cuanto a las penas de corta duración, el argumento que se da en contra de ellas, su ineficacia, es también perfectamente válido para las largas, por lo que parece que en tanto no se encuentre algo equivalente para la gravedad del hecho han de mantenerse; aparte de que no siempre su aplicación ha de ser negativa para el sujeto. El rechazo de las medidas de seguridad, sin embargo, no lo es de las medidas asistenciales o pedagógicas que hoy figuran bajo su nombre, necesarias con o sin delito, sino de las de internamiento en sentido estricto.

Con esta valiosa y sumamente interesante ponencia se pone fin al libro que hemos comentado.

JUAN JOSE GONZÁLEZ RUS (Granada)

**DERECHO Y ECONOMIA EN LA SOCIEDAD ESPAÑOLA ACTUAL.  
GRANADA, 1978**

**SAINZ CANTERO, José Antonio: «Política Criminal Moderna y Reforma de Ordenamiento Penal Español».**

El trabajo responde a la Conferencia pronunciada por el profesor Sáinz Cantero, el día 5 de marzo de 1978, en el Centro Asociado de Granada a la UNED, del que es director, y en la que se recogen, en forma sistemática y concisa, lo que desde hace años viene indicando el profesor Sáinz Cantero, en sus explicaciones de clase, sobre las bases y la forma en que ha de llevarse a cabo la reforma del ordenamiento penal español, según las modernas orientaciones de Política Criminal.

Distinguiendo, a efectos de análisis, los tres campos en que debe producirse la reforma (ordenamiento penal retributivo, preventivo y penitenciario) se proponen principios y postulados que, a juicio del profesor de Granada, deben sustentar la futura y necesaria revisión.

En lo que se refiere al ordenamiento penal retributivo, los criterios básicos que han de utilizarse y respetarse son los siguientes:

1.º El principio de intervención mínima, que se desarrolla en la observancia, a su vez, de otros dos postulados fundamentales: A) La consideración del Derecho Penal como la «última ratio» aplicable, después, de que se hayan mostrado ineficaces las medidas de política social, desprovistas de carácter sancionatorio, y las sanciones civiles y administrativas. B) El carácter fragmentario del Derecho Penal, que obliga a dirigirlo a la protección de tan sólo los bienes jurídicos más fundamentales para el individuo y la sociedad, y precisamente de los ataques más intolerables. Ello significa, como consecuencias directas de orden práctico, que hay que despenalizar comportamientos hoy considerados delictivos, por un lado, y por otro, incluir como tales conductas actualmente impunes (entre ellas delitos contra

la Economía Nacional, contaminación, especulación del suelo, urbanismo e intimidad individual).

2.º El principio de legalidad, que ha de respetarse no sólo mediante la proclamación formal del mismo o en la teoría de las fuentes, sino sobre todo en la técnica de elaboración de las leyes penales que, en su virtud, han de ser claras en la redacción, exhaustivas en la descripción del presupuesto y precisas en la consecuencia.

3.º El principio de proporcionalidad, considerado hoy como límite fundamental del «ius puniendi», que impone la correspondencia de la pena o medida de seguridad con la gravedad del hecho cometido o la peligrosidad del autor, respectivamente, y que tan poco respeto merece hoy en el derecho vigente (por ejemplo, en los delitos contra la propiedad, entre otros).

4.º El principio de culpabilidad; principio que debe ser rector de todo Derecho Penal y que hoy tan menoscabado se halla en múltiples preceptos del Código. Para lograr semejante propósito, el camino más apropiado que se ofrece es el de proclamar, en el mismo prontispicio del nuevo Código Penal, que no puede imponerse pena sin culpabilidad.

En lo que hace al ordenamiento penal preventivo, el autor entiende que ha de ser elevado sobre tres presupuestos básicos:

1.º La neta distinción entre peligrosidad social y peligrosidad criminal, hoy olvidada por nuestra Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social, y que recomienda reservar la medida de seguridad para el peligroso criminal y que con el peligroso social se empleen otra clase de medidas asistenciales o administrativas. Entre tanto se produce la reforma, añade el profesor Sáinz Cantero, los inconvenientes derivados de la confusión actual pueden enmendarse haciendo uso del amplio arbitrio que la ley concede al juzgador.

2.º Reserva del Derecho Penal Preventivo para las medidas post-delictuales, debiendo hacerse una expresa declaración en la ley penal que, sin lugar a dudas, deje claro que la medida de seguridad es una de las consecuencias jurídicas del delito y que, lo mismo que la pena, requiere para su imposición la comisión previa de un hecho punible.

3.º Completar el sistema dual con el sistema vicarial, que viene a ofrecer una respuesta mucho más satisfactoria que aquél a los supuestos de concurrencia de pena y medida de seguridad, al permitir al Juez decretar el cumplimiento de la medida antes que el de la pena, y aún liberar la ejecución de la última si ya no lo cree necesario; obstante, advierte el autor, sería necesario recortar los excesos a que este procedimiento podría llevar, fijando minuciosamente en la propia ley los criterios en que debe fundamentarse su resolución.

Por último, en referencia al ordenamiento penitenciario, el profesor Sáinz Cantero empieza por advertir que cada día está más convencido de que «la verdadera reforma del mismo es acabar con la pena privativa de libertad» que, a su juicio, «es tan cruel e inapropiada a la sensibilidad jurídica del hombre de nuestros días como la pena de muerte». No obstante, mientras llega ese momento, «y sin descuidar ir reduciendo su campo de aplicación al mínimo posible», la reforma penitenciaria tiene que tender decididamente a un objetivo ineludible: la rehabilitación y reinserción social del delin-

cuenta. Para ello será necesario que la reforma del ordenamiento tome en cuenta los siguientes principios:

1.º Prioridad, entre los fines de la pena, del que se propone lograr la reeducación y reinserción social del condenado, hasta el punto de que si se demuestra —«y yo albergo ya mis temores de que ya se esté demostrando», confiesa el autor que la pena privativa de libertad, por su misma naturaleza, es incapaz de resocializar, habrá que suprimirla inmediatamente de las escalas de penas de los Códigos; aunque sea apta para el logro de otras finalidades.

2.º Respeto de la personalidad y dignidad del condenado, reconociéndosele todos los derechos de que gocen los hombres libres, excepto de aquellos de que expresamente le haya privado la sentencia por la que se le condenó. Del mismo modo, al considerársele como persona integrada en la sociedad, deben exigírsele todos los deberes, particularmente el respeto de los derechos de los otros internos y los funcionarios atajando con toda energía la delincuencia intramuros.

3.º Estricta observancia del principio de legalidad en el desarrollo de la ejecución de la pena.

4.º El principio de la judicialización de las penas y medidas de seguridad, poniendo las garantías individuales en el campo penitenciario en las mismas manos que lo están en otras áreas del Derecho. Ello supone crear la institución del Juez de ejecución de penas, que ha de vigilar todas las vicisitudes que concurren en el cumplimiento de las mismas.

El trabajo es importante por lo que tiene de plasmación de las ideas inspiradoras de toda una concepción científica del ordenamiento penal y penitenciario, largamente repetida a lo largo de las lecciones magistrales del Catedrático de Granada, que ahora se ven recogidas por escrito en un momento tan trascendental para nuestro ordenamiento penal, en vista de las profundas reformas que se prometen. Mas, como termina el propio profesor Sáinz Cantero, la reforma ha de correr paralela en las tres direcciones apuntadas «hasta el punto —añade— de que el legislador no podrá reformar con éxito uno de ellos sin hacerlo también con los otros dos».

JUAN JOSÉ GONZÁLEZ RUS  
(Granada)

#### **MORILLAS CUEVAS, Lorenzo: «Derecho Penal e ideología».**

Tras recordar la decisiva influencia que sobre el Derecho Penal tienen las variaciones ideológicas, se destaca por el autor el neto carácter liberal con que nace el Derecho Penal moderno, como fruto de la ilustración y asentado en los principios de libertad, igualdad y fraternidad.

La evolución posterior desemboca en el convencimiento del derecho como un determinado orden, un determinado sistema de relaciones sociales. La concepción, sin embargo, se ha visto sacudida por agresiones de diversa índole, unas veces científicas, otras políticas.

Desde el campo científico, el Derecho Penal liberal se ha visto atacado

en sus presupuestos fundamentales: la libertad e igualdad aparecen condicionadas. Tras referir los casos más notables en que se pone el Derecho Penal al servicio de una ideología (Alemania, Italia, URSS), el autor advierte que, sin embargo, los ataques más peligrosos vienen del propio mundo de las ideas, a través del camino que lleva a la negación del «*ius puniendi*», expresado fundamentalmente por anarquistas y comunistas. Se examinan, con cita de los textos más representativos del proceso evolutivo, desde las posturas más absolutas, mantenedoras de la necesaria destrucción del Estado, hasta las más moderadas de reconocimiento de la necesidad del derecho, aún dentro de la sociedad socialista; si bien, admitiendo que en su seno la delincuencia irá progresivamente decreciendo, al desaparecer gran parte de los factores que en la sociedad capitalista son determinantes de la misma. Todo ello en base al entendimiento de que junto a los factores sociales hay otros orgánicos y psíquicos que provocan también la comisión de delitos.

La conclusión del autor es que el socialismo moderno actual, entendido como ideología intermedia entre el capitalismo burgués y el comunismo utópico, requiere la estructura del Estado y el servicio del derecho; derecho, sin embargo, que no ha de ser el residuo burgués de las sociedades capitalistas, sino reflejo de la voluntad del pueblo. En definitiva, la fórmula del Estado democrático de Derecho.

En España, a nivel doctrinal, la evolución va desde el «derecho protector de los criminales», de Dorado Montero, a la sustitución del Derecho Penal por la Criminología, en la sociedad socialista, profetizada por Jiménez de Asúa; aunque, se resalta, no ha habido un auténtico rechazo del «*ius puniendi*».

Combinando avatares históricos y Códigos, se va mostrando hasta qué punto la ideología dominante ha condicionado los sucesivos Códigos penales patrios, imprimiéndoles el mismo carácter que tiene el sistema político del que vienen a ser instrumento. Se recogen, en este sentido, todas las últimas modificaciones que actualmente están tratando de acomodar de la forma más eficaz posible el Código Penal a los nuevos tiempos que corren.

Todo ello, concluye el autor, viene a mostrar al Derecho Penal «como la expresión de un poder organizado —el Estado— cuya finalidad es tutelar unos determinados intereses que en ocasiones representan el sentir mayoritario de la sociedad y en otras simplemente la garantía de la clase dominante misma». Que esto sea así, no obstante, escribe Morillas, no significa ni puede llevar a postular la desaparición del mismo, ya sea en un Estado burgués, ya sea en uno socialista: lo importante, entonces, es la determinación del contenido y servidumbre.

En el futuro, el Derecho Penal ha de responder a las exigencias de un Estado social de Derecho «que asuma las reglas democráticas con fidelidad suma, que defienda al pueblo porque nazca del pueblo, que proteja al ciudadano de las fuerzas opresoras. En definitiva, que sea un derecho para la libertad y para la igualdad. Un derecho que exista para el hombre y no un hombre para el derecho».

**FERRACUTI, F.-SOLIVETTI, L.:** «La pornografia nei mezzi di comunicazione di massa con speciale riguardo alla televisione», *Quaderni del Servizio Opinioni*, núm. 25, Roma, 1976, 404 págs.

El tema de la pornografía, al igual que sucede con el de la violencia en los programas televisivos, en cuanto su influencia en la criminalidad resulta difícil poder conocer cuál es su verdadera incidencia. Hay sujetos que se ven afectados por determinados programas, mientras que en otros no parece ofrecer ninguna influencia, siendo lo más frecuente que no se conozcan los verdaderos efectos que, por otra parte, concurrirán con otros factores del sujeto que pueden ser los verdaderos desencadenantes de la conducta criminal.

Se dedica especial atención en la obra a las consideraciones generales sobre la pornografía, sus efectos en la sociedad y su influencia en el mundo del delito. En el campo de la criminalidad se recogen algunos estudios de sujetos que cometieron delitos de tipo sexual, llegándose a la conclusión de que, pese a que la pornografía incita la actividad sexual, en muchos casos la conducta del delincuente no ha estado influenciada por la pornografía. Tiene notable influencia en el terreno juvenil en cuanto que origina una notable actividad sexual que lleva al nacimiento de un considerable número de hijos naturales. Pese a todo, hay una influencia directa en muchos casos de la pornografía en delitos de tipo sexual, mientras que apenas si tiene valor en la comisión de otros delitos, aunque aparecen algunos casos que se cometen delitos contra la propiedad, para después poder tener relaciones sexuales pagadas con mujeres e incluso hombres, más o menos próximos al mundo de la prostitución.

En la sociedad en general y particularmente en el terreno juvenil y en el mundo del delito tienen mayor influencia la pornografía televisiva que las publicaciones impresas. El material pornográfico, tanto autorizado como clandestino, es muy elevado; en Estados Unidos, por ejemplo, el valor anual de todo tipo de pornografía —libros, revistas, filmaciones y material erótico se aproxima a los mil millones de dólares.

En cuanto a la conveniencia de control de la pornografía se hace preciso una censura de la misma, pues aunque pueda ir contra el principio general de la libertad en cualquier régimen democrático, si se tiene en cuenta que cierto tipo de pornografía lleva a graves consecuencias, incluso dentro del mundo del delito, no cabe la menor duda de que ha de protegerse la moralidad hasta el punto de que no desestabilice la buena marcha de la sociedad. Hay determinadas conductas que incluso son tipificadas en las leyes penales, aunque en el terreno internacional hay diversidad de criterios.

**GARCIA-PABLOS DE MOLINA, A.: «Asociaciones ilícitas en el Código Penal». Prólogo de José María Rodríguez Devesa. Bosch, Casa Editorial, S. A. Barcelona, 1978, 406 páginas.**

No se limita el autor en el presente libro al examen del número 2.º del artículo 172 del Código Penal, relativo a la asociación para delinquir sobre la que había versado su tesis doctoral. Consciente de la importancia y trascendencia que la reforma llevada a cabo en materia de asociaciones ilícitas por la ley 23/1976, de 19 de julio, suponía para el Derecho penal español, ha abordado Antonio García-Pablos un estudio de mayor envergadura: el tratamiento conjunto de todas las figuras de asociaciones ilícitas previstas en la citada ley. No constituye, pues, este libro la mera publicación de la tesis doctoral.

Tras examinar los antecedentes históricos del sistema penal español en materia de asociaciones ilícitas, analiza el autor el proceso de reforma para acabar con el estudio del derecho positivo procedente de la ley 23/1976, de 19 de julio. La reforma, que venía justificada por los defectos de la legislación anterior, ha sido en opinión del autor más política que técnica. Por ello, a pesar de todo, el sistema español vigente en materia de asociaciones ilícitas sigue estando necesitado de profundas y sustanciales modificaciones. Por una parte, por la vaguedad e imprecisión con que están contruidos los tipos, la reforma no satisface las elementales exigencias de certeza y seguridad jurídicas, y por otra, ha dejado intactas las líneas fundamentales del sistema tradicional. A este respecto señala acertadamente el autor como principal defecto del sistema español el hecho de que la problemática de los partidos políticos siga estando inserta en el marco de la legalidad ordinaria, cuando debería estar en el marco de una «suprallegalidad», pues se trata de un tema constitucional.

Con la pretensión de abandonar de antemano posturas formalistas, dedica García-Pablos, antes de adentrarse en el examen del derecho positivo, unas referencias muy atinadas y elaboradas al bien jurídico protegido. Y es que piensa, con otros muchos autores, que «la actitud crítica del jurista no ha de limitarse a comprobar si la ley positiva se ajusta o no al postulado de la legalidad—que es una garantía fundamentalmente formal—, sino que exige del mismo el examen de la actividad represiva del Estado contemplada en su totalidad, y a la luz de los principios que deben inspirar la acción de un Estado, que tomo como modelo: el Estado democrático de Derecho, el Estado de Derecho social y democrático» (pág. 200). El tema del bien jurídico exige, en opinión del autor, un tratamiento distinto en la asociación para delinquir y en las asociaciones políticas. Si en la asociación para delinquir del número 2.º del artículo 172 del Código Penal parece claro que el objeto de la tutela es el propio poder del Estado en cuanto que es éste quien «encarna la autotutela del ordenamiento jurídico frente a determinados comportamientos individuales que discurren por el más peligroso cauce organizativo» (pág. 173), la cuestión es más discutida con relación a las asociaciones de carácter político. No participa a este respecto el autor ni de la tesis de la seguridad interior del Estado ni de la tradicional que apela al legítimo ejercicio de los derechos individuales. «El Estado de

Derecho de nuestros días—afirma—no parecé que acuda al C. P., tipificándolos estos delitos, para proteger la propia seguridad, sino para hacer respetar las normas que regulan la libre y democrática participación política de acuerdo con un determinado modelo de la misma. Lo que necesariamente no prejuzga—en un sentido u otro—el tema distinto de su «seguridad» (pág. 147). Por otra parte, con anterioridad a la reforma de 1976, el Código «reforzó con su sanción la efectividad de unas normas extrapenales puramente limitativas, o incluso el vacío hormaivo. El Código, pues, tutelaba el interés de restringir al máximo o impedir el ejercicio del derecho (?) de asociación. Pero, con la reforma de 1976, entiendo que el problema del bien jurídico debe replantearse... Uno de los objetivos de ésta ha sido, desde luego, *hacer posible el proceso constituyente*, quitando los obstáculos legales que impedían la determinación, por la soberanía popular, de nuevas fórmulas políticas. De los antecedentes de la Ley 23/76, de 19 de julio, se desprende que su finalidad no es otra que la de *crear y hacer respetar un marco de participación política* con arreglo a un modelo aún impreciso—necesariamente impreciso—cuyos contornos definitivos se trazarán al aprobarse la nueva Constitución. El legislador pretende asegurar el respeto por todos de unas normas de juego para la participación política, excluyendo la violencia y el totalitarismo, es decir, los extremismos, las posturas que a corto o largo plazo impedirían aquélla» (págs. 148-149). Después de examinar los modelos alemán e italiano, acaba estas referencias declarando que el sistema español se encuentra en una primera fase en cuanto a la tutela del bien jurídico. «El Estado sigue siendo más Estado *«aparato de poder»* y conjunto de instituciones, que Estado *«comunidad» nacional...* En nuestro sistema está todo por hacer. Porque los contornos de ese «orden democrático», de esas reglas del juego de participación política, serán elaborados por los nuevos Diputados, una vez concluido el proceso constituyente» (pág. 162).

La problemática de la naturaleza jurídica y caracterización de la tutela penal es abordada por García-Pablos, limitándose al supuesto básico y fundamental de la asociación que tiene por objeto cometer otro delito. Con referencia a este problema entiendo que las asociaciones criminales no entrañan una anticipación de las barreras penales en cuanto que no incriminan «meras intenciones delictivas, ni ideológicas, sino determinados *actos «externos»*, conductas que nuestra ley *sustantivizada*, en lugar de describir, con los correlativos verbos transitivos...» (pág. 172). Teniendo en cuenta la concepción del bien jurídico de que parte, tampoco comparte el autor la tesis de la naturaleza preparatoria de la asociación. Mientras sea irrelevante para el tipo la ejecución de su propio programa no puede ser acertada la afirmación de la naturaleza preparatoria de la asociación criminal. En su opinión se trata «de un delito *sui generis*, de una técnica a la que ya se refirió Berner en los siguientes términos: *como acto preparatorio aparece un comportamiento dado sólo cuando se configura con relación a otro comportamiento, a la ejecución de este segundo. Pero si la ley penal castiga una acción que bien pudiera tomarse por acto preparatorio, no en consideración a ese momento ejecutivo que prepara, entonces no se castiga aquélla en cuanto tal acto preparatorio: aparece, por el contrario, como una acción que se castiga en sí misma*» (pág. 175). Por otra parte y en orden a la polémica en torno

a la caracterización de estos delitos como delitos de peligro «puede afirmarse que si el tipo no exige un *principio de ejecución de los delitos planeados*, si el delito de asociación ilícita se *consume* aunque no se ejecuten ninguno de los hechos criminales en programa, es obvio que la asociación criminal no es un delito de «peligro» respecto a los mencionados bienes jurídicos singulares» (pág. 179).

Con relación a la necesidad de la tutela penal en el ejercicio de la asociación política, resume García-Pablos su opinión en los siguientes términos: «no puede descartarse la *«necesidad»* de la pena, para la protección de un orden de valores que la sociedad, mayoritariamente, aprueba y estima; aunque la pena ha de ser siempre la *«última ratio»* y no el medio normal y primario del Estado. Ahora bien, no basta con la necesidad real de proteger ciertos bienes jurídicos: es decisivo el *modo* en que se articula la tutela de los mismos y los *mecanismos de garantía* y control que impidan los abusos y extralimitaciones, la falta de certeza o de seguridad jurídica, en una materia de tal trascendencia como la de los *derechos fundamentales* del individuo. Esta garantía formal, constitucional, brilla por su ausencia en el sistema español» (pág. 200). En este sentido no es lícito en una sociedad democrática acudir al Código Penal para prohibir determinados partidos políticos. «El C. P. debe limitarse a configurar *delitos de «desobediencia»*, abandonando sus actuales pretensiones de crear una ilicitud penal primaria y autónoma» (pág. 215). Las limitaciones del derecho de asociación deben establecerse en una ley fundamental o constitucional y debe ser asimismo un Tribunal Constitucional quien controle todo el mecanismo. Se trata de dos exigencias fundamentales. De lo anteriormente expuesto deduce el autor que sólo el actual número 2 del artículo 172 del Código Penal tiene perfecta justificación, tanto desde el punto de vista técnico como de política criminal. Constituye, sin duda, «un resorte eficaz y necesario contra la *delincuencia común asociada*, si bien los tribunales españoles han sido y siguen siendo reacios a su aplicación» (pág. 361). Los demás supuestos de asociaciones ilícitas acusan los condicionamientos de la reciente reforma y son muy cuestionables tanto desde puntos de vista dogmáticos, como procesales, constitucionales y de política criminal.

Con un acendrado rigor crítico lleva a cabo el autor el análisis e interpretación de los tipos, tanto de los elementos comunes a los mismos (concepto de asociación, de objeto social y de mero individuo, miembro activo, presidente, director, fundador y favorecedor), como de los específicos de las respectivas figuras de asociaciones ilícitas. Con el mismo rigor científico deja bien patente su profundo conocimiento de la dogmática jurídico-penal en el estudio de las cuestiones referentes a la culpabilidad y al error, a las formas imperfectas de ejecución y al concurso tanto de leyes como de delitos.

Ponen punto final al libro los siguientes Anexos: 1) Texto resumido de la Sentencia de 8 de junio de 1936, de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo, sobre la licitud de la Asociación «Falange Española de las JONS»; 2) Texto literal de la Sentencia de 1 de abril de 1977 de la Sala 4.ª del Tribunal Supremo sobre la licitud penal del Partido Comunista de España; 3) Texto íntegro de la resolución gubernativa que legaliza el Partido Comunista de España, acor-

dando su inscripción en el Registro de Asociaciones Políticas del Ministerio de la Gobernación (resolución de 9 de abril de 1977), y 4) Relación cronológica y provisional de los partidos políticos legalizados y pendientes de legalizar.

Como ya he dicho antes, y como señala en el prólogo el profesor Rodríguez Devesa, Antonio García-Pablos ha estudiado este polémico tema de las asociaciones ilícitas con gran rigor crítico y científico, tanto en el análisis e interpretación de la ley como en el manejo del Derecho comparado, no dejándose fácilmente deslumbrar por las soluciones que en esta materia hayan podido darse en otros países. Por otra parte, demuestra el autor un amplio conocimiento de la dogmática jurídico penal, que hace que el trabajo realizado sea muy valioso no sólo para el estudio de las asociaciones ilícitas, sino también para otros muchos problemas del Derecho penal.

MANUEL GALLEGO DÍAZ

**HENTIG, H. (von): «La criminalidad del homófilo». Trad. J. Belloch Zimmernmann. Espasa-Calpe. Madrid, 1975, 268 páginas.**

Se divide la obra en cuatro capítulos, dedicándose el primero a la introducción, en donde se tratan consideraciones generales, así como el significado del vocablo homófilo, con relación al cual escribe el autor: «existe, dentro del campo homosexual, impotentes, frígidos, subdesarrollados, frustrados, tímidos y a su lado otros sublimadamente agarrotados, aplicándose a estos últimos exactamente la expresión *homófilo*». Se destaca la conducta de algunos homófilos, lo que permite una mayor comprensión del concepto. Se hace referencia también de las estadísticas de estos sujetos en algunos países poniendo en tela de juicio el valor de las mismas, ya que el número de casos desconocidos es muy elevado.

Se ocupa el capítulo segundo de la sociología del homófilo. Se hace una breve exposición de la vida de éstos en la prisión y de la tendencia a ocupar determinadas profesiones, como el ejército, maestros, cocineros, sastres, masajistas y otras en donde se tiene relación con varones. También se trata de la coartada del matrimonio como medio para camuflar la condición homosexual, así como de los chantajes de que suelen ser objeto. Se recoge la inclinación homófila de algunos personajes históricos, como Federico el Grande de Prusia y Luis III de Baviera.

Con relación a los rasgos psicológicos del homófilo se destaca el mayor porcentaje de hijos ilegítimos, mientras que, dentro de los ambisexuales los heterosexuales son los más frecuentes, aunque se prefiere a los sujetos del mismo sexo, siendo ésta una forma de ocultar socialmente su verdadera condición. De todos modos la condición bisexual en buena parte de los casos es simulada y no real. En ocasiones se dan situaciones masoquistas, lo que facilita la sumisión en la pareja homosexual, mientras que cualquiera de ellos puede terminar suicidándose como consecuencia de situaciones depresivas derivadas de la conducta sexual, mientras que el odio y el temor a las mujeres suele ser frecuente.

Se trata en el cuarto y último capítulo de la criminalidad en la esfera ho-

mófila. El asesinato ofrece diversas formas: los cometidos en horas íntimas, aunque en la mayor parte de los casos la motivación no trasciende más allá de la administración de justicia, siendo lo más frecuente que el más joven dé muerte al de más edad, resultando difícil poder conocer la verdadera realidad de los hechos, mientras que la víctima suele aparecer en el lugar de la comisión de los hechos—generalmente una habitación—, en posturas extrañas. Los celos juegan un papel importante en los asesinatos entre homófilos, y la frecuencia de convivir entre mujeres—para encubrir su situación—no mejora la realidad. También la separación de la pareja puede llevar al asesinato, cuando está motivada por la intervención de un tercero—que incluso puede ser mujer—, que disputa el compañero; nos encontramos ante una conducta motivada por celos en la mayoría de los casos, situación que también se da en las prisiones y en donde la víctima suele ser el de más edad.

Con respecto a la madre, los homófilos se sitúan en los extremos de gran amor o repulsa. En algunos casos llegan a matarla, bien por odio, por obstaculizar sus desviaciones sexuales o recriminarles. También llegan a dar muerte a la propia esposa, por las razones anteriores y en buena parte de los casos preparan los hechos de forma que parece se trata de suicidios.

Los frecuentes chantajes de que son objeto los homosexuales pueden llevarles al suicidio o dar muerte a los chantajistas para liberarse de ellos. También puede encontrarse la muerte mediante actos masoquistas, en donde la víctima suele ser el más joven, ya que a veces se producen accidentes mortales, como puede ser el estrangulamiento, en cuyos límites se busca la eyaculación.

La mayor parte de los homófilos que cometen delitos suelen tener un coeficiente intelectual inferior a la media de la población, encontrándose los límites más bajos en los que cometen delitos contra la integridad física de las personas.

Los medios utilizados para dar muerte a la víctima son muy variados, aunque no suele utilizarse armas de fuego. Lo más frecuente es coger cualquier objeto contundente de los que hay en el lugar de los hechos, aunque después haya que rematar al sujeto con arma blanca o estrangulándola. Hay casos en los que se llega a extirpar los órganos genitales del cadáver, o se destrozan—más frecuente en mujeres—, o incluso se llega a la decapitación. Los asesinatos cometidos por pedófilos suelen ser posteriores a la realización de los actos contra natura, por temor a ser descubiertos por los niños atacados; generalmente se tiende a la destrucción de la víctima, especialmente la cabeza y órganos genitales, mientras que a veces se descuartizan y dispersan las partes, lo que no siempre tiene una finalidad de que el cuerpo sea encontrado o reconocido, ya que hay otros procedimientos más eficaces de hacerlo desaparecer. Aunque la pedofilia se da entre adultos y niños, no faltan casos en los que hechos ocurren entre jóvenes, siendo las víctimas los de menor edad.

En cuanto a los delitos contra la propiedad son frecuentes los hurtos en las viviendas de los homófilos, donde llevan a sus víctimas. También a veces se cometen robos, que suelen ir precedidos de violencia contra las per-

sonas, tanto en los lugares donde habitan homófilos, y entre ellos, como cuando son desvalijados por otros que no lo son y se hacen pasar por tales.

ALFONSO SERRANO GÓMEZ

**ARMIN KAUFMANN:** «Teoría de las normas. Fundamentos de la dogmática penal moderna». Dapalma. Buenos Aires, 1977, 403 págs. (Traducción de Enrique Bacigalupo y Ernesto Garzón Valdés, de «*Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie. Normologik und moderne Strafrechtsdogmatik*». Göttingen, 1954).

La aparición del libro de Armin Kaufmann en castellano es, ante todo, un hecho que demuestra hasta qué punto existe una vinculación muy estrecha entre la ciencia hispanoparlante y alemana del Derecho Penal, y una gran influencia—difícil de valorar en su conjunto—de ésta sobre aquélla. Claro está que en el ámbito de la ciencia penal alemana el libro de Kaufmann (sin duda la mejor exposición del pensamiento de Binding) no constituye, ciertamente, la expresión de su actual desarrollo. Este se orienta hoy hacia una «despedida de Kant y Hegel» (KLUG, Ulrich, *Abschied von Kant und Hegel*. En BAUMANN (Hrsg.), *Programm für ein neues Strafgesetzbuch*, 1968) y una «vuelta a von Liszt» (ROXIN, *Franz von Liszt y la concepción político criminal del Proyecto Alternativo*, 1976). Contrariamente, la obra de Kaufmann constituye más bien un «documento» de un estilo de pensamiento inspirado por Welzel (al que el autor dedica su obra) y fuertemente ligado al paso atrás (restauración del pensamiento jurídico del siglo XIX), que caracterizó a los años posteriores a la guerra en Alemania.

El hecho de culpar al positivismo penal—e, indirectamente, a von Liszt como uno de sus máximos exponentes en Alemania—de la amarga experiencia nacionalsocialista constituye una acusación de cuya rotunda falsedad se está tomando conciencia en nuestros días. Pero es sabido que cuando se piensa de una situación como real, lo es en sus consecuencias: terminada la contienda mundial, no se entró a distinguir el irracionalismo nazi del positivismo de base científica que proponía von Liszt. Todo un movimiento filosófico se puso entonces en marcha con la finalidad de superar la experiencia que significó el Estado antijurídico del régimen nacionalsocialista y repeler el puro pensamiento orientado a una finalidad tal como quedaba expresado en la cínica divisa del III Reich, según la cual Derecho sería solamente aquello que es útil para el pueblo alemán. Se pretendió una decidida revinculación del Derecho con la ética, con la moral. En la base se encontraba aquí, enfrentándose con muchas de las tendencias anteriores provenientes de la escuela de von Liszt, el enérgico reconocimiento del principio de culpabilidad, lo que se consideraba como un pronunciamiento en favor de la dignidad de la persona a la que debe protegerse de una reducción a mero objeto de medidas intimidantes o correccionales. Es a esta época a la que corresponden afirmaciones como las siguientes: La pena presupone culpabilidad. Culpabilidad es reprochabilidad: el fundamento interior del reproche

de culpabilidad consiste en que el hombre dispone de una capacidad libre responsable y moral de autodeterminación y que, por lo tanto, puede decidirse por el Derecho contra su negación. Querer penar sin el reproche de culpabilidad sería falsificar el sentido de la pena y convertirla en una medida carente de coloración moral de la que se podría abusar con fines políticos (cfr. STRATENWERTH, *Die Zukunft des strafrechtliches Schuldprinzips*, páginas 8 y ss.).

Es decir, la dogmática penal alemana no puede entenderse, por lo demás lógicamente, sin tener en cuenta la existencia de la II Guerra Mundial y el régimen fascista que la precedió. Terminada la contienda, la dogmática alemana, para alejarse del autoritarismo nazi, en vez de dar un paso adelante (lo que hubiera supuesto seguir con el desarrollo de las ideas—determinismo, prevención especial, etc.—del liberal que era von Liszt), se decidió por el paso atrás: por la vuelta a la filosofía del siglo XIX, a Hegel y, sobre todo, al «liberalismo» de Kant, máximos representantes ambos de las teorías absolutas. En el campo estrictamente penal, la vuelta tenía que producirse necesariamente a Karl Binding, en cuya teoría de las normas se encuentra el más fiel exponente de las teorías absolutas libre albedrío, retribución, etc.) de la pena.

Todo este proceso, que Ernst Topitsch describió con precisión en la Introducción del libro de Kelsen, *Aufsätze zur Ideologiekritik* (1964, págs. 26 y ss.) y que fue ciertamente comprensible en su época, está hoy superado en Alemania: el importante paso adelante que hace ya doce años supuso el Proyecto Alternativo es una de las más claras muestras del fenómeno al que hacemos referencia. El impacto de las investigaciones provenientes de las ciencias empíricas que se ocupan de la criminalidad (de las que en modo alguno necesitan las teorías de la retribución en tanto en cuanto se mueven en un terreno puramente metafísico) ha descubierto panoramas que están muy lejos de los esquemas mentales más tradicionalistas de la dogmática penal alemana: la teoría de las normas de Binding—producto, sin duda, de circunstancias históricas muy precisas que se echan de menos en el libro de Kaufmann—y la teoría de la acción finalista. Por ello, pese al título de la obra que comentamos («fundamentos de la dogmática penal moderna»), habría que convenir que cualquier otro calificativo distinto al de «moderno» adjetivaría más propiamente al tipo de dogmática (la de las teorías absolutas) que Kaufmann nos presenta: la crisis en que esta dogmática se encuentra sumida en la actualidad no tiene visos de ser superada. Hoy, a una distancia cronológica sustancial de la experiencia nazi, no se intenta buscar en el pasado (Kant, Hegel, Binding, Welzel) soluciones a los graves problemas que conmueven las bases en que tradicionalmente se ha venido asentando nuestra disciplina. Antes, por el contrario, se avanza con el convencimiento de que una concepción política criminal del Derecho Penal (necesariamente relativista y utilitarista) podrá darle a esos problemas las soluciones que no supieron o no pudieron darles otras concepciones del Derecho Penal.

El esfuerzo principal de la monografía de Kaufmann, sin duda valiosa pero no exenta de dificultades, consiste, en realidad, en demostrar la vinculación del pensamiento de Welzel con la tradición encarnada en la obra de Karl Binding y en presentarlo como un desarrollo superador de las contra-

dicciones o dudosas fundamentaciones que todavía se encuentran en aquél. Un estudio de los presupuestos, siquiera filosóficos, y no digamos histórico-políticos de la obra de Binding (tal como puede encontrarse recientemente en la obra de AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, 1972) no ha sido materia de la investigación de Kaufmann y en esto reside, tal vez, la razón de la cierta insatisfacción que queda después de la lectura del libro que comentamos. La concepción de Kaufmann impide, desde el principio, un tratamiento de este tipo, ya que, a su juicio, lo que caracteriza al estudio del Derecho es la atemporalidad de sus categorías (pág. X). Esta afirmación hubiera necesitado, sin duda, de una demostración más amplia que la simple remisión a un trabajo de Gerhart HUSSERL (*Rechtskraft und Rechtgeltung*) que el autor no incluye luego en la bibliografía de su obra. La declaración de ciertas estructuras como invariables y en cierta medida, ajenas al desarrollo histórico no puede ocultar el hecho de que tales estructuras sean el producto de concepciones condicionadas por su propia historicidad y por estilos de pensamiento que están evidentemente determinados por circunstancias históricas y sociales concretas. Una monografía que aceptara este punto de vista tendría que haber dado respuesta al tratar de lo vivo y lo muerto en el pensamiento de Binding a la pregunta de hasta qué punto tienen hoy vigencia, por lo menos, los presupuestos filosóficos de esa teoría. En otras palabras, y para no ir demasiado lejos, Kaufmann debería haber investigado también, y quizá ante todo, por qué la restauración del pensamiento idealista de la segunda mitad del siglo XIX alemán debía cortar el desarrollo de las concepciones que von Liszt y Radbruch aportaron y cuyas consecuencias prácticas no son pocas para el Derecho Penal. Dicho de otra manera: ¿por qué hay que volver—con mínimas concesiones, de todos modos— a las teorías absolutas y desechar, condenándolo, al utilitarismo en las concepciones de la pena? Sobre todo habría que haber tenido en cuenta hasta qué punto—como lo sostiene Hart actualmente— las teorías absolutas no son sino una forma de encubrir fines utilitarios que no se expresan (cfr. *Recht und Moral*, 1971).

Fuera de esta crítica fundamental, que es la que impedirá seguramente que este libro se convierta en una obra básica, es preciso señalar aquí que la edición al castellano del mismo viene a cubrir un hueco que hace tiempo se podía percibir. La concepción de la teoría de las normas, que juega un papel tan decisivo en muchísimos aspectos de los problemas dogmáticos, ha sido prácticamente ajena a las investigaciones realizadas en nuestra lengua y la magnífica exposición contenida en el libro comentado brinda un inapreciable material informativo que estimulará, sin duda, su profundo conocimiento. Conocimiento que obviamente, ha de ser crítico y no meramente receptivo, entre otras razones, porque el esquema de pensamiento que subyace tras toda la obra no corresponde a la evolución de la dogmática jurídico-penal española (que hoy más que nunca debería preocuparse por el tema de lo vivo y lo muerto en el pensamiento de Dorado Montero), simplemente porque en España no se han atravesado las circunstancias socio-políticas que se han atravesado en Alemania en lo que va de siglo. La obra tiene, además, la virtud de poner en relación al pensamiento y las soluciones de Binding

con las corrientes en la dogmática alemana de mediados de este siglo y brinda muchos elementos para comprender sus desarrollos.

En la primera parte del libro, Armin Kaufmann hace una exposición de la teoría de las normas y de la dogmática de Binding (en págs. 1 a 46). Allí se ocupa de las bases de la teoría, pero con las limitaciones antes señaladas. Su tratamiento no supera nunca los aspectos internos del sistema de Binding. Su objetivo principal es demostrar la existencia de normas, así como el hecho de la sanción (págs. 4 y ss.). Contenido, carácter jurídico y eficacia de la norma son también analizados en esta parte del libro. En la parte C. de este primer capítulo se presenta la teoría del delito y en la D. la teoría del crimen, es decir, en la terminología de Binding, del delito punible.

El capítulo segundo se hace cargo de las críticas a los fundamentos de la teoría de las normas. Se toman en consideración las críticas de Kelsen, von Hippel, Binder y Laun, llegándose a la conclusión sorprendente de que estos autores no habían atacado los fundamentos de la teoría de las normas. Si se tiene en cuenta que de una u otra manera aquellas críticas son el producto de posiciones diversas con respecto a la cuestión del libre adbedrio (punto fundamental en la teoría de Binding), resulta difícil entender la conclusión de Kaufmann como correcta. La última parte de este capítulo se ocupa de las relaciones entre el juicio de valor y la norma. Aquí llega Kaufmann a la conclusión de que el objeto del juicio de valor que precede lógicamente a la norma y el objeto de la norma son coincidentes. Esto le permite afirmar fácilmente que la existencia de la norma depende de los mismos presupuestos que brindan validez al juicio de valor que en ella subyace (páginas 87 y ss.).

Los capítulos tercero y cuarto se ocupan de los problemas de lo injusto y de la culpabilidad en la teoría del delito. El capítulo tercero se refiere al objeto de la norma y a su efecto obligante (págs. 135 y ss.) y el cuarto a la reprochabilidad y a la pena. Comentario merecen aquí las conclusiones a las que llega Kaufmann en materia de destinatario de la norma (capítulo tercero, parte B.). A su juicio las normas se dirigen a todos, pero —y en esto está la originalidad de la solución planteada— sólo tienen efecto obligante respecto de aquellos sujetos en relación a los cuales se concreta en deber. El verdadero problema del destinatario es, a su juicio, la cuestión de la concreción de la norma en deber. Si esto es así, habrían que preguntarse qué quiere decir «que las normas se dirigen a sujetos a los que, sin embargo, no obligan». Kaufmann no aclara este punto, verdaderamente obscuro, de su argumentación. La concreción de la norma en deber depende de la clase de norma de que se trate: si se trata de normas generales, la concreción del deber dependerá sólo de la capacidad de acción del destinatario (págs. 184 y ss.). Si, en cambio, se trata de normas especiales, la concreción en deber requerirá que el destinatario de la norma presente además los elementos de la autoría. Es evidente que con ello, Kaufmann quiere demostrar que es correcta la posición de Welzel, que entiende que el error sobre estos elementos es un error de prohibición. Con la solución de Kaufmann tales elementos pertenecerían indudablemente al deber, y el error sobre ellos sería un error sobre el mismo y no sobre el tipo. La compatibilidad de la afirmación de que las normas se dirigen a todos y la existencia de otras que, sin-

embargo, se dirigen solamente a ciertos sujetos determinados es, por lo demás, problemática.

En el capítulo cuarto, como se ha dicho, se desarrolla la teoría de la culpabilidad. Reprochable es aquel que puede motivarse de acuerdo con la norma, el que posee la capacidad para comportarse de acuerdo con el mandato. Interesante es aquí el desarrollo de su argumentación respecto a las clásicas causas de «inculpabilidad». Kaufmann entiende que éstas no excluyen la culpabilidad. La dogmática alemana ha seguido esta argumentación en forma prácticamente dominante en los últimos años. Por cierto que en algunos casos, de la comprobación de que el estado de necesidad disculpante no excluye la capacidad de obrar de otra manera—que es el punto de partida de la tesis de Kaufmann—, se han extraído también conclusiones diversas. Es el caso de Roxin, que considera que este hecho es una demostración acabada de que el poder obrar de otra manera no es el fundamento de la categoría llamada culpabilidad. Las causas de inculpabilidad, entendidas simplemente como elementos de la cuantificación del juicio de reproche, determinan de una manera fáctica la exclusión de la pena, pero no de la culpabilidad en sí misma. Tal exclusión de la aplicación de una pena se fundaría, según Kaufmann, en el reducido contenido de reproche de culpabilidad en estos casos.

El capítulo quinto está dedicado a la norma en el sistema del Derecho. Lo más importante es aquí su separación de la teoría de los imperativos siguiendo el ya clásico argumento de que además de imperativos, esto es, órdenes, el ordenamiento jurídico está compuesto también por otras proposiciones jurídicas, como son las que establecen autorizaciones. Esto lleva directamente al problema de la teoría de los elementos negativos del tipo. Kaufmann combate las conclusiones de esta teoría vinculando nuevamente la autorización para realizar determinado comportamiento típico con el deber. Las autorizaciones impiden, a su juicio, la concreción de la norma en deber. Luego es preciso concluir que el error sobre sus circunstancias es un error sobre el deber y ello vendría a dar razón a la teoría estricta de la culpabilidad defendida por Welzel. Partiendo de que la justificación sólo se da si la realización del tipo era necesaria, porque la necesidad es un elemento esencial de la misma, llega Kaufmann a la conclusión de que la realización o no realización del tipo no puede depender de la inexistencia o existencia, respectivamente, de causas de justificación.

La lectura de esta obra permitirá, sin duda, disponer de una buena sistematización de los argumentos con que se ha defendido la teoría de la acción finalista de Welzel y sus conclusiones en lo que respecta a la teoría del delito. El conocimiento de toda esta problemática es, sin duda, imprescindible incluso para aquellos que creamos que «son equivalentes los términos de norma penal y ley penal, pues en Derecho Penal, por imperativo del principio de legalidad sólo puede considerarse como norma vinculante la ley penal positiva... por lo que parece innecesario acudir a la distinción de Binding entre norma y ley penal, pues toda la ley penal plasma una norma de conducta, preexistente o concomitante a ella, que en todo caso, adquiere eficacia jurídica desde el momento en que entra en vigor la ley penal» (cfr. MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *Introducción al Derecho Penal*, 1975, pág. 11,

nota 1). Es por ello un acierto que esta colección iniciada por la Editorial Dapalma, de Buenos Aires, anuncie ya la traducción de una obra de Roxin en la que se discuten críticamente muchas de las soluciones propuestas por Kaufmann, pues de esa manera el lector en lengua castellana tendrá un panorama más completo de la problemática que la obra comentada analiza.

Mención aparte merece la acertada traducción realizada por los directores de la colección, Enrique Bacigalupo y Ernesto Garzón Valdés. Quienes tengan la posibilidad de leer el original alemán podrán juzgar el esfuerzo y el logro de los traductores por mantenerse con fidelidad dentro del estilo del autor, procurando siempre no rinterpretarlo, sino simplemente traducirlo (lo que supone reflejar fielmente el pensamiento de la obra). Se trata de un libro sumamente difícil por la densidad y complejidad de su contenido y por la circunstancia de que el lenguaje desarrollado en esta problemática todavía no había sido objeto de traducciones que fueran acuñando expresiones adecuadas para vertirlas en nuestro idioma. Tanto el autor como los traductores pueden estar, por lo tanto, satisfechos: la obra llegará al público de habla hispana con el mayor grado de fidelidad que era de esperar.

AGUSTÍN ZUGALDÍA ESPINAR,  
 Profesor Adjunto interino.  
 Granada

**McDONALD, L.:** «*Social Class and Delinquency*», Londres, 1969, 240 págs.

Se ocupa el autor del debatido tema de la relación que pueda existir entre clase social y criminalidad, ya que tradicionalmente se ha venido manteniendo que la delincuencia se da en mayor proporción entre las clases humildes que en la media y alta.

Se recogen una serie de resultados sobre la criminalidad en base a cuatro grupos sociales que van desde la clase alta, pasando por la media y a la clase superior trabajadora, hasta la baja laboral. Prácticamente en todos los delitos los resultados son los mismos, el menor índice de delincuencia se da en las clases altas y el mayor en las más humildes del mundo laboral; conforme desciende la categoría social se incrementa su participación en el mundo del delito; también en el uso de la violencia se mantiene la misma tónica. Se le dedica atención especial a la delincuencia juvenil, por lo que también se considera la relación que pueda haber entre la escuela a la que asisten los sujetos de las distintas clases sociales y la criminalidad.

También se plantean una serie de factores que justifican esa desigual participación en el mundo del delito de sujetos pertenecientes a distintas clases sociales. Se consigna la problemática de la anomia, la cultura en que se desenvuelven los jóvenes, así como su mundo circundante, que sin duda tiene notable importancia en su comportamiento, ya que en no pocos casos condiciona la conducta del sujeto. La formación de grupos juveniles es importante, en cuanto que puede arrastrar a algunos de los componentes

al delito, cuando de haber caído en grupo diferente no se habrían iniciado en el delito.

Esa mayor criminalidad de los jóvenes pertenecientes a las clases trabajadoras más humildes —o su reflejo en las estadísticas— no obedece solamente a problemas económicos, culturales, de movimientos migratorios, dificultades en la vivienda, mundo circundante, etc., hay también un factor que juega un papel importante, se trata de la mayor protección que tienen las familias poderosas frente a la administración de justicia —situación de la que no escapa ningún país, aunque la incidencia varía notablemente en razón con los regímenes democráticos en los que el sistema penal funciona mejor—, en cuanto poseen de mayor facilidad para poder conseguir escapar a la acción de los tribunales.

ALFONSO SERRANO GÓMEZ

**MUNOZ R. CAMPO, Elías: «El peculado. (Su análisis dogmático jurídico en el Código Penal Panameño.)» Panamá, 1973, 103 págs.**

Coincidimos ampliamente con el autor, en que uno de los delitos más difundidos, y con mayor índice de comisión, es el «peculado», que constituye, por su trascendencia, la «ratio essendi» del libro que vamos a comentar.

En la Introducción se investiga el origen de la fórmula denominadora de tales conductas, a las que define como: «el delito cometido por los funcionarios públicos en perjuicio de los caudales o efectos, que por razón de sus funciones deben administrar, percibir o custodiar», señalando que su terminología coincide con la empleada por el derecho italiano, siendo la de «malversación de caudales públicos» la utilizada en el ordenamiento español, que el autor prefiere, pero que no aprovecha, en razón de ser la mencionada anteriormente, aquella que el delito tuvo desde sus orígenes, y mantiene en la actualidad, adoptando como método y plan seguido en esta obra, el esquema construido por DEL ROSAL, siguiendo los criterios y el parecer de MEZGER.

En la teoría general del delito de peculado examina sinóptica y concisamente los elementos mutuos y comunes de las actividades descritas en el capítulo I, título VI, libro II del Código Penal panameño, señalando que dentro del aspecto objetivo considera como interés jurídico prevalente el correcto desempeño de la función administrativa, presuponiendo el contenido esencial la transgresión por parte del agente, del deber propio con respecto a determinadas funciones públicas, que le compete desempeñar.

Como factores integrantes de estas modalidades delictivas destaca: a) el carácter de funcionario público que ostenta el sujeto activo; b) la condición de públicos también, que tienen el dinero o efectos sustraídos (objeto material); c) la apropiación debe realizarse durante el ejercicio de las tareas que al autor habían sido encomendadas; con excepción del artículo 158 que no precisa los dos primeros requisitos.

Las conductas pueden revestir formas activas u omisivas, consistiendo

en: a) apropiarse; b) distraer; c) retener, tomados todos los términos en sentido amplio, bienes o caudales públicos.

En cuanto a la dimensión subjetiva, admiten únicamente el dolo, salvo el artículo 154, que configura una actuación culposa.

Examina tras ello el peculado por apropiación, del artículo 153 del Código Penal panameño, y que por ser el más representativo analizaremos con mayor cuidado, ya que las otras modalidades, aún revistiendo características de concreción propias, nos remiten a él de manera continua, puesto que sus factores constitutivos resultan semejantes.

El sujeto activo de este delito ha de poseer titulación de funcionario o empleado público, tanto de hecho como de derecho, aunque no integran esta categoría los usurpadores, coincidiendo con *MAGGIORE* en que resulta indiferente que la función pública sea permanente o temporal, siempre que por su medio le sean confiados bienes muebles o caudales públicos, en base a un título objetivo.

La conducta típica consiste en apropiarse, sustraer o malversar, mediante previo apoderamiento, de los objetos o dinero cuya posesión detentan en virtud de su cargo, con voluntad de haberlos como suyos, lo que excluye formas culposas.

El delito se consuma al verificarse la apropiación, teniendo carácter instantáneo, ya que no se borra con el posterior reintegro, y formal, pues no requiere una lesión efectiva del patrimonio público, aunque esto no significa la independencia total de un resultado, que puede ser material o moral, admitiéndose al respecto las formas imperfectas de ejecución.

La participación sigue en principio las normas generales, aunque, según opina *CUELLO CALÓN*, el particular que coadyuba en un peculado cometido por funcionario público no es culpable de este delito, sino de otro común contra la propiedad, ante lo que el autor disiente, ya que tal cualidad de empleado público no es mera circunstancia agravatoria, sino un elemento constitutivo del tipo, que en consecuencia extenderá su configuración al partícipe.

Resulta perfectamente hipotizable el concurso delictivo, así como el delito continuado, y se requiere para su persecución judicial, denuncia previa de los agraviados, aunque el procedimiento se substancie de oficio.

A continuación estudia el artículo 154, que recoge el peculado culposo, figura sin parangón en otras legislaciones, excepto la española, constituir requiriéndose para tal delito, de carácter plurisubjetivo; de una parte, la falta de cuidado o diligencia culposa del funcionario público; y de otra, el apoderamiento doloso de los caudales u objetos custodiados, por parte de una tercera persona, siendo admisibles las formas imperfectas de ejecución.

Se examina después el peculado por uso indebido del artículo 155, que consiste en la utilización, a beneficio propio o de terceros, de los caudales u objetos que estén encomendados a un funcionario público, por razón de su cargo, y para cuyo estudio nos remitimos a lo dicho en el peculado por apropiación.

Tras ello investiga el artículo 156, que describe el peculado cometido por funcionario que diere a los bienes o dinero que administre una aplicación pública injustificada, distinta de aquella a que estaban destinados, conduc-

tas que, como el autor reconoce, eran de frecuente realización en el ambiente panameño, lo que inspiró al legislador el deseo de tipificar esta forma delictiva, siguiendo el patrón legal español, ya que la conveniencia pública que debe inspirar la distribución de las partidas monetarias con que cuenta el Estado no puede abandonarse al libre arbitrio y determinación de un particular, aunque éste sea funcionario público, y para cuyo estudio también nos remitimos al artículo 153.

Posteriormente revisa el artículo 157, que recoge el peculado por denegación de pagos y retención indebida, y que presenta dos modalidades delictivas: A) denegar un pago, sin causa justa, cuando se es tenedor de fondos estatales, y B) retener indebidamente algo que se encuentre bajo su custodia o administración, tras haber sido requerido para su entrega por orden de autoridad competente.

Este precepto, observado de manera parecida tan sólo en el ordenamiento español, constituye un tipo subsidiario, cuya aplicación supone la inexistencia de otra norma más grave, y sus elementos pueden equipararse a los del ya mencionado artículo 153.

Finalmente, se contempla el artículo 158, que hace extensivas las disposiciones de este capítulo a los encargados, por cualquier título o concepto, de bienes o caudales nacionales o municipales o pertenecientes a establecimientos de instrucción o beneficencia, y a los que el legislador acuerda una protección extraordinaria, por su relevancia especial.

La diferencia con respecto a otras figuras del peculado son las siguientes: 1) El sujeto activo no podrá ser funcionario público, sino un simple particular. 2) El objeto material sobre el que recae la acción típica estará constituido no sólo por bienes de propiedad pública, sino también de los establecimientos privados descritos en el precepto. Los restantes elementos coinciden con los anteriormente estudiados en las otras modalidades delictivas.

Para terminar quisiéramos resaltar la indudable aportación que supone la obra del profesor Muñoz R. al controvertido tema de las actividades criminosas realizadas por empleados públicos o asimilados, y que hoy más que nunca por la especial importancia que adoptan en nuestra sociedad, precisan de ser correctamente reguladas y clarificadas, a fin de eludir y descartar los posibles abusos que en el desempeño de sus funciones cometan, ante la trascendencia que para el ciudadano tiene la actuación inconsecuente de estos funcionarios.

AURORA GARCÍA VITORIA,  
*Profesora Ayudante de Derecho Penal.*  
*Granada.*

**SCHNEIDER, Hans Joachim: «Viktimologie». Wissenschaft vom Verbrechenopfer. («Victimología». Ciencia de la víctima del delito). J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1975.**

La Victimología como parte de Criminología es una ciencia joven, cuyo objeto de estudio lo constituye la víctima del delito concebida como sujeto autónomo dentro del proceso de criminalidad, y no como el mero objeto desatendido e inadvertido que se la venía considerando con anterioridad.

En otra época en la que tan excesiva como innecesariamente se discutió sobre el tratamiento debido al autor del delito, debió ser mayor la atención prestada a la persona de la víctima como a su respectivo tratamiento. En la actualidad, sin embargo, la Policía Criminal ha contribuido de forma especial a promover en la República Federal Alemana los primeros trabajos de investigación empírica sobre Victimología.

La Victimología es una ciencia actual. Los resultados de las numerosas investigaciones llevadas a cabo en países como Escandinavia, América del Norte y América del Sur, dan fe de ello. Los primeros libros con esta materia relacionados proceden de Japón. En el primer Simposio Internacional sobre Victimología, celebrado del 2 al 6 de septiembre de 1973 en Jerusalén, se promovió su estudio de forma contundente. La Comunidad Internacional de Criminología (París) celebrará a su vez su segundo Simposio Internacional sobre este tema del 5 al 11 de septiembre de 1976 en Boston.

Pero, lamentablemente, la gran expectación que la Victimología ha despertado en el extranjero y en general en todo el ámbito internacional, no se ha visto correspondida hasta el momento por los países de habla alemana. Algunos tratados alemanes sobre Criminología dedican ciertos capítulos al estudio de aquella ciencia, pero hasta ahora no existe ninguna obra íntegramente consagrada a la profundización de tan trascendental materia.

El presente texto proporciona toda la información acerca del estudio de la Victimología, de la que carece la República Federal Alemana, tomando como base las orientaciones internacionales existentes en la actualidad, sin olvidar la extraordinaria precaución que requiere la aplicación de resultados de investigaciones llevadas a cabo en el extranjero a situaciones y conflictos planteados en el propio país.

El material para la elaboración de esta monografía procede no sólo de las largas discusiones personales sostenidas por el autor con sus colegas de otros países, sino también y muy especialmente de sus numerosos viajes realizados por el Norte y Sur del continente americano, Gran Bretaña, Escandinavia, Europa oriental, la Unión Soviética, Polonia, Yugoslavia, Israel y Japón, que fueron de extraordinario provecho para sus investigaciones criminológicas.

Característica esencial de la obra es su orientación profundamente pragmática. Su autor no ha querido renunciar ni a la minuciosa exposición de datos ni a la detallada información sobre el estado actual de las investigaciones referentes a la Victimología llevadas a cabo en todo el mundo.

El presente estudio se dirige no tanto al práctico del derecho, que vive en constante relación con la víctima, como al estudioso de la Ciencia del Derecho, de las Ciencias de la Educación, Psicología, Medicina, Sociología y Teología, ofreciéndole la ayuda necesaria para solucionar los problemas planteados en relación con la víctima de delito.

Un catálogo de vocablos extranjeros y de términos técnicos sobre Victimología se encuentra recogido al final del libro, con la única finalidad de facilitar su comprensión al lector y posibilitar su uso interdisciplinario.

Al comienzo de cada uno de los capítulos que integran la obra se recopila un resumen informativo del contenido de los mismos, a fin de que el estur-

dioso pueda decidir, con carácter previo, si le interesa o no profundizar en su correspondiente estudio.

Una extensa relación bibliográfica y un índice de autores y materias recogidas en las últimas páginas del texto están al servicio inmediato de los intereses de la investigación y contribuyen a esclarecer la panorámica general del tema que nos ocupa.

Al final de cada capítulo un apartado especial contiene la enunciación de uno o varios supuestos prácticos relacionados con la materia específica en aquél desarrollada, y una serie de cuestiones a continuación formuladas invitan al lector a pronunciarse por una u otra solución. Los casos prácticos no son en absoluto espectaculares ni excepcionales; se trata de supuestos estraídos de la realidad criminal cotidiana, que han sido tan profundamente modificados que resultan inidentificables hasta el punto de que, cualquier similitud con personas vivas o muertas o con acontecimientos reales, sería total y absolutamente involuntaria.

Las respuestas a las cuestiones formuladas respecto a cada caso práctico se encuentran recogidas al final del libro, si bien la forma en que aquéllas fueron planteadas impide de antemano la adopción de soluciones únicas y exclusivas, siendo evidente la intención del autor que, lejos de interesarse por la respuesta exacta y adecuada, se preocupa profundamente por la exigencia de fundamentación y razonamientos jurídicos de las argumentaciones que se estimen procedentes.

Para hacer efectivos en la práctica los resultados obtenidos en el proceso de investigación victimológica, sería tan necesaria como conveniente la creación y organización en cada comunidad del cargo de «Opfer-Ombudsmann» para auxiliar y asistir a la víctima cuando se encontrare incapacitada para salir por sí misma de la crisis en que se hallare sumergida, como consecuencia del perjuicio físico o psíquico que hubiere padecido a causa del delito. Aquél se constituiría en su ayudante y compañero temporal y no sólo a efectos de subsanar o disminuir en la medida de lo posible los daños por ella sufridos, sino lo que es más importante, a efectos de prevenir una futura posibilidad de llegar a ser víctima.

La instauración de esta nueva figura («Opfer-Ombudsmann») significaría un gran avance en la labor organizadora de un servicio encargado de atender y asistir a la víctima del delito.

El aspirante a «Opfer-Ombudsmann» debería haber obtenido, al menos, la graduación académica en Ciencias Sociales o estar en posesión de cualquier otro título semejante. Se encargaría de mitigar en lo posible las perturbaciones que la víctima experimentase como consecuencia de su aparición ante el Tribunal, y de sugerir a éste la necesidad y conveniencia de la reparación del daño en aquélla causado.

Para el desempeño de sus funciones vendría obligado a trabajar en estrecha colaboración, dentro de su respectiva comunidad, con la justicia criminal y las autoridades encargadas de la asistencia social, así como con el personal integrante de organizaciones de asistencia y auxilio creadas al efecto, tales como médicos, enfermeras, psiquiatras, fiscales, jueces, policía y periodistas.

Los recursos económicos para la financiación de este proyecto procede-

rían de diversas fuentes: de fondos de la comunidad, de fondos privados y de subvenciones estatales y federales.

Pero para que el proyecto alcanzara su máxima eficacia sería necesaria la cooperación de dos grandes departamentos: el de Policía y el de Sanidad.

El programa para su ejecución estaría integrado por dos componentes esenciales: la consideración de daño directa e inmediatamente producido a la víctima y el análisis de la resolución autor-víctima.

El «Opfer-Ombudsmann», a través de su experiencia práctica, podría contribuir extraordinariamente al futuro desarrollo empírico de los trabajos de investigación victimológica.

CONCEPCIÓN CARMONA SALGADO,  
Profesora Ayudante. Granada

**STRATENWERTH: «Tatschuld und Strafzumessung». Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart. Heft 406/407. Tübingen, 1971, 37 págs.**

Debe reconocerse con STRATENWERTH que «una investigación de las normas legales sobre la individualización de la pena no requiere de una justificación especial» (pág. 4). De una parte, «la gran significación que la individualización de la pena tiene en la práctica judicial cotidiana es tan evidente como la insostenible inseguridad que domina este ámbito» (pág. 5). De otra, se extiende cada vez más la idea de que el problema penal comienza y se agota con la teoría de los fines de la pena (cfr. BERISTAIN, A.: *Fines de la pena*. RGLJ, nov. 1961, pág. 3) y no existe, sin duda, ningún aspecto del Derecho Penal en donde dicha teoría adquiera mayor relevancia práctica como en el de la individualización de la pena. Este es además un terreno especialmente difícil: siendo los fines de la pena (al menos en la concepción dominante) esencialmente antinómicos, resulta muy difícil construir sobre ellos un sistema que guarde la suficiente coherencia como para poder ser calificado de satisfactorio. Tampoco requiere justificación alguna el hecho de que el mencionado análisis se lleve a cabo —como ocurre en el presente estudio de STRATENWERTH de una forma esencialmente crítica. Efectivamente, el objetivo primordial de STRATENWERTH es demostrar que, en materia de individualización de la pena, la normativa que ofrece el Código Penal alemán vigente es «desafortunada en cuanto constituye una regulación carente de determinación y vacía de contenido» (pág. 14). Frente al sin sentido del vigente parágrafo 46 hubiera sido preferible, sostiene en definitiva STRATENWERTH, adoptar la regulación que sobre esta materia ofrecían los párrafos 2 y 59 del Proyecto Alternativo (pág. 5).

La monografía comienza, consecuentemente, con un intento de recta interpretación del mencionado parágrafo 46 (págs. 5 y ss.). En él se habla de «culpabilidad». Lo primero que habría que determinar es a qué tipo de culpabilidad se intenta hacer referencia. No se puede estar haciendo referencia a una culpabilidad de carácter o de disposición (págs. 5 y 6). Ni a una culpabilidad por la conducción de la vida (págs. 6 y 7). Solamente se puede estar haciendo referencia a la *culpabilidad por el hecho*. Pero decir culpabilidad por el hecho es, en definitiva, no decir nada en tanto se entienda

con la doctrina dominante que de acuerdo con ella, «la circunstancia a la que se refiere en primer lugar la individualización de la pena es el hecho mismo y su contenido de injusto y de culpabilidad; pero como la pena justa sólo se obtendrá adecuando su «quantum» a la personalidad del autor, en la determinación de la culpabilidad por el hecho debe tenerse en cuenta la personalidad del autor de la forma más amplia posible, aunque sólo en la medida en que ella aparezca expresada en el hecho punible, es decir, en la medida en que la procedencia, el desarrollo, el medio circundante y la tendencia del autor, su carácter y su conducción de la vida permitan deducir consecuencias en lo que respecta a la medida de la reprochabilidad del hecho mismo» (pág. 8).

No cabe duda de que el concepto de culpabilidad de que se parte es confuso y contradictorio. Pero más confuso resulta aún que la culpabilidad así entendida esté llamada a constituir solamente la *base* para la individualización de la pena. Esta sola afirmación no permite deducir del texto legal ningún tipo de articulación de los fines de la pena (págs. 8 y ss.). Un análisis de la génesis de este precepto no aclara absolutamente nada (págs. 10 y ss.). Es más, sólo contribuye a explicar la divergencia de opiniones que actualmente existe en la materia. Divergencia que llega hasta el extremo de opiniones como las de DREHER y JESCHECK—por lo demás difíciles de comprender (pág. 13)—son calificadas de anticonstitucionales por MAURACH. Es decir, con el parágrafo 46 se ha introducido en la Ley una fórmula que es «susceptible de ser interpretada en la forma que se quiera» (pág. 11).

STRATENWERTH cree encontrar la causa de la desafortunada regulación legal en materia de individualización de la pena en una serie de malos entendidos de los que partieron los Expertos del Ministerio de Justicia (pág. 14 y ss.). En primer lugar, creyeron que la persecución de fines preventivo-especiales dentro del ámbito de pena señalado por una culpabilidad por el hecho en la que se tenía en cuenta la personalidad del autor, era una tarea apta para llevarse seriamente a la práctica. La demostración de que no es así la realiza STRATENWERTH ejemplificando amplia y acertadamente con la agravación de la pena que se establece para supuestos de reincidencia (páginas 15 y ss.). Tampoco el Código Penal alemán es, pues, ajeno a esta rabieta legislativa que agrupa «motivos no reflexivos con una concepción retributiva de la pena» (pág. 19). Una prueba más de la superficialidad con la que transcurrió la discusión en muchos puntos (pág. 17). En segundo lugar, se partió de la falsa consideración de que exigencias de tipo preventivo especial podían aconsejar la superación de la pena adecuada a la culpabilidad. La falsedad de esta consideración la demuestra STRATENWERTH revisando en algunos puntos la teoría de VON LISZT y poniendo de manifiesto cómo de las críticas que se han dirigido a las penas cortas privativas de libertad no se puede deducir la conclusión de que las largas podrían ser beneficiosas para el condenado. «La superación de la gravedad de la culpabilidad en la medida de la pena no puede requerirse por la necesidad de una resocialización que la ejecución de dicha pena no puede brindar» (págs. 19 y ss.). Por otra parte, ¿hasta qué punto no habría que revisar las tradicionales críticas a las penas cortas privativas de libertad si se tiene en cuenta que países considerados muy avanzados en lo político criminal, como Holanda

y Escandinavia, las continúan practicando con éxito? (cfr. KAISER, G.: *Kriminalpolitik ohne kriminologische Grundlage?: Die Zukunft des Strafrechts und die Wandlungen Kriminologischen Denkens*. Inédita). En tercer lugar, las relaciones entre culpabilidad y prevención de las que partieron los expertos del Ministerio de Justicia tenían bien poco que ver con la realidad que demuestran las ciencias empíricas que se ocupan del fenómeno de la criminalidad (págs. 22 y ss.).

«Comprobado el fracaso del esfuerzo legislativo para determinar en la prescripción general sobre la individualización de la pena las líneas fundamentales a las que ésta debería adecuarse, queda aún por responder a la pregunta de cuál sea el camino a seguir» (pág. 26). En opinión de STRATENWERTH existen dos posibilidades: o bien se separa a la culpabilidad absolutamente del proceso de individualización de la pena o bien, por el contrario, se le atribuye a la medida de la culpabilidad un rol esencialmente distinto al que ha tenido hasta ahora (pág. 26). La primera posibilidad sólo es objeto de breve atención en cuanto se considera por el autor que «para prescindir de la culpabilidad hace falta... un argumento convincente» (página 28). STRATENWERTH se muestra decididamente partidario de la segunda posibilidad. Pero considera que para llevarla seriamente a la práctica debe empezarse por «buscar un nuevo sentido de culpabilidad por el hecho: habría que dejar fuera de consideración en este concepto, dentro de lo posible, los factores que hasta ahora se han incluido en él bajo el título de consideración total de la personalidad del autor; ellos sólo entrarán en consideración en el futuro desde el punto de vista de la prevención» (páginas 28 y ss.). Esto es, «si se eligiera a la culpabilidad por el hecho de los elementos que se refieren propiamente a la personalidad, se abrirá el camino para una individualización de la pena realmente orientada a las exigencias preventivas» (pág. 31). Es decir, el camino que en su día trazaron los parágrafos 2 y 59 del Proyecto Alternativo.

Tal planteamiento no sólo es discutible, sino que en la actualidad está siendo ampliamente contestado: se piensa que lo que no es apto para fundamentar (debido a su carácter discutible e impreciso), difícilmente puede ejercer—sea cual sea la dimensión que se le otorgue—una adecuada función limitadora (cfr. recientemente en España la monografía sobre este mismo tema de QUINTERO OLIVEROS, G.: *Determinación de la pena y Política Criminal*. Cuadernos de Política Criminal, núm. 4, 1978, págs. 59 y ss.). Quizá STRATENWERTH ha rechazado un tanto apresuradamente la idea de separar a la culpabilidad del proceso de individualización de la pena. Podría pensarse que en la actualidad *sí existen* argumentos convincentes para prescindir de la culpabilidad en éste, y en otros campos de nuestra Ciencia (cfr. GIMBERNAT ORDEIG, E.: *La culpabilidad como criterio regulador de la pena*. Coloquio Internacional sobre la pena celebrado bajo los auspicios del Instituto de Ciencias Penales de Chile. Revista de Ciencias Penales, 3.<sup>a</sup> época. Enero-abril 1973, núm. 1, tomo XXXII, págs. 31 y ss.). Pero sucede que en la dogmática penal alemana (y por su influencia también, en parte, en la española), se encuentra firmemente arraigada la idea de «justa retribución de la culpabilidad»: así se pone de manifiesto en la Spielraumtheorie, según la cual, sólo dentro del marco que permite la justa retribución de

la culpabilidad es dado perseguir fines preventivo especiales. Tal tesis tiene una fuerte carga de irracionalidad. Pero, además, parece de todo punto irrealizable: ¿acaso existe un *instrumento métrico* que permita delimitar con precisión la pena que, dentro del marco legalmente establecido, es adecuada a la culpabilidad del sujeto?

No es ésta, como se ha visto, la idea que intenta sostener STRATERWERTH (encuadrado, por el contrario, en la línea dogmática alemana que ha empezado a llamarse «anti-retribucionista»). Pero insiste en la idea de la función limitadora del principio de culpabilidad. Es una opinión cada vez más extendida (cfr. BACIGALUPO, E.: *Significación y perspectivas de la oposición Derecho Penal-Política Criminal*. Comunicación al Congreso de la Asociación Internacional de Derecho Penal, celebrado en Madrid, en torno al tema Derecho Penal y Política Criminal. Inédito) que uno de los retos más importantes que tiene planteados el científico del Derecho Penal en nuestros días es justamente el de elaborar *controles más racionales* que el principio de culpabilidad a las posibles ingerencias estatales mediante el mecanismo de la pena. En este sentido, ¿no será más correcto, y a la vez más honesto, reconocer que a lo máximo que se puede aspirar por el momento es a renunciar definitivamente a la idea de culpabilidad, investigar en torno a los mencionados límites racionales, y a, dentro de los márgenes legales de las penas—sin mínimos y con máximos poco elevados—, intentar conseguir fines preventivos especiales?

Todas estas consideraciones—propias del desarrollo posterior del pensamiento en este tema—no restan valor en absoluto a la investigación llevada a cabo por STRATENWERTH. Es más, la monografía que comentamos—de la que se está preparando traducción al castellano en colaboración con el profesor Enrique Bacigalupo—puede resultar sumamente interesante para la Ciencia Penal española en estos momentos en que se acomete la reforma de nuestro Código Penal. En ella se indica, al menos, en qué sentido *no debe realizarse* la reforma penal española en materia de individualización de la pena.

AGUSTÍN ZUGALDÍA ESPINAR

**«La violencia. Nelle sue implicazioni penitenziarie?», Messina, 1978, 730 págs.**

Se recoge en este volumen las Actas del Seminario de Estudios sobre *La violencia en sus implicaciones carcelarias*, celebrado en Messina, diciembre de 1977. Participaron más de un centenar de expertos pertenecientes a diez países. No había ningún español.

Se trató el tema ya indicado de la violencia en las prisiones, destacándose el considerable aumento de conflictos que se aprecian en los últimos años. Aunque la problemática no es exactamente igual en todos los países, sí cabe destacar que ninguno escapa de ellos, especialmente en los regímenes democráticos. Aunque hay una gran mayoría de criterios coincidentes en los motivos que originan la violencia carcelaria, sin embargo, la identidad es menor en cuanto al valor que se atribuye a cada factor. Por otra parte, es general

el problema de falta de establecimientos adecuados, de personal especializado y del retraso en la administración de justicia, lo que lleva consigo que buena parte de los internos sean preventivos.

En cuanto a los factores que se considera influyen en la violencia en las prisiones cabe destacar: Aglomeración en las cárceles, lo que lleva consigo una promiscuidad entre sujetos peligrosos o que han cometido delitos graves y aquellos que no ofrecen peligrosidad o cometieron delitos de escasa entidad; el traslado de una cárcel a otra, aunque posteriormente sirva para mejorar la situación general; la alimentación deficiente y el mal estado de los edificios, así como de los servicios en general, aunque también existe la violencia en las prisiones modernas y bien acondicionadas, aunque sea por otros motivos; lentitud de la administración penitenciaria en resolver las pretensiones de los internos; subcultura de buena parte de la población penitenciaria; también existe cierta relación entre violencia y formación de los carceleros, quienes pueden contribuir a disminuir o aumentar las tensiones; la aglomeración en las celdas es un motivo de violencia, no obstante, teniendo en cuenta que las celdas individuales dan lugar a un incremento en homicidios, se aconseja que en cada una haya tres o cinco reclusos; la población penitenciaria extranjera también provoca la violencia; una censura excesiva puede resultar problemática, así como el control de las conversaciones con las visitas o que las visitas de familiares se concedan en plazos muy dilatados; las ideas políticas extremistas tienen notable repercusión.

También tiene interés el «stress» que provoca en muchos sujetos la detención y posterior ingreso en una prisión. Esta sí engendra violencia, por la propia pérdida de libertad. El factor psicológico representa un papel muy importante en la violencia carcelaria. También tiene especial interés el ocio y las injusticias sociales que se cometen con los poderosos, quienes, pese a cometer delitos graves —por lo menos en materia económica—, nunca terminan en la cárcel; hoy, a través de los medios de comunicación los reclusos conocen todas esas situaciones, lo que contribuye a sus conductas violentas.

La violencia se da en todos los tipos de prisiones, aunque no en la misma proporción; los centros cerrados crean más problemas que los de régimen abierto o semiabierto; hay sujetos que siempre están dispuestos a participar en cualquier acto de violencia. Por recoger alguna cifra, lo hacemos con las estadísticas italianas, donde en el período 1971-1976 se dieron 478 actos de violencia (115 contra los vigilantes, 193 contra otros detenidos y 170 contra enseres).

Se propone para disminuir la conflictividad una mejora general de la vida en las instituciones; que se mantenga la disciplina; evitar el ocio, especialmente por el trabajo, que debe ser bien remunerado, pues hay que evitar los abusos que se han venido cometiendo de salarios ridículos; ampliación de los establecimientos de régimen abierto o semiabierto; formar profesionalmente a los funcionarios; enviar a las prisiones el menor número de gentes, hacer buena selección de los internos en base a su situación procesal y biopsíquica; crear organismos post-penitenciarios, etc.

Tampoco nuestro país ha escapado al aumento de la violencia penitenciaria en los últimos años, en cuya situación ha influido no solamente los factores

apuntados más arriba, sino también la incorrecta aplicación de las amnistias en algunos casos, considerándose discriminados los delincuentes comunes frente a los que se calificaron como políticos; también ha tenido importancia la situación general del país en donde para conseguir algo positivo ha sido necesario recurrir a procedimientos de fuerza, generalmente la huelga y los paros. Según recoge la Memoria de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 1978 (págs. 108-109), en el año 1977 se registraron más de cincuenta motines en las prisiones, nueve de ellos con grandes destrozos e incendios; hubo once plantones, un centenar de huelgas de hambre individuales y cincuenta de tipo colectivo.

ALFONSO SERRANO GÓMEZ

## REVISTA DE REVISTAS

**DOCTRINA PENAL: «Teoría y práctica de las Ciencias Penales».** Revista trimestral. Año 1. Julio-diciembre 1977. Núm. 0. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1977.

A nadie se le oculta que la Ciencia del Derecho Penal vive unos momentos difíciles. Lenta, pero progresivamente, se está procediendo a desmontar los esquemas tradicionales jurídicopenales y a elaborar un nuevo sistema penal sobre presupuestos diferentes. En estos momentos, cualquier aportación de la doctrina penal rectamente enfocada hacia los nuevos horizontes que se habren ante nuestra disciplina debe ser especialmente valorada. Máxime cuando se trate de la creación de una nueva revista científica de calidad de las que tan necesitados estamos en el círculo de la Ciencia Penal de habla hispana. Por consiguiente, la aparición de la revista que ahora comentamos debería ser motivo de alegría para todos y estas palabras, de celebración por el nacimiento de un nuevo vehículo de transmisión de la cultura jurídicopenal. Pero desafortunadamente la realidad es completamente distinta: no ha nacido ninguna nueva revista. El núm. 0 de «Doctrina Penal» no parece ser sino el certificado de defunción de «Nuevo Pensamiento Penal», revista de Derecho y Ciencias Penales fundada por Luis Jiménez de Asúa.

Es cierto que en las palabras introductorias, Ricardo C. Núñez—director de «Doctrina Penal» y, paradójicamente, ex director de «Nuevo Pensamiento Penal» (obra de la cual «eventualmente le tocó ser su director») — afirma contundentemente que a la revista que hoy nace a la luz «no se la puede considerar una continuación de Nuevo Pensamiento Penal», pues «distintas circunstancias lo impiden». Cuáles sean esas circunstancias es lo que no se menciona. No se hace referencia alguna tampoco a los graves acontecimientos que tienen que haber ocurrido en el seno de «Nuevo Pensamiento Penal» para que en la revista se haya producido un cambio tan brusco. No envidiamos, por cierto, la responsabilidad que ante el mundo de la Ciencia del Derecho Penal ha asumido la «nueva» revista al comenzar su publicación guardando silencio sobre el alejamiento de la redacción de algunas personas, algunas de las cuales no han vacilado frente a riesgos personales cuando se trató de poner en práctica su convicción en la defensa de los derechos humanos. Cuando el no pensar con arreglo a los esquemas establecidos se eleva a la categoría de delictivo, está ocurriendo algo muy grave. El silencio, en estos casos, es incomprensible.

Pues si «distintas circunstancias» impiden considerar a la revista «Doctrina Penal» una continuación de «Nuevo Pensamiento Penal», a riesgo de equivocarnos, puesto que desconocemos cuáles sean esas circunstancias, creemos existen también otras circunstancias que permiten afirmar se trata de la misma revista en la que se ha realizado previamente un proceso de

depuración. No hubiera sido demasiado molesto, por ejemplo, cambiar el diseño de la portada: sólo se ha cambiado su color. La identidad de caracteres tipográficos (no en vano no se ha cambiado ni de editorial ni de impresora) marcha paralelamente a la identidad de contenido: la estructura de la revista es idéntica a la de «Nuevo Pensamiento Penal», pues no se han modificado sus secciones (Doctrina, Jurisprudencia, Legislación nacional, Legislación extranjera, Bibliografía, Revista de revistas e Informaciones). Tampoco la Dirección y administración han cambiado de sede (Talcahuano, 494, Buenos Aires). Los únicos cambios apreciable (aparte de los ya mencionados de título y color de la portada) pueden reducirse a dos. En primer lugar, han desaparecido del consejo de redacción un plantel de profesores argentinos (Bacigalupo, Righi, Gladys Romero y Schiffrin, por mencionar sólo unos pocos) íntimamente vinculados al magisterio de Luis Jiménez de Asúa. Y han desaparecido del consejo consultivo internacional (por mencionar sólo unos cuantos nombres) las figuras de Baratta, Barbero Santos, Cerezo Mir, Gimbernat Ordeig, Armin Kaufmann, Claus Roxin y Wolfgang Schöne). Se trata, pues, de la misma revista, pero en otras manos. Sombreada mutación, que en buena medida deja de serlo si se piensa en la situación política argentina en general.

En la sección de «Doctrina» aparece un interesante artículo de Ignacio Berdugo Gómez de la Torre sobre «El derecho de asociación política en la legislación Penal española». Bustos Ramírez escribe sobre los «Aspectos político-criminales del Derecho Penal de tránsito en Latinoamérica». D. P. Carrera lo hace sobre el «Testimonio del policía por el cual se introduce al debate la declaración del imputado». Sigue un artículo de Fletcher sobre «La proporcionalidad en la defensa y el agresor psicótico: una viñeta en la teoría penal comparada». Maier estudia «La reforma del procedimiento penal en Costa Rica»; M. de Rivacoba y Rivacoba las «Disposiciones penales contenidas en los Códigos de Derecho privado chilenos»; Klaus Tiedemann, los «Objetivos, propósitos y métodos de la investigación criminológica europea en el ámbito de los delitos económicos» y, por último, H. S. Vidal estudia los «Delitos de omisión».

En la sección de «Jurisprudencia», Ricardo Rodolfo Gil Lavedra realiza un amplio estudio de «El desistimiento voluntario de la tentativa». A las secciones de legislación nacional y extranjera—por cierto en esta última Edmundo S. Hendler ofrece un comentario a la ley de reformas del Código Penal español de 19 de julio de 1976—siguen las de «Bibliografía» (con un total de trece reseñas) y «Revista de Revistas». En la sección de «Informaciones» se comenta brevemente el Coloquio de la Sección Nacional Española de la Asociación Internacional de Derecho Penal celebrado en Madrid-Plasencia en el mes de octubre del pasado año.

La revista conversa, sin duda, la calidad científica que en otros momentos le fue reconocida a «Nuevo Pensamiento Penal». Sin embargo, no se observa, como ocurrió también en los últimos números de aquella publicación, el tono crítico que caracterizó el intento renovador de «Nuevo Pensamiento Penal».

LEX, «Revista del Colegio Nacional de Abogados de Panamá».  
Año 1977,

**GONZALEZ FERRER, Campo Elías:** «Lo justo supralegal en la teoría del delito». Enero-abril, núm. 6, págs. 89 a 110.

Dadas las especiales características del tema, entiende González Ferrer, su análisis debe empezar examinando las fuentes filosóficas, al ser en la filosofía del derecho de Kant, en donde encuentra su origen último el contenido material de la antijuricidad.

Tras examinar la concepción kantiana de la antijuricidad, con una acertada y oportuna elección de citas, se deriva por el autor hacia el derecho de la necesidad» y la «teoría de los conflictos», según la elaborara Kant, en el sentido de que la colisión había de resolverse por el principio de que la obligación más fuerte subsiste. Sobre esta obligada introducción se exponen las teorías más significativas elaboradas por la dogmática alemana (MERKEL, LISZT, DOHNA, MEZGER, WELZEL, las derivadas de ellas (BETTIOL, ANTÓN ONECA, JIMÉNEZ DE ASÚA y FONTÁN BALESTRA) y la doctrina panameña (MUÑOZ-VILLALAZ), para llegar a la conclusión de que al hablar de causas legales de justificación es necesario distinguir dos aspectos diferentes: por un lado el de aquellos que, utilizando erróneamente el término «supralegal», lo confunden con lo que no es sino «extrapenal», en cuanto que lo que hacen tales autores es amparar la conducta aparentemente a otras ramas del ordenamiento. Se trata en este caso, entiende el autor, de una auténtica causa de exclusión del injusto, que persigue el fin de no contradicción del ordenamiento jurídico. Y esto, añade, no es «supralegal», porque es siempre legal. Si de lo que se trata es, en cambio, de apelar a las normas de cultura en la búsqueda de la justificación de una conducta, no estamos en un caso de «supralegalidad», sino de «infralegalidad», en cuanto que tales normas no han sido reconocidas por el Derecho. En consecuencia, la exclusión del injusto no puede fundamentarse en las mismas, en tanto en cuanto que se mantienen en su fase prejurídica, al igual que tantos otros intereses no concretados en los tipos.

**GONZALEZ FERRER, Campo Elías:** «Toma de control de aeronave (Piratería aérea)», núm. 7, mayo-agosto, págs. 89-97.

Con base en la regulación panameña, y prefiriendo la denominación de «toma de control de aeronave», se contiene un análisis del referido delito.

**MUNOZ R., Campo Elías:** «¿Está permitido el trasplante de corazón en la legislación panameña? núm. 8, septiembre-diciembre, págs. 137-158.

Desde la perspectiva jurídica, dice Muñoz R., la tradicional consideración del cuerpo humano como «rex extra-comercium» se enfrenta con el progreso y desarrollo continuo de la ciencia médica. La pregunta que en este

sentido es necesario responder es, entonces, la de si están permitidos los actos de disposición de una parte del cuerpo.

La respuesta, desde la posición que ofrece el Derecho civil panameño, entiende el autor, obliga a distinguir entre actos de disposición de partes del cuerpo humano (válidos, siempre y cuando no afecten a órganos vitales o esenciales de la existencia, cualquiera que sea la forma jurídica que adopten) y actos de disposición de la integridad física (nulos absolutamente). En el supuesto de trasplante de corazón, sin embargo, las consideraciones han de ser distintas, al tratarse de extracción de una parte de un cuerpo ya muerto. A este supuesto es al que viene en aplicación la ley panameña número 38, de 25 de noviembre de 1952, autorizando la obtención de tejidos y órganos de cadáveres humanos para injertos y trasplantes a aquellos establecimientos dedicados a hospitalización de enfermos que cuenten con los servicios necesarios de medicina y cirugía, especialidades y laboratorios con personal capacitado y suficiente para establecer y organizar la toma o separación de piezas anatómicas, órganos o tejidos de los cadáveres humanos.

En la reglamentación jurídica del tema se distinguen dos situaciones: a) la disposición por parte de un sujeto en vida de sus propios órganos o tejidos para que tenga efecto después de su muerte y b) la disposición de cadáveres no reclamados por ningún familiar cercano. En el primer supuesto es preciso que el finado haya manifestado en vida, por acto o documento auténtico, su voluntad de efectuar tal donación y que no haya oposición por parte de los familiares con quienes convive. En el segundo caso, la toma de órganos o tejidos podrá hacerse después de las cinco horas siguientes a la defunción, aunque no exista autorización del difunto y siempre que haya un paciente que pueda beneficiarse con el uso de tales tejidos. El término de cinco horas es, para este tipo de intervenciones, muy prolongado, por lo que en la práctica lo que viene haciéndose es que tan pronto se produce la muerte se inician la circulación y respiración artificiales a fin de conservar el corazón en buenas condiciones.

La citada ley cifra la muerte en la paralización de los centros nerviosos vitales, el cese de la respiración y la detención de las funciones circulatorias; criterios, sin embargo, que la moderna medicina hace inútiles al posibilitar la continuación de la vida, después de producido el paro cardíaco, por medio del masaje cordial y ventilación pulmonar artificial. Por otra parte, recuerda el autor, la muerte no es un hecho instantáneo, sino un proceso gradual de paralización de las funciones vitales, por lo que no es válido el tradicional concepto de muerte. Por el contrario, la nueva concepción debe estar construida por el de la detención de las funciones vitales que hacen el proceso irreversible, sin que sea admisible la creación de un concepto especial de muerte para fines de trasplante.

Hoy día, entiende Muñoz R., es admisible el criterio que sentara la reunión internacional sobre trasplantes, celebrada en Ginebra en junio de 1968, cifrándolo en la abolición total e irreversible de las funciones cerebrales. Tal criterio, totalmente congruente con el moderno concepto de «muerte cere-

bral», concluye el autor, no es incompatible con el establecido por la citada ley panameña sobre trasplantes, por lo que, en consecuencia, el trasplante de corazón es perfectamente posible en aquella legislación.

**GUERRA DE VILLALAZ, Aura E.: «Algo más sobre el delito de expedición de cheques sin fondo», núm. 8, septiembre-diciembre, págs. 159-169.**

Con ocasión de la presentación de un proyecto de ley de la Asociación Bancaria sobre los cheques sin fondos, analiza la doctora Guerra de Villalaz la conveniencia del mismo.

El delito de expedición de cheques sin fondo —delito contra la fe pública, puesto que en la acción que se incrimina se da una variedad de falsedad ideológica— se lesiona la confianza puesta por el ciudadano en ese documento, por lo que se está protegiendo es el régimen de la circulación fiduciaria de los cheques. Actualmente la conducta se halla asimilada a las estafas, castigándose los siguientes comportamientos: girar cheques sin fondos, siempre que en el plazo de cuarenta y ocho horas siguientes a la notificación de falta de fondos, no se cancele su valor; retirar, a sabiendas, dentro del plazo de un año a contar desde la emisión del mismo, todo o parte de la cobertura; y por fin, revocar con mala fe y sin justa causa, la orden de pago consignada en un cheque ya entregado. En el proyecto referido se castigan, en esencia, los mismos comportamientos, si bien en el párrafo inicial se introducen innovaciones importantes, al hacerse constar que para ello no es preciso «que en el agente haya habido voluntad determinada de ejecutar el hecho delictivo». Tal mención, entiende la autora, supone un inapropiado uso del término voluntad, por el que se viene a introducir un claro supuesto de responsabilidad objetiva que, junto a la excesiva penalidad del proyecto, deben ser modificados. Recomienda, en este último sentido, que se acoja, como en el caso chileno, la prohibición de abrir cuentas bancarias, durante un plazo prudencial, a los reincidentes en estos delitos.

**GONZALEZ FERRER, Campo Elías: «Secuestro extorsivo», núm. 8, septiembre-diciembre, págs. 171-186.**

El secuestro extorsivo, delito contra la propiedad en el Código penal panameño, se configura como el efectuado para obtener del secuestrado u otra persona, como precio de liberación, dinero, cosas o documentos con efecto jurídico, en favor del culpable u otras personas designadas por él; siendo indiferente que se logre o no el fin propuesto. Bien jurídico protegido por la conducta es, según el autor, la libertad de movilidad, en cuanto que el ataque a la propiedad, que puede existir, no es indispensable para la configuración del delito. Es inadmisibles, por eso, dice, la posición según la cual la privación es un simple medio a través del cual se vulnera la propiedad, ya que la privación de la libertad de movimientos es un resultado, mientras que la lesión patrimonial es un propósito. Objeto material

del delito es la persona que resulta privada de su libertad de movimientos. El propósito de obtener un beneficio patrimonial por la liberación del rehén constituye un elemento subjetivo del tipo, que hay que diferenciar del ánimo de lucro. La privación de libertad puede ser consecuencia de una acción o de una omisión. El resultado, material, consiste en la privación de la libertad, sin que sea preciso el ataque a la propiedad, ni siquiera en grado de peligro. El delito, en opinión del autor, sólo cabe a título de dolo directo, especificado y concretado por la intención ulterior de lograr rescate. La perfección del mismo no requiere que la privación de libertad, ni la intención de pedir rescate, se prolonguen en el tiempo, siendo admisible las formas imperfectas. El consentimiento, que supona la ausencia de tipicidad, es eficaz tan sólo cuando se produce antes de la consumación del delito.

**RIVERA DOMINGUEZ, Rafael, y SOSA, Miguel Angel: «La estigmatización y su importancia en la generación de la violencia», núm. 8, septiembre-diciembre, págs. 187-198.**

En la actualidad, dicen los autores, el término «estigma» tiene un significado bastante parecido al original, en el sentido de que, de distinta forma, produce también como efecto un descrédito amplio de la imagen social de un individuo o grupo, deteriorando su identidad y oportunidades. La intensidad del mismo depende de la medida en que se haya producido la estigmatización y de que el atributo desacreditante sea percibido como inferioridad o como diferencia peligrosa. Cuando se trata de una carencia desacreditante, la distancia que al sujeto que la padece le imponen los miembros del grupo que no portan la deficiencia, el rechazo, la lástima que inspira, suele generar en los mismos sentimientos de inferioridad y minusvalía que pueden acabar en reacciones autoaversivas. Conscientes de su propia limitación, sienten invadida su intimidad, suponiendo que hasta sus más pequeños errores, aun cuando no tengan una relación clara con su carencia, serán siempre considerados como consecuencia de ella y, en otros casos, utilizados como justificación del rechazo del cual le hacen objeto. La reacción del estigmatizado suele acabar en el autorrechazo, acentuando el sentido de inferioridad o impotencia.

En otras ocasiones el desprestigio surge en personas que presentan diferencias que subjetivamente son interpretadas por el grupo como peligrosas, tanto a nivel de posibles conductas y actitudes individuales como grupales. Mientras que en el caso de la carencia el desprestigio es fruto directo de la inferioridad percibida, aquí, la diferencia de la persona con respecto al grupo, engendran en este último temor e inseguridad, lo que le lleva a defenderse a través del descrédito y la persecución del estigmatizado. El grupo tiende a interpretar los comportamientos inadaptados del divergente como desviaciones conductuales, circunstancia que motiva que espere siempre conductas desviadas de esta persona. El sujeto, al tiempo, se siente rechazado, vigilado, peligroso, temible por ser diferente; del mismo modo siente igualmente dificultada grandemente su integración social, entendiéndose tal limi-

tación como una agresión por parte del grupo, que se fundamenta en sus diferencias con respecto a él.

Su reacción ante la estigmatización, estiman los autores, tiende a ser de lucha contra el grupo que los rechaza, frente al cual se defiende y autoafirma, en la mayor parte de los casos, a través de la agresión. Otra de sus alternativas, continúan, es actuar conforme a las expectativas que el grupo se ha formado de él por su diferencia. La sociedad se siente así más segura acerca de lo que él es, al conocer los límites concretos de su peligrosidad, y el rechazo puede verse disminuido.

Cuando la característica denigrante sólo en ocasiones es percibida y es conocida únicamente por un grupo limitado de personas, el portador fructúa entre el enmascaramiento y la manifestación de su peculiaridad; normalmente encubriéndola o distorsionando la realidad de la misma. En estas condiciones, dicen los autores, el sujeto es consciente de la falta de consistencia, definición y sustentación de su identidad y se siente por ello continuamente en evidencia, vigilado y eventualmente perseguido. A veces, el sujeto, para librarse de la angustia producida por esta situación, se decide a dejar al descubierto su imperfección, dando a conocer así una imagen de sí mismo más congruente con su identidad. Si el grupo responde con la desvalorización y el rechazo, el individuo tiende a reaccionar contra él en forma violenta, bien a nivel de juicios, de agresión verbal o física.

El descrédito, la marginalidad, la restricción de oportunidades, las presiones en general que se conforman a modo de control social sobre los delincuentes, afirman Rivera y Sosa, concluyen integrándolo en un grupo del que sólo se esperan conductas desviadas y dentro del cual únicamente tal comportamiento es prestigiante. Por este motivo, la estigmatización del sujeto que ha delinquido actúa como generador de violencia y desviación posterior. Es lo que se ha llamado «proceso de criminalización» o creación de «carreras desviadas». Además, terminan, el sentido de permanencia que le confiere el antecedente a la desviación, impide que el sujeto abrigue la esperanza de recuperar el concepto de sí mismo que tenía anteriormente, al mismo tiempo que siente como irreparable el daño causado, pudiendo crear o incrementar la vivencia de la propia perversidad.

**ANTONY, Carmen: «Algunas consideraciones sobre la nueva Política Criminal», número 8, septiembre-diciembre, págs. 199-202.**

La Política Criminal, entendida como toda actividad «destinada a ocuparse de la función penal del Estado» (abarcando, según la autora, disciplinas como el Derecho Penal, el Penitenciario, la organización judicial, la Criminología y sus ciencias afines), debe ir, dice Carmen Antony, más allá de la simple readaptación del delincuente, de la definición de las conductas delictivas o de la imposición de las penas. Debe buscar, con el esfuerzo de todos y mediante una acción coordinada de toda la sociedad, la implantación de una efectiva justicia, abogándose por un replanteamiento general del actual enfoque de la criminalidad y poniendo especial énfases en la impres-

cindible reforma de las estructuras socio-políticas, que son, en definitiva, las determinantes de la misma.

**MUÑOZ POPE, Carlos Enrique, y GONZALEZ FERRER, Campos Elías:** «El peculado por error», núm. 9, págs. 63 a 81.

El delito de concusión, recogido en el artículo 159 del Código Penal panameño, se define por los autores como «el hecho del funcionario público que, abusando de su calidad o de sus funciones, constriñe e induce a alguno a dar prometer indebidamente, a él o a un tercero, dinero u otra utilidad». En el párrafo final del precepto citado se recoge lo que se viene llamando «peculado por error»: «si al recibir alguno lo que no se le debía no hizo sino aprovecharse del error ajeno». De esta última conducta es precisamente de la que se ocupan los autores, analizando sus elementos típicos y llegando a la conclusión de que, a pesar de su nombre, no se trata de un delito de peculado, sino más bien de un supuesto de obtención por parte del funcionario de un provecho privado por razón de su cargo, tipificado en el artículo 165 del mismo cuerpo legal. Siendo así, terminan, el tal párrafo es innecesario, pues la conducta se halla incluida dentro de los supuestos a los que se refiere el precepto últimamente citado.

**MARTINEZ MEDINA, Hipólito:** «Las penas y su determinación», núm. 9, págs. 83 y 105.

Partiendo del papel intimidativo y ejemplarizante de la pena, se rechaza la idea de que ésta sea un «mal», «porque la ley penal protege precisamente bienes jurídicos y resulta impropio garantizar dichos bienes con males jurídicos». Sus caracteres son los de individualidad, proporcionalidad, igualdad, afflictividad, ejemplaridad y temporalidad. Sobre esta introducción se contempla la determinación de la pena según la ley panameña, sin que el análisis requiera ningún comentario especial.

**BERISTAIN, Antonio:** «La violencia como desafío en España y en el País Vasco: 1936-1977. (Constataciones de un penalista)», núm. 9, págs. 107 a 166.

En el trabajo se pretende describir, «con la mayor objetividad posible», las principales muestras de violencia existentes en el Estado español durante la guerra civil y los años de gobierno del General Franco. Se distingue entre «violencia establecida» (que «mantiene el «orden» y la «paz» sobre salarios insuficientes, viviendas privadas de salubridad e intimidad, censuras previas que cortan de raíz todo derecho de expresión y reunión para las reivindicaciones de las personas e instituciones oprimidas, etc.»), «violencia subversiva» (que «contesta al *stabliment*, justo o injusto, y usa las armas para matar al tirano o al representante de la autoridad, o para sembrar el terror en la sociedad nacional e internacional») y la «violencia

represiva» (que, desde lo alto, «aplasta, tortura, aniquila y hace desaparecer a todos los que, con razón o sin ella, piensan o actúan en desacuerdo con el poder»).

Históricamente se distinguen tres fases: 1.ª, de 1936 a 1945; 2.ª, de 1945 a 1975, y 3.ª, de 1975 a agosto de 1977.

Sobre estas diferenciaciones, combinando los dos criterios, y con exhaustiva reseña de la legislación penal, penitenciaria y administrativa de carácter sancionatorio o limitadora de derechos fundamentales y la aplicación judicial (con reseña de los procesos más significativos) se va mostrando el proceso evolutivo de un sistema jurídico, olvidado de las más elementales garantías y derechos individuales, desde su mismo inicio hasta arribar a los últimos cambios políticos «tan positivos que se van logrando en el Estado español, aunque todavía insuficientes». Todo ello comentado según las distintas incidencias que dicha legislación tuvo en todo el territorio nacional y, particularmente, en el País Vasco.

JUAN JOSÉ GONZÁLEZ RUS

## REVUE DE SCIENCE CRIMINELLE ET DE DROIT PENAL COMPARE

Año 1978. Núm. 1, enero-marzo

**LOPEZ-REY, Manuel: «La criminalité et les droits de l'homme», págs. 1-12..**

El presente trabajo está dividido en cuatro partes: 1.—Presentación. 2.—Modalidades del delito. 3.—Violación de los derechos humanos. 4.—Observaciones finales.

El profesor español, atendiendo a diversas resoluciones y declaraciones de organismos internacionales (ONU, V Congreso de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento de los Delincuentes, Comisión de las Naciones Unidas para el Desarrollo Social), considera que las violaciones de los derechos humanos pertenecen definitivamente al campo del delito. Desde esta perspectiva de Derecho internacional y con la mira puesta en los derechos humanos, divide las modalidades del delito en dos grupos: uno recoge los delitos de Derecho común que atentan ordinariamente contra las personas, propiedad, familia, costumbres, etc.; el otro abarca los delitos cometidos al amparo de una posición oficial, como consecuencia de una acción patriótica, política, ideológica o revolucionaria, contra el Derecho internacional. Apunta además que estos delitos son cometidos por los que detentan el poder directa o indirectamente y por sus agentes y también por quienes se oponen a ellos y al poder que representan.

Por medio de un recorrido de tan absolutamente diversos supuestos de violación de los derechos humanos, pone de relieve la importancia creciente de esta modalidad criminal y las conexiones con las circunstancias, situaciones y sistemas políticos, para acabar llamando la atención sobre la necesidad de que sea estudiada por la Criminología, de que se codifiquen inter-

nacionalmente las disposiciones que atañen a los derechos humanos, y se cree un organismo jurisdiccional internacional ágil y capaz de exigir las responsabilidades penales a que hubiere lugar en esta materia. Asimismo insta a todos los países a que apliquen las reglas mínimas para el tratamiento de los detenidos adoptadas por la ONU desde 1955.

**SALVAGE, Philippe: «Le cumul de sursis», págs. 13-32.**

Es sabido que en Francia, a partir de 1958, se prevén dos formas de remisión condicional de la pena: una llamada simple, semejante a la que en España regula nuestro Código penal (arts. 92-97); la otra, conocida como remisión condicional de la pena con puesta a prueba, en la que la suspensión condicional de la pena principal se acompaña de una ayuda que se le aporta al delincuente mientras éste se ve sometido a ciertas obligaciones.

Por Ley de 17 de julio de 1970 se reconoce expresamente en el Derecho francés la posibilidad de que a quien se le aplicó la misión condicional de la pena y volviere a delinquir, pueda aplicársele de nuevo tal beneficio. Y dado que hay dos clases de remisión condicional caben tres posibilidades de acumulación, puesto que una de ellas (cumplir la remisión condicional con puesta a prueba y luego la simple) no la admite la ley. Esta acumulación de condenas condicionales es el objeto del artículo que nos ocupa.

El interés del mismo, como dice su autor, se muestra doble: examinar los mecanismos de la institución intentando completar sus imperfecciones. Con este fin se tiene presente la influencia de la primera condena condicional sobre las condiciones de concesión de la segunda (Primera parte, páginas 16-24), luego la influencia de la segunda sobre los efectos de la primera (Segunda parte, págs. 24-32).

Es de notar que a juicio de SALVAGE las condiciones y efectos propios de esta acumulación de condenas condicionales hace que se presente como una institución diferenciada de la mera suma de dichos beneficios, siendo pieza importante de la política criminal que pretende el legislador francés, si bien para ello se han aumentado ostensiblemente los poderes del juez.

En la sección «Études et Variétés» de este mismo número se recogen como es habitual dos artículos. El primero de André JACQUEMONT: *L'acte contenant ou opérant obligation, disposition, discharge: contribution à l'étude dudit droit des preuves en droit pénal* (págs. 33-60). En él el autor analiza la problemática que se deriva por la transposición de normas procesales civiles al proceso penal en referencia al objeto de su estudio.

El segundo de los trabajos es de J. L. GAZZANIGA: *Les conseils de guerre de la 10 Division sous le Consulat et L'Empire* (págs. 61-81).

La Sección «Chronique pénitentiaire» presentó asimismo dos trabajos. Uno de Pierre CANNAT: *Les arrêts de fin de semaine à Monaco* (págs. 133-136); otro de María Danuta PELKA-SLUGOCKA y Leszek SLUGOKI: *Le règlement et l'organisation du secours postpénitentiaire en Pologne* (págs. 137-140), que muestra las principales aportaciones de este servicio a los puestos en libertad.

La «Chronique de criminologie et de sciences de l'homme» está formada por dos trabajos: Jean PINATEL: *Un quart de siècle de Cours internationaux*

de *Criminologie (en hommage à la memoire de Georges Heuyer)* (págs. 141-149), en el que se hace un breve historial y valoración de dichos cursos; Jacques VERIN: *A quoi ser la Criminologie? Un debat à l'Institut Aspen de Berlin (7-11. novembre 1977)* (págs. 150-159), en donde se propugna la necesaria existencia de organismos específicos de política criminal intermediarios entre la investigación criminológica y la decisión legislativa, que desarrollen una nueva ciencia: la política criminal.

En la «Chronique de police» se publica el artículo de Jean SUSINI: *Le rôle social de la police (la défense des droits réels de l'homme et nom de l'homme)* (págs. 161-177).

Marc ANCEL con su breve estudio *Le defense social devant le problème de la victime* (págs. 179-187) ocupa la sección «Chronique de défense social».

### Año 1978. Núm. 2, abril-junio

**WAREMBOURG-AUQUE, Françoise:** «*Réflexions sur le secret professionnel*», págs. 237-256.

Estas reflexiones están centradas en el artículo 378 del Código penal francés.

Aun teniendo presentes los muy diversos supuestos que el texto legal recoge, el autor trata de dar una noción unitaria de secreto, si bien matizada, a lo largo de la primera parte del trabajo (págs. 240-248). En la segunda estudia los problemas que plantea en el proceso la contraposición entre el deber de silencio y el derecho a la verdad, diferenciando esta situación en el proceso civil y penal (págs. 248-256).

**REINHARD, Yves:** «*La loi du 6 décembre 1976 et la responsabilité des infractions aux règles relatives à l'hygiène et à la sécurité du travail*», páginas 257-288.

Reinhard únicamente estudia los preceptos penales de la citada ley, que a su juicio revelan cierta tendencia actual del Derecho penal, que se muestra menos sancionador que organizador de una nueva conducta a imponer mediante la amenaza de la sanción penal.

Asimismo califica esta ley, en cuanto a su aspecto penal, como texto de transición, que prepara la admisión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, solución que, si bien con matices, se encuentra ya en el actual Anteproyecto de Código penal francés. Y ello porque en caso de infracción de las normas de seguridad e higiene en el trabajo la empresa puede ser condenada según el artículo 20 a la adopción de un plan de actuación sobre dicha materia impuesto por la autoridad judicial, y según el artículo 13 la empresa debe hacerse cargo de la sanción pecuniaria impuesta al asalariado. Aspectos que se analizan en la primera parte de este trabajo bajo el título *La condamnation pénale de l'entreprise en cas de manquement*

*aux règles relatives à l'hygiène et à la sécurité du travail* (págs. 260-276). La segunda parte se dedica al estudio de la responsabilidad penal de las personas físicas en caso de infracción de las normas relativa a la higiene y seguridad en el trabajo (págs. 276-288).

La sección «Etudes et Variétés» contiene dos trabajos. El primero de Pierre MIREL: *Le nouveau système pénal du Sud Vietnam* (págs. 289-307). En él el autor, a la vista de los Decretos de 15 de marzo de 1976 sobre «Organización de Tribunales populares y Salas de control popular», «Determinación de los delitos y penas» y «arresto, detención, cacheo y control de domicilio y bienes» (vienen como anexo en las págs. 296-307), entiende que nos encontramos ante un sistema penal que sorprende por el rigor de la justicia política que instaura y la originalidad de los principios populares que consagra el procedimiento.

El segundo, de Ian PICKUP: *Réflexions sur le régime pénitentiaire dans le roman sous la monarchie de Julliet* (págs. 309-319) sigue la misma línea que el publicado en el núm. 2 de 1976 de esta revista bajo el título «Réquisitoires contre le Code pénal dans le roman sous la monarchie de Julliet», tratando de cerrar el tema.

La «Chronique pénitentiaire» presenta el estudio de Ph. CHEMITHE: *Les femmes détenues à Fleury-Merogis* (págs. 395-405). Se trata de un resumen del estudio que se publicará en su integridad en el núm. 3 de Archives de politique criminelle. Desde una perspectiva sociológica se examina la población penitenciaria de este centro (el mayor de Francia para mujeres y que representa el 25 por 100 del total) en función de la edad, nivel de instrucción, etc.

En la «Chronique de criminologie et des sciences de l'homme» escriben Jean PINATEL: *La pensée criminologique aux XVII et XVIII siècles* (págs. 407-416), y Jacques VERIN: *La resocialisation sur la selette* (págs. 416-426), en que se defiende, sin dejar de ver las dificultades que presenta, la resocialización para evitar que quede el campo libre a la venganza y a los fríos cálculos de una política de «neutralización» de los delinquentes todo lo referente a la aplicación de la pena.

La «Chronique de police» se debe una vez más a Jean SUSINI: *De la recherche scientifique à la police sociale (essai de polysophie)* (págs. 427-444).

Jean COSSON ocupa la «Chronique de défense social» para hacer un resumen de la reunión de Roma (días 28 y 29 de octubre de 1977) en las «Primeras Jornadas Europeas de Defensa Social y Criminalidad Económica». Los temas tratados fueron: Estudio general de la criminalidad económica (viernes día 28), y Abusos cometidos en Italia sobre las financiaciones por fondos públicos y el fraude fiscal.

JUAN I. ECHANO,

Profesor ayudante de Derecho penal

## NOTICIARIO

El *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht*, con el que todos los penalistas españoles estamos en deuda por la generosa ayuda que ha prestado siempre a la investigación facilitándonos el acceso a su fabulosa biblioteca, en la que se han preparado tantas tesis doctorales y trabajos monográficos que han visto la luz en nuestro país, inauguró el día 26 de octubre de este año un nuevo edificio. Con este fausto motivo se organizó un Coloquio de tres días sobre el tema: «La comparación como método del Derecho penal y de la Criminología».

El programa provisional fue el siguiente:

Día 23 de octubre: Bajo la presidencia del profesor Jescheck, ponencia del profesor Scultz (Berna), por la mañana, sobre: «La comparación del Derecho penal como investigación fundamental», seguida de una discusión en la que estaban previstas intervenciones de los profesores Bettiol, Fragoso, Hall y Hünerfeld. La ponencia de la tarde, sobre: «La comparación del Derecho penal como medio para la política criminal», corre a cargo del profesor Levasseur (París), con contribuciones a la discusión de los profesores Aeneaes, Ancel, Andrejew y Rodríguez Devesa.

Día 24 de octubre: ponente, profesor Koudriavev (Moscú) sobre el tema, «Posibilidades y límites de la investigación comparada en la Criminología», seguido de discusión dirigida por el profesor Kaiser, con contribuciones preparadas por los profesores Clinard, McClintock, Sveri y Ferracuti; por la tarde, ponencia del profesor Denis Szabo (Montreal), sobre «La Criminología comparada y su significación para la política criminal», con discusión en la que están previstas intervenciones de los profesores Beristain, Léauté, Lejins y Miyazawa.

Día 25 de octubre: ponencia del profesor Leblinger, sobre «Función y actividad de los órganos acusatorios», con aportaciones de los profesores Davis y Reiss, seguida del tema «La pena de multa como medio de la moderna Política criminal», cuyo ponente es el profesor Albrecht, con intervenciones de los profesores Bottems y Friday. Las palabras de clausura corren a cargo del profesor Kaiser.

Agradecemos muy vivamente desde estas páginas a los directores del Instituto Max-Planck, de Friburgo, profesores Jescheck y Kaiser, la fineza de haber tenido presente a España en este encuentro de alto nivel, que concita una común preocupación por problemas que rebasan las fronteras y exceden las ideologías. Queremos también añadir la congratulación del ANUARIO, que siempre ha manifestado su interés por el Derecho comparado, por la inauguración del nuevo edificio del Max-Planck-Institut.

R. D.

# INDICE GENERAL DEL TOMO XXXI

## AÑO 1978

### TOMO XXXI - FASCICULO III - SEPTIEMBRE - DICIEMBRE

	<u>Páginas</u>
<b>SECCION DOCTRINAL</b>	
<i>El perdón del representante legal y guardador de hecho en la Ley 46/1978, de 7 de octubre, por la que se modifican los delitos de estupro y rapto</i> , por José A. Sainz Cantero ... ..	507
<i>Alternativas y trances del Derecho penal de hoy</i> , por Eduardo Novoa Monreal ... ..	521
<i>La detención: garantías del detenido en la Constitución española de 1978</i> , por Alfonso Serrano Gómez ... ..	545
<i>Consideraciones críticas sobre la nueva normativa del rapto (Análisis de la Ley 46/1978, de 7 de octubre, por la que se modifican los delitos de estupro y rapto)</i> , por A. José Miguel Zugaldía Espinar ... ..	591
<i>Conductas incriminadas en el artículo 487 del Código penal (abandono de familia)</i> , por José Enrique Bustos Pueche ... ..	619
<i>Notas sobre la delincuencia económica en España</i> , por Carlos Viladas Jenc ... ..	635
<b>CRONICAS EXTRANJERAS</b>	
<i>Primeras jornadas internacionales de Derecho penal</i> , por Alfonso Gómez Méndez ... ..	655
<b>SECCION LEGISLATIVA</b>	
<b>A) DISPOSICIONES LEGALES</b>	
Ley 31/1978, de 17 de julio, de modificación del Código penal para tipificar el delito de tortura («B. O. E.», 20 de julio de 1978).	659
Ley 33/1978, de 17 de julio, por la que se da nueva redacción a los artículos 273 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 166 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal («B. O. E.», 20 de julio de 1978) ...	659
Ley 45/1978, de 7 de octubre, por la que se modifican los artículos 416 y 343 bis del Código penal («B. O. E.», 11 de octubre de 1978).	660
Ley 46/1978, de 7 de octubre, por la que se modifican los delitos de estupro y rapto («B. O. E.», 11 de octubre de 1978) ... ..	661
Ley 53/1978, de 4 de diciembre, por la que se modifican los artículos 23, 37, 53, 118, 302, 311, 333, 520 y 522 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y se deroga el artículo 316 de la misma («B. O. E.», 8 de diciembre de 1978) ... ..	662
Ley 56/1978, de 4 de diciembre, de medidas especiales en relación con los delitos de terrorismo cometidos por grupos armados («B. O. E.», 8 de diciembre de 1978) ... ..	665
Real Decreto 3.033/1978, de 15 de diciembre, por el que se desarrolla la Ley 45/1978, de 7 de octubre, por la que se modifican los artículos 416 y 343 bis del Código penal («B. O. E.», 25 de diciembre de 1978) ... ..	667

Real Decreto-Ley 45/1978, de 21 de diciembre, por el que se reforma el Código de Justicia Militar, la Ley Penal y Procesal de la Navegación Aérea y la Ley Penal y Disciplinaria de la Marina Mercante («B. O. E.», 23 de diciembre de 1978) ... ..	669
Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona («B. O. E.», 3 de enero de 1979) ... ..	670
Ley 77/1978, de 26 de diciembre, de modificación de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social y de su Reglamento («B. O. E.», 11 de enero de 1979) ... ..	676
Ley 81/1978, de 28 de diciembre, de modificación del Código penal en materia de reincidencia y reiteración. («B. O. E.», 12 de enero de 1979) ... ..	677
Ley 82/1978, de 28 de diciembre, de modificación del Código penal en materia de terrorismo («B. O. E.», 12 de enero de 1979) ...	678

**B) PROYECTOS DE LEY**

Proyecto de Ley sobre Régimen de Control de Cambios ... ..	681
Proyecto de Ley General Penitenciaria ... ..	692
Proyecto de Ley de Reforma del Código de Justicia Militar ... ..	714

**CIRCULARES Y CONSULTAS DE LA FISCALIA DEL T. S.**

a) *Circulares.*

Circular número 1/1977. Amnistía para determinados delitos ... ..	758
---	-----

b) *Consultas.*

Consulta número 1/1977. Cheque en descubierto ... ..	767
Consulta número 2/1977. Aplicación del indulto al contenido del artículo 67 del Código penal ... ..	768
Consulta número 3/1977. Aplicación del indulto de 14 de marzo de 1977 a penados que disfruten de remisión condicional ... ..	768

**SECCION DE JURISPRUDENCIA**

<i>Relevancia penal de la denuncia del empleado contable a la Hacienda Pública de las anomalías en la contabilidad de su principal</i> , por Miguel Bajo Fernández ... ..	771
<i>Jurisprudencia penal</i> , por Alfonso Serrano Gómez ... ..	779

<b>REVISTA DE LIBROS</b> ... ..	799
---------------------------------	-----

<b>REVISTA DE REVISTAS</b> ... ..	829
-----------------------------------	-----

<b>NOTICARIO</b> ... ..	841
-------------------------	-----

<i>Consideraciones críticas sobre la nueva normativa del rapto (Análisis de la Ley 46/1978, de 7 de octubre, por la que se modifican los delitos de estupro y rapto), por A. José Miguel Zugaldía Espinar ... ..</i>	591
<i>Conductas incriminadas en el artículo 487 del Código penal (abandono de familia), por José Enrique Bustos Pueche ... ..</i>	619
<i>Notas sobre la delincuencia económica en España, por Carlos Viladas Jene ... ..</i>	635

### **Crónicas Extranjeras**

<i>Primeras Jornadas internacionales de Derecho penal, por Alfonso Gómez Méndez ... ..</i>	655
--	-----

### **Sección Legislativa**

a) <i>Disposiciones legales ... ..</i>	659
b) <i>Proyectos de Ley ... ..</i>	681
<i>Circulares y consultas de la Fiscalía del Tribunal Supremo ... ..</i>	758

### **Sección de Jurisprudencia**

<i>Relevancia penal de la denuncia del empleado contable a la Hacienda Pública de las anomalías en la contabilidad de su principal, por Miguel Bajo Fernández ... ..</i>	771
<i>Jurisprudencia penal, por Alfonso Serrano Gómez ... ..</i>	779

<b>Revista de Libros</b> .....	799
--------------------------------	-----

<b>Revista de Revistas</b> .....	829
----------------------------------	-----

<b>Noticario</b> .....	841
------------------------	-----

**Suscripción anual: España, 1.800 pesetas**  
**Extranjero, 2.000 pesetas**

**Número suelto, España, 700 pesetas**  
**Extranjero, 900 pesetas**