

ANUARIO  
DE  
DERECHO PENAL  
Y  
CIENCIAS PENALES

TOMO XXXII  
FASCICULO I



ENERO-ABRIL  
MCMLXXIX

# ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

Fundador:  
EUGENIO CUELLO CALON (†)

## Directores:

ANTONIO FERRER SAMA  
Catedrático de Derecho penal de la Universidad a Distancia

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

## Redactor-Jefe:

DIEGO MOSQUETE MARTIN  
Profesor Adjunto de Derecho penal

## Secretario:

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

## Consejo de Redacción:

JOSE ANTON ONECA  
Catedrático jubilado de Derecho penal

JOSE MARIA GONZALEZ SERRANO  
Teniente Fiscal del Tribunal Supremo

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

FERNANDO DIAZ PALOS  
Magistrado del Tribunal Supremo

ANGEL TORIO LOPEZ  
Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Valladolid

## INDICE

### Sección Doctrinal

	<u>Páginas</u>
<i>El Derecho comparado como método de política criminal</i> , por José María Rodríguez Devesa ... ..	5
<i>La ejecución de las penas privativas de libertad bajo la intervención judicial</i> , por Enrique Ruiz Vadillo ... ..	15
<i>La frontera entre el concurso de leyes y el concurso ideal de delitos: la función de la normativa concursal (I)</i> , por Joaquín Cuello Contreras.	45

# **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, 2.250 ptas. Extranjero, 2.400.

Precio del fascículo suelto: España, 900 ptas. Extranjero, 1.100 ptas.

Primer fascículo aparecido: Enero-abril 1948.

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



**ENERO-ABRIL  
MCMLXXVIX**

---

---

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 Derecho comparado como método de política criminal (\*)

JOSE MARIA RODRIGUEZ DEVESA

Catedrático de Derecho penal

El método del Derecho comparado como procedimiento de abordar los problemas de política criminal requiere una serie de presupuestos (A) y presenta una serie de dificultades (B), aunque, cuando es aplicable, ofrece innegables ventajas (C).

(A)

### PRESUPUESTOS

La comparación de diferentes ordenamientos jurídicos presupone una determinada *concepción del Derecho*.

Si el Derecho se concibe como un producto históricamente condicionado es evidente que allí donde la historia de dos países haya discurrido por cauces muy diversos habrá que negar la posibilidad de trasponer las soluciones legislativas y doctrinales de un país al otro, con lo cual el método comparativo se restringe a aquellos países que tengan una historia común.

Si el Derecho se concibe como un producto racional, resultado de una abstracción a la que son indiferentes las circunstancias de tiempo y lugar, el Derecho comparado no tiene porqué desempeñar ningún papel en orden al trazado de las metas político-criminales y a la reforma del derecho vigente en un determinado país.

Pero el Derecho, a mi entender, es ante todo y en primer lugar, un intento de solucionar los *problemas* que plantea la convivencia

---

(\*) La versión española de esta contribución al tema, que fue objeto de debate en el Coloquio internacional celebrado en Friburgo (Alemania) con motivo de la inauguración del nuevo edificio del *Max Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht*, los días 23-25 de octubre de 1978, está consagrada al homenaje a don José ANTÓN ONECA, director que fue del ANUARIO DE DERECHO PENAL y que por su vida ejemplar y honestidad científica se ha hecho acreedor a la admiración y respeto de todos los penalistas españoles, cuyo patriarcado ostenta.

dentro de una comunidad organizada. Ciertamente que la *solución* que se dé a esos problemas ha de ser una solución justa, no basta cualquier solución. Así, por ejemplo, la solución del problema que en algunos países presentan las minorías no puede consistir en su exterminio, porque tal solución no es justa, sino bestial e inhumana. Toda solución para ser justa ha de construirse sobre la base de que haga posible la convivencia. El exterminio es lo más radicalmente opuesto a la convivencia.

Obsérvese que la justicia, cuando el Derecho se considera como una solución de problemas suscitados por la convivencia, es un adjetivo, esencial sí, pero al fin y al cabo adjetivo, no un sustantivo. Estamos lejos del *fiat justitia et pereat mundus*. Todavía hay que añadir algo. A causa de la congénita imperfección del ser humano y de la abstracta generalidad de las normas jurídicas, la injusticia es un elemento inherente en mayor o menor medida a toda norma jurídica en el momento de descender a la aplicación al caso concreto, en lo que concierne a un número mayor o menor de casos. La meta del jurista, tanto teórico como práctico, es reducir a límites tolerables ese factor de injusticia inherente a todas las leyes humanas por el hecho de ser humanas. Por ejemplo, las normas sobre arbitrio judicial e individualización de la pena pretenden paliar la injusticia que supone el tratar de modo igual casos desiguales, pues no hay que olvidar que si es cierto que no hay dos hojas de un árbol iguales, lo mismo puede decirse del hombre. Ahora bien, hemos dicho paliar, no eliminar, porque, siguiendo con el ejemplo de las penas, una individualización absoluta es imposible por razones prácticas.

La comparación de diferentes ordenamientos jurídicos implica, por consiguiente, comparar diversas soluciones a un mismo problema. Para que la comparación sea fructífera es preciso, por tanto, que se trate de soluciones a *problemas idénticos*.

La identidad de un problema en dos ordenamientos jurídicos distintos no se desprende sin más de un mero cotejo de los bienes o intereses jurídicos afectados por el delito en cuestión. Para que los problemas puedan considerarse homogéneos hay que tener en cuenta muy particularmente algunos factores extrapenales que, sin pretensiones de exhaustividad, paso a enumerar.

1. Ha de existir un *nivel técnico jurídico* semejante en los dos países. Tres ejemplos tomados de la América Latina servirán para mostrar la necesidad esta de exigencia. El Proyecto de Código penal boliviano del profesor López-Rey se consideró inaplicable al país por estimar que respondía a un nivel de técnica jurídica inadecuado al de los juristas que habían de utilizarlo. El profesor René Suazo me manifestó en unas conversaciones sobre la conveniencia de escribir un Tratado sobre el Derecho nacional de Honduras que dado el nivel de los estudios jurídicos en su país tenía serios temores de introducir las precisiones consecutivas a la teoría del delito en su evolución posterior a la primera posición rigurosamente analítica de Ernesto Beling, considerando preferible por su simplici-

dad esta primera posición con la tajante separación de elementos objetivos y subjetivos. Cuando hice notar en Panamá al Dr. Campos Elías Muñoz que frente al criterio de radical eliminación de las penas cortas privativas de libertad en el último Proyecto de Reforma del Código penal panameño, había que tener presente que hoy se piensa que en algunos casos las penas cortas pueden tener un efecto de «stress» que aconseja su mantenimiento, me replicó: «pero en Panamá no hemos hecho todavía esa experiencia». El nivel de los estudios jurídicos es sumamente importante para asimilar soluciones importadas del derecho extranjero, pues de él depende la formación de los jueces y en general de los juristas que han de contribuir a la aplicación de la ley penal.

2. Es precisa una *organización policial adecuada* provista de los medios técnicos imprescindibles. De nada sirve introducir el delito de conducir bajo la influencia de bebidas alcohólicas si la comprobación, como ocurrió al principio en España, se verifica frotando con un algodón empapado en alcohol antes de extraer la sangre para su análisis, pues la necesidad de este procedimiento, por el cual tanto los conductores abstemios como los bebedores dan siempre tasas elevadas de alcohol en sangre, conduce siempre a la absolución.

3. Es necesaria una razonable *intensidad en la persecución* de los delitos de que se trate, porque si la ley no se ha de cumplir es preferible que no se introduzcan nuevas figuras penales.

4. Es imprescindible un funcionamiento adecuado de la *Administración de Justicia*. Si por corrupción, o por embotellamiento, la maquinaria de los Tribunales es inoperante la ley se convierte en una serie de palabras sin sentido.

La capacidad material de los Tribunales ha de tomarse en consideración cuando se trata de trasplantar soluciones de un país a otro. De nada sirve introducir novedades, en principio beneficiosas, si los jueces están corrompidos o carecen de tiempo suficiente para estudiar los procesos con detenimiento.

5. Ni una buena organización policial, ni la alegría en denunciar, ni un excelente funcionamiento de los Tribunales basta para importar, sin más, soluciones de política criminal, si no existe un suficiente número de técnicos, sea para cooperar a la recta administración de la justicia, sea para llevar a cabo las novedades introducidas en orden a las consecuencias del delito. Un buen ejemplo lo constituyen los establecimientos de terapéutica social, cuya implantación se ha retrasado en Alemania ante el peligro de que en estos momentos no se puedan obtener de ellos los resultados que se esperan y trata de conseguir la ley.

6. También hay que decir que es necesario un *sustrato económico*. Para llevar a buen término una determinada política criminal es indispensable que el país esté dispuesto a invertir una parte importante de su presupuesto nacional en las atenciones que demanda una política criminal moderna. Puede ocurrir, y ocurre en ocasiones, que aun estando persuadidos de la conve-

nencia de solucionar un problema y de las ventajas de las soluciones que ofrece el Derecho comparado, la existencia de otros problemas no criminales pero prioritarios, como el paro o una elevada tasa de inflación, impida dedicar los recursos indispensables.

(B)

## DIFICULTADES

Admitiendo que se den todos los presupuestos imprescindibles para que sea fructífera la comparación de las diferentes soluciones legislativas y doctrinales, existen todavía, a veces, dificultades que limitan la utilidad del método comparativo, porque los símbolos del Derecho son las palabras, y porque los hábitos o costumbres nacionales y los sistemas políticos pesan poderosamente en la practicabilidad de las normas jurídicas.

1) *Dificultades idiomáticas.*—España ha estado abierta durante el siglo pasado y éste, muy particularmente al Derecho francés e italiano, y en los últimos cincuenta años a una influencia muy marcada de la doctrina alemana sobre la teoría del delito, por lo que se advierten con frecuencia las dificultades que entraña el intento de introducir las concepciones germánicas en la ciencia del Derecho penal frente a teorías que operan con un idioma de raíces latinas como ocurre con la ciencia francesa o italiana.

Considero que el triunfo final de las influencias germánicas en la construcción de la teoría del delito se debe, sin duda, a que la tripartición (acción, antijuridicidad, culpabilidad) permite resolver mejor, esto es, con más claridad, una serie de problemas. Por ejemplo, no es lo mismo declarar que no hay delito porque falta la antijuridicidad a causa de una legítima defensa, que por tratarse de un inimputable menor (en el Derecho español) de dieciséis años. Ausente la antijuridicidad se explica mejor que siendo la acción conforme a Derecho no se adopte ninguna medida de tipo correccional ni se derive una responsabilidad civil que, en cambio, se impone si la acción del menor de dieciséis años es antijurídica pero no imputable, pues entonces hay que adoptar una medida de seguridad y afirmar la correspondiente responsabilidad civil. Esta ventaja de las concepciones tripartitas sobre las bipartitas, que sólo diferencian en la construcción del delito los elementos objetivos y subjetivos (en principio más simples y manejables), explica la creciente atención que en España ha merecido la concepción tripartita alemana y su evolución desde Franz von Liszt.

Sin embargo, la influencia de la doctrina alemana en las construcciones españolas ha tenido que superar serias dificultades terminológicas que han constituido muchas veces un grave obstáculo a la exposición de los problemas. Así, por ejemplo, hasta llegar a una versión más o menos aceptable del «Tatbestand» y la «Tatbestandsmäßigkeit» como elementos del delito y usar la traducción

hoy generalizada de *tipo*, *tipicidad*, ha transcurrido bastante tiempo. Personalmente he de decir que hasta el año 1944 no me percaté del alcance del vocablo alemán al tener entre mis manos un atestado de la policía alemana. La palabra «Tatbestand» tiene en el Derecho penal español una acepción eminentemente técnica, mientras que en el idioma alemán es una expresión de uso más generalizado que designa un conjunto de hechos que guardan entre sí una relación de sentido.

Las dificultades terminológicas que suscita el idioma alemán se palían cuando existen dos palabras de raíz germánica una, otra de raíz latina, como sucede con «Tatbestand» y «Typus». Pero alcanzan niveles muy altos de complejidad cuando no existe un equivalente del concepto en cuestión, como ocurre, por ejemplo, con la palabra «Gesinnung», que sólo de manera aproximada puede traducirse, como hace Jiménez de Asúa, por «estado de ánimo».

La importancia de estas dificultades se advierte sobre todo allí donde un idioma es más rico o más pobre que otro. Vuelvo a insistir en los problemas que el método del Derecho comparado suscita en el Derecho penal español. Una cuestión tan importante como la comprensión del llamado Derecho penal administrativo y la variante llamada *Ordnungswidrigkeitstheorie* está vinculada a una correcta versión de la «Geldbusse», porque en español la palabra «multa» carece de matices: toda sanción pecuniaria, sea administrativa o penal, es una *multa* en español, sin otra posibilidad de matizar que adjetivándola de penal o administrativa. He propuesto traducir la «Geldbusse» por multa «correccional» para distinguirla de la pena de multa, en base a que el artículo 26 del Código penal español dice que no se reputarán penas «las multas y demás correcciones administrativas o disciplinarias que impongan las autoridades a sus administrados o subordinados», de donde se desprende, a mi juicio, que la nota específica de la multa como sanción administrativa es su naturaleza correccional. Cuestión semejante se suscita en el italiano o el francés. En italiano la «pena pecuniaria» no tiene naturaleza penal, sino administrativa, distinguiendo además en el ámbito penal la «amenda» de la «multa», mientras que en el Código penal suizo, en su versión trilingüe, se reputan equivalentes *Busse*, *amende* y *multa*.

Las dificultades idiomáticas que se plantean con frecuencia en el Derecho comparado no son fáciles de resolver acudiendo a los diccionarios usuales, ni siquiera a versiones de especialistas. Permítaseme traer aquí el recuerdo de un gran amigo, gran conocedor del Derecho penal español, colaborador del Max-Planck-Institut, cuya muerte prematura han tenido que lamentar la ciencia alemana y la ciencia española del Derecho penal. Estoy hablando del Dr. Heinz Mattes. Cuando Heinz Mattes estaba trabajando sobre las *Quellen und Schriftum* del Derecho penal español mantuvimos largas entrevistas de varias horas cada una dedicadas a la búsqueda de la mayor precisión posible de algunos términos, a pesar de que existía una traducción, en general estimable, del Código penal

español al alemán hecha por el profesor Quintano Ripollés. De estas entrevistas resultó que había que proceder con el mayor cuidado con algunas expresiones. Por ejemplo, la palabra *autoridad*, que los diccionarios traducen por «Behörde», designa en español siempre a una persona física, mientras que en alemán es siempre un órgano que puede ser individual o colectivo; el «Verwaltungs-rat» alemán no es exactamente igual que «Consejo de Administración» en castellano, aunque esta sea la traducción literal, porque mientras que los miembros del «Verwaltungs-rat» de una sociedad mercantil alemana trabajan, en general, los miembros del «Consejo de Administración» de una sociedad española se limitan a percibir unos emolumentos.

Sobre los riesgos de una equiparación apresurada de palabras pertenecientes a idiomas distintos citaré, para terminar, dos últimos ejemplos. Las fronteras entre el *Diebstahl* y el *Raub* en alemán, y el hurto y el robo en español no coinciden: el *Diebstahl* comprende en Alemania casos que en España son de robo (con fuerza en las cosas), o sea, dicho de otra manera, una serie de casos de robo (con fuerza en las cosas), en el Derecho alemán son de hurto cualificado. Lo mismo ocurre con las fronteras entre el homicidio y el asesinato en el Derecho español y el *Totschlag* y el *Mord* en el Derecho alemán, porque las circunstancias que cualifican la muerte de un ser humano de asesinato son distintas en el § 211 del StGB alemán y en el art. 406 del Código penal español. Estos ejemplos podrían multiplicarse y ponen de manifiesto que el método de Derecho comparado requiere no sólo un conocimiento de los idiomas respectivos, sino también de las peculiaridades del Derecho positivo, porque es muy frecuente que una palabra tenga un significado en el uso general del lenguaje y otro particular dentro de una rama del Derecho. Eso cuando la palabra no recibe una multiplicidad de acepciones técnicas, como ocurre con el *Tatbestand*, que difiere según se hable del *gesetzlicher Tatbestand*, del *Unrechtstatbestand* o del *Verbrechenstatbestand*.

2) *Concepción del mundo dominante, hábitos y costumbres nacionales.*—La legislación de un país está condicionada en gran medida por las concepciones del mundo dominantes en él. Por ejemplo, el predominio o no de una determinada confesión religiosa, la aconfesionalidad del Estado o la proclamación de un ateísmo oficial ocasionan consecuencias muy diversas en el orden penal y limitan la utilidad de la comparación de dos ordenamientos jurídicos, salvo para poner de manifiesto en algunos casos la incongruencia de la legislación vigente en un país con los presupuestos sociológicos y ofrecer un modelo distinto, v. gr., permisivo y protector de la libertad religiosa.

La mayor o menor solidez de la familia y el grado diverso de libertad que se concede a la juventud inciden en considerable número de delitos relativos a la moral sexual individual o colectiva, encontrando un reflejo en valoraciones penales que no son transferibles sin más de un país a otro. La mayor o menor frecuencia

de determinadas conductas y la conciencia social de su gravedad influye también considerablemente en el sentimiento de la necesidad de reformar o no el Derecho vigente. Un ejemplo para lo primero puede ser el delito de abandono de familia, hoy generalizado en las legislaciones europeas y antes desconocido; de lo segundo, el delito de emisión de cheques en descubierto, motivado por la generalización de estos comportamientos.

Finalmente, no me parece superfluo llamar la atención sobre la incidencia de las concepciones políticas dominantes en la utilización del Derecho comparado. Allí donde domina un sistema político liberal, la tutela penal de los derechos del ciudadano alcanza una amplitud muy distinta de la que tiene en un sistema político totalitario o simplemente autoritario. Por eso, el método del Derecho comparado encuentra fuertes limitaciones cuando se trata de comparar ordenamientos jurídicos que descansan en presupuestos políticos discrepantes, particularmente en la zona de los delitos contra la Constitución del Estado.

(C)

#### VENTAJAS DEL METODO COMPARATISTA

Las consideraciones anteriores han tenido por objeto prevenir contra los peligros de una mera transposición de soluciones legislativas. Lo que es bueno en un país es inaceptable en otro; lo que es operante en un país es letra muerta en otro. No obstante, el estudio del Derecho comparado ha de considerarse hoy, a mi juicio, indispensable tanto al nivel teórico, como para auxilio del legislador y del práctico.

a) Al nivel teórico como práctico, el primordial efecto, y a mi entender el fundamental, es el de quebrantar el conservadurismo de los juristas, abriendo paso a la duda sobre la bondad de las soluciones heredadas del derecho histórico. El conservadurismo de los juristas tiene una explicación razonable que podría resumirse en el refrán español de «más vale lo malo conocido que lo bueno por conocer». Una experiencia multisecular acredita que toda novedad lleva consigo un período de vacilaciones en su interpretación y aplicación que acarrearán una cierta inseguridad jurídica, incluso utilizaciones incorrectas que a veces producen efectos contrarios a los que se esperaba de la norma. El conservadurismo de los juristas se aplica tanto a lo bueno como a lo malo, a las instituciones que deben mantenerse y a las que deben desaparecer. Por ejemplo, recientemente el Consejo de Europa ha tenido que pronunciarse sobre la pena de azotes subsistente en la Isla de Man, y a ese conservadurismo se debe el que algunos países mantengan todavía la prisión por deudas.

El estudio del Derecho comparado espolea la imaginación de los juristas y promueve cambios beneficiosos en la legislación.

Como dice el profesor Dr. Jescheck, uno de los grandes maestros del Derecho comparado europeo, el Derecho comparado es ante todo investigación básica, conocimiento puro del Derecho, favorece la colaboración internacional, reduce presunciones chauvinistas, presenta en una perspectiva más correcta la posición del propio ordenamiento jurídico en relación con otros sistemas y culmina en la concreción de principios comunes (Cfr. JESCHECK, *El Derecho comparado como fundamento de la reforma del proceso penal*, traducción de PEDRAZ PEÑALVA, en «Revista de Derecho Público, 1975, 337»). El Derecho penal de la Ilustración es un buen ejemplo de esto.

El estudio del Derecho comparado suscita problemas a nivel de la construcción dogmática del propio ordenamiento jurídico. En España, y en todos los países iberoamericanos este efecto es particularmente visible porque hemos estado siempre abiertos, sin prejuicios, a la ciencia penal francesa, italiana y, especialmente en los últimos cincuenta años, a las construcciones alemanas de la teoría del delito. Esta influencia ha conducido, aparte del mimetismo y el simple derecho penal erudito, que deben ser proscritos, a una reconstrucción de la dogmática, reduciendo, por ejemplo, las excepciones al principio de que no hay pena sin culpabilidad o suavizando el régimen penitenciario.

b) El conocimiento del Derecho comparado, en cuanto éste ofrece un conjunto sistematizado de diversas soluciones a determinados problemas jurídicos es, como advierte el prof. Dr. JESCHECK (*loc. cit.*, 338) un valioso auxiliar del legislador. No sólo por el repertorio de soluciones que pone a su disposición, sino, sobre todo, porque supone una gran economía en lo que concierne a investigaciones previas y experiencias perturbadoras.

Antes de introducir una institución nueva en el propio ordenamiento jurídico el Derecho comparado permite comprobar los resultados que con ella se han obtenido en otros países. Claro es que para asimilar las experiencias extrañas se requiere meditar las reformas y recabar informaciones, no modificar la propia legislación penal por puro afán reformista. La precipitación con la que se han acogido algunas nuevas figuras en los delitos de tráfico, como la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, que rápidamente se han generalizado confiando en los efectos de prevención general del Derecho penal en todo el mundo occidental, ha sido sin duda precipitada, y sus resultados muy dudosos, como se puso de manifiesto en el Coloquio sobre los aspectos penales y penitenciarios de los delitos de tráfico celebrado por la Fundación internacional penal y penitenciaria en Rotterdam, 13-17 junio 1977. La introducción del delito de conducir bajo la influencia de bebidas alcohólicas pienso que no ha sido afortunada, porque en realidad los Tribunales están procediendo de una manera automática, como ha documentado ampliamente Middendorff para los Estados Unidos y ocurre también en España. Las sentencias se basan prácticamente de modo exclusivo en la prueba del alcohol en sangre, re-

duciéndose a este punto los debates; el recargo de la Administración de Justicia y los costes sociales y económicos de la criminalización no se justifican por una mayor eficacia de la prevención general, muy dudosa a la luz de los datos de que disponemos hoy, siendo acaso más razonable, económico, eficaz y rápido, retornar a la sanción administrativa.

c) Para el práctico que ha de interpretar y aplicar el Derecho de su país a un caso concreto, el Derecho comparado es también una importante fuente de conocimiento, sobre todo cuando se trata de instituciones importadas de otros ordenamientos jurídicos. Volviendo al ejemplo de la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, los resultados obtenidos con los diferentes tests de comprobación del porcentaje de alcohol en sangre han pasado rápidamente las fronteras, incorporándose a las prácticas judiciales en orden a los medios de prueba admitidos o rechazados por los tribunales.

Pero incluso cuando se trata de la interpretación y aplicación de instituciones jurídico-penales no importadas, los conocimientos del Derecho comparado en referencia a los niveles de la práctica en otros países tienen en muchos casos una evidente repercusión. Así, por ejemplo, las experiencias hechas fuera de España sobre la unificación de las penas privativas de libertad han producido el efecto de una discordancia entre el Derecho penal material y el Derecho penitenciario. En nuestro Derecho penal material, en el Código penal, se mantiene el sistema de penas paralelas con diferentes especies de penas privativas de libertad, mientras que en nuestro Derecho penitenciario el régimen se ha unificado hace tiempo. Un segundo ejemplo llamativo sobre el peso que las concepciones internacionales sobre el Derecho penal tienen en el derecho interno, lo tenemos en la pena de muerte: aunque seguía en las leyes había dejado prácticamente de aplicarse, indultándose de manera sistemática las que se imponían con arreglo a la ley penal vigente, concluyendo esta oposición a la pena capital con la supresión radical en el Derecho penal común a nivel constitucional.



# La ejecución de las penas privativas de libertad, bajo la intervención judicial \*

ENRIQUE RUIZ VADILLO

Doctor en Derecho  
Profesor de Derecho Civil de la Universidad  
Juez Excedente  
Fiscal Supernumerario y Letrado del Ministerio de Justicia

SUMARIO: I. IDEAS GENERALES.—II. LOS PRINCIPIOS INFORMADORES.—1. La Constitución.—2. La Ley Orgánica del Poder Judicial. La Ley de Enjuiciamiento Criminal, el Reglamento de los Servicios de Instituciones Penitenciarias y el Estatuto del Ministerio Fiscal.—3. Consecuencias inmediatas.—III. LA FIGURA DEL JUEZ DE EJECUCION.—1. El Proyecto de Ley General Penitenciaria: A. Delimitación de su figura. B. Funciones. C. Procedimiento. D. Articulación general del sistema.—2. Observaciones críticas.—IV. CONCLUSIONES.—V. NOTA BIBLIOGRAFICA.

## I. IDEAS GENERALES

Hasta qué punto la sociedad espera del Ordenamiento jurídico respuesta a las necesidades de la comunidad a la que se dirige, es fácilmente comprobable en infinidad de ocasiones con sólo observar la realidad que nos rodea y el dato del éxito que en la historia de la literatura jurídica tuvieron ciertas obras que supieron destacar y poner de relieve situaciones legales que pugnaban a los sentimientos generalizados de las respectivas sociedades y pueblos y a cuyas conflictivas situaciones contribuyeron, en alguna medida, a darlas solución. Me refiero ahora, entre otras muchas, por la relativa proximidad que tienen con el tema que vamos a tratar, a las obras del Marqués de Beccaria «*Dei delitti e delle pene*» publicada en 1764 (1) y a la de Howard «*State of prisons*» (2).

---

\* Este trabajo ha sido redactado para el homenaje al profesor Antón Oneca.

(1) El libro, dice DEL ROSAL (*Derecho penal*. Lecciones, 2.ª edición. Valladolid, 1954, pág. 64), exento de doctrina original, tiene la virtud de la actualidad política, constituyendo un encendido alegato contra el arbitrio de los jueces y el excesivo rigor de las penas, declarándose partidario de la mitigación de las penas con el auxilio del individualismo, utilitarismo, criterio-contractualista y el alborozante optimismo de este tiempo.

(2) Su libro ha sido considerado como el indicador del moderno derecho-penitenciario, al destacar el estado de las prisiones y la necesidad de su inmediata reforma, en una época contemporánea a la de Beccaria.

Algo análogo podríamos decir en este momento, en el terreno prelegislativo, con el Proyecto de Ley General Penitenciaria (3), que, a nuestro juicio, ha tenido el acierto de enfrentarse seria y profundamente con una grave situación, en un intento de buscar soluciones coherentes y racionales y de recoger en su articulado la figura del juez de ejecución de penas o de vigilancia y a cuyo texto nos referiremos más adelante con más amplitud, figura que era y es ampliamente demandada por grandes sectores de nuestra sociedad con el ansia y la ilusión de que su implantación sea el fin de los graves conflictos penitenciarios, de los que casi a diario nos dan cuenta los medios de comunicación social (4).

En la idea central de su creación creo que estamos de acuerdo prácticamente todos, pero en su realización práctica habrá seguramente que matizar algunas cuantas ideas. A mi juicio, en el tema del juez de ejecución (5) hay que proceder con enorme cautela, con profunda reflexión y con un estudio muy detenido de la realidad social y penitenciaria que nos rodea.

El establecimiento de la figura del juez ofrece, en mi opinión, dos graves problemas de los que hay que tener exacta conciencia para no incurrir en equivocaciones irremediables: 1.º No hacer de él un superdirector de centros penitenciarios, un vértice de los Establecimientos, lo que sería un importante y tal vez irreparable error y 2.º Impedir crear la figura en un momento en el que otros problemas, que el Juez no puede solucionar, no estén resueltos, ya que por esta sola circunstancia su actuación fracasaría a los ojos de la sociedad y de los presos, aunque el fracaso fuera absolutamente ajeno a su función y a su voluntad.

En relación con lo primero hay que advertir que el papel del Juez ha de consistir en asegurar a través de sus resoluciones, que el cumplimiento de las penas se realiza de la manera establecida en el Código, en la sentencia, en la Ley General Penitenciaria y en los correspondientes Reglamentos. Los demás aspectos, de orden administrativo, deben serle ajenos (6), con la posibilidad

(3) V. «B. O. de las Cortes» y ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES, tomo XXXI, fascículo II, mayo-agosto 1978.

(4) La institución del juez de ejecución de penas, dice BLAS ZULUETA (*El juez de aplicación de las penas a los quince años de su implantación en Francia*. Revista «Pretor», agosto 1975, publicado también en «Revista General de Derecho», diciembre 1975, v. también del mismo autor «Boletín de Información del Ministerio de Justicia», núm. 508), es satélite de dos órbitas, la judicial y la penitenciaria, personaje híbrido, artesano del trabajo penitenciario; estaba ayer olvidado y solitario y es hoy el centro del interés científico y humano como artífice de la ejecución penal.

GARCÍA VALDÉS, CARLOS, *La reforma penitenciaria: Crónica de una transición*. «Boletín de Información del Ministerio de Justicia», 25 octubre 1978.

(5) La institución del juez de ejecución, de aplicación o de vigilancia de penas está hoy muy generalizada. Existe en Bélgica, en Francia, en Italia, en Polonia, en Portugal, etc.

(6) Con el juez de aplicación de las penas, los Tribunales han perdido el dominio de las penas pasando a aquél, que por su parte entra en frecuente conflicto con el jefe de la prisión, siendo testigo de la degradación del sis-

de dirigirse, por supuesto, a la Dirección General en una función de colaboración informativa y de aportación de datos y sugerencias no más extensa ni intensa que lo que la prudencia aconseje en cada caso. El Juez debe ser casi exclusivamente, y ya es bastante, el garantizador de los derechos humanos a través de una vía exclusivamente judicial en búsqueda de la auténtica justicia. Si esto no se hace así, y la experiencia en el Derecho comparado puede sernos muy valiosa, el riesgo de colisiones, de contradicciones y de ineficacias, será evidente.

El jurista estrechamente familiarizado con el tecnicismo legal corre el peligro, ha dicho Fernández Albor (7), con el transcurso de los años de convertirse en un autómatas, con olvido inconsciente de lo que debe ser su norte profesional, el Derecho orientado a la Justicia. Hagamos, pues, de esta idea básica nuestra norma de conducta, y hagámosla de manera especial en este importante sector de nuestro Ordenamiento.

En orden al segundo problema, la etiología de la conflictividad en las prisiones es muy compleja y no puede ser reducida, como he dicho en varias ocasiones, a un simple dato o circunstancia, por importante que ésta sea. En esquema, el problema lo veo así: Como el grado de la libertad en la calle ha sido elevado, el contraste de su privación en las prisiones es mayor y el clima de tensión y de inconformismo ha crecido. Por otra parte, razones políticas derivadas del cambio operado en España últimamente han producido unas excepcionales medidas de gracia que a los presos llamados comunes, o sociales, alcanzaron en pequeña proporción. La existencia de un Código penal absolutamente desfasado, incluso en muchas ocasiones injusto (8), la existencia de leyes penales especiales con sanciones no equilibradas, o de leyes específicas como la de Peligrosidad y Rehabilitación Social (9), que imponen medidas, verdaderas penas privativas de

---

tema penitenciario y de la política penal, dice E. BLOCH, juez de ejecución francés, quien igualmente señala que «encuentra cierta impotencia para ser el artesano de una política penitenciaria nueva; no obstante, ser el testimonio de un espíritu nuevo y progresivo del desenvolvimiento de la institución» (Tomado de BLAS ZULUETA (*El juez de aplicación...*, cit.).

(7) FERNÁNDEZ ALBOR, AGUSTÍN, *Estudios sobre criminalidad económica*. Bosch, Casa Ed., S. A., pág. 7.

(8) RUIZ VADILLO, ENRIQUE, *La dosimetría penal en el Código penal*. ANUARIO DE DERECHO PENAL, 1977, págs. 351 y ss.

SÁINZ CANTERO, JOSÉ A., en su trabajo *Política criminal moderna y reforma del ordenamiento penal español* ha trazado con ejemplar precisión las pautas a las que debe ajustarse una reforma de la ley penal si de verdad quiere ser seria, científicamente moderna, cronológicamente estable, y si además se propone dar al país el orden penal que corresponde a un Estado democrático de Derecho.

MUÑOZ CONDE, F., *Introducción al Derecho penal*, 1975.

(9) Aunque la prudencia y el amplio sentido de moderación y de equilibrio de quienes las han aplicado han disminuido o hecho desaparecer sus efectos nocivos. V. BERISTAIN, *Medidas penales en Derecho contemporáneo*. Teoría, legislación positiva y realización práctica, pág. 192.

libertad, por hechos que no son delitos y que ni siquiera guardan directa relación con ellos, un enjuiciamiento muchísimas veces lento (10) y premioso, por falta de una adecuada organización judicial (11), etc., etc., han contribuido muy poderosamente a que el problema naciera o se agravara, sin perjuicio de valorar, en sus justos términos, el tema general de la crisis de las penas privativas de libertad, tan destacadamente puesto de relieve últimamente (12) por la doctrina científica y por expertos de otras disciplinas no jurídicas en España y fuera de España.

Por supuesto que todos estos problemas son graves y actuales y de no fácil solución, pero lo incuestionablemente seguro es que, desde luego, en ellos nada en absoluto pueden hacer los jueces de ejecución. Por eso, pienso que si, anticipadamente, no se resuelven todos o en su mayor parte, la introducción del juez de ejecución apenas si se notaría, inundado en unas situaciones conflictivas ajenas a las funciones judiciales en las que desaparecería arrastrado en el fracaso general del sistema. Ante todo, pues, hay que conseguir un Código justo en el doble sentido de bienes justificadamente incluidos en él y excluidos (13) y de penas equilibradas y prudentes. La justicia penal, ha dicho Harremoes (14), debe ajustarse a los valores humanos esenciales de la comunidad. Esos valores comprenden los intereses individuales, sociales y culturales, económicos y políticos de diferentes grupos representativos de nuestras sociedades. Y constituyen la armadura del edificio social, y en parecido sentido Gimbernat (15) se ha referido gráficamente a la necesidad inmediata de resocializar a la socie-

BERISTAIN, ANTONIO, *Crisis del derecho represivo*. «Cuadernos para el Diálogo», págs. 171 y 228.

MORENILLA RODRÍGUEZ, JOSÉ M.ª, *El concepto de la peligrosidad social en el Derecho español*. ANUARIO DE DERECHO PENAL, 1978, pág. 317.

(10) Un capítulo no menos importante de la política criminal es, dice VASSALLI (*Política criminal y Derecho penal*. «Revue Internationale de droit penal». Actas del Primer Coloquio Regional Español sobre Política Criminal y Derecho Penal, pág. 379), la estructura del proceso penal.

(11) No nos referimos ahora al número de jueces y Tribunales que deban existir, sino a una adecuada *distribución*. También en este sentido son necesarias importantes reformas.

(12) En las Jornadas Italo-Franco-Españolas de defensa social celebradas en Trieste (Italia) los días 6 al 8 de octubre de 1978 y a las que tuve la satisfacción de asistir, se destacó también esta realidad social. Por ejemplo, se habló del arresto fin de semana y de la multa fraccionada según una adecuada estructura, como sustitutivos de la pena privativa de libertad, en su concepción tradicional.

(13) FERNÁNDEZ ALBOR, AGUSTÍN, *Estudios sobre...*, ob. cit. GIMBERNAT, ENRIQUE, *Informe de síntesis*. En él se habla también de la crisis de las penas privativas de libertad. En «Revue Internationale de droit penal». Actas..., cit..

(14) HARREMOES, *Política criminal y Derecho penal*. «Rev. Internationale de droit penal». Actas del Primer Coloquio Regional Español sobre Política Criminal y Derecho Penal, cit., pág. 147.

(15) GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE, *Informe de síntesis*. En «Rev. Internationale de droit penal». Política criminal y Derecho penal, cit.

dad. También el ministro de Justicia, don Landelino Lavilla (16), ha aludido a la necesidad de moldear en el Derecho las relaciones y las instituciones sociales, orientando hacia soluciones justas los conflictos que inevitablemente se producen en la vida social, de impulsar el desarrollo del derecho positivo para adecuarlo a la cambiante realidad, de arbitrar cauces cada vez más efectivos que garanticen el respeto de los derechos y libertades individuales. Esta labor, auténticamente vivificadora del Derecho, que compete a los juristas, es, ha dicho el Ministro, de importancia singular en el campo del Derecho penal.

Hay que desmontar, por consiguiente, el sistema punitivo actual, construido casi exclusivamente sobre el eje de las penas privativas de libertad, cuyo fracaso es evidente, y cuyas penas, en la realidad, como señala Rodríguez Devesa (17), no han confirmado las esperanzas que en ellas se pusieron.

Pero en el tema de la conflictividad penitenciaria existen, además de las causas que acabamos de exponer, otras (18) cuyo porcentaje de influencia en el contexto general de esta problemática es, creemos, muy difícil de determinar y, en todo caso, variable y dependiente casi siempre de las circunstancias concretas de cada establecimiento. Me refiero ahora al sistema penitenciario en sí: Estado físico de los edificios, estructura y arquitectura de los mismos, condiciones de vida: dormitorios, servicios, comedores, etc., forma de realizarse el trabajo, naturaleza y modalidades del mismo, salarios, cuantías, sistemas de control, tratamiento en el sentido humano y técnico, comunicaciones, frecuencia y naturaleza de las sanciones, etc., etc.

En este aspecto de reivindicaciones penitenciarias, producidas y desarrolladas dentro del propio mundo penitenciario, pueden encontrarse a su vez, a mi juicio, tres vías principales originadoras de conflictividad: 1.<sup>a</sup>) La situación material de las prisiones, en general lamentable, que se arregla fundamentalmente con dinero; 2.<sup>a</sup>) Problemas de tratamiento, de comunicaciones, de sanciones, etc., que exigen una racional y previa regulación jurídico-administrativa, que es lo que provisionalmente pretendió el Real Decreto de

(16) LAVILLA ALSINA, LANDELINO, *Discurso en el primer Coloquio Regional Español*. «Rev. Internationale de droit penal», cit., págs. 12 y ss.

(17) RODRÍGUEZ DEVESA, JOSÉ M.<sup>a</sup>, *Derecho penal español*. 5.<sup>a</sup> ed. Madrid, 1976, pág. 764.

(18) BARBERO SANTOS, MARINO, *Política y Derecho penal en España*. Madrid, 1977.

PALACIOS SÁNCHEZ IZQUIERDO, RICARDO, *Rebelión en las cárceles*. «Penas y penados en España de hoy». Estudios de Deusto, XXVII, enero-junio 1978. Con abundante bibliografía.

SÁINZ CANTERO, JOSÉ A., *Política criminal moderna y reforma del ordenamiento penal español*. Cit.

ZAPATERO SAGRADO, RICARDO, *Apuntes para un estudio sobre el estado disciplinario de las prisiones españolas, de 1961 a 1968*. «Documentación Jurídica», abril-junio 1978.

Memoria de 1977 de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias.

29 julio 1977 (19) y lo que de manera más completa esperamos y deseamos consiga la nueva Ley General Penitenciaria, y, finalmente, 3.<sup>a</sup>) El problema del sistema de garantías jurídicas en relación con lo que puede denominarse el «Estatuto de interno», que es lo que, en definitiva, debe salvaguardar la autoridad judicial en una misión ciertamente trascendente, pero que no alcanza de ninguna manera a solucionar todos los demás problemas que le son, sólo en este sentido, ajenos. De ahí nuestra insistencia en afirmar que la solución a los problemas penitenciarios debe producirse de una manera plural y amplia, en forma tan compleja como lo son las causas que lo motivan: Reforma del Código penal (20) y de algunas leyes especiales (o supresión de las mismas), reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, reforma del sistema penitenciario (con los fondos económicos precisos para hacerla inmediata, o casi inmediata, realidad) y creación de la figura del juez de ejecución; todo en paralelo y en estrecha correlación (21). Si no se hace así, cualquiera de las medidas que se tomen aisladamente, aun siendo totalmente acertadas y positivas, pueden hundirse porque el peso de los aspectos negativos que sobrevivirían, llegarían a condenar peligrosamente toda la reforma globalmente considerada y la conducirían a un fracaso tal vez irreversible. Soy, pues, partidario de la creación del juez de ejecución, incondicionadamente partidario de él, pero pido que, como antes queda indicado, su figura se implante en el instante justo y preciso, ni antes ni después, para evitar que circunstancias extrañas a él, totalmente ajenas a su actuación, le arrastren a una situación de ineficacia social, de fracaso total en el sentido trascendental jurídico y comunitario que queremos dar a la expresión (22). El preso, y la sociedad con él, quieren ver algo nuevo, un talante distinto, y en ese contexto a un juez que constituya

---

(19) RUIZ VADILLO, ENRIQUE, *Comentarios a la reforma del Reglamento de los Servicios de Instituciones Penitenciarias, aprobada por Real Decreto de 29 de julio de 1977*. «Documentación Jurídica», núm. 15, julio-septiembre 1977.

(20) Más próximos al campo estrictamente penal, dice VASALLI, (*Política criminal y Derecho penal*. En «Rev. Internationale...», cit., pág. 382) son los dos grandes problemas de política criminal que toman el nombre de descriminalización (o incriminación). Se trata de un tema que hoy está de moda, pero se trata de un tema serio que merece la mayor atención.

(21) SÁINZ CANTERO, JOSÉ A., *Política criminal moderna y reforma del ordenamiento penal español*. Al estudiar muy recientemente la reforma del ordenamiento penitenciario español, ha dicho que las advertencias que deben hacerse al legislador hay que repartirlas en las tres direcciones en que se proyecta el horizonte de la reforma, los ordenamientos retributivos, preventivos y penitenciarios de tan diferente naturaleza y tan necesitados recíprocamente de complemento y apoyo hasta el punto de que el legislador no podrá reformar con éxito uno de ellos sin hacerlo también a los otros dos.

(22) Todo ello sin perjuicio de que las normas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se cumplan en todo y de la vigilancia que corresponde realizar al Ministerio Fiscal, acertadamente destacada por la Circular que con fecha 25 abril 1978 dirigió el Fiscal del Reino don José Manuel Fanjul Sedeño y a la que nos volveremos a referir más adelante.

el perfecto garantizador del sistema armónico de ejecución de penas, lo que ahora seguramente no podría realizar o realizaría con enormes dificultades.

## II. LOS PRINCIPIOS INFORMADORES

A nuestro juicio, tiene que ser el Tribunal sentenciador quien haya de ejecutar lo que él ha juzgado y resuelto (23). Este ha de ser el principio básico informador, y como corolario del mismo es imprescindible que existan unos jueces y tribunales penales con amplios conocimientos criminológicos (24), de los cuales uno de sus componentes, el propio Ponente de cada causa. por ejemplo, vigile, aunque yo prefiero decir ordene, la ejecución de las penas (25). Ahora bien, como esta solución ofrece hoy dificul-

---

(23) Ahora no entramos en el tema de la efectividad de las demás penas que pueden imponerse, así como en el grave problema de la responsabilidad civil, muchas veces, en la práctica, excesivamente descuidado.

(24) La Escuela judicial debiera facilitar estos conocimientos que no son demasiado complicados en lo imprescindible necesario para juzgar, a los futuros jueces y fiscales y organizar cursos de información para los actuales magistrados, jueces y fiscales.

(25) En Italia, muy en síntesis, la regulación del Juez de Vigilancia (artículos 68 y ss. de la Ley de 26 de julio de 1975) es la siguiente:

Las oficinas de vigilancia están constituidas próximas a los Tribunales y tienen jurisdicción sobre las circunscripciones de los mismos. A estas oficinas son destinados Magistrados a los que se les excluye de cualquier otra función judicial (art. 68).

El Magistrado de Vigilancia vela por la organización de los institutos de prevención y de pena y comunica al Ministerio las necesidades de los diferentes servicios, con particular atención sobre la actuación del tratamiento reeducativo.

Ejerce asimismo la vigilancia directa para asegurar que la ejecución de la custodia de los inculpados se realice de conformidad con las leyes y reglamentos. Interviene en la ejecución de las medidas de seguridad. Aprueba el programa de tratamiento y en el curso de su desarrollo imparte las disposiciones que considera oportunas para la tutela de los derechos e intereses de los condenados y de los internos, así como para su reeducación. Decide sobre reclamaciones de los detenidos e internados relativas: a) A la atribución de la calificación laboral, cuestiones de salarios y remuneración, desarrollo del aprendizaje y del trabajo y seguros sociales. b) Al ejercicio del poder de disciplina, a la constitución y competencia del órgano de disciplina, etc. Provee sobre el pase al servicio social de los sujetos a la libertad vigilada, perdón de la deuda a la que se refiere el artículo 56, permisos y licencias, así como los traslados que se citan en el apartado 2.º del artículo 11 y sobre los beneficios de que trata el artículo 148 del Código penal. Expresa juicio motivado sobre la propuesta de gracia formulada por el Consejo de Disciplina y desempeña las demás funciones atribuidas al Juez de Vigilancia por el Código penal, ley de procedimiento penal y demás leyes (art. 69).

En cada Distrito del Tribunal de Apelación hay una sección en la que se llevan los asuntos relativos al pase, como prueba, al servicio social, revocación anticipada de las medidas de seguridad, admisión al régimen de semilibertad y revocación de las disposiciones de admisión, concesión de las reducciones de pena por la liberación anticipada y revocación de las reducciones. A cada sección son destinados Magistrados de Vigilancia en el

tades enormes, prácticamente insuperables (26), (cumplimiento de las penas en establecimientos distintos de aquellos que radican en la jurisdicción en que fueron condenados, grandes diferencias de volumen de trabajo de unos a otros Tribunales, ubicación irregular de los centros penitenciarios, etc., etc.), no existe ningún inconveniente en que unos magistrados sean especialmente adscritos o asignados a la importantísima función de controlar y ordenar la ejecución de las penas y medidas (si es que subsisten éstas con igual o distinta denominación a la actual) (27) privativas de libertad, llevándose a cabo de esta manera una distribución más racional y eficaz de trabajo judicial, aunque, como luego veremos, sea imprescindible, a nuestro juicio, no cortar definitivamente la relación entre el juez o Tribunal sentenciador y el condenado.

La misión de estos magistrados de ejecución ha de referirse a los supuestos de condena de las penas privativas de libertad, no a los presos preventivos que deben estar, como lo están aho-

número requerido por las exigencias del servicio. La sección provee con el número invariable de cuatro votantes, y está compuesta por un Magistrado de Vigilancia con funciones de Magistrado de Apelación que la preside, por un Magistrado de Vigilancia con funciones de Magistrado de Tribunal, así como por dos expertos elegidos conforme al artículo 80. Uno de los Magistrados debe pertenecer a la Oficina de Vigilancia, bajo cuya jurisdicción es puesto el condenado o internado. En caso de igualdad de votos prevalece el del Presidente (art. 70).

El Presidente de la sección o el Magistrado de Vigilancia, a petición o de oficio, fija el día de la deliberación y avisa al Ministerio Público y al interesado, con cinco días de anticipación, admitiendo que pueden participar personalmente en la discusión y presentar memoria. El interesado nombra un defensor y si no lo nombra se designa de oficio. La competencia corresponde a la sección o al Magistrado de Vigilancia que tiene jurisdicción sobre el instituto de prevención o de pena en el que se encuentra el interesado. El decreto que termina el procedimiento de vigilancia es comunicado al Ministerio Público y al interesado en el plazo de diez días. Contra dicho decreto el Ministerio Público y el interesado pueden entablar recurso de casación por violación de la ley dentro de los diez días de la comunicación. La sección y el Magistrado de Vigilancia emiten sus disposiciones sirviéndose de la consulta de los técnicos del tratamiento que operan en los establecimientos de su circunscripción y pueden desarrollar la investigación prevista en el artículo 637 del Código de procedimiento penal. En la revocación de pena, en el sentido del apartado 3.º del artículo 54, cuando la condena sobreviene después de la liberación anticipada, la sección de vigilancia procede según la modalidad establecida para los incidentes de ejecución (art. 71).

(26) Aunque para nosotros el ideal radica en que las penas privativas de libertad se cumplan, salvo excepciones muy calificadas, en el territorio donde el penado tenga su familia y su «habitat». V. RUIZ VADILLO, ENRIQUE, *Comentarios a la reforma del Reglamento...*, cit.

(27) El problema de las medidas es muy grave. Ante todo hay que suprimir las medidas llamadas ante o predelictuales y con relación a las postdelictuales deben llevarse todas al Código penal, imponerse por el Tribunal sentenciador y cumplirse de tal forma que sea claramente preceptible lo que es una pena y una medida, evitándose que un simple cambio terminológico perpetúe unas medidas que, en definitiva, pueden continuar siendo penas privativas de libertad, con otro nombre.

ra (28), a disposición del juez de instrucción o del Tribunal que conozca del respectivo sumario o causa, sin perjuicio de que si el juez de ejecución observara en alguna de sus visitas a los Establecimientos penitenciarios alguna anomalía, la ponga inmediatamente en conocimiento del juez o Tribunal que corresponda o, en su caso, del Ministerio Fiscal, para que procedan como haya lugar en cada caso.

Finalmente, digamos que, a nuestro juicio, estos Magistrados de ejecución deben actuar siempre y únicamente a través de resoluciones judiciales en forma de autos (todos ellos recurribles, unas veces con efecto suspensivo y otras sin él, según los casos que con precisión debiera establecer la ley), en un procedimiento muy sencillo y rápido, de verdadera urgencia, prescindiendo al máximo de formalidades inútiles y en el que tras oír al interno, al director del establecimiento (si lo estima el juez oportuno) y al Fiscal (si está adscrito permanentemente al juzgado) y practicar cuantas diligencias estime oportunas se dicte la correspondiente resolución, que sería, como antes hemos dicho, recurrible ante el Tribunal colegiado que dictó la sentencia condenatoria o al que corresponda el juzgado sentenciador, en el caso de diligencias preparatorias (29). A nuestro juicio deben estar legitimados para interponer recurso, el interno y el Ministerio Fiscal y el contenido, en general, del mismo sería, muy ampliamente considerado, la revisión de todas las resoluciones administrativas que afectarían a la ejecución de la pena y a los derechos y libertades reconocidos en nuestra Constitución (30). La vista del recurso, como luego veremos, se celebraría oralmente con nombramiento de Abogado defensor y la presencia del Fiscal, en forma pública, terminado el cual, y en un plazo brevísimo, el Tribunal resolvería lo precedente (31). Pero de esto hablaremos enseguida con un poco más de detalle.

---

(28) Aunque por supuesto creemos que el tema de las detenciones y prisiones preventivas ha de sufrir una importante modificación.

(29) Es decir, el esquema sería éste:

Juez unipersonal sentenciador ... ..	}	Ejecución de sentencias = Magistrado:
Tribunal colegiado sentenciador ... ..		Recursos contra sus resoluciones.
		Siempre ante el Tribunal.

Creemos, como ya hemos dicho, que el Tribunal sentenciador no debe perder la dirección del proceso con las indicaciones ya formuladas.

(30) V. título I de la Constitución publicada en el «Boletín Oficial del Estado» de 6 de noviembre de 1978.

(31) Debe excluirse de las decisiones administrativas de las autoridades penitenciarias el recurso contencioso-administrativo. El juez de ejecución y el Tribunal colegiado deben conocer con carácter excluyente de esta materia a través de unos recursos y procedimientos «sui generis».

## 1. LA CONSTITUCIÓN

El artículo 117, primero, del Título VI del texto constitucional (32), dice, en su apartado 3: «El ejercicio de la potestad jurisdiccional, en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los juzgados y Tribunales (33), determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan». El apartado 4 indica que: «los juzgados y Tribunales no ejercerán más funciones que las señaladas en el apartado anterior y las que expresamente les sean atribuidas por ley, en garantía de cualquier derecho».

El artículo 24 (34) del mismo texto nos facilita el complemento indispensable para obtener de inmediato el cuadro o marco jurídico constitucional, en sentido amplio, de la institución que estamos contemplando y del que se deben de derivar una serie de consecuencias del mayor interés: 1.<sup>a</sup>) Todas las personas tienen el derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. 2.<sup>a</sup>) Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informado de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. Artículo 25.1: Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento. 2) Las penas privativas de libertad y las me-

---

(32) Aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados («Boletín Oficial de las Cortes», número 135, del 24 de julio de 1978, pág. 2964). Igual contenido tiene el artículo 116, apartado 3.º, en el texto aprobado por el Pleno del Senado. En las sesiones plenarias del Congreso de los Diputados y del Senado fue aprobado el Proyecto de Constitución, aparecido en el «Boletín Oficial del Estado», de 6 de noviembre, ya citado.

(33) Durante largo tiempo, dice CUELLO CALÓN (*La intervención del juez en la ejecución de la pena*. ANUARIO DE DERECHO PENAL, 1953, pág. 260), se consideró unánimemente que el juez penal carecía de facultades para intervenir en la ejecución de la pena, una vez dictada sentencia. Actualmente, gracias a la evolución producida en estas ideas, se sostiene la intervención del juez en la ejecución de las penas privativas de libertad y en las medidas de seguridad de igual naturaleza. La intervención del juez en la ejecución de la pena es la consecuencia obligada del principio de legalidad penal «nulla poena, sine lege», y particularmente del principio de legalidad de su ejecución y es por ello que la misión judicial en este aspecto consiste en asegurar el cumplimiento de las disposiciones legales que regulan la ejecución penal y la observancia del respeto debido a los derechos y a los intereses legítimos de los detenidos e internos.

(34) V. «Boletín Oficial del Estado» citado.

didadas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación social y no podrán consistir en trabajos forzados.

Finalmente, en el sentido que aquí nos interesa destaquemos el artículo 17 (35), apartado 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. 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 o judiciales, en los términos que la ley establezca.

De todo cuanto queda transcrito, de conformidad con el espíritu y principios generales de la Constitución, de lo que señala el apartado 3 del artículo 9 de la misma y del contenido del artículo 3.º del Título preliminar del Código civil, en relación con el tema de las penas privativas de libertad y de las vicisitudes (sanciones incluidas) de su cumplimiento, obtenemos las siguientes conclusiones:

1.ª) Las penas estarán siempre orientadas hacia la reeducación y reinserción social, debiendo ser tal principio de naturaleza prioritario, atendido el rango constitucional de la correspondiente declaración.

2.ª) Tales penas no podrán consistir en trabajos forzados.

3.ª) El condenado gozará de los derechos fundamentales del capítulo segundo del libro I de la Constitución a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria (art. 25.2 de la Constitución).

4.ª) Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y demás tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España (art. 10.2 de la Constitución).

5.ª) El enjuiciamiento y sanción de las faltas que en el cumplimiento de las penas pueda cometer el condenado que incide en un derecho que podemos llamar penal y procesal penitenciario (por ejemplo, la sanción de internamiento en celda de aislamiento que alguien llamó prisión dentro de la cárcel), ha de llevarse a cabo en forma lo más análoga posible a lo que se establece con carácter general por el derecho penal sustantivo y procesal general. En su virtud, el interno debe tener derecho:

A) Al acceso efectivo al juez de ejecución.

B) A ser defendido de la correspondiente imputación, procurándose, en cuanto se refiera a las sanciones más graves y al menos en el recurso, la asistencia letrada y a utilizar en un proceso público.

los correspondientes medios de prueba, después de haber sido informado de la acusación formulada, etc.

C) A la presunción de inocencia.

D) A la rigurosa aplicación del principio de legalidad, de retroactividad favorable, etc.

6.<sup>a</sup>) La facultad de hacer que se cumplan las penas privativas de libertad en la forma legalmente establecida es función estrictamente judicial.

7.<sup>a</sup>) En ese cumplimiento hay que distinguir los aspectos ejecucionales que son de competencia judicial, de los aspectos de puro régimen interior, que son administrativos.

8.<sup>a</sup>) Si el Derecho penal sustantivo es profundamente justo y enraizado en la conciencia social y en la ejecución de las penas se garantiza eficaz e inmediatamente el principio de legalidad y el respeto a los derechos y libertades humanas, se producirá, sin duda, un doble efecto positivo: Que la sociedad se sienta solidaria con la necesidad de las penas y que el interno sepa que su cumplimiento será siempre compatible con el mantenimiento de los derechos que como persona le atribuye la Constitución.

## 2 LA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL, LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL, EL REGLAMENTO DE LOS SERVICIOS DE INSTITUCIONES PENITENCIARIAS Y EL ESTATUTO DEL MINISTERIO FISCAL.

La Ley Orgánica del Poder Judicial establece (y a nuestro juicio, este principio habrá de ser reproducido literalmente o, al menos en su espíritu, en la nueva Ley) en el artículo 2.º: La potestad de aplicar las leyes en los juicios civiles y criminales, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado corresponde exclusivamente a los Jueces y Tribunales.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal responde a unos principios, muchos de ellos absolutamente vigentes (36), y creemos que de su articulado pueden obtenerse importantes consecuencias.

---

(36) Las facultades de inspección sobre la manera de cumplirse las penas que el artículo 990 de la L. E. Crim. encomienda a los Tribunales no quedan, como dice ANTON ONECA («Derecho penal», I, parte general, pág. 553), suficientemente determinadas ni tienen apenas efectividad. El artículo 128 del Decreto Real belga de 21 de mayo de 1965 sólo se refiere a las visitas de los jueces de instrucción y de los presidentes de los tribunales.

La Ley Portuguesa de 16 de mayo de 1944 consideraba como funciones del juez de aplicación declarar el estado peligroso de los delincuentes y acordar la adecuada medida legal cuando el Tribunal sentenciador no lo hubiere hecho, decidir sobre la permanencia, modificación y cesación del estado peligroso, cuando el delincuente haya cumplido su condena, tomar acuerdos sobre la modificación y cese de las medidas de seguridad privativas de libertad, determinar el momento de concesión de la libertad condicional, ordenar la prolongación de su duración y revocar la libertad acordada. A estos jueces se les atribuía también competencia en materia de rehabilitación, de aplicación de medidas de seguridad y debían ser consultados en la aplicación de indultos.

En cuanto a detenidos y presos, el artículo 526 establece la obligación del Juez instructor de visitar una vez por semana, sin previo aviso ni día determinado, las prisiones de la localidad.

Y el 990, con relación a los condenados, señala, entre otras cosas, que las penas se ejecutarán en la forma y tiempo prescritos en el Código penal y en los reglamentos, que la competencia del Juez o Tribunal para hacer cumplir la sentencia excluye la de cualquier Autoridad gubernativa hasta que el condenado tenga ingreso en el establecimiento penal o se traslade al lugar en donde deba cumplir la condena. Los Tribunales, dice finalmente, ejercerán además las facultades de inspección que las leyes y reglamentos les atribuyan sobre la manera de cumplir las penas.

El reglamento de los servicios de Instituciones Penitenciarias de 29 de julio 1977 dice en su artículo 1 y 3 que la actividad penitenciaria se desarrollará con las garantías y dentro de los límites establecidos por las leyes, reglamentos y resoluciones judiciales. Asimismo, señala, se velará por el más exacto cumplimiento de las garantías jurídicas de detenidos, presos y sentenciados. Y el artículo 10, apartado 1.º, del mismo Reglamento reitera, más específicamente, que el tratamiento de detenidos y presos (expresión genérica que abarca a sentenciados) debe acomodarse, en cuanto a los principios inspiradores y a las correspondientes garantías, a las disposiciones establecidas para los mismos en el Código Penal y en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (37).

El Estatuto del Ministerio Fiscal establece como obligación del mismo el velar por el cumplimiento de las sentencias en todas las causas en que haya sido parte.

### 3. CONSECUENCIAS INMEDIATAS.

De cuanto llevamos dicho se deduce:

1.º El Juez o Tribunal que condena al cumplimiento de una pena o medida privativa de libertad debe ordenar su ejecución y

---

(37) En resumen, la Administración Penitenciaria debe actuar conforme a la más estricta legalidad, aplicando: 1.º Como emanación de la Constitución, las normas contenidas en el Código penal y en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, como preceptos cuasi constitucionales. 2.º Los preceptos del Reglamento de los Servicios de Instituciones Penitenciarias y de cualquier otro que se refiera y pueda referirse a esta materia; por ejemplo, sobre libertad condicional. 3.º Los mandatos judiciales y, en su caso, los gubernativos, y 4.º En cierta manera, aunque parezca una contradicción, que no lo es, por encima de todas estas fuentes y a su lado, complementariamente, los principios inspiradores de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico proyectados sobre la legislación penal sustantiva; por ejemplo, el principio «in dubio pro reo», el de la retroactividad de la ley penal más favorable, el de prohibición de utilizar la analogía en cuanto perjudique al interno (V. Código penal y título preliminar del Código civil) y especialmente los que presiden la regulación jurídica penitenciaria, que son los que estamos examinando.

vigilar su cumplimiento. Esta misión ha de llevarse a cabo siempre, como tantas veces hemos repetido, por vía judicial, bien sea a través del propio Juez o Tribunal sentenciador, bien sea a través de otra autoridad u órgano judicial encargado de su ejecución, en virtud de un principio racional de división del trabajo. Ahora bien, la sentencia penal, debe trascender de la pura misión de hacer efectivo, en frase tradicional, el «ius puniendi» que corresponde al Estado para constituirse en una especie de programa de ejecución, tendente a conseguir la más eficaz prevención especial y general o general y especial que el orden de expresión es indiferente, teniendo en cuenta las ideas de reeducación y reinserción social que expresamente recoge la Constitución. Ese programa que debe ser la sentencia penal condenatoria ha de desarrollarse, como si fuera el simple indicativo de un sistema profundamente cambiante, aunque dentro de ciertos límites, en función de las circunstancias del delincuente y de la propia sociedad (el principio de legalidad constituye la base de la seguridad), con unos márgenes de flexibilidad a través de una especie de sentencia indeterminada con una plataforma mínima y un techo máximo). El cumplimiento efectivo de la pena debe, pues, poderse reducir o modificar en una especie de novación subjetiva y objetiva (trasladando conceptos del derecho privado). Si esto fuera así, y nosotros creemos que debe serlo, entonces hay que pensar que no es de ninguna manera acertado que el Tribunal se desvincule definitivamente de la causa el día que dicta la sentencia, sino que incluso actuando un juez especial de ejecución, los actos decisivamente importantes deben seguir siendo controlados y dirigidos a través de decisiones específicamente suyas, por ejemplo, la concesión de la libertad condicional, la aplicación de indultos (mucho más si se llegara a establecer el indulto judicial, institución que consideramos imprescindible como corrección a la rigidez de los Códigos), el archivo definitivo, etc., así como la resolución de los correspondientes recursos.

2.º La conclusión a la que acabamos de llegar parece que se rompe, según nuestra propia tesis, al señalar que tratándose de sentencias dictadas por jueces unipersonales, será el Tribunal colegiado quien decidiría, en todas las materias que acabamos de indicar (libertad condicional, indultos, archivos, recursos, etc.). Esta contradicción exige una inmediata explicación: Dos razones, a mi juicio, abonan la solución que proponemos: 1.ª) Buscar una cierta unidad de criterio en materia de ejecución: progresiones, regresiones, sanciones, etc., porque nos parece que más importante incluso que la sentencia en sí, lo es la manera de realizarse en la práctica. 2.ª) Evitar que las decisiones o informes de un Magistrado, si tiene esta categoría el Juez de ejecución, como seguramente la tendrá, sean revisadas por un Juez. Pero el abanico de posibilidades al organizar esta Institución es enorme. Se puede romper, por ejemplo, la idea que hemos expuesto y fraccionar el enjuiciamiento en tres fases con cierta autonomía cada una de ellas: Instrucción. Resolución y Ejecución, atribuyéndose esta última de manera definitiva-

mente autónoma a otro órgano (Jueces de ejecución), estableciendo incluso un Tribunal único específico en cuanto a los recursos frente a las decisiones del juez de ejecución, pudiéndose además aumentar en este caso las atribuciones de estos. Otra solución consiste en excluir de las atribuciones de los jueces de ejecución el cumplimiento de las penas de arresto mayor, competencia que vendría atribuida a los jueces sentenciadores, ya que además su cumplimiento suele efectuarse en el mismo lugar en que radica el juzgado o muy próximo a él. Como se ve son infinitas las posibilidades que pueden utilizarse en este sentido.

3.º En orden a la figura del juez de ejecución se abre también otra interrogante a la que ya nos hemos referido. ¿Qué sucede en relación a los detenidos y presos? A nuestro juicio, los detenidos y presos, como ya se puso de relieve anteriormente, deben depender directa e inmediatamente, sin intermediaciones de los jueces y Tribunales que conozcan de la causa y son ellos v el Ministerio Fiscal (38) respectivo quienes tienen que vigilar muy cuidadosamente las detenciones y prisiones preventivas. La pérdida de libertad es constitucionalmente una excepción muy calificada que sólo puede justificarse en casos muy especiales y durante el tiempo estrictamente indispensable, y esta es una tarea de cada Juez o Tribunal en concreto, aunque, por supuesto, si el Juez de ejecución en el ejercicio de su actividad judicial, como ya dijimos, conoce de alguna deficiencia o anomalía en una detención o prisión, la pondrá en conocimiento del Juez o Tribunal que corresponda.

4.º El aseguramiento de que la pena impuesta se cumple, ajustándose a las finalidades que la Constitución señala, es igualmente función judicial. Ya lo hemos señalado, pero tal vez no esté de más insistir en ello; es decir, estimamos que no es correcto pensar que el Tribunal acaba su misión cuando impone la pena, cualquiera que sea su naturaleza, ni siquiera que su función sea la simple vigilancia, actitud pasiva, de que su ejecución se ajusta a los principios de legalidad, sino que ha de actuar activamente, de tal manera, que garantice también, cuando se trata de penas privativas de libertad, que ese cumplimiento se orienta hacia la reeducación y inserción social (lo que implica un mayor acento en la intervención), aunque lógicamente en esa importante tarea aparezca como definitiva la colaboración de todos los Cuerpos penitenciarios, los cuales y especialmente los equipos técnicos, habrán de mantener muy estrecha relación en cuanto a informes, asesoramientos, etcétera, con el Juez penal y, en general, con los Tribunales penales.

---

(38) V. Circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo, ya citada, sobre «Visitas a prisiones» de 25 de abril de 1978 («Boletín Información del Ministerio de Justicia», de 15 de mayo de 1978), firmada por el Fiscal del Reino, don Juan Manuel Fanjul Sedeño. A estas preocupaciones, dice, responde la presente circular, en la que se atiende no a las detenciones descaradamente arbitrarias que ello por escandaloso se condena, sino a las prolongadas prisiones preventivas. El contenido y el espíritu de esta circular son realmente de excepcional interés.

Tal vez muchos de entre los que lean este trabajo, muestren su excecpticismo frente a esta insistencia nuestra en hablar de la finalidad de reeducación y reinserción de las penas, considerando que la cárcel en general ni reeduca ni resocializa. Estoy sustancialmente de acuerdo con esta opinión y así lo he manifestado en muchas ocasiones (39). Pero ocurre que para que en el futuro no pueda decirse lo mismo hay que conseguir previamente dos cosas: 1.º) Que la cárcel sea la excepción dentro del sistema punitivo y que, por tanto, la reeducación y reinserción, finalidades de todas las penas, no sólo de las privativas de libertad, se consigan por otros caminos diferentes al de la privación de libertad, y 2.º) Que nos preparemos todos más, Magistrados, Fiscales, Jueces, Funcionarios de Instituciones Penitenciarias y Policía, para conociendo mejor las Ciencias fronterizas del Derecho penal poder utilizar más acertadamente las técnicas apropiadas de un tratamiento adecuado (que no nos hará olvidar la prevención general, que es igualmente importante) e incluso procurar todos, individual y corporativamente, tener la mayor comprensión (que no es lo mismo que justificación) y de humanidad para llevar a cabo nuestras tareas de la mejor manera posible.

5.º Como antes he dicho, creo que en esta materia hay que partir de un principio que tal vez olvidamos con frecuencia: La ejecución de una pena privativa de libertad representa en cuanto a sus efectos prácticos tantas condenas como vicisitudes sufra aquélla. Es decir, la sentencia penal no es algo estático y quieto, sino un principio de actividad que dinámicamente se agrava o atenúa (40). Por ejemplo, el condenado actualmente a tres años de prisión, el día que le abonan redenciones por el trabajo, que se le progresa a régimen abierto o que se le aplica la libertad condicional, está viviendo y sufriendo una misma e idéntica condena, que se va modificando en virtud de las circunstancias. Pues bien, lo que no he entendido nunca ni entiendo es que todas nuestras preocupaciones jurídico-penales (principio de legalidad delictual, penal, procesal y ejecucional) no abarquen esas vicisitudes, dado que posiblemente tres años de régimen abierto constituyen inferior gravamen real que uno cerrado. Por ello, y en la medida de lo posible,

---

(39) Incluso en varias entrevistas de prensa, cuando era director del Servicio Técnico y Jurídico de Instituciones Penitenciarias, lo manifesté sin rodeos, porque no hay nada mejor como decir la verdad, al menos lo que cada uno cree que es la verdad, para con honestidad tratar de resolver los problemas...

(40) La expresión gráfica de cuanto acabo de indicar sería ésta: la Sentencia que condena a seis años de prisión se podría descomponer así: un año en régimen cerrado + abono de redención ordinaria + abono de redención extraordinaria + un año de régimen intermedio + indulto + un año de régimen abierto + libertad condicional = Cumplimiento de condena. Con lo cual quiero decir que si, a todas y cada una de estas vicisitudes (que pueden ser favorables como en el ejemplo, o adversas) no se las sobreañade las garantías correspondientes, el principio de legalidad queda absolutamente comprometido y mediatizado y a veces destruido.

hay que conseguir para estas alteraciones, las que verdaderamente producen una novación en la sentencia, unas garantías lo más próximas y cercanas, sobre todo en su espíritu que es lo que interesa, a las que señala el apartado 2, del artículo, 24 de la Constitución, y a cuantos principios informan el Ordenamiento jurídico penal en España. Y esto no implica desconfianza hacia nadie ni menosprecio a la muy importante tarea penitenciaria, cuyas dificultades conozco bien. La pena es una institución delicadísima que se pone en manos del Poder judicial y ha de ser concebida como un todo infraccionable: Su inicial determinación cualitativa y cuantitativa, las modalidades de su cumplimiento, la obtención hasta dónde es posible de las finalidades que le son propias, etc., etc., todo ha de desarrollarse bajo un principio de ejecución judicial unitario, sin perjuicio, como ya hemos dicho, de la cooperación, en el caso de las penas privativas de libertad, de las Instituciones penitenciarias, tan definitivamente importante, como difícil, inestimable y ejemplar es en tantos casos el trabajo de sus funcionarios, y a de respetar la tarea administrativa que les es específica, es decir, el gobierno y régimen interior de la prisión, que en cuanto no afecta a la ejecución propiamente dicha, no es función judicial. No se trata, pues, en cuanto llevamos dicho, de valorar ni mucho menos de comparar actividades profesionales o conductas. sino de obtener de unos principios generales, que nos parecen esenciales, las consecuencias prácticas correspondientes, lo que, desde luego, no siempre es fácil.

### III. LA FIGURA DEL JUEZ DE EJECUCION (41)

#### 1. PROYECTO DE LEY GENERAL PENITENCIARIA.

Tras destacarse acertadamente en la Exposición de motivos lo que supone la implantación del Juez de vigilancia, como órgano decisivo amparador de los derechos de los internos, se dedica el Título V bajo la rúbrica «Del Juez de vigilancia», a esta Institución en los siguientes términos:

Artículo 76-1: El Juez de Vigilancia tendrá atribuciones para ha-

---

(41) V. Alemania: Ley sobre ejecución de penas privativas de libertad y de medidas de seguridad y corrección, privativas de libertad. Ley de ejecución de penas, de 16 de marzo de 1976 («B. O. I.», pág. 581, modificada por Ley de 18 de agosto («B. O. I.», pág. 2181). En ANUARIO DE DERECHO PENAL, tomo XXXI, fascículo II (traducción de Antonio García Pablos). Especialmente párrafos 109, 139 y 151. Argentina: Decreto Ley del Poder ejecutivo provisional dictando la ley penitenciaria nacional. Artículo 121: La autoridad judicial que corresponda verificará directamente a períodos regulares si el tratamiento de los intereses se ajusta a las normas contenidas en la presente Ley y en los reglamentos que en su conveniencia se dicten... Francia: Ley 29 de diciembre de 1972 (BLAS ZULUETA, LUIS, *El juez de aplicación de penas a los quince años de su implantación en Francia*). El juez de aplicación de las penas forma Tribunal y está, por tanto, afecto a un juzgado de gran instancia.

cer cumplir la pena impuesta, resolver los recursos referentes a las modificaciones que puedan experimentar con arreglo a lo prescrito en las leyes y reglamentos, salvaguardar los derechos de los internos (42) y corregir los abusos y desviaciones que en el cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario puedan producirse.

Art. 76-2: Corresponde especialmente al Juez de vigilancia: a) Adoptar todas las decisiones necesarias para que los pronunciamientos 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 todas 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 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 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 tratamiento penitenciario en cuanto afecte a los derechos fundamentales o a los derechos y beneficios penitenciarios. h) Realizar las visitas a los Establecimientos penitenciarios que previene la Ley de Enjuiciamiento Criminal. i) Autorizar los permisos de salida de los clasificados en primer grado (o régimen cerrado) y aquellos cuya duración sea superior a dos días de los que se encuentren en segundo 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 organización y actividades de los talleres, escuela, asistencia médica y religiosa y, en general, a las actividades regiminales, económico-administrativa y del tratamiento penitenciario en sentido estricto.

Artículo 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.

#### A. *Delimitación de su figura.*

En cuanto acabamos de indicar, creemos que queda ya prácticamente delimitada la silueta del Juez de ejecución. El Juez o Magistrado de ejecución debe, en base a la idea que de él tenemos,

---

(42) Para salvaguarda de los derechos del preso se considera absolutamente necesario, dice BARBERO SANTOS, la instauración de un juez de ejecución de penas y la asistencia de Letrado desde el momento de su detención. («La reforma española en la transición a la democracia». En «Política y Derecho penal en España», 1977. Rev..., cit., pág. 70.

designarse entre Jueces o Magistrados con una especial formación criminológica que pudieran obtener o bien en los cursos de especialización de los Institutos de la especialidad o en la Escuela Judicial a través de un Cursillo de tres a seis meses de aprovechamiento integral. En el cargo no debiera permanecer más de cinco a diez años y transcurridos éstos necesariamente debiera destinársele a un Tribunal penal durante un cierto tiempo, en el que su experiencia de Juez de ejecución sería valiosísima. En pocos años, los Tribunales penales estarían formados por especialistas, lo que no supone tomar partido por el problema de la división de los órganos judiciales, sino señalar el interés de un conocimiento criminológico en quienes realizan funciones jurídico-penales.

Por ello y para que el Juez de ejecución pueda constituir la institución que todos esperamos y deseamos han de concurrir (43), aparte de las previas reformas a las que ya nos hemos referido, unos presupuestos de orden legal, material y personal, sin que su enumeración implique, en ningún sentido, preferencia. De orden legal, se necesita un ordenamiento jurídico apropiado que haga de esta figura, con la aleccionadora experiencia del Derecho comparado, una pieza clave en la ejecución de las penas privativas de libertad, colocándole cerca, pero fuera de la prisión, distinguiendo perfectamente aspectos jurisdiccionales de los que no lo son y manteniéndole siempre en una línea exclusivamente judicial(44). Por tanto, el Juez no debe ser ni el supervisor de la actividad administrativa de las prisiones, ni mucho menos una especie de superdirector de Establecimientos. No debe, pues, presidir juntas carcelarias, ni inmiscuirse en el régimen interior porque, a nuestro juicio, ello le quitaría autoridad e independencia para sus más importantes misiones y en cambio se producirían o se podrían producir roces y perturbaciones contraproducentes (45).

De orden material, porque necesita de unos medios adecuados

---

(43) RUIZ VADILLO, ENRIQUE, *Algunas consideraciones sobre la reforma de las penas privativas de libertad. El sistema penitenciario*. Conferencia pronunciada el día 18 de julio de 1978 en la ciudad de Vigo, en los cursos de verano de la Universidad de Santiago de Compostela, organizados por la Cátedra de Derecho penal, del profesor Fernández Albor. De próxima publicación, en la que se contendrán todas las conferencias dictadas durante el mismo. RUIZ VADILLO, ENRIQUE, *Comentarios a la reforma del Reglamento...*, cit. SERRANO GÓMEZ, ALFONSO, *Reforma del Reglamento de los Servicios de Instituciones Penitenciarias*. Universidad Nacional de Educación a Distancia. Facultad de Derecho. Boletín, núm. 2, enero 1978.

(44) V. Circular de la Inspección Central de Tribunales, de 24 de octubre de 1977, firmada por el Presidente del Tribunal Supremo, don Angel Escudero del Corral. En ella se destaca la inquietud e interés porque los jueces y tribunales lleven a cabo las atribuciones que la legislación vigente les concede, ciertamente reducidas, con el mayor acierto y eficacia.

(45) En el IV Congreso Internacional de Derecho penal de París de 1935 se expresó reiteradamente el deseo de evitar que la autoridad judicial pudiera perturbar o importunar a la penitenciaria, ya que las dificultades que pudieran surgir entre ambas causarían grave perjuicio a la ejecución legal. «Revue Internationale de droit penal», 1938, pág. 49.

para cumplir su misión (posibilidades efectivas de vigilancia en la ejecución de las penas, con amplias facilidades materiales para trasladarse a los distintos Establecimientos penitenciarios que haya de visitar, lo que ha de hacer con frecuencia, recibiendo personalmente a los internos que desean entrevistarse con él, cuando se trate de una queja o de una ampliación de declaración, etc., en los términos que legalmente se disponga); existencia de una serie de colaboradores judiciales y de otro orden (por ejemplo asistentes sociales) para el control y ayuda de los liberados, de los que disfrutan permisos de salida al exterior, etc.

De orden personal, en el sentido de exigir, como ya se ha señalado, una especial preparación a los jueces que hayan de llevar a cabo este cometido (46). En efecto, si el ejercicio de toda actividad judicial y fiscal presupone siempre una amplia y genérica vocación, de naturaleza muy especial, la figura del Juez de ejecución ha de ser, si cabe, aún más específicamente vocacional. Exige conocimientos especiales: Criminología, Psicología, Sociología, Psiquiatría, Ciencia Penitenciaria, etc., y una entrega y equilibrio verdaderamente excepcionales.

#### B. *Funciones.*

Como ya señaló Cuello Calón (47) y la afirmación sigue teniendo plena vigencia en lo que concierne a la fijación de facultades que deben ser otorgadas al Juez de ejecución, no hay acuerdo. Algunas legislaciones como la italiana y la brasileña acordaron vastos poderes de inspección y de decisión; algunas otras, en evitación del peligro que su intromisión en las facultades de la Administración penitenciaria podría ocasionar, no les atribuyeron o atribuyen, sino facultades de decisión. Este sistema, decía Cuello Calón, que inspira el régimen portugués de Tribunales de ejecución penal es confiada a un juez único, en algunos otros a Comisiones mixtas en las cuales el elemento judicial tiene siempre un puesto preeminente, pero cualquiera que sea el sistema más conveniente, cuestión que ha dado lugar a divergencias importantes, es necesario, en todo caso, que los jueces posean una formación especial criminológica y penitenciaria, apropiada a su misión (48).

(46) Con arreglo a la ley francesa de 29 de diciembre de 1972, el juez de aplicación de las penas forma Tribunal y está por tanto afecto a un juzgado de gran instancia. Se le nombra por tres años, renovable, pero puede ser destituido en todo momento. Sus funciones van unidas al Comité de «Probation», del cual es presidente. Recibe del Ministerio circulares e instrucciones que tienen para él valor vinculatorio y depende principalmente de la Dirección de Administración Penitenciaria (BLAS ZULUETA, LUIS, *El juez de aplicación de las penas a los quince años...* «Pretor», julio-agosto 1975).

(47) CUELLO CALÓN, *La intervención del juez en la ejecución de la pena*, ANUARIO DE DERECHO PENAL, 1953, pág. 260. Obsérvese la fecha del trabajo en orden a la vigencia de las normas que cita.

(48) Por supuesto que muchos de los actuales magistrados y jueces penales, así como los fiscales, tienen una gran preparación criminológica, autoadquirida o recibida por múltiples caminos y complementada por una prác-

En definitiva, resumiendo mucho de cuanto ya hemos manifestado y repetido, creemos: Que el Juez de ejecución habrá de tener como denominador común de toda su actuación, un carácter exclusivamente judicial (49), lo que implica no depender para ni de las autoridades administrativas ni del poder ejecutivo y proyectar su actividad en el ámbito penitenciario a través de unas funciones de decisión y otras de asesoramiento e informe. Funciones de decisión, resolviendo las quejas de los internos, con posibilidad de apelación siempre o en la mayor parte de los casos, y con efecto suspensivo o no, según los supuestos, con arreglo a lo que establezca la ley, y funciones de asesoramiento al Tribunal sentenciador, es decir, al Tribunal colegiado correspondiente cuando sea éste quien haya de resolver, por ejemplo, en la libertad condicional, en indultos especiales, etc.

A mí, como ya he dicho, no me gusta hablar de funciones de vigilancia porque no creo que éste sea el papel de estos Jueces o Magistrados: Evidentemente que si en sus visitas o a través de las quejas que puede recibir tiene noticia de un delito o incluso de una grave deficiencia administrativa, actuará, pero esto no es ciertamente vigilar. El juez debe decidir actuando sólo a instancia del interno, del director del Establecimiento o del Fiscal, pero no de oficio. Esta posición de independencia, evitándole tomar iniciativas, concretamente en este campo, creemos que ha de ser muy fructífera, aunque deba siempre recibir información y asesoramiento de los Equipos técnicos. Las observaciones, los informes y los diagnósticos, por ejemplo, de quienes con una gran preparación técnica y científica están en contacto directo con la realidad penitenciaria, que duda cabe que han de ser muy importantes, aunque, por supuesto, nunca vinculantes para el Juez. El Juez de ejecución no debe ser nunca el vértice de un Establecimiento (no nos cansaremos de insistir en esta idea) ni el superior jerárquico

---

tica definitivamente importante. Pero en el futuro será bueno facilitar anticipadamente esa preparación.

(49) En Francia son funciones del juez de aplicación las siguientes: Ejecutar las penas del Tribunal correccional o de la Cour d'Assises, vigilancia extracarcelaria o «probation». Realiza visitas e inspecciones, vigila los cambios de empleo o residencia, da permisos y autoriza el desplazamiento al extranjero. Frente a las libertades condicionales el juez de aplicación realiza funciones de control y de asistencia. En cada prisión hay una comisión de aplicación de penas que está presidida por el juez y la forman, además del jefe del establecimiento, personal de dirección, el vigilante jefe, educadores y asistentes sociales y de manera algo independiente la forman también el médico y el psiquiatra. La prisión tiene que ser inspeccionada por el juez por lo menos una vez al mes. La ley de 29 de julio de 1972 aumenta los poderes del juez en el sentido siguiente: A) En materia de reducción de la pena tiene la facultad de tomar decisiones con total arbitrio y sin recurso. B) En la liberación condicional interviene en las diferentes fases aunque la decisión corresponde al Ministro de Justicia para penas de hasta tres años, con informe del Ministerio Fiscal. C) Acuerda los permisos de salida. D) Interviene en el permiso que se concede a los reclusos para contraer matrimonio (BLAS ZULUETA, LUIS, *El juez de aplicación de las penas...*, cit. Pretor, julio-agosto 1975).

de los respectivos directores. Debe ser sencillamente la Autoridad judicial que, de alguna manera, continúa su cometido de juzgar (sin solución de continuidad porque el Poder judicial es único), que se inicia con el sumario, se prolonga con el juicio y la sentencia, prosigue con la ejecución y termina con el archivo definitivo.

### C. *Procedimiento.*

Distingamos el procedimiento ante el Juez y el recurso, tal y como nosotros entendemos que se puede desarrollar, aunque la exposición no constituye otra cosa que un simple boceto o borrador, según las indicaciones ya formuladas con anterioridad.

a) Ante el Juez de ejecución: Se iniciaría por escrito o comparecencia del interesado, del director del Establecimiento o del Fiscal y puede tener por objeto: 1.º Obtener una especie de confirmación de una resolución penitenciaria en alguna de las materias en las que se le asigne esta función de ratificación o aprobación (por ejemplo, aprobar una progresión) y 2.º Resolver una queja por vía de recurso. El Juez, recibido el escrito de demanda o petición, oirá al interno (si se trata de un recurso) y al Ministerio Fiscal (si no hay Fiscal adscrito, este trámite se cumplimentará sólo en los casos especialmente graves para evitar dilaciones) y practicar las diligencias que considere oportunas, le hayan sido o no propuestas, siendo obligatorio oír al Equipo de especialistas cuando se trate de problemas de tratamiento y en plazo no superior a tres días, que excepcionalmente, cuando los efectos de la situación no sean irreparables, podrán ser diez, dictando auto, que sería comunicado personalmente al interno, al director y al Fiscal. Estas resoluciones serían recurribles en el plazo de cuarenta y ocho horas y, salvo que las leyes digan lo contrario, el recurso produciría efecto suspensivo (no lo produciría, por ejemplo, un internamiento en celda de aislamiento, en supuestos especialmente graves), debiendo remitir las actuaciones al Tribunal por correo urgente e incluso anticiparlo por vía telefónica o telegráfica.

El procedimiento, como vemos, sería idéntico en todos los supuestos en los que el Juez deba aprobar una progresión o regresión, un permiso de salida o una sanción, pero en el caso en que la decisión judicial fuera desfavorable al interno, deberá oírse a éste y al Fiscal (en las mismas condiciones antes indicadas) (el director del Establecimiento ya habrá sido oído al informar sobre la propuesta), y la resolución adoptaría también la forma de auto recurrible como en el caso anterior.

b) Ante el Tribunal: El mismo día en que se reciban las actuaciones o al siguiente, se dará traslado al Fiscal y a la defensa (que habrá sido ya designada por el interno y en su defecto de oficio, según un turno anticipadamente establecido) y en término de tres días después de la práctica de las pruebas propuestas o acordadas de oficio por el tribunal (50), se celebrará una vista pública en la

(50) Puede pensarse en una anticipada delegación del Tribunal al juez para que se practiquen las diligencias pedidas por el interno, si son proce-

que se oirá al recurrente, si éste es el Fiscal, al Fiscal y a la defensa, y si es el interno el recurrente, a la inversa, resolviendo en el plazo de otros tres días.

En todos los procedimientos judiciales intervendrán, ya lo hemos dicho, el Ministerio Fiscal en defensa del orden jurídico y de los derechos de los internos, con las salvedades antes indicadas.

D. *Articulación general del sistema.*

Aunque este punto corresponde de lleno a la organización de Tribunales, el sistema podría quedar articulado aproximadamente así:

Dependencia orgánica.—Del Presidente de la Audiencia Territorial.

Funciones específicas	}	Aprobación o desaprobación de las resoluciones más importantes. Quejas sobre la ejecución. En ambos casos, recurso ante la Audiencia Provincial respectiva.
-----------------------	---	---

Funciones de asesoramiento.—A la Audiencia Provincial.	}	Libertad condicional. Indultos. Licenciamiento. Archivo definitivo.
--	---	--

Funciones de información.—A todas las Autoridades judiciales

El organigrama orgánico podría ser éste:

Audiencia Territorial	{	Audiencia Provincial	{	Aprobación de resoluciones penitenciarias.	}	Recurso.
↑		Audiencia Provincial	{	Recursos en materia de ejecución.		
Magistrados de Ejecución		Audiencia Provincial	{	Asesoramiento al Tribunal sentenciador.		

Información.—A todas las Autoridades.

2. OBSERVACIONES CRÍTICAS

El proyecto de ley general penitenciaria nos parece muy acertado (51) y en general, coincidiendo como coincidimos con su filosofía, nuestra exposición se ajusta, en líneas generales, a lo en él establecido.

En el artículo 76-1.º se contiene una declaración general de

---

dentes y se acompañen ya al recurso. Por ejemplo, el interno sancionado o regresado solicita que informe el jefe de servicios o un compañero o que se acompañe certificación facultativa del médico del Establecimiento. El juez puede acordar su práctica y remitir lo actuado al Tribunal colegiado.

(51) En cuya elaboración ha tenido la satisfacción de participar.

funciones: Atribuciones para hacer cumplir las penas, resolver recursos, salvaguardar los derechos de los internos y corregir los abusos y desviaciones, y en el 2.º hace una descripción más pormenorizada de las mismas. El artículo 77 le faculta para dirigirse a la Dirección General formulando propuestas y, finalmente, el artículo 78 remite a las leyes correspondientes el tema de las cuestiones orgánicas y de los procedimientos de su actuación.

En orden al capítulo de observaciones críticas, digamos únicamente lo siguiente:

A) En cuanto a la denominación del juez preferimos la de Juez o Magistrado, juez de ejecución de penas, en vez de juez de Vigilancia, por las razones que ya hemos expuesto.

B) Creemos que queda sin resolver en el proyecto el importante problema de las fronteras competenciales entre el Tribunal sentenciador y el Juez de Vigilancia (o de Ejecución). ¿Quiere la ley que dictada la sentencia, el juez o Tribunal sentenciador pierda toda intervención en la causa en lo que afecta a la ejecución de las penas privativas de libertad? A mi juicio no, las decisiones directamente relacionadas con la sentencia, concesión y revocación de libertad condicional, beneficio de redención (si sobrevive la institución a la reforma del Código penal) y las apelaciones de las resoluciones del juez deben corresponder a quien dictó la sentencia, aunque nosotros en los supuestos de sentencias dictadas por un juez unipersonal, en Diligencias preparatorias, hemos atribuido en este trabajo el conocimiento a la Audiencia Provincial respectiva. En cualquier caso, este último problema, dada la reducida competencia de estos jueces en cuanto a las penas privativas de libertad estimamos que, de una u otra manera, es fácilmente resoluble.

C) En relación a la pormenorización de facultades al comparar nuestro estudio con el proyecto pueden observarse algunas diferencias a las cuales nos remitimos. Entre estas discrepancias figura la de que a mi juicio el juez de ejecución no debe conceder la libertad condicional, atribución que, en cambio, le atribuye el Anteproyecto.

D) Por otra parte, entendemos que el juez no debe corregir directamente los abusos y desviaciones que se produzcan en el mundo penitenciario, a menos que directa e inmediatamente afecten a la ejecución de la pena, salvo, a su vez, que el abuso constituya infracción penal, en cuyo caso debe dar traslado al Ministerio Fiscal. De las infracciones administrativas ha de conocer la Dirección General de Instituciones Penitenciarias. Hay que evitar que el juez sea un superior de los Directores o el Presidente de las Juntas penitenciarias en la línea administrativa. ¿Qué entiende la Ley por abuso o desviaciones? (V. Ley 4 agosto 1970). Lo importante es que el juez no tome iniciativas que en el derecho comparado no han dado buen resultado.

E) El artículo 77 es innecesario. La posibilidad legal de diri-

girse a la Dirección General es incuestionable. En la práctica es muy frecuente que los jueces, tribunales y fiscales se dirijan, por ejemplo, a la Jefatura de Obras Públicas o de Tráfico, señalando anomalías y defectos del estado de carreteras o señalización o a otras varias autoridades u organismos. Pero tampoco sobra el que la Ley lo diga, porque tal vez esta declaración puede estimular la iniciativa de la que los jueces, en mi modesta opinión, deben usar con moderación y prudencia.

F) Del contexto del Proyecto tampoco se deduce claramente si ejerce o no su jurisdicción sobre los detenidos y presos preventivos. Al referirse el Anteproyecto en ocasiones a internos, sin más, pudiera deducirse de ello que, en esos casos, la competencia se generaliza (por ej. apts. d, e, g y h). Es decir, un preso preventivo que es sancionado a un internamiento en celda de aislamiento y quiere recurrir: ¿A quién lo debe hacer? Para nosotros, al juez que conozca del sumario o al Tribunal, si el sumario está ya concluso, porque la facultad de control y de decisión en las detenciones y prisiones preventivas debe corresponder con carácter exclusivo y excluyente al juez que conoce del sumario o al Tribunal que conoce de la causa. Lo mismo en cuanto a la competencia para resolver las reclamaciones que los internos formulen sobre sanciones disciplinarias, o sobre el régimen penitenciario, para la realización de las correspondientes visitas en relación con los preventivos y la concesión de permisos de salida al exterior. En este sentido, el Anteproyecto creemos que necesita una clarificación.

#### IV. CONCLUSIONES

1.<sup>a</sup> Para que la ejecución de las penas privativas de libertad responda a la filosofía que preside la naturaleza y funciones del Poder judicial, es imprescindible que su ordenación venga atribuida a los jueces y Tribunales.

2.<sup>a</sup> Teniendo en cuenta la situación especial de los internos en un establecimiento penitenciario, condenados a cumplir penas de privación de libertad y a quienes, sin embargo, no se les puede privar de ningún derecho fundamental, salvo que expresamente esté así establecido por la ley o la sentencia, es imprescindible que una autoridad judicial, que es genéricamente hablando la llamada precisamente a la especial protección de estos derechos, esté próxima a los establecimientos penitenciarios para garantía de los internos y de la sociedad, en una tarea que arranca directamente de un mandato constitucional.

3.<sup>a</sup> Estas ideas no implican prevención alguna para la administración penitenciaria, que ha de llevar a cabo una función difícil y complicada.

La presencia del juez de ejecución, al contrario de lo que alguien pueda pensar, avalará y potenciará su trabajo, garantizará a todos el exacto cumplimiento de las leyes y servirá de cauce para

las legítimas reclamaciones que puedan llevarse a cabo en el mundo de las prisiones.

4.<sup>a</sup> La figura del Magistrado o juez de Ejecución de penas privativas de libertad extenderá su jurisdicción sobre todos los establecimientos penitenciarios que en su nombramiento se señalen, de acuerdo con lo establecido en la ley.

5.<sup>a</sup> Su nombramiento debe recaer en jueces con cinco años de servicios efectivos en la carrera o en Magistrados con menos de tres en la categoría, porque pensamos que una relativa juventud puede ayudar eficazmente al ejercicio de una actividad ciertamente dura, física y psíquicamente. A su vez, debe poseer unos ciertos conocimientos criminológicos.

6.<sup>a</sup> El Magistrado, absolutamente independiente en el ejercicio de su actividad judicial (52), tendrá como principal misión, según ya hemos manifestado y se deduce de su propio concepto, la de garantizar que las penas privativas de libertad se cumplan con arreglo a las leyes, y a las sentencias respectivas, así como salvaguardar los derechos de los condenados, dando cuenta inmediata a la Dirección General de Instituciones Penitenciarias de los abusos que en el cumplimiento de las penas puedan producirse y tomando las medidas adecuadas para su cesación cuando corresponda, con arreglo a las indicaciones y advertencias que ya hemos formulado. Su actuación, salvo cuando se trate de comprobar la existencia de un delito en la ejecución penal, debe ser siempre rogada, bien a instancia del interno, de la dirección del establecimiento o del Ministerio Fiscal, que ha de estar legitimado para el ejercicio de las acciones correspondientes en defensa de los derechos fundamentales de los condenados y en general del ordenamiento jurídico, dentro del mundo de la prisión.

7.<sup>a</sup> En virtud de cuanto antecede, le debe corresponder, especialmente:

A.—Asumir todas las funciones que con arreglo a las leyes corresponden a los jueces y Tribunales sentenciadores, salvo las que expresamente se reserven a éstos.

B.—Informar las propuestas que formulen los establecimientos penitenciarios sobre la concesión de la libertad condicional o sobre las revocaciones que procedan, que resolverá siempre el Tribunal sentenciador o el Tribunal colegiado del que dependa el juez sentenciador en los términos ya vistos.

C.—Informar igualmente y con las mismas observaciones, sobre la aplicación de los beneficios penitenciarios que supongan acortamiento de la condena; por ej., si subsistiera la institución

---

(52) El juez de aplicación de las penas, dice BLAS ZULUETA, LUIS (*El juez de aplicación de las penas...*, cit., pág. 155), no es una noción nacida del análisis técnico del problema de las relaciones recíprocas entre la Administración de Justicia y la Administración penitenciaria; es nacido de necesidades prácticas.

(que a nosotros, con las adecuadas reformas, nos parece positiva), de la redención de penas por el trabajo.

D.—Aprobar las sanciones que consistan en internamiento en celda de aislamiento por tiempo superior a tres días

E.—Aprobar los traslados de establecimiento que, en ocasiones, pueden contener, de hecho, la más grave de las sanciones.

F.—Realizar las visitas a los Establecimientos penitenciarios que prescriban las leyes y cualesquiera otras que estime oportunas.

G.—Aprobar las progresiones al tercer grado y las regresiones del tercero al segundo o primero, situaciones unas y otras definitivamente importantes en la vida penitenciaria, tan importantes o más que la propia sentencia, como ya hemos puesto de relieve en este mismo trabajo y en otros estudios anteriores.

H.—Autorizar los permisos de salida. La salida al exterior, que nosotros patrocinamos con la convicción de que puede ser un elemento estabilizador del lógico desequilibrio psíquico y físico carcelario, implica una evidente ruptura con lo que la pena privativa de libertad supone: La concesión ha de estar revestida de las adecuadas garantías, lo mismo que ha de suceder con su no concesión. Sin embargo, aprobada la progresión al tercer grado, ya no sería necesaria la ratificación judicial de los permisos. Tal vez, aunque más limitativamente, otro tanto podría acontecer con el régimen de segundo grado y los correspondiente permisos.

I.—Resolver por vía de recurso de queja cuantas reclamaciones formulen los internos o el Ministerio fiscal, referidas especialmente:

a) A las progresiones y regresiones. Si el juez hubiera ya aprobado, a petición del Director, previo el informe que de forma reglamentaria hayan emitido los correspondientes equipos, dichas progresiones o regresiones, el recurso será de reforma y resuelto negativamente, se entenderá, sin más, interpuesta la apelación.

b) Sanciones disciplinarias, con igual observación a la que acabamos de realizar, es decir, que si el juez las hubiera ya aprobado (por ejemplo, internamiento en celda de aislamiento) la reclamación se entenderá como reforma y la denegación de la misma llevará aparejada la apelación.

c) Concesión o denegación de los permisos, con análoga advertencia.

d) Ordenación del tratamiento.

8.<sup>a</sup> Los Magistrados jueces de Ejecución y los Fiscales respectivos podrán dirigirse a la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, del Ministerio de Justicia, formulando propuestas u observaciones referentes a la organización de los servicios.

internos, talleres, salarios, escuelas, asistencia facultativa y religiosa, etc., etc. Igualmente podrán dirigirse al resto de las Autoridades en cuanto afecte al mundo penitenciario, como, por ejemplo, en orden a las conducciones, asistencia en hospitales extrapenitenciarios, etc., etc.

9.<sup>a</sup> Su jurisdicción no alcanzará a los detenidos y presos preventivos.

10.<sup>a</sup> En definitiva, hemos de afirmar en forma de conclusión final, y como señala Antón Oneca (53), que es un defecto de la justicia criminal la separación entre el momento de aplicación de la pena en la sentencia y los de ejecución de la misma. Los fines de la pena, su poder aflictivo, la situación jurídica del condenado no quedan suficientemente garantizados sin la presencia del Juez de ejecución. El defecto resalta particularmente una vez admitidas las instituciones de individualización penitenciaria, en virtud de las cuales la duración de la condena fijada en la sentencia resulta posiblemente disminuida. El contacto del Juez con la ejecución de la pena, sigue diciendo el ilustre profesor, tendrá, además, la saludable consecuencia de contribuir a la formación criminalista de aquél.

#### V. NOTA BIBLIOGRAFICA

Estudios, trabajos y aportaciones, entre otras muchas, que ofrecen, a nuestro juicio, un especial interés en relación con el tema del Juez de ejecución, objeto de este trabajo.

- ANCEL MARC, *Etudes penitentiaires*. Melun, 1960.
- BALEZA OS SANTOS, *Os Tribunais d'execution de peines au Portugal*. Coimbra, 1953.
- BALEZA OS SANTOS, *Le juge d'execution de peines au Portugal*. *Revue Internationale de droit comparé*, 1952, págs. 201 y ss.
- BLAS ZULUETA, LUIS, *El juez de aplicación de las penas*. «Boletín de Información del Ministerio de Justicia», núm. 508
- BLAS ZULUETA, LUIS, *Semilibertad penitenciaria*. *Idem*, núm. 860.
- BLAS ZULUETA, LUIS, *El juez de aplicación de las penas a los quince años de su implantación en Francia*. «Pretor». Agosto 1975 y «Revista General de Derecho». Diciembre 1975.
- BLOCH. ETIENNE, *La aplicación de las penas*. *Rev. «Apres Demain»*, números 155 y 156. Citado por BLAS ZULUETA en *El juez de aplicación de las penas a los quince años...*
- BREDIN, J., *Code pénal*. Chron, 1959, I, pág. 1517.
- CANO, J., *El juez de ejecución de penas*. «Revista de Estudios Penitenciarios», 1967, enero-junio.
- Circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 25 de abril de 1978, «Boletín de Información del Ministerio de Justicia».
- Circular de la Inspección Central de Tribunales de 24 de octubre de 1977. Recogida en RUIZ VADILLO, ENRIQUE, *Comentarios a la reforma...*
- CUELLO CALÓN, E., *La intervención del juez en la ejecución de la pena*. ANUARIO DE DERECHO PENAL, 1953, págs. 252 y ss.

(53) ANTÓN ONECA, J. y RODRÍGUEZ MUÑOZ, J. A.: *Derecho Penal*, tomo I, parte general, José Antón Oneca. Madrid, 1949, pág. 553.

- DE BRIEY, CLAUDE, *Participación judicial en la ejecución de sentencias penales*. Bruselas, 1968.
- GARCÍA VALDÉS, C., *La reforma penitenciaria: Crónica de una transición*. «Boletín Oficial del Ministerio de Justicia», 25 de octubre de 1978, pág. 12.
- HOWARD, *Etat des Prisons, des hopitaux et de Maisons de Force*.
- MALHERBE, *Le juge de l'application des peines*. Rev. «Science Crim.», 1959, página 635.
- MATA TIERZ, *Intervención judicial en el cumplimiento de las penas de privación de libertad*. «Boletín de Información del Ministerio de Justicia», 15 y 25 de abril de 1965.
- NORIEL, *Observaciones del juez de aplicación de las penas*. Dalloz, 1961; Chron 133.
- PINATEL, J., *Traité elementaire de Science penitentiaire*.
- QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Códigos penitenciarios e intervención judicial*. Capítulo III de la Ponencia del I Congreso Penal y Penitenciario Hispano Luso-Americano-Filipino. Tomo VI. Ciencia penitenciaria, s/f., págs. 15 a 50.
- RICO LARA, MANUEL, *Juez de ejecución*. Revista «Triunfo», 20 agosto 1977.
- RUIZ VADILLO, ENRIQUE, *Comentarios a la reforma del Reglamento de los Servicios de Instituciones Penitenciarias, aprobada por Real Decreto de 29 de julio de 1977*. «Documentación Jurídica», núm. 15, julio-septiembre de 1977.
- RUIZ VADILLO, ENRIQUE, *Algunas consideraciones sobre la reforma de las penas privativas de libertad. El sistema penitenciario*. Pendiente de publicación.
- SAINZ CANTERO, JOSÉ A., *Política criminal moderna y reforma del ordenamiento penal español*. Separata de la obra colectiva «Derecho y Economía en la Sociedad Española Actual», publicada por el Centro Asociado de la UNED de Granada. Granada, 1978.
- SLIWOWSKI, GEORGE, *Problemes contemporains de procedure penal*, 1964.
- SLIWOWSKI, GEORGE, *Control judicial de ejecución de las penas*. Sirey, París, 1964.
- TERUEL CARRALERO, *Clínicas criminológicas y juez de ejecución de penas*. ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES, I y II, 1967.
- VAUCRESSON, *Jornadas de estudio de jueces de aplicación de penas*. Enero 1966.
- VENGEON P. y DARMON M., *Ejecución de las penas en Italia*.



# La frontera entre el concurso de leyes y el concurso ideal de delitos: la función de la normativa concursal (I)

JOAQUIN CUELLO CONTRERAS

Ayudante de Derecho penal (Sevilla)

## B. LA FUNCION DE LA NORMATIVA CONCURSAL (\*)

### I

Si abrimos cualquier Manual o Comentario de Derecho penal por las páginas dedicadas al concurso, lo primero que encontramos a manera de introducción es una alusión a la diferencia existente entre el hecho de que la conducta del autor (entendida en su sentido más amplio) sólo realice un tipo de la Parte especial del Código, o que con su comportamiento lesione más de un precepto (1). Matizando un poco más se suele señalar a veces, llevado por la ubicación legal (entre las normas sobre la determinación de la pena), con esta materia presenta dos vertientes, una que afecta a la teoría del tipo y otra que alude a la determi-

---

(\*) Este artículo es la continuación del publicado en ANUARIO 1978.

(1) Véase: K. LACKNER, *Strafgesetzbuch mit Erläuterung*, 11. Auflage, München 1977, pág. 213; H. MAYER, *Strafrecht*, Allg. Teil, Stuttgart 1967, pág. 187; R. MAURACH, *Deutsches Strafrecht*, A. T., 4. Aufl., Karlsruhe 1971, pág. 728; KOHLRAUSCH-LANGE, *Strafgesetzbuch*, 43. Aufl., Berlin 1961, pág. 246; H. OTTO, *Grundkurs Strafrecht*, Allgemeine Strafrechtslehre, Berlin 1976, pág. 273; J. WESSELS, *Strafrecht*, 4. Aufl., Karlsruhe 1974, pág. 141; E. SCHMIDHAUSER, *Strafrecht*, A. T., *Lehrbuch*, 2. Aufl., Tübingen 1975, pág. 719; H. BLEI, *Strafrecht I*, A. T., 16. Aufl., München 1975, pág. 299; P. BOCKELMANN, *Strafrecht*, A. T., München 1973, págs. 233-234; J. BAUMANN, *Strafrecht*, A. T., 7. Aufl., Bielefeld 1975, pág. 667; G. GEILEN, *Strafrecht*, A. T., 3. Aufl., Bochum 1977, página 257. En la doctrina española: J. M. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español*, Parte general, 2.ª ed., Madrid 1971, pág. 685; J. CÓRDOBA RODA, *Comentarios al Código penal*, Tomo II, Barcelona 1972, pág. 314.

nación de la pena (2). Finalmente, puede observarse cómo algún autor sostiene la exclusiva pertenencia de esta problemática al ámbito de determinación de la pena. Con vehemencia señala Naucke (3): «La mayoría de las veces se trata de la concurrencia, como punto especial, al final del sistema del hecho punible (*Straftatsystem*). Ello es una inconsecuencia, y crea por lo general dificultades al estudiante. Las cuestiones concursales son, por encima de todo, problemas de determinación del marco de la pena. Sólo si se extiende el *Straftatsystem* más allá de los presupuestos de la punibilidad, hasta la cuestión de la clase y marco de la pena y su posible gravedad, podrán ser tratados adecuadamente los problemas concursales dentro del *Straftatsystem*».

Las distintas posiciones señaladas, que podrían limitarse a exponer los extremos dentro de los cuales discurre la problemática que nos ocupa, en cuyo caso acentuar un polo u otro no pasaría de significar las preferencias del ángulo escogido por el autor al confrontarse con la materia estudiada, no hubiese justificado nuestra atención y transcripción de no ser por las consecuencias a que puede llevar, y de hecho ha llevado, un entendimiento u otro de la cuestión. Samson, comienza su exposición del Título dedicado por el StGB a la concurrencia en el *Systematischer Kommentar* con los siguientes términos: «Los tipos de la Parte especial abarcan fundamentalmente sólo el caso en que el autor realiza un tipo mediante una acción. Junto a estos casos, sin embargo, hay tipos que presuponen una pluralidad de actos para su realización (los llamados *zusammengesetzte* y *mehraktige Delikte*) como, por ejemplo, el robo (violencia y apoderamiento) o la violación (violencia y yacimiento). En estos casos, de realización única del tipo mediante uno o varios actos, ha de aplicarse el marco de la pena previsto en la ley. Sin embargo, la Parte especial no contiene precepto alguno sobre cómo haya de procederse si el autor realiza varios tipos, sea mediante una acción sea mediante varias» (4). Este párrafo, aparentemente irreprochable, que pretende poner de relieve la función encomendada por el legislador a la normativa con-

---

(2) Es de señalar que BAUMANN ha modificado la sistemática de su Manual desde la 5.<sup>a</sup> edición, pasando de ocupar la concurrencia el lugar inmediatamente posterior a la participación a ser incluida de lleno en el capítulo de la consecuencia jurídica (BAUMANN, *Strafrecht*, pág. 266), señalándose su correspondencia con la teoría del tipo y de la consecuencia jurídica. Véase también, WESSELS, *Strafrecht*, pág. 141: "In systematischer Hinsicht zeigt diese Fragestellung, dass die Konkurrenzlehre eine Nahstelle zwischen der Lehre von der Straftat und der Lehre von den Unrechtsfolgen bildet". En el mismo sentido, MAURACH/GOSSEL, *Strafrecht*, A. T., Teilband II, 5. Aufl., Heidelberg-Karlsruhe 1978, pág. 292.

(3) W. NAUCKE, *Strafrecht*, Eine Einführung, Frankfurt 1975, página 303.

(4) E. SAMSON, *Systematischer Kommentar zum StGB*, 1. Band, A. T., 2. Aufl., Frankfurt 1977, pág. 363. El subrayado es nuestro. En el mismo sentido, SCHONKE-SCHRODER-STREE, *StGB Kommentar*, 18. Aufl., München 1976, pág. 553.

curstral situada en la Parte general del Derecho penal, no puede ser aceptado sin matización. Da la impresión de que la normativa situada en la Parte general se superpone a los tipos de la Parte especial en cuestión, produciendo determinados efectos. Sin que en los mismos influya para nada el hecho, para nosotros fundamental (5), de que en definitiva la solución dada a los conflictos de normas que en esta materia siempre se producen, ha de hallarse en armonía con lo prescrito en los tipos de la Parte especial. Esta evidencia no consta en el texto de Samson.

Mucho más coherente nos parece la opinión de Stratenwerth (6): «Si el autor realiza con su conducta sólo un tipo penal, la correspondiente amenaza penal determina inequívocamente el marco dentro del cual ha de mantenerse la sanción; todo lo demás, especialmente la determinación de la pena, pertenece a la teoría de las consecuencias del injusto penal. Sin embargo, si aquél ha conculcado varios preceptos, habrá que aclarar primero en qué relación se encuentran los preceptos entre sí: la aplicación de uno de ellos podrá excluir la de otro u otros varios; en cuyo caso se habla de concurrencia inauténtica o concurso de leyes. Pero puede ser que varios preceptos 'pretendan' ser aplicados conjuntamente, es decir, se encuentren en concurrencia auténtica». Y la mayor coherencia estriba en que evita con ello la atribución a la norma del concurso de una función autónoma, ajena al contenido del presupuesto del tipo de la Parte especial y, sobre todo, a la determinación de la pena en él contenida. Como Stratenwerth pone claramente de relieve, dependerá en definitiva de la interpretación de los tipos en conflicto que la solución concursal a que acudir sea una u otra. A esta temática hemos dedicado la mayor parte de la primera mitad de este trabajo (7).

Creemos que nuestra opinión ha debido quedar clara con lo dicho hasta ahora. Con anterioridad pusimos de relieve en numerosas ocasiones que toda esta problemática pertenece al capítulo más amplio de la *Interpretación*; ahora bien, prestando una especial atención a la determinación de la pena, a la pena señalada, como elemento esencial del tipo. Esto, que en cualquier caso ofrece in-

---

(5) La Parte especial sí contiene elementos que permiten solucionar el problema a que alude SAMSON, que efectivamente constituye el tema central del concurso. Que ello es así creemos haberlo demostrado con el estudio de los supuestos examinados en la primera parte de este trabajo, ANUARIO 1978, págs. 35-95.

(6) G. STRATENWERTH, *Strafrecht*, A. T. I, Die Straftat, 2. Aufl., Köln 1976, pág. 319. En el mismo sentido, GEILEN, *Strafrecht*, pág. 258.

(7) Si alguna importancia para la concurrencia tiene el estudio del delito "sui generis" es la de poner de relieve cómo la construcción de los tipos de la Parte especial influye en una solución concursal u otra. Ver especialmente las págs. 62 a 69 en nuestro trabajo de ANUARIO 1978. Sobre la importancia de la Parte especial para el concurso: H. MAYER, *Strafrecht*, pág. 188: "Will man nämlich die Gefahr des Formalismus vermeiden, so muss man die hier vorkommenden, sehr abstrakten, Begriffe auf den Besonderen Teil beziehen. Erst dort erlangt die Lehre Farbe und Leben".

terés al intérprete, es esencial, imprescindible, cuando del problema concursal (concurso de normas) se trata (8).

De todo lo anterior parece desprenderse que los extremos de la cuestión planteada se encuentran situados entre el terreno del tipo y el de la medición de la pena (9). Que afecta a ambos extremos no cabe duda. Lo importante de señalar es que, a nuestro entender, la doctrina no se ha preocupado de poner en relación estos dos extremos (10), cuando en su aproximación estaba la única solución al callejón sin salida a que la discusión estaba abocada. Naturalmente esto requiere una explicación. Veamos.

Cuando la doctrina se plantea si una serie sucesiva de actos que lesionan un mismo bien jurídico, que chocan contra la misma o muy próximas normas penales, que se exteriorizan con una relativa semejanza espacio-temporal, guiados por un dolo general preordenado a la pluralidad de actos, constituye un único delito o una pluralidad —en definitiva unidad de acción-pluralidad de acciones—, se está planteando, al menos en parte (11), una serie de problemas que afectan a la estricta interpretación del tipo en cuestión (recuérdense las consideraciones que hicimos sobre la posibilidad del delito continuado entre las distintas formas del cohecho en el StGB y la discusión entablada en la doctrina alemana en torno al mismo) (12). Este es un problema netamente diferenciado que ha de ser estudiado como aspecto esencial de la materia concursal; nos estamos refiriendo a la posibilidad de distinguir entre los conceptos *unidad de acción-pluralidad de acciones*.

Por otra parte, si algún interés tiene la distinción *concurso de leyes-concurso ideal de delitos-concurso real de delitos*, no ha de consistir sino en los muy diferentes criterios a que habrá de acudir a la hora de determinar la pena con que se ha de sancionar el comportamiento delictivo del autor: la correspondiente a uno sólo de los tipos en el concurso de leyes (art. 68 CP), pena única para el concurso ideal de delito (la correspondiente al delito más grave hasta su grado máximo del art. 71) y pena-suma en el concurso real de delitos (la resultante de aplicar los criterios del artículo 70).

Así, pues, cualquier estudio que pretenda abordar la normativa concursal en su esencia, tendrá que confrontarse con estos dos

(8) En todos los supuestos de delito "sui generis" estudiados por nosotros jugaba la pena un papel fundamental en la interpretación del tipo. Ver ANUARIO 1978, págs. 90-95.

(9) Véanse los autores de la nota (2).

(10) En general, sobre la importancia del marco de determinación de la pena en la interpretación del tipo penal como tipo de determinación de la pena: H. J. BRUNS, *Strafzumessungsrecht*, 2. Aufl., Köln 1974, págs. 70-107.

(11) HASSEMER, *Delictum sui generis*, pág. 74. Al margen de este problema interpretativo, el delito continuado presenta una problemática específica más allá del tipo en cuestión, cual es la del carácter reiterativo, pluralidad de ocasiones, de la conducta del autor. Ver *infra*, págs. 24-29.

(12) ANUARIO 1978, págs. 83-90.

grandes temas que dominan la materia (13). A ellos vamos a dedicar las páginas siguientes, en el buen entendimiento de que son de fundamental interés para el tratamiento del objeto de nuestro estudio: la frontera entre el concurso de leyes y el ideal de delitos.

Nuestra investigación va a estar encaminada a cuestionar estas dos distinciones. La posibilidad de distinguir entre los conceptos unidad de acción-pluralidad de acciones (al menos de la manera que lo hace la doctrina que se ha ocupado del tema, y que tanto nos recuerda el procedimiento «conceptualista» con que se abordó la calificación delitos «sui generis») (14). Y la necesidad técnica y oportunitad policriminal de mantener la diferenciación en el momento de determinar la pena para el concurso ideal y real de delitos, en vez de acudir a una pena única (con las matizaciones necesarias en su caso) para ambas modalidades. Obviamente, ambos problemas están interrelacionado (15).

Si logramos esto que nos proponemos demostrar, habremos dado un paso importante que nos permitirá evidenciar la función que en cualquier ordenamiento penal ha de cumplir la normativa concursal, y que de manera sumaria, a guisa de conclusión, exponíamos al final de la primera parte de este trabajo. La norma del concurso sirve de apoyo para la solución de problemas interpretativos en los que se encuentran implicados varios preceptos de la Parte especial. El juez tendrá en cuenta los efectos de aplicar una u otra norma concursal al caso concreto, y se decidirá por aquella que ofrezca la solución más justa en cuanto a la pena resultante, en atención a los preceptos de la Parte especial implicados. Sin que en ningún momento se vea hipotecado a una u otra modalidad concursal.

Con ello queremos decir, aunque sea adelantar acontecimientos, que al igual que ocurría con el delito «sui generis», en general en todo el concurso, esta normativa no puede sino indicarnos el conjunto de problemas subsumidos en ella. Ni un criterio de diferenciación *delito continuado-concurso real, concurso de leyes-concurso ideal*, ni casi siquiera una razón del mantenimiento de los conceptos *unidad de acción pluralidad de acciones* y, por tanto, la consecuencia *pena única-pena total*, pueden ser conseguidos. Por tanto, hay que abogar por la desaparición de la pena total o penasuma, y de la distinción unidad de acción-pluralidad de acciones. Mientras tanto, hay que mantener el *marco* de la pena establecido por el legislador para cada modalidad concursal, resaltando que lo

---

(13) El estudio de la concurrencia en la doctrina alemana se ha estructurado en torno a la diferenciación entre unidad y pluralidad de acciones, ya que los parágrafos 52 y 53, reguladores, respectivamente, del concurso ideal y real de delitos, llevan los correspondientes epígrafes de *Tateinheit* y *Tatmehrheit*. Entre nosotros, CÓRDOBA RODA, con buen criterio, comienza el comentario a la normativa concursal con el estudio de la noción de *hecho*: *Comentarios II*, págs. 314-315.

(14) Ver *infra*, págs. 6-29, y ANUARIO 1978, págs. 41-45.

(15) Ver *infra*, págs. 46-47.

único que se ha hecho ha sido ampliar los límites dentro de los cuales el juez puede moverse a la hora de determinar la pena en estos casos. Pero vayamos por partes.

A. *El fundamento de la distinción unidad de acción-pluralidad de acciones.*

Antes de entrar en el análisis de la distinción unidad de acción-pluralidad de acciones, piedra angular en la que se ha basado todo intento de elaborar una teoría del concurso, es necesario poner en claro dos cuestiones. La primera de ellas es que dicha distinción no suele abarcar los casos pertenecientes al concurso de leyes. La norma del concurso de leyes no se incluye en la distinción unidad de acción-pluralidad de acciones. En los supuestos del concurso de leyes no estamos ante una unidad de acción (en el sentido de la distinción que se cuestiona); por eso se habla de *scheinbare Konkurrenz* (concurso aparente) (16). Los casos ubicados en el concurso de leyes no representan en realidad problemas concursales. Lo único que allí se cuestiona es el hecho de que una única acción es subsumible en varios preceptos de la Parte especial, de los que uno excluye a los demás (17). La segunda cuestión hace referencia a la relación existente entre la distinción unidad de acción-pluralidad de acciones por un lado, y concurso ideal de delitos-concurso real de delitos por otro. En la doctrina se ha establecido una relación entre estas dos distinciones que se corresponde con la aclaración realizada al principio de este apartado de la existencia de problemas que afectan a la teoría del tipo y a la teoría de la determinación de la pena, como los dos polos entre los que discurre el problema concursal. En este sentido, se señala que la distinción unidad de acción-pluralidad de acciones son conceptos pertenecientes a la teoría del tipo, de los que se hacen derivar unas consecuencias que afectan a la determinación de la pena, esfera en la que aquéllos que se materializan en la forma de concurso ideal y real de delitos, respectivamente. Así, por ejemplo, Geerds (18): «Según nuestra opinión, ambos problemas han de ser claramente diferenciados. Los conceptos de concurrencia ideal y real, es decir, las reglas que hoy se distinguen entre nosotros para los dos casos de concurrencia auténtica, pertenecen, según su finalidad, al ámbito de la consecuencia penal. Por contra, la unidad de acción y la pluralidad de acciones dan cuerpo a los tipos presupuestos en sentido general en los párrafos 73 y 74 ss., conforme a los cuales regula en definitiva la Ley la aplicación diferenciada de varias amenazas penales. Ambos pares de conceptos se encuentran entre sí en relación de tipo y consecuencia penal».

(16) F. GEERDS, *Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht*, Kiel 1961, pág. 237.

(17) GEERDS, *Konkurrenz*, pág. 155.

(18) GEERDS, *Konkurrenz*, pág. 241.

O como escribe Jescheck (19), distinguiendo a su vez del concurso de leyes: «Desde el punto de vista del Derecho vigente, la concurrencia real y la ideal representan formas de determinación combinada de la pena de diversas amenazas penales, mientras que en el concurso de leyes no se trata de una cuestión de determinación de la pena, sino de penetración total de tipos. La diferenciación entre las dos formas de concurrencia auténtica se determina conforme a los conceptos unidad y pluralidad de acciones; la relación de concurso de leyes entre diversos tipos, por contra, sólo puede establecerse mediante la interpretación».

Debe quedar claro que las precisiones acabadas de señalar, sólo pretenden exponer cuál ha sido el planteamiento inicial de la doctrina, sin que por nuestra parte lo tomemos como propio suscribiéndolo, y menos las consecuencias que del mismo puedan derivarse. Sobre este tema hemos de volver más adelante.

En cuanto a otra distinción importante, cual es la existente entre unidad de delito (*Verbrechenseinheit*) y pluralidad de delitos (*Verbrechensmehrheit*), y la correspondiente diferenciación doctrinal *Einheitstheorie-Mehrheitstheorie* nos ocuparemos en otro lugar, ya que la misma posee práctica relevancia dentro del concurso ideal de delitos.

Para la exposición doctrinal de esta temática, hemos seleccionado tres obras que consideramos fundamentales. Se trata de la aportación de H.H. Jescheck a los trabajos de reforma del StGB, publicada en forma de artículo en la ZStW de 1955, ya citado, y que recoge de manera breve y elemental aquellos puntos que ofrecían un interés fundamental en la discusión que se entablaba en torno a la reforma de los parágrafos del StGB sobre esta materia; el escrito de habilitación de F. Geerds, auténtico manual sobre el concurso, publicado con posterioridad a las discusiones sobre la Reforma del Código y cargado de un fuerte sentido crítico frente a la regulación resultante; y, finalmente, del artículo de Rudolf Schmitt, publicado asimismo en la ZStW de 1963 (20) que, con el pretexto de constituir una recensión a la obra de Geerds, es una aportación significativa a la materia. De la abundante bibliografía existente, sobre todo con anterioridad a la Reforma, a lo largo de todo el final del siglo pasado y principios del presente, no haremos uso durante esta exposición salvo en contadas ocasiones, pues los mismos autores con los que nos vamos a confrontar, la han tenido en cuenta de manera exhaustiva, especialmente Geerds. Con posterioridad a los primeros años sesenta, en cambio, no se ha vuelto a escribir una monografía sobre la totalidad de esta temática; y sí, en cambio, sobre puntos muy concreto relacionados con el con-

---

(19) H. H. JESCHECK, *Die Konkurrenz*, en ZStW (67) 1955, páginas 529-555, pág. 534.

(20) R. SCHMITT, *Die Konkurrenz im geltenden und künftigen Strafrecht*, en ZStW (75) 1963, págs. 43-62 y 179-219.

curso (21). Sin embargo, las tres obras señaladas, sobre las que vamos a basar nuestra exposición doctrinal, ofrecen un tratamiento exhaustivo del tema.

La tarea fundamental que Jescheck se propone ante el proceso de reforma que se quiere llevar a cabo es plantear la cuestión inicial, de la que va a depender la solución de otros puntos conflictivos, de si resulta deseable para el futuro el mantenimiento de la distinción concurso ideal-concurso real de delitos, si la misma puede exigirse del legislador o incluso si tiene sentido tal distinción.

En respuesta a esta interrogante, toma Jescheck como punto de partida la existencia en el continente europeo de un Derecho penal del tipo, siendo precisamente de ahí de donde se ha derivado la necesidad de resolver problema concursales. Jescheck no quiere entender esta exigencia, como muchas veces se ha querido, en el sentido de que la necesidad de distinguir formas del concurso sea algo a lo que el legislador tenga que someterse, como si se tratara de un problema a resolver conforme a «la naturaleza de las cosas», previo a la intervención del legislador y que éste ha de respetar. Prueba de que no es así es que la problemática concursal no se plantea de igual forma en todos los Ordenamientos jurídicos (22). «Muy por el contrario, la necesidad de distinguir entre formas concursales nace de la circunstancia jurídica de que nuestro Derecho penal conecta determinadas amenazas penales con un sistema de tipos, ordenados conforme a bienes jurídicos. Si el Derecho penal criminal contuviese como tipo penal sólo una cláusula general, al igual que el Derecho penal disciplinario, entonces la distinción entre las dos formas del concurso se reduciría a la cuestión de si el autor la ha infringido una o varias veces. Por otra parte, sería irrelevante la distinción para la medición de la pena si, aunque tuviésemos tipos, la consecuencia penal se determinase únicamente conforme a la personalidad del autor, pues entonces no existiría conflicto alguno entre distintas amenazas penales típicas» (23).

Según Jescheck, aceptada esta premisa, hay que cuestionarse si el legislador ha de proceder a la distinción exigida. Para él, la

---

(21) El trabajo de G. WARDA, *Grundfragen der Strafrechtlichen Konkurrenzlehre*, en JuS 1964, págs. 81-93, no pasa de ser una buena obra para la formación de jóvenes juristas. La monografía de E. STRUENSE, *Die Konkurrenz bei Unterlassungsdelikten*, Bonn 1971, que posee muy buenas consideraciones de carácter general (muy escéptico frente a la terminología concursal, pág. 32), contempla en lo fundamental los problemas concursales relacionados con esta forma de aparición del delito (la omisión). Sobre la "unidad natural de acción" hay que señalar la monografía de M. MAIWALD, *Die natürliche Handlungseinheit*, Heidelberg 1964, y el trabajo de H. BLEI, *Die natürliche Handlungseinheit*, en JA 1972, págs. 711-714, y 1973, págs. 95-100. Sin olvidar el artículo sobre el concurso de leyes de U. KLUG, *Zum Begriff der Gesetzkonkurrenz*, en ZStW (68) 1956, págs. 399-416. En el Derecho español sobre el concurso de leyes: F. PUIG PEÑA, *Colisión de normas penales*, Barcelona 1955.

(22) JESCHECK, *Konkurrenz*, pág. 537.

(23) JESCHECK, *Konkurrenz*, págs. 537-538.

respuesta es rotundamente afirmativa, pues mientras que el concurso de leyes es una simple cuestión de interpretación que hay que dejar en manos de la doctrina y la jurisprudencia, en cambio, en los supuestos de auténtica concurrencia es necesaria la aplicación simultánea de una pluralidad de tipos para poder caracterizar el total contenido de injusto del hecho, al mismo tiempo que la consecuencia penal ha de surgir de la combinación de las distintas amenazas penales aplicables. Sin embargo, observamos cómo ya ha de defenderse de una posible objeción: «Si los Tribunales han llegado a tratar el concurso de leyes conforme, en cierta medida, al modelo del concurso ideal, se trata siempre de casos excepcionales que, también en el futuro, han de ser resueltos sólo por la 'praxis'» (24). Que ello ocurre en todos los casos calificados como d.s.g. ha sido puesto de relieve en la primera parte de este trabajo. Baste recordar el supuesto del cohecho en que el funcionario era víctima de un error sobre la naturaleza del acto para el que se dejaba sobornar (25). De esta cuestión trataremos de extraer consecuencias más adelante (26). En este lugar sólo nos interesa señalar cómo para Jescheck el legislador penal no puede prescindir de la distinción unidad de acción-pluralidad de acciones en los supuestos de la denominada *concurrencia auténtica*: «Por contra, para la concurrencia ideal y real es totalmente necesaria una regulación legal, pues en estos casos siempre se produce una combinación de tipos y amenazas penales, teniendo que expresar el legislador de qué manera ha de ser realizada».

El siguiente paso lo constituirá el análisis de la distinción entre los casos del concurso ideal y real de delitos, como asimismo la importante cuestión sobre la conveniencia de que el legislador se pronuncie sobre este punto. Como con frecuencia ocurre, la distinción no ofrece dudas cuando se contemplan los casos más simples: «La distinción entre concurrencia ideal y real se alcanza con la máxima claridad contemplando los casos 'standard', que ya materializan externamente la unidad o pluralidad de acciones en forma pura. Caso 'standard' de la concurrencia ideal es la acción unitaria, abarcada por la totalidad de los tipos concurrentes conjuntamente, como la destrucción de un documento custodiado públicamente (§§ 274 Nr. 2, 133, 303); o la acción unitaria con varios resultados externos, como el disparo que no alcanza a la verdadera víctima lesionando a un tercero (§§ 212, 43 y 240), Caso 'standard' del concurso real es, por contra, la pluralidad de acciones punibles del mismo autor, delimitadas entre sí en el espacio y el tiempo, que sólo tienen en común su enjuiciamiento simultáneo» (27). Innecesario resulta señalar que no son éstos los casos que preferentemente interesan al dogmático. Por el contrario, su tarea ha de basarse fundamentalmente en el estudio de los casos

(24) JESCHECK, *Konkurrenz*, pág. 538.

(25) ANUARIO 1978, págs. 64-66 y 83-90.

(26) Ver *infra*, III.

(27) JESCHECK, *Konkurrenz*, págs. 538-539.

límites, ya que su función, al fin y al cabo, consiste en delimitar los conceptos jurídicos. Casi toda la evolución de la Ciencia del Derecho se ha basado en el estudio de supuestos excepcionales que han acabado por convertirse en el instrumento que ha permitido superar una determinada concepción sobre el objeto estudiado.

Lo acabado de indicar, no pasa desapercibido a Jescheck (28): «Sin embargo, entre los casos 'standard' de concurrencia ideal y real se deslizan supuestos límites en los que puede ser dudosa la ordenación a una u otra categoría. Conforme a una jurisprudencia indiscutida, ha de aceptarse la concurrencia ideal si la acción subyacente a un tipo se superpone en parte a la correspondiente al otro tipo concurrente, como ocurre, por ejemplo, en el robo-asesinato; incluso aunque no exista en absoluto identidad formal, sino que aquella superposición se produce mediante la realización de la intención delictiva, como en la falsedad documental y la estafa. Más todavía, existirá concurrencia ideal si dos acciones totalmente separadas son unificadas mediante la 'Klammerwirkung' de una tercera acción, con la que cada una de ellas se corresponde en parte; por ejemplo, varios casos independientes de estafa mediante uso continuado de un título falso». Que con ello no se ha obtenido un criterio definitivamente válido lo pone de relieve el hecho de que en otros Ordenamientos los casos analizados son subsumidos en el concurso real.

La última cuestión que en este punto tenía que plantearse Jescheck era la posibilidad de obtener una definición para los conceptos aquí estudiados. El punto de partida en este empeño no podía ser más pesimista: «Si fundamental es trazar la frontera entre unidad y pluralidad de acciones en la concurrencia, la misma dificultad existe frecuentemente en establecerla. Depende por completo del punto de vista del observador, si el objeto ha de ser considerado como unidad o pluralidad. La lucha del Reichsgericht durante decenas de años contra la tendencia de los tribunales inferiores hacia la ampliación del concepto 'unidad natural de acción' muestra claramente que un criterio general y vinculante no puede alcanzarse» (29). El concepto de acción de la teoría del delito, el de acción social (entre cuyos seguidores se encuentra Jescheck), es insuficiente para resolver este problema, como el propio autor reconoce y Geerds, según veremos, ha demostrado claramente. La conclusión de Jescheck, por lo que se refiere a la solución de los casos límites, no puede ser otra que la siguiente: «Die Frage, inwieweit hier Ideal- oder Realkonkurrenz anzunehmen ist, sollte auch in Zukunft der Rechtsprechung überlassen bleiben».

Según Geerds (30), el legislador no ha indicado cuándo existe concurso ideal y cuándo concurso real, pues mientras el § 73 sólo

---

(28) JESCHECK, *Konkurrenz*, pág. 539.

(29) JESCHECK, *Konkurrenz*, pág. 540.

(30) GEERDS, *Konkurrenz*, págs. 235-236.

alude a una única acción que lesiona varias normas penales, el § 74 se refiere a varias acciones independientes. Lo mismo podría postularse de la redacción de los correspondientes artículos de nuestro Código penal. La precisión de estos conceptos, pues, ha quedado a disposición de jurisprudencia y doctrina. El siguiente paso para Geerds consistirá en poner de manifiesto qué relación existe entre los conceptos unidad y pluralidad de acciones por un lado, y de concurso ideal y real de delitos por otro, aspecto al que ya nos hemos referido con anterioridad. Por esa razón, sólo queremos consignar brevemente la particular opinión de Geerds sobre este punto: «Por falta de claridad en la relación mutua de este par de conceptos, se habla a veces de una peculiar doble posición de la concurrencia entre la teoría del tipo y la teoría de la pena. Ello, sin embargo, es incorrecto en esta generalidad. Si la concurrencia auténtica se ocupa de reglamentar las consecuencias jurídicas, es decir, la aplicación de la pena, pertenece en definitiva al ámbito de la teoría de la consecuencia jurídica. La teoría del tipo sólo puede ejercer una influencia mediata en el enjuiciamiento de la relación concursal sobre la fundamentación de la pena. Pues esta teoría, en cuanto conduce a una única unidad de delito que abarca la totalidad, puede excluir la concurrencia o en cierta medida actuar predeterminando la de los tipos penales, es decir, unidad o pluralidad de acciones. Si la teoría del hecho penal (del concepto de delito) se ocupa de la cuestión de qué presupone la punibilidad en atención a un único precepto penal, limita al mismo tiempo el ámbito de lo punible en la realidad de la vida, a determinar por medio de la interpretación de los tipos penales afectados. Si ello lleva en la concurrencia a determinadas consecuencias, no significa, sin embargo, nada para la supuesta doble posición de la teoría del concurso entre la teoría del hecho penal y la teoría de la consecuencia penal. Por el contrario, vemos la tarea de las reglas de la concurrencia precisamente en la formación de las consecuencias derivadas de la sistemática abstracta de nuestra Ley, en atención a la punición óptima del delincuente. La teoría del hecho penal es sólo el correlato de nuestro sistema del tipo. Incluso aunque el problema del concurso auténtico —como se dijo— es una consecuencia de este sistema, asimismo, sin embargo, su tarea se encuentra en otro lugar, el de la consecuencia jurídica» (31).

El sutil criterio de Geerds va encaminado a una finalidad primordialmente, como enseguida veremos, cual es la de distanciar el auténtico problema concursal de la determinación de la pena en estos casos de conflictos de normas penales de cualquier prejuicio derivado de la distinción unidad de acción-pluralidad de acciones. Por eso concluye este apartado: «Sólo si tenemos claro que la concurrencia ideal y real, conforme a la regla vigente de la concurrencia auténtica, aparecen como formas distintas de apli-

---

(31) GEERDS, *Konkurrenz*, págs. 242-243.

cación de la pena, en oposición a los conceptos de unidad y pluralidad de acciones como sus correspondientes tipos legales, podremos comprender correctamente y valorar adecuadamente la regla actual y la teoría».

Salvada esta dificultad, podemos pasar al análisis de los criterios de diferenciación unidad de acción-pluralidad de acciones. El punto de partida es la crítica, al igual que veíamos en Jescheck, de la opinión favorable a ver dicha diferencia en la realidad prejurídica. También es de señalar cómo la doctrina sólo se ha ocupado del concepto «unidad de acción», procediendo de esa forma a una definición negativa del de «pluralidad de acciones». Este procedimiento es inconsecuente, pues la regulación actual hace depender de esta distinción efectos importantes. Por eso, se va a proponer Geerds como primera tarea la de señalar en qué medida puede hablarse de una contraposición unidad-pluralidad. Sin que ello signifique pronunciamiento alguno sobre el significado que la distinción tiene en el Derecho actual para la determinación de la pena (32).

Entre las soluciones rechazables dadas por la doctrina hay que señalar en primer lugar aquéllas que se amparan en el tenor literal de los preceptos reguladores, como, asimismo, las que se refieren a circunstancias de hecho tal como aparecen en la realidad de la vida (33). También hay que rechazar aquellas posiciones que diferencian diversos casos de unidad de acción, contraponiendo sobre todo la unidad jurídica a la unidad natural; como, asimismo, aquéllas que ven la diferencia en la realidad preexistente al Ordenamiento jurídico, mientras que otras hablan de conceptos específicamente jurídicos, pues ni las unas ni las otras llenan la diferenciación de contenido.

Las opiniones actualmente dominantes parten de que los conceptos «Unidad» y «Pluralidad» preexisten al Derecho. Se piensa que los mismos pueden extraerse fácilmente de la realidad prejurídica. Por ello hay que partir de una unidad natural de acción. En este sentido, se distinguen dos clases de «consideraciones naturales». Mayoritariamente se procede a una consideración consistente en una valoración específicamente jurídico-normativa de los hechos ocurridos. Lo decisivo no es el devenir de las cosas, sino su sentido social en relación con el Ordenamiento jurídico-penal, sentido que los representantes de esta corriente de opinión no se preocupan de especificar. Sobre todo metódicamente, choca querer extraer consecuencias normativas de acontecimientos de hecho (34).

Estas objeciones pueden evitarse por quienes, como Maurach, atienden para dicha consideración natural al plan del autor. Pues el plan total del autor incorpora un «finalen Faktor mit einheitli-

---

(32) GEERDS, *Konkurrenz*, págs. 244 ss.

(33) Para más detalle, vase GEERDS, *Konkurrenz*, págs. 245-246.

(34) GEERDS, *Konkurrenz*, págs. 247-248.

cher Zielsetzung». Esta concepción nos lleva al terreno de la doctrina final de la acción. Sin entrar en la discusión sobre la relevancia del concepto de acción de la teoría del delito para la solución de nuestro problema concursal, puede señalarse por lo que se refiere al tipo penal (como el mismo Welzel ha puesto de relieve entre los finalistas) que esta concepción olvida el contenido normativo del tipo como valoración jurídico social del comportamiento del autor (frente al tipo como realización volitiva final). De todo, concluye Geerds (35): «Unidad y pluralidad de acciones no sólo han de ser concebidas como conceptos jurídicos de los tipos legales de los §§ 73 y 74, sino que además su contenido sólo es aprehensible jurídicamente desde el sentido de la regla de la concurrencia». No se trata, pues, de conceptos preexistentes al Derecho.

Por otros autores, entre los que destaca Honig, en cambio, se señala la naturaleza jurídico-penal de estos conceptos, rechazándose la concepción naturalista y recurriendo a los tipos penales para indicar la identidad de los actos de ejecución a valorar. A nadie se le escapa, sin embargo, las dificultades de tal distinción en la praxis. Lo insatisfactorio, para Geerds, de esta posición va a estar en su formalismo, ya que no se analiza la naturaleza de estos conceptos. Su error metodológico está en limitarse a poner de relieve cómo las consecuencias penales a deducir se hacen derivar del sistema penal del tipo seguido, orientado a tipos abstractos. Sin embargo, se omite toda referencia a las consecuencias a extraer, y si sólo este criterio del tipo legal constituye la contraposición de nuestro par de conceptos, insuficiencia puesta de relieve por las figuras de la unidad natural de acción y el delito continuado (36).

Por otro lado, quedan por analizar aquellas posiciones que sí buscan un contenido de sentido para la distinción. Entre ellas se encuentra la de H. Mayer. Para Mayer, el sentido de la contraposición está en la diferente valoración de la culpabilidad, siendo definitivo que exista o no una decisión volitiva unitaria. Esta opinión, aparentemente equiparable a la de Welzel y Maurach, no atiende, sin embargo, a la meta subjetiva perseguida por el autor. Muy por el contrario, Mayer parte de la naturaleza específicamente jurídico-penal de este par de conceptos, a los que da un contenido material. En este sentido, reconoce una unidad natural de acción cuando ésta tiene su origen en una decisión unitaria, incluso cuando la misma se forme durante la ejecución. Lo esencial no es la meta subjetiva del autor sino la valoración del acontecimiento real desde el punto de vista del Ordenamiento jurídico. Una decisión volitiva es sólo independiente cuando la valoración de la culpabilidad desde el Ordenamiento jurídico posee un significado autónomo. De esta manera, obtiene Mayer, frente

---

(35) GEERDS, *Konkurrenz*, pág. 249.

(36) GEERDS, *Konkurrenz*, págs. 249 ss.

al resto de la doctrina, una definición positiva del concepto «pluralidad de acciones». Una objeción fundamental debe hacerse a esta posición: con la «valoración de la culpabilidad» sólo se caracteriza de manera incompleta el contenido de este par de conceptos (37).

Desde otro punto de vista, intenta K. Peters hallar el buscado sentido de los conceptos, esta vez en el terreno de la medición de la pena. Consecuente con su punto de partida, rechazará Geerds esta posición, por cuanto delimita en demasía el problema al campo de la consecuencia jurídica, confundiendo con ello resultados y presupuestos (38).

Para Geerds, pues, el par de conceptos unidad de acción-pluralidad de acciones es de naturaleza jurídica, habiendo de ser extraídos además de las normas reguladoras del concurso (39): «Unidad y pluralidad de acciones sólo son aprehensibles desde el sentido de la concurrencia auténtica de la mano de la regla vigente, que distingue en las consecuencias entre concurrencia ideal y real. Si en la concurrencia auténtica se trata de regular la forma y manera de aplicar conjuntamente una pluralidad de amenazas penales sobre el delincuente, es claro que unidad y pluralidad de acciones como tipos legales de estas formas concursales, en conexión con las cuales nuestra ley diferencia en los parágrafos 73 y 74 en las consecuencias jurídicas, son conceptos jurídicos».

Especial importancia en Geerds para la caracterización de los conceptos en cuestión tiene la distinción *Verbrechenseinheit-Verbrechensmehrheit*, con la que hace referencia al hecho de que en el concurso ideal de delitos estamos ante un caso de «*kombinierten Strafanwendungseinheit*», es decir, una pluralidad de amenazas penales aparecen unidas como consecuencia del precepto concursal. Con ello ubica Geerds consecuentemente los conceptos de unidad y pluralidad de acciones en el marco de la teoría del tipo. Veamos como expone su opinión de mano de la figura llamada «*tatbestandliche Handlungseinheit*» (40): «Según nuestra opinión, el contenido de los conceptos unidad y pluralidad de acciones hay que verlo, lo que hasta ahora no ha sido suficientemente reconocido, en que se trata de dos casos diferenciados de aplicación de la pena, es decir, de la forma y manera de combinación de las amenazas penales a aplicar, conforme a la representación más o menos consciente del legislador y de la doctrina dominante. Si sólo tenemos una única unidad de delito que abarque la totalidad de lo ocurrido realmente, no hay ninguna dificultad para aplicar la correspondiente amenaza penal. Aquí, el juez puede tomar del marco penal del precepto en cuestión la clase de pena y la medida que le parezca justa. En este caso preferiríamos hablar de una simple unidad de aplicación penal, en la que sólo surgen pro-

(37) GEERDS, *Konkurrenz*, págs. 250-251.

(38) GEERDS, *Konkurrenz*, págs. 251-252.

(39) GEERDS, *Konkurrenz*, pág. 252.

(40) GEERDS, *Konkurrenz*, págs. 256-257.

blemas de medición de la pena dentro del marco determinado legalmente. Distintos, sin embargo, son los casos de concurrencia auténtica. Aquí hay que aplicar varias leyes penales, o la misma varias veces, para combinar una pluralidad de amenazas penales. Si nuestra Ley persigue en el § 73 en cierta manera una aplicación unitaria de las consecuencias penales remitiéndose a la más grave de las leyes a aplicar, mientras que en el § 74 y ss., partiendo de cada una de las penas —según su clase—, las reúne de una forma o de otra, entonces parece correcto hablar de unidad o pluralidad en la aplicación de la pena, en lugar de unidad o pluralidad de acciones. En este sentido, la unidad de acción del § 73, en oposición a la simple unidad de aplicación de la pena de una unidad de delito, habrá de ser concebida como unidad combinada de aplicación de la pena, porque aquí una pluralidad de amenazas penales son agrupadas como unidad especial mediante el precepto concursal».

Mayor interés aún tiene la opinión de Geerds al confrontarse con nuestra problemática de «lege ferenda» en la última parte de su extensa obra. Las dificultades de delimitar los conceptos de unidad de acción y pluralidad de acciones no son motivo suficiente para prescindir de los mismos: «Colocados en el punto de vista aquí defendido, apenas se podrá decir, en relación con las dificultades existentes en la aplicación de los tipos abstractos a la realidad de la vida, que estas objeciones exceden el límite tolerado por la seguridad jurídica. Conforme a ello, es sólo condicionalmente correcto que Höpfner diga que una delimitación rigurosa entre unidad y pluralidad de acciones no existe, y que trazar una delimitación precisa sería lo mismo que intentar la solución de la cuadratura del círculo. Si la delimitación unidad-pluralidad de acciones trae necesariamente una serie de cuestiones discutibles y dudosas, que son objetables para la aplicación práctica y con ello, a nuestro parecer, para la seguridad jurídica, sin embargo no se puede negar que la diferenciación entre unidad y pluralidad de acciones tiene un contenido de sentido muy determinado bajo la idea de aplicación de la pena. Las dificultades de diferenciación, diferenciación que se debería mantener también 'de lege ferenda', no exceden de la medida que aceptamos en otras materias de Derecho penal —por ejemplo, en la teoría de la tentativa—» (41).

Muy por el contrario, la razón señalada por Geerds a los efectos de superar la distinción va a residir en el hecho de que mientras nuestros ordenamientos legales del tipo permiten la dislocación de un determinado comportamiento humano para su ubicación en uno o varios tipos, dicho comportamiento se presenta en la realidad como unidad irreductible, que por tanto debe ser unitariamente enjuiciado, no debiendo depender de hechos tan accidentales como que el legislador haya previsto un solo tipo

---

(41) GEERDS, *Konkurrenz*, pág. 424.

que lo abarque en su totalidad o en cambio sea necesaria una pluralidad de aquéllos para aprehenderlo en toda su extensión.

Geerds argumenta de la siguiente forma. Por aplicación de la ley penal en la concurrencia auténtica se entiende la forma y medida en que han de producir sus efectos las diversas amenazas penales de los preceptos realmente concurrentes. Toda esta problemática se basa en la realidad de la función, más que en la cuestión teórica de si un precepto penal ha de aplicarse formal y materialmente. Por eso nunca podemos perder de vista la figura del delincuente y su actuar, que pertenecen a la realidad de la vida. De la misma forma que éstos no pueden ser descompuestos, asimismo su punición ha de ser concebida como una realidad. Por esa razón, hemos de tener serias reservas ante distinciones como las de unidad de aplicación de la pena (*Strafanwendungseinheit*) y pluralidad de las mismas (*Strafanwendungsmehrheit*). Estas reservas tienen dos fundamentos: Si en la concurrencia conectamos con la unidad de delito (*Verbrechenseinheit*) sólo cabe una de estas dos soluciones opuestas. O bien hemos de partir de una pluralidad de preceptos penales a aplicar, dada la pluralidad de presunciones penales o unidades de delito que la concurrencia auténtica presupone. O bien reunir la pluralidad de las leyes penales a aplicar en una unidad, en atención a la realidad de la punición sobre la persona del delincuente. Por supuesto que estamos ante una pluralidad de delitos, pero hemos de ver la manera de reducirlos a unidad, «unidad» no entendida en este caso como contrapuesta a «pluralidad», sino presuponiéndola. Sobre este punto, desgraciadamente, no se ha pronunciado el legislador (42).

Por todas las razones indicadas, tiene que concluir Geerds (43) lógica y consecuentemente rechazando la idoneidad de la diferenciación unidad de acción-pluralidad de acciones en materia concursal: «El Derecho vigente y la doctrina actual sobre el concurso son, en nuestra opinión, rechazables, porque distinguen entre unidad y pluralidad de acciones como formas distintas de aparición de la concurrencia auténtica. El desarrollo de la voluntad de un único delincuente, que ha de ser contemplado psicológicamente y en atención a la pluralidad de realizaciones típicas como pluralidad en la concurrencia auténtica, se presenta —mirado circunstancialmente— de manera más o menos evidente como un comportamiento que discurre continuo, lo que en la punición de este hombre ha de ser valorado politicocriminalmente como una unidad. En la medida en que ésta no resulta de la unidad totalizadora del delito, es decir, en todos los casos de concurrencia auténtica, no puede distinguirse en la eficacia conjunta de las varias leyes penales entre unidad y pluralidad, sino que han de reunirse las amenazas penales conectadas con los tipos abstractos en una

---

(42) GEERDS, *Konkurrenz*, págs. 429-431.

(43) GEERDS, *Konkurrenz*, pág. 440.

unidad combinada de aplicación de la pena (*kombinierte Strafanwendungseinheit*)».

Poco nos vamos a detener en este momento sobre la investigación de Rudolf Schmitt, cuyo interés se pondrá de manifiesto en su lugar adecuado. En esta ocasión, sin embargo, y para evitar extendernos demasiado, sólo vamos a ver su posición ante la propuesta de Geerds de prescindir de la distinción unidad de acción-pluralidad de acciones, cuyos argumentos ya conocemos. Para R. Schmitt, dos son en lo fundamental las razones que abogan por el mantenimiento de la distinción señalada, pese a suscribir la conveniencia del sistema de la *pena única* para todas las modalidades del concurso (este es el segundo pilar de la teoría de concurso, del que nos ocuparemos en el apartado siguiente).

El primer argumento, presupuesta la pena única, consiste en prevenir de los peligros que supondría el hecho de que el juez no se viese obligado a recoger en su resolución el tenor de los preceptos de la Parte especial aplicados y determinantes de la solución concursal seguida, es decir, la relación entre los preceptos penales conculcados: «Ya desde el ángulo del Derecho material surgen aquí objeciones importantes. Arriba hemos podido atajar el reproche de que la pena única conduzca a constataciones insuficientes del tipo con la indicación de que cada delito subyacente al enjuiciamiento y su relación mutua deberán ser recogidos en el tenor. Pero si se renuncia a la distinción entre unidad y pluralidad de acciones, entonces deberán ser indicados en el tenor los tipos realizados, pero no su relación mutua ni (en el caso de realización homogénea) su número. Con ello surge un peligro tan grande de constatación sumaria del tipo como en el delito continuado» (44).

El segundo, íntimamente relacionado con el anterior, hace referencia a la falta de seguridad jurídica que de tal proceder se deriva en el momento de determinar la pena, ya que no viéndose el juez en la obligación de motivar su resolución en base a los preceptos penales aplicados, desaparecerá el mejor argumento de los tribunales de instancia para casar las sentencias pronunciadas por los tribunales inferiores. Contra este peligro operaría el mantenimiento de los conceptos en discusión, pese al reconocimiento de la pena única para todo el concurso: «Mayores son los peligros en el terreno de la medición de la pena. Incluso bajo el sistema de la pena única, el número de acciones a enjuiciar permanece como un factor importante de determinación, quizá el más importante. Si se le quita al juez este factor, aumenta el peligro existente en la pena única de la penetración de puntos de vista extraños de determinación de la pena. Ello no ha pasado desapercibido a Geerds, y por eso se ha esforzado en mantener este factor de medición. La medición de la pena ha de conectar en primera línea con la pluralidad de tipos penales realizados,

---

(44) R. SCHMITT, *Konkurrenz*, pág. 214.

pero en segundo lugar ha de considerar también si existen 'varios actos externamente diferenciados'. Con seguridad es posible por este camino una medición satisfactoria de la pena. Pero, al margen de que con ello introduce Geerds la distinción por él rechazada, no se trata de hacer posible por el camino indicado una medición de la pena irreprochable, sino de garantizarla. Con ello puede decirse que sin la distinción entre unidad y pluralidad de acciones los peligros de una determinación insuficiente de la pena son mayores, y las posibilidades de control de los tribunales de instancia menores, que con la introducción de la pena única bajo el mantenimiento de aquella distinción» (45).

El estudio del par de conceptos acabado de hacer es de especial importancia para cualquier tema concursal, por muy concreto que éste sea. Si bien la problemática a que se refiere parece estar referida primera y fundamentalmente a señalar la frontera entre el concurso ideal y real de delitos (supuestos de la llamada concurrencia auténtica), sin embargo, reducir su ámbito de esa manera significaría una simplificación del problema. De las varias razones que justifican el estudio de este tema en un trabajo sobre la distinción del concurso de leyes y el ideal de delitos, destacan dos fundamentalmente. La primera de ellas es que en nuestro Derecho uno de los supuestos que en el concurso juega un papel crítico fundamental, nos estamos refiriendo al *delito continuado*, se someta al tratamiento del concurso de leyes, para evitar tener que aplicar el sistema de sanciones correspondiente al concurso real de delitos, a cuyo ámbito pertenece el tema por naturaleza (46). En Alemania no ha ocurrido así, sino que con la misma finalidad atenuatoria se le ha ubicado en el concurso ideal de delitos, por lo que un problema cuyo estudio se reduce fundamentalmente a la estimación de la unidad o pluralidad de acciones no se sacaba del concurso ideal; por eso, la cuestión de la distinción unidad-pluralidad de acciones se limita al concurso ideal y real de delitos. Si en Alemania se hubiera ubicado el delito continuado en el concurso aparente, habría sido necesario introducir esta modalidad concursal en la distinción fundamental entre los conceptos de unidad y pluralidad de acciones.

Pero es que, además, como segunda razón, puede verse claramente que en la misma doctrina alemana existen determinados casos en los que en puridad estamos ante una pluralidad de acciones resueltas conforme al concurso de leyes. Prueba evidente de ello son los *actos previos y posteriores impunes*, en relación con la acción principal (47); o, en general, todos los supuestos de

(45) R. SCHMITT, *Konkurrenz*, págs. 214-215.

(46) Véase, por todos, SAMSON, *Systematischer Kommentar I*, página 369: "Dabei handelt es sich um einer Konstruktion, die vor allem die sonst nach § 53 (concurso real) erforderliche Bildung einer Gesamtstrafe vermeiden soll".

(47) Dentro del concurso de leyes, estudia SAMSON estas figuras como formas de la relación de *consumción*: SAMSON, *Systematischer Kommentar I*, págs. 378-379.

la llamada *unidad natural de acción* (48). Y no digamos los supuestos de *unidad típica de acción* (49). Precisamente estas razones de índole técnica, junto con otras de política criminal (derivadas de la nocividad de aplicar una pena excesivamente larga) (50), son las que han llevado a Geerds en definitiva a rechazar los conceptos de unidad y pluralidad de acciones como criterios sobre los que asentar las modalidades del concurso. La verdad es que el balance sobre las ventajas de operar con dichos conceptos se revela muy pobre. Basarse para su mantenimiento en la existencia entre nosotros de un Derecho penal del tipo es harto discutible, si bien es acertado sostener que de ahí se derivan los problemas concursales. Pero precisamente por eso, la solución ha de estar necesariamente en el tipo, y no en la acción como se pretendía (51).

Un hecho sintomático de lo que acabamos de decir nos lo muestran las conclusiones a que llega R. Schmitt, y que con anterioridad recogimos. Para Rudolf Schmitt, como se recordará, lo importante en definitiva es conseguir que los problemas concursales se resuelvan de una forma racional y justa, además en el campo de la pena, donde, en realidad, se manifiestan los efectos de las normas concursales. La mejor solución para ello: llevar al Código la idea de «pena única» para ambas modalidades de la concurrencia auténtica (sobre este tema hablaremos exhaustivamente a continuación, en el siguiente epígrafe), es decir, establecer un marco común de la pena para ambas modalidades. Esta idea es aceptada mayoritariamente por la doctrina alemana que se ha ocupado del tema (52). Entre los defensores más firmes de esta idea se encuentra R. Schmitt. Ahora bien, el mantenimiento de los conceptos de unidad y pluralidad de acciones está llamado a jugar un papel relevante; pues, con buen criterio, el marco unitario señalado para el concurso sólo nos indica el margen, más

---

(48) La doctrina alemana rechaza esta figura. Ver, por todos, SAMSON, *Systematischer Kommentar I*, págs. 366-367.

(49) Sobre las distintas constelaciones de supuestos que constituyen esta categoría concursal, SAMSON, *Systematischer Kommentar I*, páginas 367-369.

(50) Ver *infra*, págs. 19-28.

(51) Como muy acertadamente pone de relieve STRATENWERTH, sólo dos extremos de la distinción unidad-pluralidad de acciones no admiten discusión: donde el comportamiento penalmente relevante se exterioriza en una sola decisión de voluntad y un único acto de ejecución (aunque los resultados sean varios) sólo puede estimarse unidad de acción. Donde una pluralidad de actos sólo tienen en común la unidad de autor y de proceso puede hablarse de pluralidad de acciones. STRATENWERTH, *Strafrecht*, pág. 326. En el mismo sentido, SAMSON, *Systematischer Kommentar I*, pág. 365.

(52) Sobre la discusión en este punto, con motivo de la reforma, véase R. SCHMITT, *Konkurrenz*, págs. 193-196. Es curioso observar cómo mientras la totalidad de la doctrina se pronunció en favor de la *pena única*, un sector considerable de los representantes del mundo de la 'praxis' lo hizo en favor de mantener el criterio diferenciador.

amplio que el correspondiente a cualquier tipo de la Parte especial, dentro del cual puede moverse el juez. Sin que ello suponga que éste pueda hacerlo a su libre arbitrio, sin necesidad de tener que justificar su decisión. Muy por el contrario, tendrá que hacerlo, y su inobservancia debe dar lugar a la posibilidad de casación. Pues en su quehacer el juez obra vinculado a Derecho, en este caso la pena a señalar; pero no en base a la unidad o pluralidad de acciones, inoperante como Geerds ha expuesto convincentemente, pese al criterio y la intención de R. Schmitt, que nos parecen justos, sino en base a los tipos en cuestión, pues su realización y la pena señalada en ellos son los criterios a que debe asirse el juez para justificar la pena impuesta en base a la norma concursal. Así, pues, *los tipos realizados y no la unidad o pluralidad de acciones es el criterio fundamental a que acudir para la solución de los problemas concursales.*

Con ello, sin embargo, no se resuelven todos nuestros problemas, pues dejando de momento el tema pluralidad de acciones-concurso ideal, y ciñéndonos al concepto unidad de acción, dentro del cual se plantean los problemas delimitativos que en este trabajo nos hemos propuesto analizar, surgen un par de cuestiones a considerar en este momento. La primera de ellas de la mano de la distinción acuñada por la doctrina entre los conceptos *einheitdelikt* y *Mehrheitdelikt* (53), que sirven de base para el estudio del concurso ideal. Sabido de todos es que la doctrina distingue dos modalidades del concurso ideal: *gleichartige Idealkonkurrenz* y *ungleichartige Idealkonkurrenz* (54). Sin embargo, mientras la doctrina dominante quiere estima en ambas modalidades los mismos efectos, una minoría de autores, entre los que se encuentra Geerds, sólo quiere ver un concurso ideal de delitos en la *ungleichartige Idealkonkurrenz*, pues sólo en ella se aplica una pluralidad de normas penales (*Strafanwendungsmehrheit*), que en definitiva era el criterio con que Geerds quería superar la distinción en base a los conceptos unidad y pluralidad de acciones de los distintos supuestos del concurso (55). Dicho de otra manera mientras que en la muerte de varias personas ocasionada por el lanzamiento de una granada la doctrina dominante estima un concurso ideal homogéneo de tantos homicidios (o asesinatos) como víctimas, un sector minoritario considera un solo delito de homicidio, pues la norma del homicidio (o la del asesinato) es la única aplicada (56). Y todavía hay un tercer sector, más minoritario aún que el anterior, que quiere ver en este caso un concurso real de

---

(53) Una exposición muy completa sobre esta discusión teórica puede verse en GEERDS, *Konkurrenz*, págs. 322-327, con indicaciones bibliográficas.

(54) Véase, por todo, JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, A. T., 3. Aufl., Berlin 1978, pág. 588.

(55) GEERDS, *Konkurrenz*, págs. 271-274. En contra, con argumentos convincentes, R. SCHMITT, *Konkurrenz*, págs. 184-186.

(56) GEERDS, *Konkurrenz*, pág. 273.

delitos (57). Sobre este extremo del concurso ideal se entabló hace algún tiempo una polémica entre defensores de la *Einheitstheorie* y defensores de la *mehrheitstheorie* (58). El problema venía condicionado en parte por la antigua redacción del StGB. Prueba de ello es que quienes querían someter este grupo de casos a la norma del concurso ideal de delitos estimaban la aplicación del antiguo § 73 por analogía. Quienes sostenían la teoría del concurso real de delitos, como entre nosotros ha hecho recientemente Mir Puig (59), sin embargo, difícilmente podrían encontrar apoyo en la redacción legal, siendo su criterio de interpretación «contra legem» y en perjuicio del reo (60). Como ya apuntábamos, la situación se ha aclarado, creemos que definitivamente, en la redacción del nuevo StGB, que prevé expresamente en el § 52 la hipótesis de la *gleichartige Idealkonkurrenz*, con los mismos efectos del concurso ideal homogéneo: «Verletzt dieselbe Handlung mehrere Strafgesetze oder dasselbe Strafgesetz mehrmal, so wird nur auf eine Strafe erkannt».

Este criterio de considerar como auténtico concurso ideal los casos de *gleichartige Idealkonkurrenz* creo que, aparte de ser el más armonizable con la letra de la Ley, es el que mejor satisface las exigencias de una «teoría de la medición de la pena racional». Jescheck se ha pronunciado sobre este extremo de una forma que compartimos en su totalidad: «Para mí es decisivo el punto de vista práctico de que la agravación del máximo de la pena debe producirse si el autor mata con una granada de mano a veinte personas, en una carta injuria a varios individuos o en una ocasión abusa deshonestamente de varios niños. Por lo demás, tengo por defendible esta conclusión desde el punto de vista de la *Einheitstheorie*, pues de esa forma puedo imaginarme una única acción que experimenta su tratamiento jurídico total sólo mediante la aplicación múltiple de un mismo tipo» (61). No es este el lugar de ocuparnos de si el criterio expuesto puede ser aplicado a cualquier grupo de delitos, o sólo a aquéllos que protegen bienes personalísimos. Ahora sólo nos interesa resaltar que el concurso ideal de delitos se extiende a supuestos de identidad de norma penal violada, y que los problemas delimitativos que en este caso se plantean podrán referirse, como un amplio sector de la doctrina señalada, a la frontera entre el concurso ideal y el de leyes, y nunca al concurso real de delitos, como afirma Mir

(57) Ver GEERDS, *Konkurrenz*, pág. 273, nota (173) "in fine".

(58) Estos conceptos se corresponden con los de *Einheitsdelikt* y *Mehrheitsdelikt*. Ver *supra*, nota (53).

(59) MIR PUIG, S., *El delito de coacciones en el Código penal*, ANUARIO, 1977, págs. 269-306. Ver págs. 302-304. Ya con anterioridad, en el mismo sentido: J. CÓRDOBA RODA, *El delito de detenciones ilegales en el Código penal español*, ANUARIO, 1965, págs. 28-31.

(60) En el mismo sentido, para el Derecho alemán, se pronunció GEERDS. Ver nota (57).

(61) JESCHECK, *Konkurrenz*, pág. 547.

Puig para la unidad de acción con pluralidad de coaccionados. Aquí vemos cómo el concepto unidad de acción produce el efecto de impedir estimar concurso real de delitos. Y ello aunque pueda parecer que no hay diferencia de gravedad entre matar a una pluralidad de personas mediante el lanzamiento de una granada o mediante disparos sucesivos (62). Pese a ello, la Ley parece clara en este extremo de hacer incompatible la unidad de acción con el concurso real de delitos (63). Incluso, además, con un criterio de política criminal, de etiología criminal, puede encontrarse base para justificar la diferencia de tratamiento. Una actuación del autor reiterada y sucesiva manifiesta un «animus» o permanencia en su actitud antisocial más grave que la de quien actúa «de una vez». La misma cantidad de dinero hurtada en una ocasión manifiesta una actitud delictiva menos grave que la de quien se apodera de aquella cantidad en actuaciones sucesivas. lo que debe trascender a la hora de determinar la pena (64).

En segundo lugar, nos interesa resaltar una peculiaridad de la regulación del concurso ideal de delitos en nuestro Derecho. Concretamente nos estamos refiriendo al párrafo primero del artículo 71 «in fine» que extiende los efectos del concurso ideal de delitos a los supuestos de la *relación medio-fin*. No es este el lugar de ocuparnos «in extenso» de este tema, que afecta de lleno al concurso ideal, del que forma una modalidad y que tan penetrantemente ha sido tratado por Córdoba Roda (65). No obstante, no podemos dejar de hacer aquí algunas consideraciones, de la mano, además, del autor aludido. Para Córdoba Roda, esta modalidad del concurso ideal suele estar formada por dos grupos de casos. Bien puede ocurrir que uno de los extremos del nexo, o ambos, esté constituido por un delito continuado (serie de falsedades y estafas en concurso individualmente entre sí; concurso de dos delitos continuados: uno de estafa y otro de falsedades, unificados por la común finalidad defraudatoria; serie de falsedades como continuidad delictiva para la estafa unitaria). Bien, en cambio, que el delito medio o el delito fin estén formados por una pluralidad de infracciones (dos falsedades distintas encaminadas a la comisión de una estafa; uso de nombre indebido del artículo 322 una pluralidad de veces para producir varias estafas). Todavía señala Córdoba, en conexión con el último grupo, un supuesto de varias relaciones mediales encadenadas entre sí:

(62) MIR PUIG, *El delito de coacciones*, pág. 303.

(63) La situación en nuestro Derecho es prácticamente la misma que en Alemania con anterioridad a la reforma, careciendo el artículo 71 del Código de una referencia expresa al concurso ideal homogéneo. No creo que haya de acudir a una interpretación analógica para incluir los supuestos del llamado concurso ideal homogéneo en el tenor del artículo 71.

(64) En cuanto a la conveniencia de acercar el delito continuado al tratamiento penal del concurso real de delitos, véase *infra*, pág. 45, nota. (150 bis).

(65) CÓRDOBA RODA, *Comentarios II*, art. 71, págs. 350-375.

como puede ser el allanamiento de morada para causar lesiones, que a su vez se ocasionan para violar (66).

Para Córdoba Roda, después de analizar las posibles fórmulas de solución del arduo problema planteado por estos casos tan complejos, parece necesario llegar a la conclusión de que siempre habrá que estimar un único concurso ideal de delitos (67), evitándose de este modo tener que aplicar la modalidad más grave del concurso real. Esta actitud interpretativa nos parece encomiable.

No obstante, creemos necesario hacer algunas consideraciones que refuercen y limiten la solución propuesta. Un análisis minucioso de los supuestos jurisprudenciales citados por Córdoba Roda pone de manifiesto que en todos ellos las acciones delictivas se superponen al menor en parte (en la doctrina alemana se habla en estos casos de *Teilidentität*, para diferenciarlos de aquéllos en que la pluralidad de tipos se realiza mediante la misma acción o *Vollidentität*, como ocurre, por ejemplo, con el yacimiento, que realiza al mismo tiempo los tipos de incesto y adulterio) (68); o bien, nos encontramos ante dos tipos que no tienen entre sí directamente nada en común, pero aparecen unidos por un tercer tipo mediante el que se realizan en un acto idéntico de ejecución (en este caso se habla de *Verklammerung*) (69). Un ejemplo de «*Teilidentität*» lo tenemos en el uso de un documento falso que a su vez constituye el primer acto de un delito de estafa, sin que a ello obste que el delito medio o el delito fin esté constituido por un delito continuado (70).

En todos los casos estudiados por Córdoba, estamos ante supuestos de este tipo, salvo en el último que es un auténtico caso de «*Verklammerung*» ya que aparecen conectados tres delitos, de los cuales dos no tienen nada en común (lesiones y violación), salvo que ambos se realizan en «*Teilidentität*» con un delito de allanamiento de morada. Por esa razón hay que estimar un único concurso ideal de delitos, llegándose a la misma solución que propone Córdoba.

Resulta interesante descubrir que los grupos de casos observados constituyen las diversas posibilidades del concurso ideal elaboradas por la doctrina alemana, pese a que el StGB no contiene un precepto semejante al que ha dado lugar a esta exposición. Tan sólo queda indicar que el recurso de la «*Verklammerung*» encuentra un límite en aquellos casos en que los delitos «comprendidos» por el delito común sean ambos de mayor gravedad que éste, desapareciendo la solución del concurso ideal, ya que no existe más remedio que acudir a las penas señaladas en cada uno de los tipos realizados, estando ante un concurso real

(66) CÓRDOBA RODA, *Comentarios II*, págs. 366-367.

(67) CÓRDOBA RODA, *Comentarios II*, págs. 368.

(68) R. SCHMITT, *Konkurrenz*, pág. 47.

(69) R. SCHMITT, *Konkurrenz*, pág. 48.

(70) R. SCHMITT, *Konkurrenz*, pág. 47.

de delitos (71). Piénsese, por ejemplo, en el supuesto de los delitos de homicidio imprudente y tentativa de homicidio unidos por el común delito de omisión del deber de socorro (72). La norma del concurso real, y no la del ideal de delitos, habrá de aplicarse. Pese a sus impugnadores (73), este criterio nos parece muy acertado desde todos los puntos de vista, sobre todo de justicia material, ya que sería absurdo otorgar un trato privilegiado a la comisión de dos delitos graves por el simple hecho de que «además» hayan sido realizados en unión de otro menos grave, desapareciendo entonces (y no siempre, como pretende un sector de la doctrina) (74) la razón que justifica el régimen menos severo del concurso ideal de delitos. En el tratamiento de este clásico problema concursal vemos una prueba más de lo que inicialmente nos parecía la función de la normativa concursal, y que hemos tenido ocasión de reiterar muchas veces. Es la configuración de los tipos de la Parte especial en conjunto la que en definitiva nos permite obtener una solución concursal u otra de las ofrecidas al intérprete por la ley. Que en dicha operación juega un papel interpretativo fundamental la pena asignada por el legislador a cada uno de los tipos en conflicto, salta a la vista en el último supuesto de «Verklammerung» analizado, donde es en base a la pena como se decide que la modalidad concursal a estimar sea la del concurso ideal o la del real de delitos.

Pocos temas han preocupado tanto a la doctrina que ha estudiado la normativa concursal como el *delito continuado*, por su frecuente aparición en la práctica y por su difícil solución dogmática. Aún en la actualidad no se ha hecho de él un concepto pacífico (75). Tan sólo un aspecto parece claro: su estimación está encaminada a evitar los efectos del concurso real de delitos (76). De aspectos esenciales del tema, como los requisitos o la conveniencia de su regulación legal, no nos ocuparemos en esta ocasión. Ahora sólo queremos llamar la atención sobre dos extremos: lo primero que nos ha sorprendido es que para evitar siempre los efectos del concurso real de delitos, la doctrina española no ha querido ver en el delito continuado un problema concursal, sino un único delito de estafa, por ejemplo (77); mientras que en

---

(71) STRUENSEE, *Konkurrenz bei Unterlassungsdelikten*, págs. 26-29. Véase *infra*, III *in fine*.

(72) El delito de homicidio (art. 407) y el homicidio imprudente (artículos 565, I y V, 407) son sancionados en nuestro Derecho con penas más graves que la omisión del deber de socorro (art. 489 bis, III).

(73) Véase SAMSON, *Systematischer Kommentar I*, págs. 382-383.

(74) Esta es la argumentación de R. SCHMITT para rechazar el concepto: R. SCHMITT, *Konkurrenz*, pág. 48.

(75) Véase SAMSON, *Systematischer Kommentar I*, pág. 369.

(76) Sobre las desventajas que esta actitud trae consigo advierte JESCHECK, *Lehrbuch*, págs. 582-583.

(77) Véase, por todos, CÓRDOBA RODA, *Comentarios II*, pág. 317: "Por último, en virtud de la institución del delito continuado, vigente en nuestro Derecho positivo extra-legal, se entiende que la comisión de una plu-

la doctrina alemana (78) se habla de *Handlungseinheit* en el sentido del concurso ideal de delitos, en tanto que pluralidad de actos externamente perceptibles a enjuiciar unitariamente. En este sentido, señala Geerds (79): «Conforme al Derecho actual, en este punto praxis y doctrina están totalmente de acuerdo, hay que estimar unidad de acción en casos que no forman una unidad típica ni natural en el sentido ya indicado. Por contra, aquí han de existir varias manifestaciones de voluntad exteriorizadas que infringen la misma norma penal o, en determinadas circunstancias, distintas normas; en estos casos, cada acto no ha de ser particularmente considerado, sino que como *fortgesetzte Tat* forman una unidad».

En segundo lugar, y en íntima conexión con el problema anterior, hemos de estudiar la determinación de la pena en el delito continuado, atendiendo al efecto peculiar que se produce en nuestro Ordenamiento de que dicha figura favorece unas veces y perjudica otra al inculpado, como consecuencia de nuestro anacrónico sistema de penas (80) (una vez más el estudio de un tema

---

ralidad de hechos, efectuada con concurrencia de los requisitos que seguidamente se examinarán, integran una sola infracción punible».

(78) STRATENWERTH, *Strafrecht*, pág. 326.

(79) GEERDS, *Konkurrenz*, pág. 294.

(80) Llegados a este punto, es necesario llamar la atención sobre una figura delictiva que ha atraído en los últimos tiempos la atención de muchos de nuestros penalistas, sobre todo a raíz del artículo de SÁINZ TANTERO en ANUARIO 1971, págs. 649-675. Nos estamos refiriendo al llamado *delito masa*. A mi manera de ver, esta figura sólo ha servido para oscurecer y dificultar el estudio del delito continuado, con el que sólo aparentemente tiene algo que ver. El hecho de que los "perjudicados" por un delito de estafa sean una pluralidad de personas es totalmente irrelevante. No consigo imaginarme la pretensión de querer ver tantos delitos de robo como personas tengan su dinero depositado en el banco asaltado. Que en estos casos estamos ante un único delito que abarca la totalidad de lo robado o estafado no puede ser puesto en dudas. Cuestión distinta es la del requisito del sujeto pasivo único en el delito continuado. Ahí sí puede tener sentido distinguir entre bienes jurídicos personalísimos y los restantes, para exigir la unidad de sujeto pasivo en el delito continuado contra los primeros y no en cambio en el segundo caso (¡pese a lo cual no vemos cómo poder argumentar contra la idea de que también el patrimonio es un bien jurídico personalísimo!). Aquí, sin embargo, hay una pluralidad de actos constitutivos de delito cada uno de ellos. Por eso se habla de *delito continuado* como una ficción encaminada a evitar los efectos del concurso real de delitos. Por todas estas razones podemos decir que mientras el propio *delito masa* no es un problema concursal (muy acertada nos parece la intención de REOL de diferenciar el sujeto pasivo masa en el delito continuado y el sujeto pasivo masa en el simple delito de estafa: REOL SUÁREZ, A. *El sujeto pasivo masa en los delitos continuados y únicos de estafa*, ANUARIO 1958, págs. 21-32), el delito continuado con diversidad de sujetos pasivos es un problema concursal independientemente de que pueda hablarse de unidad de acción (ficticia) y por tanto concurso ideal de delitos (por ejemplo en los delitos contra el patrimonio) o se rompa la *continuidad* pese a la concurrencia de los restantes requisitos (dado lo personalísimo del bien jurídico atacado: la honestidad, por ejemplo), en cuyo caso habrá que aplicar la norma sancionadora del concurso real. En la literatura española sobre

concurral nos remite a la interpretación de los tipos de la Parte especial); pues la determinación de la pena en el delito continuado pone de manifiesto, al igual que ocurre en otros temas, lo insatisfactorio del sistema de determinación de la pena en el concurso seguido por nuestro legislador. Mientras que la determinación de la pena en el concurso real de delitos, con la posibilidad de triplicar la pena del delito más grave cometido, es excesivamente severo, el límite de la pena correspondiente al delito más grave del artículo 71 para el concurso ideal es excesivamente benigno para adecuar la pena a la gravedad de los hechos en esta modalidad concursal del delito continuado. Así, pues, de la mano de este tema podemos pasar al estudio genérico de la pena en el concurso, de «lege lata» y de «lege ferenda», problema que junto con el de unidad y pluralidad de acciones ya estudiado, constituye la base de todo el concurso, por cuya razón hemos dedicado este extenso apartado de nuestro estudio: «Presupuestos», al análisis de estos dos temas. Pero antes permítasenos un par de consideraciones sobre el delito continuado en el Derecho español.

A mi manera de ver, estimando correcta la solución del concurso ideal de delitos sostenida por la doctrina alemana para el delito continuado, el error en que han podido caer la doctrina y la jurisprudencia españolas de no ver en esta figura una cuestión concursal sino un único delito se deriva fundamentalmente de la regulación del Código penal español de determinados grupos de delitos, concretamente la mayoría de los delitos contra el patrimonio, de su defectuosa técnica de determinación de la pena en base a la cuantía del resultado producido. Este hecho puede verse claramente si se contemplan los efectos penales del delito continuado según que estemos ante un caso de determinación de la «pena por la suma de las diversas infracciones» o «por uno sólo de los delitos cometidos», como ha puesto de relieve Castiñeira (81). Para el primer grupo de casos, se sostiene, habrá que aplicar únicamente la pena correspondiente a la totalidad de lo sustraído; es decir, en este caso es lo mismo apoderarse de una sola vez de la cantidad de 55.000 pesetas que en tres actos sucesivos de apoderamiento (concurriendo, claro está, los restantes requisitos de esta figura del delito continuado). Con este criterio de acumular la cuantía, doctrina y jurisprudencia se dan por satisfechas (82). Para alguno, incluso ello ya supone ir demasiado lejos,

---

el llamado *delito masa*, véanse recientemente, aparte de las obras citadas: A. FERNÁNDEZ ALBOR, *Estudios sobre delincuencia económica*, Barcelona 1978, págs. 47-55; y G. LANDROVE DÍAZ, *Fraudes colectivos*, Barcelona 1978, págs. 27-31 y 61-71, y en general toda la obra (¡muy clarificador!).

(81) M. T. CASTIÑEIRA, *El delito continuado*, Barcelona 1977, páginas 194-200.

(82) El desastroso sistema de determinación de la pena del Código penal español da lugar a la paradoja de que la sumisión de los actos constitutivos del delito continuado al régimen del concurso real de delitos (la norma más severa de nuestro Código, que permite casi triplicar la

pues se basa en una interpretación extralegal en perjuicio del reo (83). A esta corriente de opinión, dominante entre nosotros, no solamente se oculta en esta constelación de supuestos que estamos ante una pluralidad de acciones, sino que además estamos ante una pluralidad de infracciones (por el contrario, parece que estemos ante una única infracción: la norma del delito de estafa

---

pena correspondiente al delito cometido) produzca un efecto más atenuado que la incriminación de quien produce el mismo resultado lesivo en una ocasión (conducta menos grave que la de actuar en varias ocasiones). Esa ha sido la razón fundamental que ha llevado a la doctrina y a la jurisprudencia españolas a ver un único delito (evitando con ello un privilegio absurdo e injusto). De ahí se ha derivado también el efecto peculiar de que la figura del delito continuado produzca en nuestro Derecho unas veces un efecto atenuatorio y otras un efecto agravatorio (cfr. CÓRDOBA RODA, *Comentario II*, pág. 325). Sobre el delito continuado en el Derecho español, véanse, además de las obras citadas: J. ANTÓN ONECA, *Voz "Delito continuado"*, NEJ VI, 1954, págs. 448-465; J. DEL ROSAL, *Sobre el delito continuado (Hurto)*, en "Estudios penales", Madrid 1948, págs. 135-177; CAMARGO HERNÁNDEZ, *El delito continuado*, Barcelona 1951.

(83) Tal es el caso de RODRÍGUEZ DEVESAS "Frente a esta tendencia jurisprudencial a saltar la barrera que para el delito continuado representa el perjuicio del reo, hay que recordar con toda insistencia, que sólo la ley es fuente del Derecho penal en lo que concierne al establecimiento de la responsabilidad criminal, y, por tanto, ninguna construcción puede utilizarse para, contra la voluntad de la ley, elevar a la categoría de delito una falta, o de delito más grave una infracción de menor gravedad. Ya es discutible que se emplee la teoría del delito continuado para 'favorecer', pero en modo alguno es admisible cuando perjudica frente a una aplicación estricta de la ley. Si ésta no se considera justa, modifíquese, pero respétese mientras tanto" (RODRÍGUEZ DEVESA, *Parte general*, pág. 697, nota (47) "in fine"). Reproches como éste carecen en absoluto de fundamento. No es la vía de una "pretendida" interpretación estricta de lo que la ley unívocamente dice (tales conceptos no existen en el mundo del Derecho sino en muy contadas ocasiones) lo que resuelve difíciles problemas interpretativos como el presente. Sólo en conexión con los restantes preceptos penales puede encontrarse una solución satisfactoria y justa (véase ANUARIO 1978, pág. 36, nota 2). La norma del concurso real de delitos (que se desea aplicar dado su aparente efecto atenuatorio en este caso) no puede ser aislada del contexto legal en que se encuentra, y donde aparece como la modalidad más severamente castigada. Las razones de su mayor gravedad han sido puestas de relieve hasta la saciedad: pluralidad de acciones y pluralidad de normas penales lesionadas. En el concurso ideal de delitos estamos también ante una pluralidad de normas penales violadas, y por tanto de delitos; sin embargo, los efectos no son tan graves, dado que el autor sólo actuó en una ocasión (lo que es menos grave para el Derecho aunque el efecto o daño producido sea el mismo). Por otra parte, la unidad de delito (y por tanto ausencia de cuestión concursal) incorpora la idea de unidad de acción (salvo aquellos casos, claro está, donde el tipo en cuestión exige o tolera la pluralidad de acciones), por lo que en los casos de pluralidad de acciones habrá que castigar más severamente que en los de unidad de acción (aunque el daño producido, repetimos, sea el mismo). Por esa razón, es la norma del concurso ideal la que más se adecúa a los casos recogidos entre nosotros bajo el delito continuado. La norma concursal en este caso es más norma de *medición* de la pena que de *determinación*.

que establece la pena X cuando la cantidad de dinero estafado sea Y); la norma concursal aparece así eludida.

La solución propuesta, no parece, sin embargo, extensible al segundo supuesto, donde los tipos no parten de una punición fraccionada atendiendo al efecto cuantitativo del resultado producido. El delito de abusos deshonestos no permite ser fraccionado, según que la víctima haya sido objeto de actos libidinosos en una o siete ocasiones. El marco de la pena del delito de violación no está basado en criterios cuantitativos. Extender a estos supuestos la solución del delito continuado significaría en definitiva no conceder importancia al hecho de que la víctima no fue violada en una ocasión sino en siete. Naturalmente, la tesis de un único delito parece a todas luces insuficiente en esta ocasión, poniendo de relieve lo limitado del concepto de delito continuado acuñado por la doctrina y la jurisprudencia española (84).

Esta y otras razones obligan a cuestionar si es exigida y razonable la solución dada entre nosotros al delito continuado. Que no es legalmente exigida resulta evidente, dada la inexistencia en nuestro Derecho de un precepto sancionador de esta figura, de creación jurisprudencial (85). Sobre lo razonable de una solución u otra, habría mucho que discutir. Lo primero de todo es la cuestión de política criminal, de búsqueda de criterios de medición de la pena racionales y justos. ¿Es lo mismo apoderarse de la misma cantidad de dinero de una sola vez que en una pluralidad de ocasiones? Por supuesto, es esta una pregunta muy compleja que trasciende los límites del Derecho penal y necesita de un estudio de etiología criminal. En cualquier caso, hemos de reconocer que en principio no es lo mismo (86), que el comportamiento reiterado manifiesta una actitud antisocial y predisposición al delito más grave; justificando en este caso un tratamiento penal más severo, salvo en aquellas ocasiones (que, por supuesto, pueden darse) en que dicho comportamiento sólo manifiesta una debilidad caracteriológica, que en ningún caso debe ser objeto de un tratamiento más riguroso. Todo lo cual pone de manifiesto cómo el Derecho penal ha de disponer de unos instrumentos que permitan adaptar la pena conforme a estos criterios de prevención general y espe-

---

(84) No creemos que la solución al problema del delito continuado esté en su regulación legal. Eso sería un error de miopía. Hay que ir a la raíz del problema, y prescindir de la distinción entre unidad y pluralidad de acciones (única diferencia conceptual entre el concurso ideal y real de delitos), sometiendo ambas modalidades al mismo tratamiento penal. Sólo después, a la hora de medir la pena dentro del marco común, se atenderá el hecho de la unidad o pluralidad de acciones, donde la pluralidad tendrá un efecto agravatorio en el sentido del que hablábamos en la nota anterior. Previamente a todo, por supuesto, hay que acabar con el arcaico sistema de penas de nuestro Derecho penal patrimonial en base a la cuantía del daño ocasionado.

(85) CÓRDOBA RODA, *Comentarios II*, pág. 325.

(86) Sobre este extremo ha insistido GEERDS hasta la saciedad. Para más detalle véase *infra*, págs. 26-28.

cial (87). Por estas razones, y otras que podrían aducirse, somos partidarios de someter la figura del delito continuado al tratamiento penal correspondiente al concurso ideal de delitos, sin que a ello quepa objetar razones técnicas, ni de justicia material. Muy por el contrario, el hecho de poder llegar hasta el grado máximo de la infracción cometida, o la más grave en caso de pluralidad, permite adaptar la pena, al menos mejor que la tesis del delito único, a la realidad criminológica subyacente.

Todavía la solución del concurso ideal de delitos no resuelve todos los problemas del delito continuado, si bien al menos nos permite insertar esta figura dentro del tema concursal, pese al criterio de la doctrina y la jurisprudencia españolas. En efecto, cada vez son más las voces que se alzan en Alemania contra la solución del concurso ideal, e incluso contra la supervivencia de la figura del delito continuado (88). Comoquiera que estos problemas se derivan directamente del criterio seguido por la ley para la determinación de la pena en el concurso ideal de delitos, que tanto en España como en Alemania no puede exceder de la correspondiente a la pena de la infracción más grave cometida, y del hecho de que ambos Ordenamientos establezcan un tratamiento penal diferenciado para el concurso ideal y real de delitos (excesivamente atenuado en el primero y demasiado severo en el segundo) en base al criterio, harto dudoso y suficientemente criticado más arriba, de la unidad o pluralidad de acciones, será el estudio de la determinación de la pena en la llamada «concurrency auténtica» el que nos permita proponer soluciones de «lege lata» y «ferenda» para éste y otros problemas concursales. Así, pues, pasemos al análisis del segundo de los pilares fundamentales de la teoría del concurso: la medición de la pena en el concurso ideal y real de delitos.

#### B) *La determinación de la pena en las distintas modalidades del concurso.*

Correlato de la distinción entre unidad y pluralidad de acciones o, mejor dicho, infracción de una pluralidad de normas penales mediante una única acción o mediante varias, es la diferenciación en el tratamiento penal, los distintos criterios a que acudir para determinar la pena en uno y otro caso. En nuestro Derecho, los artículos en cuestión son el 71 del Código penal, que establece la manera de determinar la pena en el concurso ideal

(87) Sobre la determinación y medición de la pena en el concurso, GEERDS, *Konkurrenz*, págs. 327-381; 460-481. Ver también *infra*, págs. 26-28. En general, sobre la medición de la pena en base a sus fines, recientemente, ZIPF, H., *Die Strafzumessung, eine systematische Darstellung für Strafrechtspraxis und Ausbildung*, Karlsruhe 1977, págs. 63-75: "Die Ermittlung und Bewertung der Strafzumessungsfaktoren".

(88) JESCHECK, *Lehrbuch*, pág. 583.

de delitos, y los artículos 69 y 70 para el concurso real (89). Los supuestos de «conurrencia inauténtica» están recogidos en el artículo 68, con una lacónica referencia al delito que establezca mayor pena como excluyente de la aplicación de los demás tipos concurrentes (90). Lo más señalado de nuestro Ordenamiento es que mantenga un régimen diferenciado para los distintos concursos, a semejanza del Derecho alemán, que presenta en este aspecto un parentesco muy estrecho con nuestro Código penal, y a diferencia de otros ordenamientos más avanzados, como los de Suiza y Austria, que tienen superada la distinción como asimismo la propia doctrina científica más competente, partidaria de la *pena única* para ambas modalidades del concurso. Esta doctrina ha visto frustradas sus esperanzas en Alemania con la más reciente reforma del StGB, que ha seguido el criterio tan objetable de continuar diferenciando como hasta ahora (91). A continuación nos ocuparemos de estudiar esta corriente de opinión, por nosotros totalmente compartida, favorable a la superación de seguir sistemas diferentes de determinación de la pena en el concurso ideal y real de delitos, en qué consiste la «pena única» que se propugna y las razones que han llevado a su defensa. Finalmente, estudiaremos la regulación vigente, evitando en lo posible los defectos que la aquejan, derivados sobre todo de una aplicación mecánica de las normas sancionadoras en cuestión.

---

(89) Art. 71: "Las disposiciones del artículo anterior no son aplicables en el caso de que un solo hecho constituya dos o más delitos o cuando uno de ellos sea medio necesario para cometer otro. En estos casos se impondrá la pena correspondiente al delito más grave en su grado máximo, hasta el límite que represente la suma de las que pudieran imponerse, penando separadamente los delitos. Cuando la pena así computada exceda de este límite se sancionarán los delitos por separado".

Artículo 69: "Al culpable de dos o más delitos o faltas se le impondrán todas las penas correspondientes a las diversas infracciones para su cumplimiento simultáneo, si fuera posible por la naturaleza y efecto de las mismas".

Art. 70: "Cuando todas o algunas de las penas correspondientes a las diversas infracciones no pudieran ser cumplidas simultáneamente por el condenado, se observarán, respecto a ellas, las reglas siguientes: 1) En la imposición de las penas se seguirá el orden de su respectiva gravedad para su cumplimiento sucesivo por el condenado en cuanto sea posible, por haber obtenido indulto de las primeramente impuestas o por haberlas ya cumplido... 2) No obstante lo dispuesto en la regla anterior, el máximo de cumplimiento de la condena del culpable no podrá exceder del triple del tiempo por que se le impusiera la más grave de las penas en que haya incurrido, dejando de extinguir las que procedan desde que las ya impuestas cubran el máximo del tiempo predicho, que no podrá exceder de treinta años...".

(90) Art. 68: "Los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos de este Código lo serán por aquél que aplique mayor sanción al delito o falta cometidos".

(91) Sobre la discusión en torno a este punto en la reforma del StGB, véase, por todos, R. SCHMITT, *Konkurrenz*, págs. 193-196, que dedica toda la segunda parte de su artículo (págs. 196-219) a defender la tesis de diferenciar legalmente entre unidad y pluralidad de acciones, pero no en el tratamiento del concurso ideal y real de delitos (pág. 219).

El artículo 69 establece la pena correspondiente a la suma de las señaladas para todos los tipos realizados. En este sentido se habla de *pena total* (en Alemania se emplea el término «Gesamts-trafe», con el que se alude a la determinación de la pena en el concurso real), si bien en el artículo 69 se establecen una serie de criterios correctores de la pena así señalada, cuales son el triple de la correspondiente a la sanción de la infracción más grave cometida y el límite general de treinta años. En cambio, el artículo 71 no permite sobrepasar el límite superior de la pena correspondiente a la infracción más grave cometida. Pese a ser varias las infracciones, la pena a aplicar no podrá exceder del límite máximo de una de ellas, la más grave, excluyéndose en este sentido las demás infracciones realizadas. Por esta razón, se habla de *pena única* («Einheitstrafe»). Pues bien, se trata de introducir en el concurso real de delitos el mismo sistema de la «pena única» vigente en el concurso ideal de delitos, aunque con algunas correcciones. Veamos someramente algunas de las razones que han llevado a tratar de hacer desaparecer la diferencia de tratamiento.

Para seguir un cierto orden, empezaremos por aquellas razones de tipo dogmático conforme a las cuales se sentó la diferencia entre el concurso ideal y real de delitos. En este punto, todo está muy claro, habiendo llegado a la conclusión de que no tiene sentido el esfuerzo por distinguir los conceptos unidad de acción-pluralidad de acciones, cae por tierra el fundamento dogmático sobre el que se hacía descansar el tratamiento diferenciado de una y otra modalidad concursal. En este sentido, sería lamentable extraer consecuencias tan graves para el destino de las personas, como es la determinación de la pena, de criterios tan formales e irrealizables como los de unidad y pluralidad de acciones, basados en la más recalcitrante *jurisprudencia de conceptos* (92). Lógicamente, al caer por tierra la distinción unidad de acción-pluralidad de acciones, tenía que hacerlo al mismo tiempo la distinción entre concurso ideal y real de delitos (y por ende el tratamiento penal diferenciado). Como ya hemos tenido ocasión de ver alguna vez, hay casos excepcionales en que la infracción de una pluralidad de normas mediante una serie de actos (unidad de acción) es tan grave como la pluralidad de acciones, en cuyo caso sería absurdo castigar más severamente el concurso real que el ideal. Por supuesto que no siempre será así, pero puesto que estos casos pueden darse el legislador ha de proporcionar al intérprete una norma suficientemente flexible como para poder adaptarla a la gravedad de los hechos, concretamente en el concurso: la *pena única* (93).

Pero, además, existen otras razones distintas a la posibilidad de distinguir los criterios establecidos para una y otra norma con-

---

(92) Ver *supra*, págs. 28-29.

(93) Esta es la única forma de solucionar el problema del *delito continuado*.

cursal, sobre todo contrarias al sistema de la *pena total*. El camino que parte de cada una de las penas individuales para desembocar en la pena total obliga a una operación de contabilidad formalista y superficial, totalmente incomprensible para quien la ve desde fuera, en la que la pena total «parece» estar en relación con la suma de cada una de las penas en particular (94). No es el camino de la simple suma de las penas correspondientes a las infracciones cometidas, de «aritmética penal», en frase feliz de Maurach (95), el más adecuado a los fines de la pena. Muy por el contrario, sólo una valoración de la culpabilidad del autor, manifestada en sus actos (aunque se trate de una pluralidad) permitirá obtener una pena racional y politicocriminalmente ajustada: «En la concurrencia real se trata precisamente de obtener una valoración correcta de la total personalidad del autor: ante una pluralidad de hechos punibles ha de preguntarse el juez en primer lugar dónde se encuentra el defecto en la personalidad del delincuente que le hace reincidir. No tiene sentido oscurecer esta cuestión esencial mediante la medición de cada pena en particular, incorrecta cada una en sí misma y que sólo en la pena total son corregidas» (96). Y enseguida concluye Jescheck (97): «En lo fundamental es el pensamiento de la culpabilidad material el que reclama igual tratamiento en la medición de la pena para ambas modalidades del concurso; esta idea subyacía también al Proyecto Radbruch y a todos los que le siguieron. No tengo por correcto retroceder de este nivel alcanzado en larga tradición de una medición de la pena ajustada a la personalidad, y conectar de nuevo con los Proyectos anteriores a la pasada guerra mundial».

Geerds ha sintentizado con gran brillantez la tensión entre los dos polos de la relación cursal. Los dos pilares sobre los que se hacía descansar todo el concurso aparecen bastante maltrechos: «Por eso no se parte en el Derecho actual de los conceptos de unidad y pluralidad de acciones, sino que se les determina de la mano de las diferentes consecuencias penales establecidas para el concurso real e ideal. Este camino en el que el resultado se convierte en presupuesto, que a su vez debe o puede influir negativamente en los resultados, es erróneo politicocriminalmente. El jurista no puede negar formalmente, de la mano de criterios externos, la continuidad del acontecer de la vida y su unidad condicionada por la persona del delincuente, lo que ocurre con la constitución de la 'Strafanwendungsmehrheit'. Ya Beling concibió mediante la 'Einheit des Bildes' la esencia de esta manifestación continuada de la voluntad. Pero, sobre todo, hay que recordar las oportunas palabras de Radbruch: «Das Leben und der Mensch sind so wenig aus einzelnen Handlungen zusammengesetzt, wie das

(94) JESCHECK, *Konkurrenz*, pág. 543.

(95) MAURACH/GOSSEL, *Strafrecht*, A. T. II, pág. 344.

(96) JESCHECK, *Konkurrenz*, pág. 543.

(97) JESCHECK, *Konkurrenz*, pág. 544.

Meer aus Wellen». Sólo una consideración superficial puede dejar de ver la continuidad de los hechos que fundamentan la unidad para el Derecho de la persona del delincuente, lo que debe conducir a tratar el comportamiento delictivo total de un único autor como una unidad. Aquí tiene sentido el concepto de Unidad, porque tenemos ante nosotros una pluralidad de delitos que, sin embargo, valoraremos como unidad en la punición del delincuente» (98).

Dos objeciones, fundamentalmente, se han hecho a esta concepción (99). En primer lugar, que existe el peligro de que el juez no se preocupe demasiado de constatar la realización de cada uno de los tipos («Ungenauigkeit in der tatbestandlichen Feststellung»). En segundo lugar, se señala la incidencia en un «derecho penal de autor» (*Täterstrafrecht*). Reconociendo los efectivos peligros que dichas objeciones encierran, hay que repetir que el juez no tiene por qué caer en los indicados defectos. Téngase en cuenta que en el concurso ideal el juez siempre tendrá que justificar la pena en base a la constatación de los tipos realizados y sus relaciones entre sí. Como acertadamente señala R. Schmitt (100), de este peligro tampoco está libre el sistema actualmente imperante. Con la exigencia señalada, de constatación de los tipos realizados, se evitan las consecuencias de las objeciones hechas. Lo que sí ocurre con el sistema de la «pena única» es que se amplía el marco dentro del cual puede moverse el juez, sin que por otra parte se le fijen unos criterios estrictos (como ocurre en la actualidad) conforme a los que determinar la pena (101). Salvados los peligros de atender a factores irracionales en la medición de la pena, no tenemos nada que objetar a la ampliación del ámbito de movimiento del juez; muy por el contrario, se posibilita una medición de la pena más racional, permitiéndose la solución de una serie de problemas que afectan a la materia concursal, como el espinoso tema del delito continuado (sobre este extremo hemos de volver) (102), que hoy por hoy son irresolubles conforme a las normas reguladoras del concurso.

Analizando los criterios que la doctrina alemana estima que han de ser tenidos en cuenta para el establecimiento de la *pena única*, pueden hacerse dos observaciones. La primera, cómo con este sistema se obtienen mejores resultados en la solución de los múltiples problemas que el concurso ha creado en la interpretación de la ley y que, conforme al sistema actualmente vigente, carecen de solución adecuada. En segundo lugar, con ello se perfecciona un sistema ya seguido por la jurisprudencia alemana para evitar los efectos a que una aplicación estricta de la ley conduce. Que se trate de una figura del llamado *Richterrecht* o que

---

(98) GEERDS, *Konkurrenz*, págs. 433-434.

(99) R. SCHMITT, *Konkurrenz*, págs. 197-199.

(100) R. SCHMITT, *Konkurrenz*, pág. 198.

(101) Véase *infra*, págs. 39-41.

(102) Véase *infra*, pág. 26.

no sea más que un producto de la operación de «concreción» de la ley, es decir, dentro de los márgenes de la misma, no interesa en este lugar (103). Lo que sí es importante es el esfuerzo de «lege lata» para obtener soluciones satisfactorias. Veámos esto más explícitamente. Según Jescheck, aunque se sea partidario de mantener una pena distinta para el concurso ideal y real de delitos, no obstante la del primero debería establecerse de la siguiente forma, conforme al modelo del § 39 del Proyecto de 1913, o del § 32 del de 1919: «Si se ha de aplicar una pluralidad de normas penales sobre el mismo hecho, la pena ha de ser determinada conforme a la Ley que amenaza con la pena más grave y, en caso de diversidad de las mismas, con la categoría más severa; sin embargo, no podrá estimarse una pena menos grave o una categoría más leve que alguna de las establecidas en las restantes normas aplicables. Deberán o podrán estimarse penas accesorias, consecuencias secundarias y medidas de corrección y seguridad, aunque sólo estén previstas en alguna de las leyes aplicables» (104). Y señala a continuación: «Con ello se formularía la regla que entretanto ha encontrado el § 73 mediante el *Derecho de creación judicial* y que, como ya se indicó, sólo se distingue en dos puntos del § 74 (concurso real): en la forma y manera de determinar la pena principal y en el límite máximo de la pena resultante». Si a dicha regulación se añade la elevación de la pena más allá de la correspondiente al delito más grave, se habrá obtenido una solución al concurso ideal de delitos muy satisfactoria, pese a mantenerse la diferencia de tratamiento con el concurso real (105).

La solución propuesta por Jescheck y ya practicada por la jurisprudencia alemana, salvo en lo que se refiere a la pena máxima, en cuyo extremo el StGB es estricto, es de gran importancia y la que mejor se amolda a nuestra concepción de la función concursal. Dicho con otras palabras: la pena correspondiente al concurso ideal de delitos no será exactamente la del delito más grave en su grado máximo, como podría derivarse de una interpretación estricta de nuestro artículo 71, sino una pena cuyo marco estaría constituido por el grado máximo de la pena correspondiente al delito más grave, y el mínimo por una pena que no fuese más leve que ninguna de las correspondientes a los preceptos penales violados restantes (*criterio de la combinación*) (106); solución que,

(103) Ver *infra*, b.

(104) JESCHECK, *Konkurrenz*, págs. 541-542.

(105) JESCHECK, *Konkurrenz*, pág. 546.

(106) Véase por todos SAMSON, *Systematischer Kommentar*, pág. 364: «El principio de la combinación lleva a una unificación de las sanciones correspondientes a los distintos tipos realizados por el autor. La Ley sigue el principio de la combinación tanto en la unidad de acción (§ 52, II-IV) como en la pluralidad de acciones del § 53, III. Así, en el caso de la lesión de varios preceptos mediante una acción la pena ha de ser tomada de la Ley que establezca la sanción más grave, pero sin que pueda rebasar el límite inferior de las restantes penas. Según el § 52, IV, hay que atender también a la amenaza de penas accesorias, consecuen-

por otra parte, no choca con la lógica ni con los criterios racionales de determinación de la pena. Dentro de ese marco, más amplio del que se presenta en un supuesto normal, el juez puede moverse con libertad. Así, pues, *en el concurso ideal de delitos el juez no tiene necesariamente que castigar en el grado máximo de la pena correspondiente al delito más grave*. La norma del concurso aparece, pues, flexibilizada (107).

Para completar la panorámica, veámos, aunque sólo sea esquemáticamente, cómo se ha propuesto la regulación de la pena única para ambos concursos. Ante todo, hay que señalar que la pena única no hace necesariamente superflua la distinción entre ambas modalidades concursales, pues siempre será significativo para determinar la pena dentro del amplio marco señalado con anterioridad, el hecho de que el autor haya realizado distintos tipos penales mediante una o varias acciones (108).

En cuanto al límite máximo de la «pena única», se estima conveniente establecerlo más allá del máximo de la pena correspondiente al delito más grave. Por lo que se refiere al *concurso real*, no hay nada que añadir sino que con el sistema de la pena única se rompe el *principio de la asperación* (que se corresponde con la *pena total*) (109). La pena única significa una atenuación del severo y criticado régimen de la *pena suma*, y su adaptación a la idea de «Fines de la pena» y de una «política criminal racional». Sin embargo, por lo que se refiere al *concurso ideal de delitos*, representa un régimen más severo que el actual, ya que permite ir más allá del grado máximo de la pena correspondiente al delito más grave. Dicha solución es muy satisfactoria, pues precisamente el régimen actual no permite atender a muchas de las exigencias de política criminal que aparecen en alguno de los casos que caen en

---

cias penales y medidas previstas en las restantes normas. Al principio de la combinación subyace la idea de que un autor no puede beneficiarse, mediante la lesión de una norma más grave, del límite inferior de la pena o de una pena accesoria, etc., contenidas en otras de las normas violadas”.

(107) Ver *infra*, III, especialmente la nota (241).

(108) Con ello se pone de relieve la proximidad de las posiciones de GEERDS y R. SCHMITT. Si GEERDS cuestiona la conveniencia de distinguir entre unidad y pluralidad de acciones, lo hace para poder criticar el sistema actualmente vigente de diferenciar a la hora de determinar la pena en el concurso ideal y real de delitos. Aceptada la idea de la pena única para ambas modalidades, no habrá inconveniente en atender a la unidad y pluralidad de acciones en el momento de la medición de la pena.

(109) Ver por todos, SAMSON, *Systematischer Kommentar*, pág. 364: “El *principio de la asperación* lo desarrolla la Ley en el § 53 para la lesión de varias normas mediante una pluralidad de acciones. Según aquél se establece una pena especial para cada lesión. La pena a aplicar en definitiva no consiste sin embargo en la suma de cada pena así establecida. Por el contrario, se elevará la más alta de las penas así establecidas (§ 54, I, 1). La pena total hallada no puede alcanzar la suma de todas las penas individuales (§ 54, II, 2). También ha unido la Ley este principio con el de la combinación, cuando en el § 53, II, con la remisión al § 52, IV, ordena la consideración de las penas accesorias, consecuencias y medidas establecidas en las restantes normas.

su ámbito. Piénsese, por ejemplo, en quien de un disparo lesiona a dos personas. En este caso, la pena sólo podrá alcanzar el grado máximo de la correspondiente a un único delito de lesiones, pese a ser dos las víctimas; es decir, la misma pena de quien sólo lesiona a una persona concurriendo alguna circunstancia agravante. Otro tanto podría decirse del delito continuado (110).

Por lo que se refiere al indicado límite máximo, se señala por unos en el doble de la pena correspondiente a la del delito más grave (111), mientras que para otros es suficiente con la mitad (112). En cualquier caso, como es lógico, dicho límite máximo no podrá sobrepasar del correspondiente a la suma de las penas individuales ni, en su totalidad, de quince años (ambos límites referidos a las penas privativas de libertad). Como puede verse, se trata de un régimen menos severo que el establecido en nuestro artículo 69, que cifra el máximo en el tripo y en treinta años de reclusión, lo que resulta excesivo (nuestro Código penal sigue el *principio de la asperación y la acumulación*) (113).

Desgraciadamente no podemos detenernos en otros puntos muy interesantes de las reformas propuestas, como los relativos a la medición de las penas distintas a las privativas de libertad (multa) o de las medidas de seguridad, como asimismo las consecuencias procesales que se derivarían de la pena única (114). Tan sólo queremos hacer referencia a una cuestión procesal en íntima conexión con la materia estudiada. Se trata del juicio de revisión, o mejor, de los efectos de la *Cosa juzgada* en el concurso.

Cortés Domínguez (115) ha estudiado el efecto de la Cosa juzgada en las modalidades concursales del delito continuado y del concurso ideal de delitos. La solución propuesta por este autor es la siguiente: hay que rechazar la opinión doctrinal que parte

(110) Ver *supra*, págs. 24-29, notas (80), (82), (83) y (84).

(111) Como, por ejemplo, JESCHECK, pág. 546.

(112) Entre otros, R. SCHMITT, *Konkurrenz*, pág. 194.

(113) Por todos, SAMSON, *Systematischer Kommentar*, págs. 363-364: "Según el llamado *principio de la acumulación*, se establece una pena independiente para cada lesión; las penas resultantes se suman. La Ley (con excepción de la pena de cadena perpetua en los casos de pluralidad de acciones) no sigue este principio. El rechazo del principio de la acumulación reside en las siguientes consideraciones: En las penas privativas de libertad la medida del padecimiento no aumenta lineal a medida que crece la duración, sino progresivamente. Un año de privación de libertad, ejecutada inmediatamente después del cumplimiento de otra pena privativa de libertad durante dos años, pesa sobre el inculpaado más duramente que la ejecución aislada de una pena privativa de libertad durante un año. Además, la adición de múltiples penas de prisión temporal llevaría en muchos casos prácticamente a una pena de cadena perpetua, y con ello a una pena cualitativamente diferente. La adición de penas individuales subyacentes al principio de la acumulación sería más duro para el inculpaado de lo que corresponde a una pura adición".

(114) Sobre estos extremos, exhaustivamente, GERDS, *Konkurrenz*, págs. 342-422.

(115) V. CORTÉS DOMÍNGUEZ, *La cosa juzgada penal*, Bolonia, 1975, págs. 134-142.

del carácter ficticio del delito continuado, como consecuencia de lo cual «cada hecho constitutivo de esta modalidad delictiva necesitará para ser acusado de una nueva acción procesal»; lo que significa «la posibilidad de proceder y condenar por hechos cometidos antes de la sentencia, cuyo conocimiento ha sido posterior a ella». Por contra, señala, el delito continuado constituye una «unidad jurídica» por la que se insertarán en la Cosa juzgada «todos los hechos, aunque no se hubieran acusado y se hubieran descubierto con posterioridad» (116). Para Valentín Cortés son abarcados por el efecto de la Cosa juzgada «los hechos acusados y aquéllos que podían haberlo sido y no lo fueron, y que entran dentro del contexto temporal que va desde el primer hecho hasta el momento de la acusación» (117).

Por lo que se refiere al concurso ideal, el razonamiento de Cortés Domínguez es que «existiendo identidad al menos parcial de los hechos típicos de ejecución existe identidad de hechos, no cabe duda de que procesalmente estaremos ante el mismo hecho». El punto de partida, que parece corresponderse con el de «unidad de acción», no es válido a los efectos de la Cosa juzgada, ya que «el problema en el concurso ideal se presenta de otra manera, pues en él estamos ante dos hechos distintos (?); la acción iniciada del Ministerio fiscal por la muerte de una persona, no abarca el hecho de las lesiones a otra aunque estas lesiones se hayan cometido por la misma acción» (118). Para Cortés Domínguez, hay que distinguir dos aspectos de la acción penal (procesal) a los efectos del concurso ideal. Por una parte, no hay inconveniente en que acusado un sujeto por un delito de homicidio sea condenado por dos homicidios, ya que la acción penal es la misma y «no ha podido producir indefensión a la parte acusada el que ahora se le acuse por otro delito». Por otra, sin embargo, el efecto de la Cosa juzgada, que impide volver a acusar a aquél por un delito de asesinato (en lugar del homicidio por el que ya ha sido condenado), no afecta al hecho de si acusado «por un delito de homicidio en la persona de A, se pueda acusar nuevamente, por el mismo hecho, en concurso ideal, por la muerte de B, no negando que se haya producido la muerte del primero» (119).

La solución de este problema está condicionada por la correcta delimitación de qué se entienda por *hecho procesal*, independientemente de que éste se haga coincidir o no con el de hecho material. Así, por ejemplo, para Geerds el interés a los efectos de estimar la Cosa juzgada no ha de recaer sobre el objeto procesal mediante la acusación (120).

El significado de este criterio elaborado por Geerds como reacción frente a la doctrina dominante en Alemania tendente a iden-

(116) CORTÉS DOMÍNGUEZ, *La cosa juzgada*, pág. 136.

(117) CORTÉS DOMÍNGUEZ, *La cosa juzgada*, pág. 137.

(118) CORTÉS DOMÍNGUEZ, *La cosa juzgada*, págs. 140-141.

(119) CORTÉS DOMÍNGUEZ, *La cosa juzgada*, págs. 141-142.

(120) GEERDS, *Konkurrenz*, págs. 400-409.

tificar el concepto de «unidad de acción material» con el efecto de la Cosa juzgada (*Rechtskraft*), reside en que con él parece evitarse el conflicto entre la idea de seguridad jurídica a que, en definitiva, sirve la institución de la Cosa juzgada (121), con la idea de justicia material, que puede verse deteriorada con un entendimiento del problema como el realizado por la doctrina dominante. El significado de la distinción establecida puede verse en los siguientes ejemplos: sería absurdo acudir a la Cosa juzgada para impedir el posterior procesamiento del autor de un homicidio por haber sido acusado ya y condenado por un delito de inhumación ilegal; o del inductor a un delito de asesinato por haber sido ya procesado por el delito de omisión de denunciar la comisión de aquel asesinato, y del que fue absuelto (122). Como argumenta Geerds (123): «Según nuestra opinión, el homicidio en el caso señalado representa un nuevo tipo a los efectos procesales, que con su propio contenido de injusto se desgaja del marco de la anterior acusación, por la que fue objeto de aquel proceso. No se produce el efecto de Cosa juzgada, siendo posible un nuevo proceso, pues las circunstancias que corporizan jurídicamente el homicidio eran desconocidas por aquel tribunal, no pudiendo ser tratada al no haber sido recogidas en la acusación y, por tanto, en la apertura del proceso».

El acusado que ha sido condenado por un delito de robo (ya que portaba un arma que llegó a disparar) no podrá volver a ser acusado por un delito de tentativa de homicidio, pues el tribunal debió analizar las circunstancias conocidas del primer proceso que vuelven a ser objeto de la acusación que por segunda vez se intenta, y que choca con el impedimento de la Cosa juzgada (124). No, en cambio, quien habiendo sido condenado por una infracción en materia de caza es acusado con posterioridad de haber causado dolosamente la muerte de su padre con uno de aquellos disparos, pues aquí surgen nuevas circunstancias desconocidas con anterioridad (125). Este ejemplo es similar al propuesto por Cortés Domínguez para el concurso ideal: la solución dada por Geerds, la misma. Hasta aquí el aspecto material del problema. Cuestión distinta es la de la viabilidad procesal.

Desde el punto de vista procesal, difícilmente podrá conseguirse lo que Geerds pretende en el Derecho alemán y Cortés Domínguez en el español. Ambos Ordenamientos procesales carecen de los medios adecuados a esta finalidad. En el Derecho alemán sólo excepcionalmente está permitida la revisión en perjuicio del reo, y en el español en ningún caso. Una vía para salir de este callejón sería la de no considerar idénticos los conceptos de hecho procesal y hecho material, por lo que la Cosa juzgada sólo afec-

---

(121) GEERDS, *Konkurrenz*, pág. 397.

(122) GEERDS, *Konkurrenz*, pág. 410.

(123) GEERDS, *Konkurrenz*, pág. 411.

(124) GEERDS, *Konkurrenz*, pág. 412.

(125) GEERDS, *Konkurrenz*, pág. 413.

taría al tema que ha sido incluido en el hecho procesal ya enjuiciado, pero no a uno nuevo, aunque el hecho material (*Strafttat*) sea el mismo. No es este el lugar de estudiar el concepto de «Straftat» a efectos procesales, que en ningún caso puede estar tan desvinculado del hecho material como pretenden ambos autores. Lo que sí puede afirmarse rotundamente en este momento es que un nuevo proceso en los casos del concurso ideal y de leyes traería más daño que utilidad, y resultaría flagrantemente vulnerado el principio *ne bis in idem* de predominante carácter procesal, pese a lo que puedan impresionar las razones de justicia material que traslucen los ejemplos expuestos más arriba.

Conforme al criterio señalado, y con el que hemos analizado diversos supuestos de «unidad natural y psicológica de acción», hay que tratar las restantes modalidades concursales. Por eso, hay que negar el efecto de Cosa juzgada en el delito continuado, como lo entiende Cortés Domínguez, de extender la ficción del delito continuado a la Cosa juzgada. El efecto de la Cosa juzgada no se extiende a los distintos actos que lo componen, «aunque no se hubieran acusado y se hubieran descubierto con posterioridad». Un nuevo procedimiento por estos actos, siempre que sean relevantes para el injusto (afecten en definitiva a la determinación de la pena) y no se oponga a ello el principio de oportunidad (126), es posible, no operándose sobre ellos el efecto de Cosa juzgada. «Ha de rechazarse el efecto de Cosa juzgada sobre los actos desconocidos del delito continuado. Los actos particulares han de ser considerados, en las circunstancias señaladas, como procesalmente independientes, pudiendo ser por ello objeto de un nuevo proceso penal» (127).

Lo mismo puede decirse del concurso real de delitos y de los casos de *Klammerwirkung*, donde una pluralidad de acciones (Derecho material) pueden ser objeto de un único acto procesal, pero no a la inversa, pues según veíamos, una unidad material de acción no puede ser objeto de una pluralidad de actos procesales: «Desde nuestro punto de vista, podemos suponer una pluralidad de acciones independientes como una unidad procesal (*Prozessgegenstand*), cuyo ámbito aparezca diferenciado del objeto designado e individualizado en la acusación y en la apertura del proceso, y que por tanto es independiente de los conceptos de Derecho material y del de unidad de acción» (128).

Pero volvamos al tema de nuestro estudio, el marco y la determinación de la pena en el concurso. Como hemos apuntado con anterioridad, la idea que ha dirigido el esfuerzo doctrinal en la determinación de la pena ha sido la de «pena única», que se exige de «lege ferenda» y a la que tratamos de aproximarnos de «lege lata». A esta meta han estado encaminadas doctrinas y ju-

---

(126) GEERDS, *Konkurrenz*, págs. 413-420.

(127) GEERDS, *Konkurrenz*, pág. 420.

(128) GEERDS, *Konkurrenz*, pág. 420-421.

risprudencia en Alemania. En este lugar, no obstante, hemos de ocuparnos del trato diferencial para ambas modalidades de la concurrencia, aunque sólo sea para señalar lo inadecuado de mantener la diferencia de trato penal (129).

Partiendo de la verdadera caracterización de la norma del concurso ideal de delitos (art. 71 Código penal) como pluralidad de infracciones, hay que atender a la totalidad de las sanciones correspondientes a las infracciones cometidas. En este sentido, la alusión del texto legal a la «pena correspondiente a la infracción más grave en su grado máximo» sólo sirve para señalar el límite superior hasta donde puede llegar el juez en la determinación de la pena. Ello, sin embargo, no quiere decir que aquél haya de aplicar única y exclusivamente la pena correspondiente a dicho límite. Así, pues, queda por determinar el límite mínimo del marco de la pena correspondiente al concurso ideal y los criterios que puedan ser tenidos en cuenta por el juez para determinar la pena en concreto, dentro del marco situado entre el límite máximo y mínimo a que ya hemos aludido. No es el *principio de la absorción*, sino el de la *combinación*, el que subyace a la esencia del concurso ideal de delitos (130).

Sobre cuál haya de ser la pena a estimar como la más grave no vamos a detener en esta ocasión (131): sí, en cambio, nos interesa repetir que la pena en concreto no será única y exclusivamente aquélla. «El marco de la infracción más grave así elaborado y decisivo para el concurso ideal según el § 73, no determina única y definitivamente las consecuencias jurídicas, sino en general sólo la clase y el límite máximo de la pena principal. Junto a él actúan también las restantes leyes infringidas» (132).

Ahora bien, la pena concretizada dentro del marco correspondiente a la infracción más grave no puede dar por resultado que de hecho se aplique una pena situada por debajo de la correspondiente a la pena principal prevista en las restantes normas penales que concurren idealmente, ya que en ese caso el delincuente resultaría absurdamente privilegiado, lo que contradice la voluntad de la ley. A este espíritu responde con gran precisión el artículo 50 de nuestro Código penal (133).

(129) *In extenso*, GEERDS, *Konkurrenz*, págs. 327-344 y 460-481.

(130) SAMSON, *Systematischer Kommentar*, pág. 364: “Según el *principio de la absorción*, sólo se impone una pena: la correspondiente a la amenaza penal más severa. Si se infringe varias veces la misma norma, el Tribunal impondrá asimismo una pena, dentro del marco de la Ley penal violada. El principio de la absorción se desarrolla en el § 52 para el caso de la pluralidad de lesiones de la misma Ley mediante una única acción. Para la lesión de una pluralidad de normas diferentes mediante una única acción rige el principio de la combinación”. *Supra*, pág. 22, nota (106).

(131) Véase GEERDS, *Konkurrenz*, págs. 327-333.

(132) GEERDS, *Konkurrenz*, pág. 331.

(133) El art. 50 Código penal, situado en el mismo Capítulo que regula las normas del concurso (Cap. V: “De la medición de las penas”), es una norma *correctora* de la concursal, por lo que no puede ser aisla-

Finalmente, hay que afirmar cómo el juez puede estimar otras penas accesorias, consecuencias secundarias o medidas de seguridad, siempre que estén previstas en alguna de las normas concurrentes. A los efectos de la reincidencia, por supuesto, operan todas las infracciones cometidas, pues sería absurdo negar la realización de una infracción por el simple hecho de haberse cometido junto con otras más graves (134).

Pasemos al concurso real. El legislador español ha tenido el acierto de no hablar en el artículo 69 de pluralidad de acciones para caracterizar el concurso real. Conforme con la crítica realizada al concepto de pluralidad y unidad de acción, se refiere mejor al de pluralidad de delitos. En relación con el artículo 71, puede decirse que el concurso real prevé supuestos de pluralidad de infracciones penales mediante una pluralidad de acciones independientes o «actos» (a diferencia del concurso ideal, caracterizado a su vez por la pluralidad de infracciones y la unidad de «hecho»). En su seno se incluyen tanto el concurso real heterogéneo (las infracciones cometidas son distintas) como el homogéneo (los diversos hechos representan la lesión de la misma norma penal) (135).

Sobre los aspectos procesales del concurso real (136) no podemos ocuparnos en esta ocasión. La característica fundamental del concurso real, por lo que se refiere a la pena, es que no se procede a la imposición de una pena única, sino la resultante de sumar las

---

damente interpretada. Veamos su función, de la mano de un ejemplo. Concretamente del estudiado por GIMBERNAT ORDEIG en *Estudios de Derecho penal*, págs. 153-162, ya citado. El delito que empieza en asesinato y acaba en homicidio es un problema concursal. Las normas implicadas son las sacionadoras de la tentativa de asesinato y del homicidio consumado. La solución propuesta por GIMBERNAT es la de castigar por el delito consumado de homicidio en su grado máximo, en virtud de la aplicación de la norma del concurso ideal de delitos. La solución a que llega GIMBERNAT es la correcta. La aplicación del art. 71, sin embargo, no. La aplicación del art. 71 exige tomar la pena del marco correspondiente al delito más grave. El delito más grave en este caso es indudablemente el asesinato y no el homicidio como estima GIMBERNAT. Por las razones que después veremos (*infra*, III), el art. 71 amplía el marco de la pena concreta correspondiente al delito cometido. Ello quiere decir que en un caso como el presente la Ley no obliga al juez a imponer la pena inferior en uno o dos grados al delito consumado (arts. 51 y 53, delito intentado y frustrado), sino que excepcionalmente, para tener en cuenta que el autor junto con ese delito ha infringido otras normas, le permite recorrer toda la escala del delito en cuestión, en este caso la del asesinato consumado. Es entonces, para evitar una consecuencia tan grave como la de equiparar el asesinato intentado al consumado, cuando interviene la norma del art. 50, I, que *obliga* a aplicar la pena correspondiente al delito menos grave (homicidio consumado en este caso) en su grado máximo; o sea, que el juez no podrá moverse en toda la escala correspondiente al homicidio, sino que estará obligado a aplicar el grado máximo del homicidio consumado. Por esta razón hemos afirmado que el artículo 50 es una manifestación legal de lo que en la doctrina alemana se llama "Sperrwirkung des mildereren Gesetzes".

(134) GEERDS, *Konkurrenz*, pág. 332.

(135) GEERDS, *Konkurrenz*, pág. 335.

(136) Exhaustivamente, GEERDS, *Konkurrenz*, págs. 353-422.

correspondientes a todas y cada una de las infracciones cometidas (*Gesamtstrafe*), si bien con precisas limitaciones.

Es de subrayar, en primer lugar, que a diferencia de lo que ocurría en el concurso ideal, la pena se formará mediante el aumento de la correspondiente al delito más grave, cuyo límite máximo puede rebasarse. Para la formación de la pena, se ha de proceder en primer lugar a indicar cada una de las correspondientes a los hechos realizados, determinándose su marco. La determinación de la pena más grave no se distingue de la correspondiente de concurso ideal de delitos. Una vez determinada la misma, se pasa a la formación del marco del concurso real. Sobre la pena más grave establecida, se procederá a la suma de las penas correspondientes a las restantes infracciones. La adición en cuestión tiene dos límites máximos, según el párrafo 2 del artículo 70: el triple del tiempo de la pena base, por un lado; y treinta años por otro. Por lo que se refiere al límite mínimo, que no aparece expresamente señalado en la Ley, hay que subrayar de manera semejante a como hacíamos con el concurso ideal que está constituido por el límite máximo del marco de la pena correspondiente a la infracción más grave cometida (*Einsatzstrafe*), ya que la pena del concurso real ha de ser superior a cada una de las penas particulares de las infracciones cometidas. Con los límites máximo y mínimo tenemos determinado el marco de la pena del concurso real.

Todavía se refiere la doctrina a un marco *relativo* del concurso real, que estaría constituido en su límite máximo por la suma total de las penas correspondientes a cada una de las infracciones cometidas (pues la pena del concurso real ha de formar una unidad) y el mínimo por una pena superior al límite máximo de la *Einsatzstrafe*. Con mejor criterio, considera Geerds (137) a estos límites como «reglas de determinación de la pena» (*Strafzumessungsregel*) que no han sido fijados por el legislador (sí, en cambio, en nuestro Derecho para el concurso ideal: art. 71, II y III Código penal) y que vinculan al juez tras la determinación de cada una de las penas particulares. De cualquier forma, el juez ha de respetar dichos límites.

Por lo que se refiere a la concreta medición de la pena dentro de los límites señalados para el concurso ideal y real, hay que atender a los siguientes criterios que someramente pasamos a exponer. En cuanto al concurso ideal, hay que tener en cuenta las distintas normas idealmente concurrentes que aumentarán la pena dentro de los límites de la clase y marco del delito más grave. Si bien el juez no está obligado a ello, su decisión no será correcta si infundadamente deja de tener en cuenta las diversas normas concurrentes (138). Como ya hemos señalado, la agravación o atenuación estará condicionada por las particularidades concurrentes en el caso, a cuyo servicio ha permitido el legislador el amplio margen de mo-

---

(137) GEERDS, *Konkurrenz*, págs. 338-339.

(138) GEERDS, *Konkurrenz*, págs. 372-373.

vimiento del juez. Un caso particular de lo que decimos es el *delito continuado*, donde la pluralidad de manifestaciones volitivas pondrá frecuentemente de manifiesto una mayor intensidad delictiva, determinante de la agravación de la pena; salvo en aquellos casos en que la conducta reiterada obedezca a una debilidad carateriológica de ánimo, en cuyo caso la pena habrá de atenuarse. En uno y otro caso, el juez aplica la ley actualizando los criterios de medición de la pena habilitados por el legislador para adecuar aquélla al caso particular (139), y no de creación del Derecho al margen de la ley.

«Genéricamente, habrá de atender el juez para determinar la severidad de la pena en el concurso real, sobre todo a las siguientes circunstancias: 1) Las relaciones mutuas de las infracciones legales, es decir, su contenido de injusto como tal; 2) Su conexión; con otras palabras: su mayor o menor autonomía; 3) La culpabilidad del acusado, tanto en la intensidad delictiva del acto particular y de la totalidad, como de las circunstancias determinantes de la personalidad del delincuente; 4) El comportamiento personal del autor, su situación familiar y económica, su educación y sus precedentes; 5) La influencia que la pena a determinar puede tener sobre el delincuente, en atención sobre todo a la clase de pena a imponer y su duración» (140). Es de subrayar que los criterios indicados para la determinación de la pena en el concurso real están basados en una consideración que requiere una valoración global y total de los hechos en la que naturalmente determinadas circunstancias pueden indicar una agravación compensada por lo indicado en otras, de tal manera que unos criterios se hallan intercomunicados con otros. Por tal razón, para evitar una valoración doble, que infringiría el «ne bis in idem», se hace aconsejable distinguir dos grupos de factores de determinación de la pena: referido uno a la determinación de la pena en particular (*Einzelstrafe*) (gravedad del hecho aislado, motivos especiales del autor y grado de culpabilidad) que pueden variar de un hecho a otro; y el otro que no puede ser apreciado en base a cada hecho aislado, necesitando de un análisis global de la totalidad de lo realizado (unidad interna de los diversos hechos delictivos realizados y significado de la culpabilidad del autor manifestada en el conjunto de sus actos) (141).

Para terminar la parte analítica de nuestro trabajo, y al igual que hacíamos con los conceptos de unidad y pluralidad de acciones, es conveniente completar el estudio sobre la pena única, tema al que ya hemos aludido, y sus características en una futura modificación del Código, que acabaría con la injustificada diferencia de trato, para las diversas modalidades concursales, de la

---

(139) Ver *infra*, b.

(140) GEERDS, *Konkurrenz*, pág. 375.

(141) GEERDS, *Konkurrenz*, pág. 376.

mano, además, de la crítica a los principios y criterios en que se asienta la regulación actual.

Como ya se ha puesto de relieve, el *principio de la acumulación* no se ha seguido en ningún momento, ni siquiera para el concurso real, y ello por su desacierto politicocriminal, ya que una pura adición de penas que llevaría a resultados desaconsejados desde todos los puntos de vista. Muy por el contrario, se da preferencia al *principio de la asperación*. La pluralidad del concurso real de delitos no se corresponde con una consideración aislada de cada uno de los hechos que lo constituyen, ni desde el punto de vista del devenir de los hechos ni de la personalidad del autor. Así, pues, el principio de la acumulación no se adecúa ni al concurso real ni al ideal (142).

Por otra parte, tampoco el *principio de la asperación* parece está libre de objeción, y ello porque no se basa tanto en la culpabilidad del autor como en el hecho de que solamente va a ser condenada una persona, lo que dificulta las posibilidades de punición. Según Geerds (143), el fundamento del *principio de la asperación* está en el progresivo aumento del padecimiento que la pena supone, lo que no ha sido ni será demostrado. Lo que Geerds critica es el hacer de esta valoración una regla, pues dicha valoración depende de circunstancias muy concretas como la edad o la salud. El progresivo aumento a que se alude no es sino un proceso subjetivo del delincuente que no puede ser elevado a norma general: «Todas éstas son cuestiones que afectan a la medición de la pena, pero no legalmente generalizable y que afecte a la forma y manera en que varias amenazas penales producen sus efectos» (144). Muy por el contrario, y atendiendo a la valoración totalizadora de la culpabilidad, el comportamiento reiterativo del autor habrá de ser analizado de una manera particularizada, lo que nos permitirá comprobar si aquél es manifestación de una actitud fría y una mayor intensidad delictiva que lógicamente debe agravar la pena o, en cambio, es producto de una debilidad caracteriológica a tener en cuenta en beneficio del autor. Lo que no es aceptable es elevar la atenuación a norma y privilegiar incluso al primer caso (145).

Por las razones señaladas, parece que es el *principio de la combinación* el que mejor se adecúa al sistema de la *pena única* (*Einheitsstrafe*) para las diversas modalidades del concurso (146), de la forma en que ya hoy se patrocina para el concurso ideal, pues de una parte permite partir de la persecución de todas las infracciones realizadas, cuyas sanciones han de ser aplicadas; reconociéndose, de otra parte, que dicha «tendencia» sólo puede

---

(142) GEERDS, *Konkurrenz*, pág. 453.

(143) GEERDS, *Konkurrenz*, pág. 454.

(144) GEERDS, *Konkurrenz*, pág. 455.

(145) GEERDS, *Konkurrenz*, pág. 456.

(146) GEERDS, *Konkurrenz*, pág. 460.

ser satisfecha mediante una *pena única* para un *único delincuente* (147). Todo lo cual pone de manifiesto lo inadecuado que es distinguir entre el concurso ideal y real de delitos (148). Partiendo de la imposibilidad de distinguir a nivel de principios, puede seguirse la de todo intento de hacerlo en el marco de la pena (149) y en el de su medición (150), (150 bis).

---

(147) GEERDS, *Konkurrenz*, págs. 458-460.

(148) GEERDS, *Konkurrenz*, pág. 460.

(149) Véase GEERDS, *Konkurrenz*, págs. 460-465.

(150) Véase GEERDS, *Konkurrenz*, págs. 465-481.

(150 bis) Para completar la panorámica del estudio de GEERDS sobre el concurso, permítasenos un breve resumen de la opinión de este autor sobre cómo habría de regularse esta materia de "lege ferenda". Se trataría de un sistema que podríamos caracterizar genéricamente como el de la pena unitaria (GEERDS, *Konkurrenz*, págs. 483-526). El punto de partida sería la renuncia a la distinción entre unidad y pluralidad de acciones, y la extensión a todas las modalidades del concurso de la pena unitaria, como hoy ocurre con el concurso ideal. El principio de la combinación, pues, habría de seguirse. Precedente de la regulación propuesta es el Proyecto Radbruch de 1922. Para RADBRUCH, tanto en el caso de la unidad como en el de la pluralidad de acciones, el juez habrá de determinar la pena, dentro de un marco más amplio que el normal, en atención al contenido de culpabilidad del comportamiento del autor (GEERDS, *Konkurrenz*, págs. 489-490). En toda esta cuestión hay que tener en cuenta dos aspectos: 1) que sólo va a ser castigado un sujeto; y 2) que dicho sujeto ha infringido una pluralidad de normas, o la misma varias veces. La pluralidad de infracciones no sólo será tenida en cuenta a la hora de *determinar* el marco de la pena para el concurso, sino también en el momento de medirla dentro del marco establecido. De esa manera se atiende sobradamente a los dos aspectos del concurso que hemos puesto de relieve: el de la unidad personal y el de la pluralidad de infracciones (págs. 496-497). Así, pues, la ampliación del marco de la pena en el concurso no puede ser motivo de objeción, sino que, al contrario, ha de ser saludada como el camino más adecuado para la solución del problema en cuestión (pág. 498). Por lo que se refiere al *marco de la pena única*, hay que señalar que en principio se procederá de la misma forma como en la actualidad se hace con el concurso ideal, por lo que se refiere a la determinación de la pena más grave, como asimismo respecto al efecto limitativo operado por las penas correspondientes a los restantes infracciones. Una corrección importante respecto al concurso ideal es la del límite, que debe poder rebasar el límite superior de la infracción más grave. GEERDS aconseja que éste pueda ser elevado hasta el doble, para de esa forma poder dar cumplida cuenta de los supuestos excepcionalmente graves que puedan presentarse. Contra un límite tan amplio no tenemos nada que objetar si, como GEERDS subraya, el máximo señalado, ni siquiera el límite máximo del delito más grave, vincula preceptivamente al juez, que puede optar por una duración o cuantía inferior, a tenor de las circunstancias del hecho (pág. 501). De especial significado, a tenor de lo ya expuesto, es la medición de la pena en el concurso (*Zumessung der Einheitstrafe*). Para GEERDS, el *concurso ideal homogéneo* tampoco de "lege ferenda" será un problema concursal, por lo que podrá ser tenido en cuenta de forma agravante, pero dentro del marco de la infracción en cuestión. Con esta opinión no podemos estar de acuerdo. Quien con una acción lesiona o mata a dos personas debe o puede ser castigado con una pena más grave que la correspondiente a un único delito de lesiones u homicidio. Por lo que se refiere al *concurso ideal heterogéneo*, la pluralidad de infracciones debe ser castigada más seve-

Al final de la exposición, hemos de concluir con Geerds (151): «Estos resultados no pueden sorprendernos, pues confirman nuestra opinión. Aquéllos son la consecuencia necesaria de partir de premisas falsas, como la errónea distinción entre unidad y pluralidad de acciones en las que hoy se basa la concurrencia. La diferencia de tratamiento entre el concurso ideal y el real, en correspondencia con aquel par de conceptos, ha de conducir necesariamente a una regulación oscura, contradictoria y en gran medida falsa. El lacónico juicio de Binding se muestra correcto: la distinción entre concurrencia ideal y real se basa en su totalidad

---

ramente que la de una de las infracciones cometidas. Lo mismo cabe decir, según GEERDS, del concurso *real* (homogéneo y heterogéneo) y del delito continuado, cuyo tratamiento ha de ser equiparado al concurso real de delitos, ya que no existe diferencia entre ellos (pág. 507). En los casos de pluralidad de acciones (concurso real y delito continuado) hay que atender a la unidad o pluralidad de decisiones, pues ésta nos indica la intensidad delictiva, lo que es relevante para la medición de la pena. Criterios criminológicos sobre la motivación del comportamiento humano pueden ser de gran interés para atenuar o agravar la pena (pág. 509). Sintéticamente, ha elaborado GEERDS (pág. 510) el siguiente esquema: “Si el delincuente ha infringido varias normas o la misma norma una pluralidad de veces, en principio habrá que agravar la pena. 1) El contenido de injusto de las infracciones que no van a ser tenidas en cuenta para determinar el marco de la pena en la concurrencia habrá de ser puesto en relación con la que sí va a serlo para ser considerado adecuadamente en la medición de la pena. 2) En la medición de la pena habrá que dar cuenta de si el delincuente cometió él solo la infracción. De manera agravatoria operará el hecho de que la repetición de infracciones u otras circunstancias manifiesten una actitud del autor especialmente antisocial o de hostilidad contra el ordenamiento jurídico”. Por supuesto que los criterios expuestos sólo son indiciarios, aunque el juez habrá de dar cuenta de ellos. Por lo general, operarán de la siguiente forma: en el concurso ideal heterogéneo la regla 1) indicará una agravación; el concurso real homogéneo y el delito continuado habrán de agravar, sobre todo en base a la regla segunda; puesto que las reglas 1) y 2) indican sendas agravaciones, el concurso real heterogéneo habrá de ser valorado la mayoría de las veces como especialmente grave. Además, en todos estos casos la posición antisocial del autor operará de forma agravatoria conforme a la regla 3) (pág. 510). Finalmente, propone GEERDS la siguiente regulación legal en la que, como puede verse, no renuncia a tipificar el concurso de leyes: “*Zusammentreffen von Strafgesetzen*. § a Ein Strafgesetz ist neben einem anderen anwendbar, wenn aus seinem Wortlaut, seinem Verhältnis zu dem anzuwendenden Gesetz oder aus den Umständen des Falles nach der Lebenserfahrung zu entnehmen ist, dass der Gesetzgeber den Verstoß im Strafrahmen des anderen Gesetzes berücksichtigt hat. § b Hat jemand gegen mehrere Gesetze oder mehrfach gegen dasselbe Gesetz verstossen, so ist auf eine Strafe zu erkennen. Die Strafe ist nach dem schwersten anzuwendenden Gesetz zu bestimmen und darf das Doppelte des in ihm vorgesehenen Höchstmasses nicht überschreiten und die in einem der anderen Gesetze vorgesehene Mindeststrafe weder der Art noch dem Masse nach unterschreiten. Auf eine weitere Strafe, auf Geldstrafe, Nebenstrafen, Nebenfolgen oder Massregeln der Sicherung und Besserung darf oder muss —auf gleichartige jedoch einheitlich —erkannt werden, wenn dieses in einem der anzuwendenden Gesetze bestimmt ist” (págs. 525-526).

(151) GEERDS, *Konkurrenz*, pág. 483.

en un criterio erróneamente ideado, y por eso insuficientemente constatable por la Ciencia, cuya influencia sobre el contenido de la concurrencia determina que ésta sea falsamente valorizada y con ello injustamente regulada». Y poco antes (1952): «Las reglas de los parágrafos 73 y siguientes (diversas modalidades del concurso), con sus contradictorios principios apenas diferenciables —especialmente en la concurrencia real—, aparecen como un ejemplo ideal de jurisprudencia conceptual».

---

(152) GEERDS, *Konkurrenz*, pág. 482.



# “La atenuante de obrar por motivos morales, altruistas o patrióticos de notoria importancia” (\*)

JOSE LUIS DIEZ RIPOLLES,

Profesor Ayudante de Derecho Penal de la Universidad de Zaragoza

SUMARIO: I. Introducción.—II. Precedentes.—III. Concepto de motivo.—IV. Pertenencia a lo injusto o a la culpabilidad.—V. El término «moral».—VI. El término «altruista».—VII. El término «patriótico».—VIII. Relación entre los términos «moral», «altruista» y «patriótico».—IX. El error sobre los hechos que sirven de base a los móviles. El error sobre la calificación de los motivos. La atenuante 7.<sup>a</sup> y el artículo 60.—X. El término «de notoria importancia».—XI. Incompatibilidades.—XII. Aplicación de la atenuante en los diversos tipos delictivos.—XIII. Propuestas de lege data y lege ferenda.

## I. INTRODUCCION

La atenuante 7.<sup>a</sup> del artículo noveno no ha sido objeto de un estudio monográfico durante casi treinta años, período que va desde 1949 en que Quintano Ripollés (1) la estudia al poco de ser incluida en el Código Penal de 1944, hasta 1977 en que Huerta Tocildo se interroga sobre su justificación tras los cambios políticos acontecidos (2).

Este estudio pretende ser una aportación más a un análisis de sus elementos estructurales, con la intención de dar unas propuestas de interpretación de sus diversos términos empleados en el texto legal que justifiquen político-criminalmente la existencia de

---

(\*) Este trabajo se ha redactado para el homenaje al profesor Antón Oneca.

(1) QUINTANO RIPOLLÉS, A., *La motivación moral en el Derecho Penal*. Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 1949, págs. 393-414.

(2) Vid. HUERTA TOCILDO, S., *¿Hacia una nueva interpretación de la atenuante séptima del artículo noveno?* Cuadernos de política criminal, núm. 2, 1977, págs. 67-69.

Dentro de las obras generales destaca, por el cuidado y extensión con que es tratada, el estudio que de ella hace CÓRDOBA RODA en *Comentarios al Código Penal*, de Córdoba Roda, J., y Rodríguez Mourullo, G. Barcelona, Ariel, 1972.

la atenuante, o, en caso contrario, realizando propuestas de «legiferenda», sea de reforma o de supresión.

## II. PRECEDENTES

Es sabido que el precedente directo en España de la atenuante 7.<sup>a</sup> del artículo 9, es el artículo 64, núm. 2, del Código de 1928 (3). Sin embargo, dada su redacción, hubo discrepancias doctrinales relativas a si tal artículo aludía a dos atenuantes distintas la de motivos morales, por un lado, y la de arrebató u obcecación, por otro (4), o bien era una sola atenuante, por lo que consecuentemente para atenuar por obrar por motivos morales hacía falta que éstos produjeran arrebató u obcecación (5). Sin duda, tales discrepancias respecto a la atenuante de 1928 tuvieron algo que ver con la inicial confusión de la jurisprudencia, que en algunas sentencias de los años 40 (6), vigente ya el Código de 1944, requería, para apreciar la atenuante 7.<sup>a</sup>, una situación pasional. Esta confusión está en la actualidad plenamente zanjada y la doctrina (7) y la jurisprudencia (8) son unánimes en negar tal requisito emocional para apreciar la atenuante 7.<sup>a</sup>.

## III. CONCEPTO DE «MOTIVO»

El concepto de «motivo» es extremadamente confuso si atendemos a las diversas definiciones que de él se han dado, numerosísimas por otra parte. He creído preferible eludir la rigidez que el apego a una definición supone, y he procurado obtener las opiniones comunes que sobre tal concepto aparecen en la doctrina jurídico-penal, y en la psicología, así como en la jurisprudencia española.

(3) Dice lo siguiente: «Atenuan la responsabilidad las circunstancias siguientes: 2.º Obrar por motivos morales o estímulos tan poderosos, que naturalmente hayan producido arrebató momentáneo, o estado de obcecación.» *Código Penal de 8 de septiembre de 1928*. Edición oficial, Madrid, Reus, 1928, pág. 19.

(4) Así opinaban CUELLO CALÓN, E., *Derecho Penal. Parte General*, 2.<sup>a</sup> edición, Barcelona, Bosch, 1929, págs. 389-390; JIMÉNEZ DE ASÚA, L., y ANTÓN ONECA, J., *Derecho Penal. Parte General*. Madrid, Reus, 1929, págs. 340-341; el P. JERÓNIMO MONTES, *Derecho Penal. Parte General*. Vol. II, 2.<sup>a</sup> edición. San Lorenzo de El Escorial, 1929, pág. 160.

(5) En tal sentido, CASTEJÓN, F., *Derecho Penal*. Tomo I. Madrid, Reus, 1931, pág. 226. Nota 1. En la misma línea interpreta la regulación del Código de 1928, QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Op. cit.*, pág. 412.

(6) S. 18-12-45 (R. 1398) y S. 28-3-47 (R. 518).

(7) Entre otros, CÓRDOBA RODA, *Op. cit.*, págs. 497-498; FERRER SAMA, A., *Comentarios al Código Penal*. Tomo I. Murcia, Sucesores de Nogués, 1946, pág. 311; CUELLO CALÓN, E., *Derecho Penal. Parte General*. Volumen 2.º, 17.<sup>a</sup> Edición, Barcelona, Bosch, 1975, pág. 565.

(8) S. 28-1-70 (R. 781) y S. 9-2-73 (R. 656).

De este modo, se percibe que las varias opiniones que sobre el concepto de motivo se dan pueden ser agrupadas en tres grandes tendencias, si bien los límites son muy fluidos, pues las diferencias entre ellas se deben a recalcar más unos aspectos que otros del concepto, pero sin excluir ni unas ni otras.

En el primer grupo se encontrarían aquellos autores que dotan al concepto de motivo de un aspecto intelectual (o noético, o direccional), y otro energético (o impulsivo). Podríamos citar en tal sentido a Mezger cuando afirma que se entiende por motivo «una representación cargada sentimentalmente, en la medida en que tiene la fuerza para causar una acción voluntaria de tipo externo o interno, por tanto, para dar la dirección concreta, determinada, a la disposición de voluntad. El motivo, como se suele recalcar, contiene, por tanto, un factor intelectual («Beweggrund») y un factor emocional («Triebfeder») (9). O bien M. E. Mayer, que afirma que los motivos son «representaciones que actúan sobre la voluntad. En realidad no es el contenido de la representación el que procura su influencia sobre la voluntad, pues a la representación, como una mera idea, de ningún modo puede imputársele espontaneidad. Pero nuestras representaciones no son puras, sino ideas teñidas por los sentimientos. Nosotros no nos imaginamos de ningún modo los sentimientos de placer o displacer como sin jugo ni fuerza. Por ello, es el sentimiento unido a la representación el que hace de ella una representación eficaz, un motivo por tanto» (10). En el mismo sentido, otros autores (11), así como en el ámbito de los estudios psicológicos, aun teniendo en cuenta que éstos tienden más a estudiar la motivación en general sin hacer pronunciamientos sobre los motivos en cuanto fenómenos aislados (12). Incluso la S. 2-12-75 (R. 4632) parece seguir esta tendencia («fuerza pulsional que dando nacimiento a ciertas representaciones y a ciertos sentimientos orientan la voluntad hacia su satisfacción»)...

(9) MEZGER, *Kriminologie*. Berlín, 1951, pág. 91.

(10) MAYER, M. E., *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*. Heidelberg. Carl Winters Universitätsbuchhandlung, 1915, págs. 103-104.

(11) WELZEL, H., *El nuevo sistema del Derecho Penal*. Traducción española de José Cerezo Mir. Barcelona, Ariel, 1964, pág. 89; IMPALLOMENI, G. B., *L'omicidio nel Diritto penale*. 2.<sup>a</sup> edición, Torino, Unione Tipografico Editrice, 1900, pág. 413; MALINVERNI, A., entre sus escritos más modernos, *Motivi a delinquere*. Novísimo Digesto italiano, X, Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1968, pág. 963. Y en España, BERNAL FERRERO, J., *El motivo psicológico del delito*. Murcia, Sucesores de Nogués, 1951, págs. 20-21.

(12) Así, HILGARD, *Introducción a la psicología*. Madrid, Ediciones Morata, 1973, pág. 235, afirma que «un motivo es algo que incita al organismo a la acción o que sostiene y da dirección a la acción una vez que el organismo ha sido excitado. De ahí que los motivos tienen a la vez un aspecto activante o energético y un aspecto directivo». En parecidos términos: KRECH, D., CRUTCHFIELD R., LIVSON, N., *Elementos de psicología*. Madrid, Gredos, 1973, página 579; CERDÁ, *Una psicología de hoy*. Barcelona, Herder, 1975, pág. 668. Desde un punto de vista más criminológico, en el mismo sentido, KERN, E., *Vom Seelenleben des Verbrechers*. Hamburg, 1964, pág. 34, citado por TORIO, A., *Motivo y ocasión en el robo con homicidio*. ADCP, 1970, pág. 617.

En un segundo grupo se hallarían aquellos autores que, si bien no excluyen el aspecto intelectual, insisten con especial atención en la vertiente energética del motivo. Aquí se encuentra Antolisei cuando, entre otras afirmaciones semejantes, nos dice que «por móvil o motivo debe entenderse, en sentido propio, el estímulo que ha inducido a actuar al individuo: la causa psíquica de la acción. Consiste el mismo en un impulso, instinto o sentimiento» o bien «en definitiva, el móvil es el hecho afectivo (consciente o inconsciente) que ha sido causa del comportamiento: la palanca que ha hecho saltar la voluntad» (13). Del mismo modo, Yotopoulos-Marangopoulos que define los móviles como «las causas psíquicas del acto, de naturaleza afectiva, acompañadas ordinariamente, pero no necesariamente, de elementos noéticos; se trata, en otros términos, de fenómeno psíquico, de naturaleza afectiva, que incita a ejecutar una acción concreta» (14). En España mantienen una postura semejante Cuello Calón y Ferrer Sama (15). Existiendo igualmente pronunciamientos psicológicos y criminológicos en tal sentido (16), así como jurisprudenciales (17).

En un tercer grupo encuadraríamos a los autores que atienden, primordial, pero no exclusivamente, al aspecto intelectual. Destaca la definición de Maggiore: «Complejo psíquico representativo que hace activo el querer. Hay que insistir en el carácter representativo y enteramente intelectual del móvil. Sin negar que está acompañado de una constelación de elementos psíquicos diversos (sentimientos, emociones, pasiones, instintos...) es cierto que el motivo tiene, ante todo, un contenido representativo. El

(13) ANTOLOSEI, F., *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*. 6.ª Edición, Milán, Dott. A. Giuffrè Editore, 1969, págs. 343-344.

(14) YOTOPOULOS-MARANGOPOULOS, A., *Les mobiles du délit. Etude de criminologie et de droit penal suisse et compare*. Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1974. págs. 103-104.

(15) El primero al negar la identificación del concepto de móvil o motivo con el fin remoto del acto y definirlo como «el íntimo determinante del hecho». Cuello Calón, E., op. cit., vol. 1.º, págs. 431-432. Ferrer Sama, de un modo más matizado, también podría incluirse en este grupo. Ferrer Sama, A., op. cit., pág. 300-301.

(16) CRUZ HERNÁNDEZ, *Lecciones de psicología*. Madrid, Biblioteca de la Revista de Occidente, 1976, págs. 535-536, alega que «no es el hipotético fin propuesto el que caracteriza la suscitación volitiva, sino los motivos que sirven de intermediarios para que la voluntad se autodetermine y tienda hacia el fin» y «la fuerza de la voluntad no existe por sí misma, sino que depende de la fuerza de suscitación producida por los motivos». En términos equivalentes, Morgan, C. T., *Introducción a la psicología*. Madrid, Aguilar, 1974, págs. 63-64; GRUHLE, H. W., *Motiv und Ursache in der Kriminologie*. Mschr, Krim. Psych., 1936, págs. 117-119, 123-126.

(17) Entre muchas otras que aluden a motivos o móviles como elementos que «impulsan» a la acción, destacan las SS. de 31-5-46 R. 676 y 19-10-67 R. 4637, que se refieren en especial a la «fuerza psicológica» de los motivos.

Además, las SS. 15-10-51 R. 2193, 23-3-53 R. 490, 9-7-53 R. 1870, 5-6-56 R. 2054, 9-11-57 R. 2960, 5-2-58 R. 340, 4-12-65 R. 5507 aluden de modos diversos a que los impulsos de obrar proceden de determinados sentimientos, centrandose especialmente la atención en tales sentimientos y en su contenido.

hombre obra y delinque en cuanto se le presenta una realidad objetiva, como un problema que ha de resolver en virtud de una decisión de su voluntad. Esta realidad representada es el móvil» (18). En la misma línea, Córdoba, Schmidhäuser (19), Stratenwerth (20) y quizá Rodríguez Devesa (21). Desde un punto de vista psicológico, Brennan (22). También la jurisprudencia en algunas ocasiones ha insistido más en la consideración del motivo como fin, en lugar de como impulso, aunque sin una toma de postura clara (23).

Del análisis de toda la doctrina se deduce que el contenido del concepto de motivo y su delimitación están muy ligados al concepto de fin (aportador del aspecto intelectual) y que, con bastante frecuencia, la discusión sobre los componentes del concepto de motivo se reduce a tomar postura relativa a si el concepto de fin ha de ser incluido en la noción de motivo o no y, en caso afirmativo, de modo exclusivo (con lo que el motivo pasa a tener sólo un contenido intelectual), o compartido con componentes energéticos (24), (25).

Ahora bien, en toda esta problemática ha incidido decisivamente la aceptación generalizada de motivaciones inconscientes, tanto por la Psicología y Criminología (26) como por la doctrina jurídica

(18) MAGGIORE, G., *Diritto Penale. Parte Generale*, Tomo 2.º, 5.ª Edición, Bolonia. N. Zanichelli Editore, 1961, págs. 494-495.

(19) Los cuales, si bien reconocen el componente afectivo, le niegan toda relevancia jurídico-penal. Vid. SCHMIDHAUSER, E., *Gesinnungsmerkmale im Strafrecht*. Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1958, págs. 227-228, y CORDOBA RODA y RODRÍGUEZ MOURULLO, op. cit., pág. 492. A la postura de Córdoba se adhiere HUERTA TOCILDO, S., op. cit., pág. 70.

(20) Quien, en su distinción entre motivo y fin, aunque pueda inducir a confusión tal como se expresa, no atribuye contenido energético al motivo. STRATENWERTH, G., *Strafrecht. Allgemeiner Teil I*, 2.ª Edición, C. Heymanns Verlag KG Koln, 1976, págs. 113-114.

(21) RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., *Derecho Penal Español. Parte General*. 5.ª Edición, Madrid, 1976, pág. 611

(22) Que define motivo como «Todo objeto presentado por el intelecto como un valor realizable mediante un acto volitivo». Vid. BRENNAN, *Psicología general*. Madrid, Ediciones Morata, 1969, pág. 314.

(23) S. 2-6-55 R. 1786, 12-6-63 R. 2963, 9-7-73 R. 3042, 6-12-76 R. 5267, entre otras.

(24) De todos modos, esta contemplación de los conceptos de motivo y fin no es siempre la que se da en la doctrina. Vid. MAYER, M. E., op. cit., página 106, y *Die schuldhafte Handlung*. Leipzig, Verlag von C. L. Hirschfeld, 1901, págs. 59-63; STRATENWERTH, G., op. cit., pág. 113.

(25) Por otro lado, las distinciones que se pretenden hacer entre «motivo» y «móvil» no me parecen, en general, dignas de tenerse en cuenta, concordando con ello con una opinión bastante generalizada en España: Vid. FERRER SAMA, A., op. cit., pág. 300; RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., op. cit., pág. 611; QUINTANO RIPOLLÉS, op. cit., pág. 396. Una distinción original, pero poco convincente, es la de YOTOPOULOS MARANGOPOULOS, A., op. cit., págs. 28 y 103-105; más justificada parece la aportada por MALIVERNI, A., en sus últimos escritos, op. cit., pág. 963.

(26) Vid, en tal sentido, KRECH, CRUTCHFIELD, LIVSON, op. cit., pág. 577; GRUHLE, op. cit., pág. 120; HILGARD, op. cit., págs. 225-226; MORGAN, op. cit., página 89; GÖPPINGER, H., *Criminología*. Trad. española, Madrid, Reus, 1975, página 512.

co-penal (27), llevando a parte de los penalistas bien a excluir del contenido del motivo el concepto de fin (que necesariamente ha de ser una representación consciente), el cual sólo en los motivos conscientes irá unido a ellos (28), o bien a entender por motivos: sólo los motivos conscientes (29).

Por otro lado, ni que decir tiene que la inclusión del concepto de fin en el de motivo, a nivel exclusivo, o en conjunción con otros elementos, no tiene nada que ver con el dolo, que, en todo momento, queda al margen del concepto de fin y de motivo que manejamos, como se ha venido repitiendo machaconamente por la doctrina desde que se iniciaron las críticas a la pretensión de Ferri de incluir los motivos en el dolo (30). Esto explica también por qué, con frecuencia, cuando la doctrina alude al fin propio del concepto de motivo, utiliza expresiones tales como «fin último», «fin mediato» (31)... De todos modos, la doctrina es consciente de las dificultades, a veces insuperables, que presenta la determinación de los móviles de cada hecho (32). Esta imprecisión no sólo se deriva de la existencia de motivaciones inconscientes y del frecuente fenómeno, con ella relacionado, de que ciertos motivos más «presentables» exteriormente enmascaran a otros que son los verdaderos impulsores de la acción, aun sin ser, con frecuencia,

(27) Vid. ANTOLISEI, op. cit., pág. 343; MEZGER, op. cit., pág. 91; YOTOPOULOS-MARANGOPOULOS, op. cit., págs. 22-23; MALINVERNI, op. cit., pág. 963.

(28) YOTOPOULOS-MARANGOPOULOS, op. cit., págs. 23, 25-26; ANTOLISEI, op. cit., págs. 343-344; MALINVERNI, op. cit., págs. 963, 965.

(29) SANTORO, A., *Manuale di Diritto Penale*. Turín, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1958, págs. 368-369; MAURACH, R., *Deutsches Strafrecht. Besonderer Teil*. 5.ª Edición, Karlsruhe, Verlag. C. F. Muller, 1969, págs. 33-34; SCHMIDHAUSER, op. cit., págs. 227-229.

(30) MAGGIORE, op. cit., pág. 496; IMPALLOMENI, op. cit., pág. 413; BETTIOL, G., *Diritto Penale*, 9.ª Edición, Padua. CEDAM, 1976, pág. 427; YOTOPOULOS-MARANGOPOULOS, op. cit., págs. 107-108; CUELLO CALÓN, op. cit., Vol. 1.º, página 431, por citar algunos. Decisiones jurisprudenciales en tal sentido. SS. 2-6-55 R. 1786, 17-4-64 R. 1995, 31-10-69 R. 5215 y, en especial, 2-12-75 R. 4632. Últimamente S. 4-3-77 R. 939.

(31) Así, entre otros, ANTOLISEI, op. cit., pág. 344; DEL RE, M. C., *Il reato determinato da movente religioso*. Milán, Dott. A. Giuffrè Editore, 1961, página 21; RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., op. cit., pág. 611; CÓRDOBA RODA, op. cit., página 492; BERNAL FERRERO, op. cit., págs. 20-21; HUERTA TOCILDO, op. cit., página 70. Decisiones jurisprudenciales en tal sentido SS. 27-10-73 R. 3985, y 20-11-76 R. 4864.

(32) MANZINI, V., *Trattato di Diritto penale italiano*. Vol. I, 4.ª Edición., Turín, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1961, pág. 712; GÖPPINGER, op. cit., página 512; MUÑOZ CONDE, F., *Función de la norma penal y reforma del Derecho penal*. Nuevo Pensamiento Penal, 1973, pág. 402; MEZGER, op. cit., página 94; CUELLO CALÓN, op. cit., vol. 1.º, pág. 432. En contra, no ya de la dificultad, sino de que ésta sea difícilmente superable, COCURRELLO, *Le circostanze del reato*, 1940, págs. 150-152, y YOTOPOULOS-MARANGOPOULOS, op. cit., págs. 74-75.

Algunos autores citan métodos científicos para la averiguación de los móviles de un hecho; así, YOTOPOULOS-MARANGOPOULOS, op. cit., págs. 132-142; GÖPPINGER, op. cit., págs. 513; HILGAD, op. cit., págs. 216-219.

consciente el sujeto de tal situación (33), dificultad ésta que puede ser obviada, al menos en principio, reservando el concepto de motivo sólo para las motivaciones conscientes; el problema es que aun limitándonos al campo de lo consciente, se constata que es muy rara la acción humana determinada por un sólo motivo (34).

La pluralidad de motivos concurrentes en una acción, o el «Motivbündel» de la doctrina alemana, ha llevado a diversos penalistas a buscar determinados criterios con los cuales pueda afirmarse que el motivo exigido en el texto legal ha desempeñado un cierto papel en la motivación que ha precedido a la realización de la conducta delictiva. En relación con ello, algunos autores aluden al motivo predominante, determinante o rector, esto es, a aquel que ha determinado decisivamente la conducta delictiva, el cual puede ser, en ocasiones, una suma de diversos motivos concurrentes a lo que asume en un contenido unitario (35). Frente a esta tendencia, otros autores se conforman con que, entre los diversos motivos concurrentes, se encuentre el exigido por el texto legal (36).

Pero el problema de la pluralidad de motivos tiene raíces más profundas, ya que tal pluralidad se da no sólo cuando concurren varios motivos a un mismo nivel, como acabamos de ver, sino igualmente cuando un motivo tiene como base a otro u otros motivos los cuales, a su vez, pueden tener a otro u otros motivos como fundamento, y así sucesivamente (37). Esta pluralidad de motivos, no ya a un mismo nivel, sino entre los diversos niveles, ha sido reconocida con frecuencia por la doctrina (38), parte de la cual ha

(33) MAURACH, op. cit., págs. 33-34; GÖPPINGER, op. cit., pág. 512; MEZGER, basándose en KRETSCHMER, op. cit., pág. 94; KRECH, CRUTCHFIELD, LIVSON, op. cit., pág. 577; HILGARD, op. cit., pág. 193.

(34) MAURACH, op. cit., págs. 33-34; PANNAIN, R., *Manuale di Diritto Penale*. I. Turín. Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1967, pág. 433; MEZGER, op. cit., página 94; DEL RE, op. cit., págs. 19-20, siendo corroborada tal afirmación por la Criminología y Psicología, GÖPPINGER, op. cit., págs. 511-512; KRECH, CRUTCHFIELD, LIVSON, op. cit., pág. 602; CERDÁ, op. cit., pág. 253; HILGARD, op. cit., pág. 193; MASLOW, A. H., *Motivación y personalidad*. Sagitario, S. A. de Ediciones y Distribuciones, 1975, pág. 72.

(35) MANZINI, op. cit., vol. II, pág. 228; WELZEL, *Das deutsche strafrecht*, 11 Edición, Berlín, Walter de Gruyter & Co., 1969, pág. 283; DEL RE, op. cit., página 19; QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Comentarios al Código Penal*. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1966, pág. 183; YOTOPOULOS-MARANGOPOULOS, op. cit., págs. 27-28. En el mismo sentido, las SS. 17-4-64 R. 1995, 19-10-67 R. 4637 y 9-2-73 R. 656. SCHMIDHAUSER, op. cit., pág. 230, nota 30, sin embargo, parece negar la posibilidad de constatar los motivos predominantes en cada situación.

(36) BOCKELMANN, P., *Strafrecht. Besonderer Teil/2*. München, Verlag C. H. Beck, 1977, pág. 9; SCHONKE-SCHRODER, *Strafgesetzbuch. Kommentar*. 19 Edición, München, Verlag. C. H. Beck, 1978, pág. 1393.

(37) Vid MEZGER, op. cit., págs. 94-95.

(38) PANNAIN, op. cit., pág. 432-433; DEL RE, op. cit., pág. 21; BERNAL FERREIRO, op. cit., pág. 21-22, y en Psicología, KRECH, CRUTCHFIELD, LIVSON, op. cit., página 581.

En el mismo sentido, BAUMANN, J. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. Bielefeld, Verlag Ernst und Werner Gieseking, 1975, pág. 408, y STRATENWERTH, op. cit., página 112-113, pero en relación a su propósito de delimitar el concepto de

intentado frenar tal retroceso sucesivo de un móvil a otro más profundo afirmando que el motivo relevante para el Derecho Penal es el inmediatamente precedente al dolo, el más cercano a la determinación delictiva (39); estos autores han percibido, con razón, que de no frenarse este retroceso continuo de un móvil próximo a otro más remoto se termina, en primer lugar, por pasar del ámbito de lo consciente a lo inconsciente, y, en último término, por concluir refiriéndonos a la personalidad, en cuyo ámbito el concepto de motivo se difumina dejando de tener sustantividad propia, integrándose en un análisis conjunto de toda la personalidad, bien que referida ésta al hecho delictivo en concreto. El que los motivos en última instancia desemboquen en la personalidad es algo admitido expresamente incluso por autores que no se plantean el problema del retroceso de los motivos de los más próximos a los más remotos (40).

Soy de la opinión de que el concepto de motivo en Derecho Penal, y en concreto en la atenuante 7.<sup>a</sup>, ha de abarcar tanto los aspectos intelectuales como los energéticos en cuanto que ambos expresan perspectivas diversas del concepto que son relevantes.

El aspecto intelectual, sin el energético, esto es, sin la consideración de los impulsos valiosos que crearon una situación conflictiva en la psique del sujeto, resuelta en el sentido de realizar una acción delictiva, priva al concepto de motivo de la base sobre la que se asienta el juicio de menor reprochabilidad de la atenuante 7.<sup>a</sup>, como luego veremos, ya que éste no se puede asentar en una mera contraposición disminuida entre el contenido conceptual del fin (contenidos morales, altruistas o patrióticos), y el del bien jurídico protegido en el delito cometido, sino en un *conflicto psíquico* entre impulsos contrapuestos.

Por otro lado, el aspecto intelectual, la existencia de una representación que tiende a un objetivo, nos es imprescindible para delimitar en lo posible el concepto de motivo, pues de lo contrario, sumergidos en la vertiente energética, los límites se difuminan aún más si cabe, y la noción de motivo se nos convierte en algo indelimitable e inaprehensible.

De todos modos, aun concibiéndolo con el aspecto intelectual y representativo, está claro que el concepto «motivo» presenta problemas quizá insolubles y que no pueden menos de tenerse en consideración: Si bien en un principio podrían dejarse al margen

---

intención («Absicht»). Igualmente es frecuente encontrar alusiones a este problema en los autores que definen el motivo aludiendo al fin mediato o último, vid. supra nota 31.

(39) Así, PANNAIN, op. cit., pág. 433-434; IMPALLOMENI, op. cit., págs. 412-413; BERNAL FERRERO, op. cit., págs. 21-22.

(40) MAGGIORE, op. cit., pág. 496; BEITOL, op. cit., pág. 498; SCHÖNKE-SCHRÖDER, op. cit., pág. 565; RODRÍGUEZ DEVESA, op. cit., pág. 611; PUIG PEÑA, F., *Derecho Penal. Parte General*, Tomo II, 6.<sup>a</sup> Edición, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1969, pág. 94. En la *Psicología y Criminología*, GRUHLE, op. cit., pág. 124; MASLOW, op. cit., págs. 70-71. Decisiones jurisprudenciales: S. 9-6-67 R. 3145. En contra, CUELLO, op. cit., Vol. 1.<sup>o</sup>, pág. 431.

del Derecho Penal las motivaciones inconscientes, reservando el concepto de motivo sólo a las conscientes, con lo cual se eliminaba un elevado grado de imprecisión, la existencia de lo que hemos llamado retroceso sucesivo de motivos más próximos a más remotos termina por reconducirnos de nuevo a la motivación inconsciente y en último término a un complejo de fenómenos psíquicos que han de considerarse de un modo conjunto y no aislado, y que no es otra cosa que el carácter y la personalidad, en donde el motivo, como fenómeno aislado, se difumina. Las tentativas de frenar ese retroceso sucesivo en base a quedarse con el motivo más cercano al dolo son artificiosas, pues si la ley alude a los motivos del actuar del autor en ese caso concreto no hay ninguna razón para quedarnos a niveles superficiales y no buscar razones más profundas que expliquen de modo más completo esa motivación a la acción.

Por otro lado, el hecho de que sea rara una acción en la que intervenga un solo motivo al mismo nivel hace preciso tomar postura respecto a si ha de considerarse sólo el motivo predominante, o basta con que el motivo elegido por el texto legal se halle presente entre otros. La primera postura presenta graves problemas de prueba, y más si pensamos en los móviles remotos que pueden estar detrás de cada uno de los móviles próximos situados a un mismo nivel, pues el descenso a un nivel más profundo de motivación puede cambiar todo el cuadro de intensidades de los motivos. La segunda postura, al eliminar toda referencia a la intensidad de los móviles, puede conducir a situaciones claramente injustas, pues bastaría con que, con una intensidad mínima, concurriera el móvil en cuestión para apreciar la figura legal, aunque estuviera claro que otros motivos concurrentes jugaban un papel mucho más importante en la resolución delictiva.

#### IV. PERTENENCIA A LO INJUSTO O A LA CULPABILIDAD

Es algo generalmente aceptado por la más moderna doctrina penal española que las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal pueden ser divididas entre las que se encuadran en lo injusto, y las que se encuadran en la culpabilidad (reprochabilidad) (41). Del mismo modo, en Alemania el número de autores que estiman que los «*Gesinnungsmerkmale*» pueden referirse unos al injusto y otros a la culpabilidad es numeroso (42).

---

(41) Claramente no aceptan esta distinción CUELLO CALÓN, FERRER SAMA y CAMARGO HERNÁNDEZ. Un análisis detallado de las diversas posturas de la doctrina española sobre este problema se realiza en mi artículo *Naturaleza de las circunstancias modificativas, su referencia a los elementos del delito, y el artículo 60 del Código Penal Español*. ADCP, 1977, III, págs. 597-649.

(42) JESCHECK, H. H., *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 3.ª Edición, Berlín, Duncker & Humblot, 1978, págs. 381-382, donde da una rápida, pero interesante, panorámica de las diferentes posturas y autores que las

Si ahora atendemos al lugar sistemático dentro de la teoría jurídica del delito que se le ha asignado a la atenuante 7.<sup>a</sup> en función de la distinción citada, por parte de la doctrina española, observamos que faltan pronunciamientos claros y directos respecto a tal cuestión, de modo que hay que acudir con frecuencia a los planteamientos generales de los diversos autores sobre este tema para de ellos deducir cuál sería el lugar sistemático asignado a la atenuante 7.<sup>a</sup>: En consecuencia, la postura de Ferrer, que no admite la dicotomía injusto-culpabilidad para las circunstancias (43), la de Cuello, que al referir *todas* las circunstancias a la culpabilidad invalida la distinción (44), y la de Del Rosal, que acepta la dicotomía en las circunstancias a regañadientes y teniendo presente el enfoque tradicional de que todo lo subjetivo ha de ir a la culpabilidad, no pronunciándose además en ningún caso a favor de tal distinción respecto a las atenuantes (45), son planteamientos doctrinales que no nos aclaran nada esta problemática. Bernal Ferrero remite el concepto de motivo a la culpabilidad, pero con una concepción de ésta tal que en último término, a través del concepto de responsabilidad, lo remite a la pena (46), en una postura que tampoco nos pone en claro nada.

Quintano Ripollés, aunque en algunas ocasiones, aludiendo a la motivación en general, parece referirla a la culpabilidad (47), en las formulaciones generales que realiza de las atenuantes remite a éstas a la punibilidad (48).

Respecto a Antón Oneca y Rodríguez Devesa es sabido que, aceptando ambos plenamente la dicotomía entre injusto y culpabilidad para las atenuantes, son dos autores que establecen en sus más puros términos la vinculación entre naturaleza objetiva y referencia a lo injusto, y naturaleza subjetiva y referencia a la culpabilidad. En base a ello, dado que, excluidas las eximentes incompletas de la consideración, ambos consideran atenuantes objetivas sólo a la provocación, o a ésta y a la vindicación de ofensa, cabe pensar que

sostienen en Alemania. Nótese en todo caso que la problemática de los «Gesinnungsmerkmale» no corresponde exactamente a nuestra problemática de las circunstancias modificativas (atenuantes y agravantes) de la responsabilidad criminal.

(43) DÍEZ RIPOLLÉS, op. cit., págs. 606-608. FERRER alude en concreto al fundamento de la atenuante 7.<sup>a</sup> en FERRER SAMA, op. cit., pág. 311.

(44) Vid. DÍEZ RIPOLLÉS, op. cit., págs. 608-609. CUELLO alude en concreto al fundamento de la atenuante 7.<sup>a</sup> en CUELLO CALÓN, op. cit., vol. 1.º, pág. 431, Vol. 2.º, pág. 555.

(45) Vid. DÍEZ RIPOLLÉS, op. cit., págs. 626-631. DEL ROSAL alude al fundamento de esta atenuante en *Tratado de Derecho Penal Español. Parte General*, Vol II. Madrid, Ediciones Darro, 1972, pág. 506.

(46) BERNAL FERRERO, op. cit., págs. 58-62 y 75-76.

(47) QUINTANO RIPOLLÉS, op. cit., págs. 402-403, y en *Curso de Derecho Penal*, I. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1963, pág. 419. También JIMÉNEZ ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, T. III, Edición 3.º, Buenos Aires, Losada, 1965, pág. 842, remite los móviles, en general, a la culpabilidad.

(48) Vid. DÍEZ RIPOLLÉS, op. cit., págs. 619-620.

estiman a la atenuante 7.<sup>a</sup> subjetiva, y, por tanto, referida a la culpabilidad (49).

Córdoba Roda, al afirmar que esta atenuante, «resultará incompatible con la exigente incompleta de enajenación, en la medida en la que la perturbación psíquica peculiar de esta última trastorne el proceso de motivación del agente» (50) y afirmar por otro lado que «serán elementos que afectan exclusivamente a la reprochabilidad de la conducta todos aquellos que sólo pueden concurrir en el actuar de los sujetos imputables» (51) está implícitamente afirmando que esta atenuante se encuadra en la reprochabilidad.

Huerta Tocildo parece pensar también que esta atenuante pertenece a la reprochabilidad (52), (53).

En mi opinión, esta circunstancia pertenece sin ninguna duda a la reprochabilidad. Antes de analizarla en relación con los diversos criterios que se han dado para saber si un determinado elemento del delito pertenece a lo injusto o a la culpabilidad, será interesante profundizar un poco en su naturaleza, para ver de un modo directo a qué hace referencia. Para ello, el concepto de «motivo» nos va a dar importantes elementos de juicio.

El que una persona realice una acción delictiva en base a un motivo valioso nos indica que esa persona, que actúa en función de unos impulsos que la sociedad estima dignos de aprecio (los cuales se representa el sujeto como una idea o fin a obtener, igualmente valioso, y que trasciende al fin de la acción concreta que realiza), ha errado en la elección de los medios para lograr ese fin remoto o mediato, pues ha elegido un fin inmediato no valioso, y en función de ese fin inmediato, ha realizado una acción delictiva.

Bajo este punto de vista, es indudable que lo que prima en los casos en que se realiza una acción delictiva por motivos morales es el hecho de que, dándose unos impulsos, y su fin mediato correspondiente, valiosos, para llevarlos a la práctica se ha ido a escoger un fin inmediato no valioso y una acción delictiva, esto es, el sujeto ha colocado un determinado motivo por encima de cualquier otra consideración sobre la acción que iba a realizar, y este motivo era valioso.

(49) ANTÓN afirma explícitamente que la atenuante 7.<sup>a</sup> es subjetiva y perteneciente, por tanto, a la culpabilidad, y en RODRÍGUEZ DEVESA cabe suponerlo con muy fundadas razones. *Ibidem*, págs. 609-616. Por su parte, RODRÍGUEZ DEVESA remite la motivación en general a la culpabilidad en op. cit., páginas 371, 376-377.

(50) CÓRDOBA, op. cit., pág. 499.

(51) CÓRDOBA, traducción del *Tratado de Derecho Penal*, I, de Maurach, R., Barcelona, Ariel, 1962, pág. 330, nota 38.

(52) HUERTA, op. cit., págs 70 y 80.

(53) En la doctrina alemana, en relación a los «niedrige Beweggründe» del artículo 211, los consideran como pertenecientes a la culpabilidad y no al injusto, JESCHECK, op. cit., pág. 382, y SCHMIDHAUSER, E., *Allgemeiner Teil. Lehrbuch*, 2.<sup>a</sup> Edición, Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1975, pág. 456. MAURACH, en *Tratado de Derecho Penal*, I, traducción española, citado, los considera como caracteres subjetivos del tipo, pág. 330.

Indudablemente, a tal sujeto se le podrá reprochar su resolución de voluntad antijurídica, pero es evidente que tal resolución de voluntad antijurídica en relación con la acción delictiva, para ser comprendida en toda su plenitud ha de referirse al motivo en función del cual se representó el fin inmediato y realizó la acción. Se le podrá reprochar su resolución de voluntad antijurídica, pero si miramos a su proceso de formación de voluntad, no sólo de realización de ella, como diría Welzel, no se le puede reprochar en la misma medida que al que en el proceso de formación de su voluntad no haya estado movido por impulsos valiosos.

Del mismo modo, si acudimos al criterio dado por Gallas (54) está claro que la atenuante se basa esencialmente no en el menor desvalor de acción del hecho respectivo, sino en el menor desvalor de ánimo del acto correspondiente, en el ánimo jurídicamente menos desaprobado que aparece en el hecho.

A la misma solución llegaríamos con el criterio de Schweickert (55), con el expuesto por Córdoba y que él mismo aplica indirectamente a esta atenuante (56), o con el de Jescheck (57). El criterio de Welzel no lleva, sin embargo, a soluciones satisfactorias, como lo muestra el que él mismo no se decida a incluir los móviles bajos del artículo 211 alemán de un modo claro en lo injusto o en la culpabilidad (57 bis).

En la jurisprudencia española los escasos pronunciamientos:

(54) El cual afirma, entre otras formulaciones similares, que las características de la culpabilidad «no se refieren al sentido de la prohibición, y de este modo al desvalor de acción del hecho respectivo (como las características subjetivas de lo injusto), sino a su reprochabilidad referida al ánimo jurídicamente desaprobado que se realiza en el hecho». GALLAS, W., *La teoría del delito en su momento actual*. Traducción de Córdoba Roda. Barcelona, Bosch, 1959, págs. 61-64.

(55) Que dice: «En la constatación de los elementos de lo injusto podemos preguntarnos a modo de ayuda en los delitos en particular: ¿Qué debe ser reprochado al autor? Por el contrario, la culpabilidad se refiere a la pregunta de si la conducta antijurídica es reprochable en el caso concreto y en qué medida. Los caracteres que sólo contengan un pronunciamiento sobre las dos últimas preguntas son puros caracteres de la culpabilidad». SCHWEICKERT, H., *Die Wandlungen der Tatbestandlehre seit*. Beling. Karlsruhe, Verlag C. F. Muller, 1957, pág. 148.

(56) Vid. supra, pág. 103.

(57) JESCHECK, op. cit., págs. 194 y 255, distingue entre los elementos que expresan la dirección de la voluntad (que se referirán a lo injusto), y los que expresan la formación de la voluntad (que se referirán a la culpabilidad). Hasta cierto punto esta distinción se ha utilizado en los razonamientos personales más arriba recogidos.

(57 bis) Según Welzel, pertenecen a la culpabilidad «aquellas características que señalen *exclusivamente* un grado especial de reprochabilidad», mientras que son elementos de lo injusto los caracteres «que fundamentan o fortalecen el juicio de desvalor social respecto del hecho». WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, op. cit., pág. 79.

existentes aluden a la culpabilidad, si bien no está claro si se es consciente de la alternativa injusto-culpabilidad en relación a las circunstancias (58), (59).

## V. EL TERMINO «MORAL»

En éste y en los dos apartados siguientes nos vamos a dedicar al estudio de los tres adjetivos que califican a la noción de «motivo» en la atenuante 7.<sup>a</sup>. De lo que se va a tratar esencialmente es de averiguar cuáles han de ser los *criterios* o pautas a seguir para dotar de contenido a los términos «moral», «altruista» y «patriótico». Con todo, también aludiremos a sus definiciones en abstracto.

Centrándonos ya en el concepto de «moral», y sin pretender dar una definición abstracta de motivo moral, que nos llevaría demasiado lejos en una cuestión tan universalmente discutida como es el concepto de Ética, baste con decir que se tratará de una acción basada en un motivo moral aquella que se realice en función de unos impulsos, y pretendiendo obtener un fin ético. Está claro que tal formulación abstracta nos dice bien poco; sin embargo, para los fines de interpretación de esta atenuante nos es suficiente, pues el acento no recae en la configuración conceptual de lo que sea moral, sino en los criterios que se han de seguir para determinar qué motivos sean morales en los supuestos concretos. En busca, pues, de esto último es de destacar la escasez de posturas doctrinales que sostengan una interpretación basada en planteamientos ideales, esto es, realizada a nivel de principios (60).

La inmensa mayoría de los autores estiman que el criterio lo han de suministrar las concepciones sociales vigentes; se acude por tanto a un criterio relativista y sociológico. El énfasis puesto en el punto de referencia social varía, en España, de autores

---

(58) SS. 19-10-67 R. 4637, 28-1-70 R. 781, 20-11-76 R. 4864. Si es consciente de la disyuntiva, sin duda alguna, aunque alude al móvil en general no necesariamente conectado con la atenuante 7.<sup>a</sup>, la S. 6-12-76 R. 5267.

(59) Evidentemente en este apartado hemos analizado cuál es el lugar sistemático, en la teoría del delito, de la atenuante 7.<sup>a</sup>. Lo que no se ha pretendido es realizar tal análisis respecto a los motivos en general, que, como es sabido, pueden encuadrarse en la culpabilidad (p. e., esta atenuante, o los motivos de las causas de inculpabilidad) o en lo injusto (p. e., los que aparecen en las causas de justificación, o los que se encuentran en los tipos como elementos subjetivos de lo injusto).

(60) Sostiene tal interpretación FERRER SAMA, op. cit., pág. 312, cuando afirma que «por móvil moral debe entenderse aquel que, lejos de ser reprobado por los principios éticos, viene a estar acorde con los mismos». También cabe asignar esta postura a QUINTANO RIPOLLÉS en *La motivación moral*, op. cit., pág. 409, al estudiar el término «moral» desde un punto de vista filosófico.

como Cuello y Quintano (61) o Antón Oneca (62) que no terminan de ser suficientemente explícitos en esa línea, hasta las posturas más definidas de Bernal (63), Córdoba (64) y Huerta (65). Especialmente acertada es, en mi opinión, la definición de Córdoba en el sentido de que «el motivo será moral en cuanto merezca la consideración de valioso desde el punto de vista de la ética social vigente en el momento del hecho», añadiendo que «el criterio de valoración tiene, por lo demás, carácter relativo, dada su vinculación a una cierta sociedad en un momento histórico determinado» (66). Estimo que tal remisión a lo valioso desde el punto de vista de la ética social vigente es acertada, pues dada la relevante significación que ésta posee en el ámbito del Derecho penal (67), es en último término a tal punto de referencia al que se habrá de acudir para fijar el contenido de lo que sea motivo moral. Ahora bien, esta postura, como veremos, no conlleva el rechazo absoluto de la intervención de elementos subjetivo-personales en la fijación del contenido de los términos. Únicamente habría que añadir a la definición de Córdoba que tal ética social vigente ha de ser obtenida a partir de un análisis de las opiniones *claramente mayoritarias* en una sociedad, esto es, se trataría de las concepciones sociales dominantes sobre la ética social en un momento histórico determinado (68).

La doctrina italiana, al comentar los «motivos de particular

(61) Ambos se limitan a insistir en que la interpretación del término «moral», como los otros dos («altruista» y «patriótico») se ha de realizar atendiendo al «sentido que les atribuye el lenguaje común», a «la vulgar y común acepción actual y local de tales conceptos». Vid. CUELLO, op. cit., volumen II, pág. 565, y QUINTANO, el cual cambia de opinión en parte respecto a lo sostenido en su artículo en Revista General de Legislación y Jurisprudencia, en *Comentarios al Código Penal*, 2.<sup>a</sup> edición. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1966, págs. 183-184.

(62) Que pone en relación, si bien no de un modo muy definido, el contenido de moral con el de «civilización cristiana». ANTÓN ONECA, J., *Derecho Penal. Parte General*. T. I, Madrid, 1949, pág. 341.

(63) BERNAL FERRERO, op. cit., pág. 78.

(64) CÓRDOBA RODA, op. cit., pág. 493.

(65) Que acepta la definición de «motivo moral» dada por CÓRDOBA. HUERTA TOCILDO, op. cit., pág. 72.

(66) Vid. nota 64.

(67) Vid. CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal Español. Parte General*, I. Madrid, Tecnos, 1976, págs. 13-14.

(68) La referencia a los puntos de vista claramente mayoritarios, ya que pretender llegar a opiniones *unánimemente aceptadas* sólo conduce a la inoperancia de este criterio social, no implica la dictadura de las mayorías sobre las minorías, al menos en una gran medida, puesto que en una sociedad tolerante y democrática se podrá apreciar un estado de opinión claramente mayoritario en base al cual se acepte que haya diversidad de opiniones relativas a lo que se haya de considerar como motivo moral, siendo dignas de tal calificativo diversas opciones alternativas que impliquen una mayor o menor extensión del concepto, o incluso planteamientos contrapuestos. En todo caso, habrá que atenerse a lo que el estado de opinión claramente mayoritario en la sociedad estime como susceptible de ser incluido dentro de esos límites de tolerancia de la diversidad.

valor moral» del artículo 62, núm. 1 del Código penal italiano se adhiere igualmente a este criterio con referencias sociales, formulado de forma muy similar. Así, Bettiol alude a los motivos «que no se encuentran en desacuerdo con las dominantes concepciones ético sociales» (69), y Antolisei a «los motivos que en la normalidad de los casos determinan acciones moralmente nobles, selectas, o más precisamente, los motivos que la conciencia ética del pueblo, en un momento histórico dado, por la razón ya indicada aprueba» (70).

La doctrina alemana, en relación a los «móviles bajos» del artículo 211 del Código penal alemán, remite también siempre a los «criterios valorativos reconocidos generalmente», a la «valoración moral general...» para determinar la baja de los motivos (71).

Hay un autor, Rodríguez Devesa, que sin renunciar al criterio que se basa en referencias sociales, acepta para el motivo moral el que éste, a diferencia de los motivos altruistas o patrióticos, se fundamente en las ideas personales del sujeto que realizó la acción, en los motivos personales (72). Esta postura ha sido rechazada por la doctrina (73), y la jurisprudencia (74) repetidamente.

La jurisprudencia sobre esta atenuante, si bien suele pronunciarse casi siempre sin distinguir entre los diversos tipos de motivos incluidos en la circunstancia, alude con frecuencia a la ética social vigente como criterio a seguir (75), aunque en alguna

(69) BETTIOL, op. cit., pág. 507. Del mismo modo, RANIERI, S., *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*, Vol. 1.º, 4.ª Edición Padua, CEDAM, 1968, página 373; MAGGIORE, op. cit., pág. 512; MANZINI, op. cit., Vol. II, pág. 225; SANTORO, A., *Le circostanze del reato*, 2.ª Edición, Unione Tipografica-Editrice Torinese, Turin, 1952, pág. 285.

(70) ANTOLISEI, op. cit., pág. 351. Del mismo modo, MALINVERNI, A., *Circostanze del reato*. Enciclopedia del Diritto, VII, Giuffrè Editore, 1960, página 87.

(71) Vid. WESSELS, J., *Strafrecht. Besonderer Teil-1*. Karlsruhe und Heidelberg. C. F. Müller Juristischer Verlag, 1976, pág. 10; DREHER, E., *Stragesetzbuch* 37 Edición, München. C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1977, página 839; BLEI, H., *Strafrecht II Besonderer Teil*, 10 Edición, München, Verlag C. H. Beck, 1976, pág. 21; MAURACH, *Deutscher Strafrecht. Besonderer Teil*, op. cit., pág. 32; BOCKELMANN, op. cit., pág. 8.

(72) RODRÍGUEZ DEvesa, op. cit., pág. 612, en donde afirma que «no comparto la tesis de quienes piensan que han de ser únicamente motivos de índole social, excluyendo asimismo los de índole personal. Precisamente una interpretación que daría contenido propio a cada uno de los móviles sería la de contraponer los morales, de tipo personal, a los sociales, que sólo podrían tenerse en cuenta cuando se basen en el altruismo o en el amor a la Patria».

(73) BERNAL FERRERO, op. cit., pág. 78; CUELLO CALÓN, op. cit., vol. II, página 566; CÓRDOBA RÓDA, op. cit., pág. 494.

(74) Decisiones jurisprudenciales de 6-3-63 R. 1474; 19-10-67 R. 4637; 27-10-73 R. 3985; 20-11-76 R. 4864.

(75) Sentencias de 14-10-49 R. 1191; 9-6-67 R. 3145; 19-10-67 R. 4637; 6-11-72 R. 4769; 27-10-73 R. 3985; 28-5-74 R. 2438; 20-11-76 R. 4864; 10-12-76 R. 5294.

ocasión induzca a pensar que utiliza un criterio basado en principios ideales (76).

Aceptado mayoritariamente, como vemos, el criterio de la ética social vigente para determinar cuándo el motivo es moral, dejando al margen la referencia a principios ideales o a los motivos personales, se han deslizado en algunas ocasiones, en autores y decisiones jurisprudenciales que aparentemente utilizaban los puntos de referencia sociales, expresiones que no son incluíbles en tal contexto. En tal sentido, Bernal ha aludido, junto a la conciencia general, a «los fines superiores del Estado» como pauta a seguir en la valoración de los motivos morales (77); y, lo que es más grave, algunas sentencias no han aceptado la aplicación de la atenuante en cuanto el móvil cuestionaba el régimen político establecido, bastando para descalificar la moralidad del motivo la afirmación de que no se podía llamar moral a un motivo que favorecía a una organización política ilegal (78).

Al margen de la problemática sobre el móvil político que éstas, y otras, sentencias y opiniones doctrinales, implican, está claro que la introducción de referencias a los fines superiores del Estado, o bien la afirmación de que todo móvil que vaya contra las leyes que regulan el régimen político vigente no puede ser calificado dentro de la atenuante 7.ª, supone una desvirtuación del criterio basado en las concepciones sociales, en cuanto que se introducen de nuevo elementos que pueden estar o no totalmente desconectados de la realidad social, pero que en todo caso ya no dependen de ella de un modo inmediato, adquiriendo por el contrario una sustantividad propia y situándose a un mismo nivel que los principios filosóficos o religiosos que dan contenido al término «moral» según algunos autores (79).

---

(76) Sentencias de 4-6-68 R. 2783; 6-11-72 R. 4768; 9-2-73 R. 656.

(77) BERNAL FERRERO, op. cit., pág. 78.

(78) Sentencias de 6-11-72 R. 4769; 9-7-73 R. 3042; 27-10-73 R. 3985. Esta última establece como *consecuencia* necesaria de su ilegalidad, el que tal declaración de ilegalidad está aceptada comunitariamente. Ni que decir tiene que no se deriva tal consecuencia lógica del hecho de poner fuera de la ley a una asociación política; eso es evidente en un sistema totalitario, pero aun en una democracia habría que ver si tal prohibición está de acuerdo con las concepciones sociales *claramente mayoritarias*, por no hablar de los límites de la tolerancia, o de la variabilidad de las concepciones sociales siempre más rápida que las reformas legales.

(79) Una tendencia jurisprudencial, seguida ocasionalmente por la doctrina y que me parece incorrecta, es aquella que restringe la aplicación de la atenuante a casos de *defensa* ante la ofensa que se va a producir a los valores de moralidad, altruismo o patriotismo concretados en una u otra situación, eliminando, por tanto, aquellos otros casos en que puede no darse una amenaza para tales valores, pero que se inicia una acción por propia iniciativa para reafirmarlos, o instaurarlos, en determinadas situaciones. Es decir, la atenuante no abarca, ni tiene por qué, únicamente casos defensivos, sino igualmente agresivos, en favor de los valores contenidos en esos conceptos. Sentencias que siguen esta tendencia restrictiva son las de 26-3-63 R. 1474, que exige en la atenuante 7.ª «una reacción defensiva contra ofensas a la moral, al prójimo o a la Patria» y la de 19-10-67 R. 4637. Con términos

## VI. EL TERMINO «ALTRUISTA»

La doctrina y la jurisprudencia coinciden en líneas generales en lo relativo a lo que se ha de entender por móvil altruista. Especialmente claras son las definiciones aportadas por Córdoba (80), Huerta (81) y Ferrer (82), que coinciden casi plenamente. En parecidos términos se expresa la jurisprudencia (83). Puede, pues, definirse el móvil altruista, en línea con las opiniones citadas, como «impulso que basado en la complacencia por el bien ajeno, pretende la obtención de un beneficio para otras personas».

Ahora bien, ésta y otras definiciones que se pudieran hacer relativas a lo que se ha de entender por motivo altruista aportan bien poco a la solución de los problemas derivados de la aplicación de la atenuante 7.<sup>a</sup>, del mismo modo que, en relación al motivo moral, poco nos dice la afirmación de que por tal se entiende un motivo «ético».

El problema principal reside, al igual que en el motivo moral, en la decisión a tomar sobre cuáles han de ser los *criterios* a utilizar para determinar si una acción pretende un bien ajeno y está impulsada por tal objetivo que trasciende a la mera acción delictiva. Nos encontramos de nuevo ante las mismas disyuntivas que en el motivo moral, esto es, se puede acudir a criterios basados en planteamientos ideales, basados en planteamientos sociales y relativistas, o basados en las ideas personales del sujeto activo (o incluso en las ideas personales del beneficiado por la acción). Sin olvidar la claridad conceptual que las diversas definiciones pueden aportar, y que ellas son el primer paso a dar, el problema esencial no reside allí, sino en los criterios a emplear.

---

parecidos a la Sentencia 26-3-63, QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso de Derecho Penal I*, op cit., pág. 424; también LUZÓN DOMINGO, M., *Derecho Penal del Tribunal Supremo*, I. Barcelona, Editorial Hispano-Europea, 1964, págs. 325-326; PANNAIN, op. cit., pág. 413. Crítica también está tendencia en relación al móvil patriótico CÓRDOBA RODA, op. cit., pág. 496.

(80) «Sentimiento de complacencia por el bien ajeno aun a costa del propio» y «lo único necesario es que sea el esmero por el bien de los demás lo que mueva la conducta del autor». CÓRDOBA, op. cit., pág. 413.

(81) Que define altruismo como «complacencia en el bien ajeno. Lo que es esencial a la concepción de altruista es que se obre teniendo como meta el beneficio ajeno y no el propio». HUERTA, op. cit., pág. 73.

(82) Define el móvil altruista como aquel «en que el sujeto persigue un beneficio ajeno». FERRER, op. cit., pág. 312.

(83) En especial, Sentencias de 27-1-65 R. 208, 19-10-67 R. 4637, 28-5-74 R. 2438, que afirma que «a los ojos de la comunidad tales móviles adquieren un relieve de benevolencia a los actos de complacencia del inmediato bien ajeno, que se superpone, en la conciencia del agente al cumplimiento de los deberes que...», 20-11-76 R. 4864, que considera al móvil altruista como «sentimiento de esmero y complacencia en el bien ajeno, aun a costa del propio, de generosa estimación y amor, opuesto al egoísmo, que en definitiva signifique, espiritual o material ayuda, satisfacción, alivio, ventaja o provecho».

En este punto, la remisión a los planteamientos ya analizados en relación al motivo moral, se impone con especial intensidad. Ello es debido a que, frente a la casi total ausencia de pronunciamientos doctrinales relativos al criterio a utilizar para determinar lo que sea móvil altruista, la gran mayoría de los autores reconducen el concepto de altruista al de moral, como veremos en un apartado posterior (84), por lo que es legítimo suponer que los criterios que han considerado correctos para el motivo moral lo han de ser para el altruista. En una situación similar se encuentra la jurisprudencia, la cual, como ya hemos señalado (85), frecuentemente no distingue entre los diversos motivos cuando habla de los criterios a usar en su determinación.

De todos modos, algún autor, como Huerta Tocildo, se preocupa por este problema directamente llegando, a similitud de su postura mantenida con el motivo moral, a criterios sociales y relativistas, al referir la fijación del móvil altruista «al sentir popular creador de la norma de cultura», tras insistir en que hay que olvidarse «siquiera sea por unos momentos de todo afán técnico-dogmático para remontarse a una aproximación más vulgar, en el sentido de popular» (86). Asimismo, Rodríguez Devesa, que alude a criterios personales respecto al motivo moral, habla, sin embargo, de criterios sociales en relación al móvil altruista (87).

La misma jurisprudencia, en otras sentencias distintas a las ya citadas, que aluden directamente al móvil altruista, insiste claramente en que el criterio a seguir ha de ser uno vinculado a las opiniones sociales del momento sobre el altruismo (88).

Vemos, por tanto, que la gran mayoría de la doctrina y la jurisprudencia, sea de un modo directo o indirecto (a través del motivo moral) acude a pautas relativistas basadas en referencias sociales. Yo soy de la misma opinión, y estimo por tanto que el criterio a emplear para delimitar al móvil altruista se obtiene a partir de las *concepciones sociales dominantes sobre lo que sea altruismo en un momento histórico determinado* (89).

Un último problema cabe estudiar en relación con el motivo altruista. Alude a él por primera vez Quintano Ripollés, quien parte de la opinión generalizada de que lo contrario a altruismo es egoísmo, para afirmar que tal cosa no es exacta, dada la profunda interrelación entre ambos aspectos, de modo que en un gran número de casos ambos conceptos aparecen mezclados, y así habla de ego-altruismo, egoísmo colectivo, altero-egoísmo «en que la acción está encaminada a satisfacer el placer ajeno de personas cuya satisfacción, a su vez, supone un placer propio»,

(84) Vid. infra págs. 115-127.

(85) Vid. supra pág. 107.

(86) HUERTA TOCILDO, op. cit., pág. 74.

(87) RODRÍGUEZ DEVESA, op. cit., pág. 612.

(88) Sentencias de 28-5-74 R. 2438, 20-11-76 R. 4864, 6-12-76 R. 5267.

(89) Sobre el concepto de «concepciones sociales dominantes», vid. supra. Nota 68.

aludiendo a los riesgos que en el Derecho penal puede presentar este concepto (90). Esta alusión a que todo móvil altruista conlleva o puede llevar consigo un móvil de satisfacción no ya ajena sino propia ha sido posteriormente señalado por algunos otros autores como Córdoba (91) o Huerta (92). Esta problemática del motivo altruista, que considero acertada en líneas generales (93), nos conduce de nuevo al estudio del concepto de motivo y a lo allí aludido referente a la concurrencia de diversos móviles a un mismo nivel (94). En todo caso, el que puedan concurrir móviles de autosatisfacción junto a los altruistas o detrás de ellos no significa que el móvil altruista desaparezca, sino que coexiste con, o se basa en, el de autosatisfacción. Para los fines de este apartado en que estudiamos el móvil altruista con independencia del cuadro completo de móviles de una acción, con ello nos basta. Otra cosa será cuando estudiemos el requisito «de notoria importancia» a donde me remito para un tratamiento global del problema (95).

## VII. EL TERMINO «PATRIÓTICO»

Al igual que en el apartado anterior, vamos a iniciar el estudio de este término intentando dar una definición lo más exacta posible de él: Tampoco aquí se aprecian diferencias importantes entre la doctrina, y entre ésta y la jurisprudencia; quizá ello sea debido a la carencia de profundidad en el análisis del término, con alguna excepción (96) que enseguida estudiaremos con más detalle. En principio, y en líneas generales, la doctrina pienso que podría suscribir toda ella la definición dada por Ferrer, que considero la más acertada en cuanto que respeta los dos aspectos del concepto de motivo al mismo tiempo, en el sentido de que estará basada en un móvil patriótico la acción «inspirada en el amor a la Patria y con la que se pretende la consecución de un bien para la misma» (97); la jurisprudencia, en la misma línea.

---

(90) QUINTANO RIPOLLÉS, *La motivación...*, op. cit., págs. 410-411.

(91) CÓRDOBA, op. cit., pág. 493.

(92) HUERTA, op. cit., pág. 73.

(93) Quizá necesitada únicamente de una mayor precisión en la descripción del fenómeno de acuerdo con los conocimientos científicos actuales en Psicología, precisión que yo tampoco voy a realizar, pues nos aleja en demasía del tema. Como una primera aproximación a un aspecto del problema podrían servir las citas de Criminología y Psicología recogidas en Nota 33.

(94) Vid. supra, págs. 99-101.

(95) Vid. infra, págs. 122-129.

(96) HUERTA TOCILDO, op. cit.

(97) FERRER SAMA, op. cit., pág. 313. En parecidos términos se expresa CÓRDOBA RODA, op. cit., pág. 494, que afirma que el motivo será patriótico «siempre que haya sido el amor a la Patria, es decir, el deseo de producir un bien a ésta, el móvil de la conducta del sujeto». Expresiones no ya tan completas, pero en la misma línea, CUELLO CALÓN, op. cit., vol. 2.º, pág. 565; BERNAL FERRERO, op. cit., pág. 78; PUIG PEÑA, op. cit., pág. 119; LUZÓN DOMINGO, op. cit., pág. 326.

que la doctrina, no es, sin embargo, demasiado explícita (98).

Un autor que dedica mayor atención al problema es Huerta Tocildo, el cual, tras distinguir entre el concepto territorial y el existencial de Patria, en favor de este último, señala la habitual equiparación que se ha terminado por hacer entre Patria y Nación, así como la no coincidencia entre los términos de Patria, Estado y Régimen político. Tras ello define el patriotismo en los siguientes términos: «1. El patriotismo es el sentimiento de pertenecer a una determinada comunidad diferenciada respecto de otras que la rodean; 2. En tanto en cuanto dicha comunidad sea auto-gobernada, coincide con el sentimiento nacionalista; 3. Puede coexistir con una estructuración interna de tipo federal con gobierno único (...), ya que la conciencia de unidad viene fundamentalmente dada por el sentimiento de autoafirmación y diferencia respecto del exterior, que no implica una homogeneidad interior; 4. No implica una aceptación de la forma de Estado ni de gobierno» (99).

Este análisis de Huerta sobre lo que sea el patriotismo es meritorio, pues supone, que yo sepa, la primera aproximación por parte de la doctrina jurídico-penal al concepto de patriotismo, y permite dotar de un contenido más explícito a las alusiones doctrinales al amor a la Patria y a lo que es un bien para ella que acabamos de ver, completando la definición de móvil patriótico que hemos aceptado.

Sin embargo, en lo que ya no puedo estar de acuerdo es en la pretendida inclusión del móvil político «en cuanto finalidad de conseguir lo mejor para la colectividad en la que el individuo en concreto se siente integrado» (100), en el ámbito del móvil patriótico. La doctrina española se ha manifestado repetidamente en contra, ya sea avisando de los peligros de confusión entre móviles políticos y patrióticos (101), ya sea intentando dar algunos criterios de distinción, como Ferrer Sama que restringe los móviles patrióticos a los «supuestos, en que, apreciados desde cualquier punto de vista político, se nos ofrezcan como acciones dirigidas a la tutela o beneficio de los intereses patrios» (102), o Luzón Domingo que dice que para apreciar este móvil «debe ser el amor al propio país, pero por encima de todo interés de partido o clase» (103). En mi opinión, y basándome en la propia definición de patriotismo que Huerta establece, la cual me parece correcta,

(98) Sentencias de 15-10-48 R. 1198, 26-3-63 R. 1474, 27-10-73 R. 3985 y 20-11-76 R. 4864.

(99) HUERTA TOCILDO, op. cit., págs. 74-76.

(100) *Ibidem*, pág. 76.

(101) Así, QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios...*, op. cit., pág. 184, y ANTÓN ONECA, op. cit., pág. 341, que remiten a criterios de «bien general» en relación con los móviles patrióticos, y CUELLO CALÓN, op. cit., vol. 2, pág. 565.

(102) FERRER SAMA, op. cit., pág. 313. Y en el mismo sentido, PUIG PEÑA, op. cit., pág. 119.

(103) LUZÓN DOMINGO, op. cit., pág. 326.

considero que el móvil patriótico no incluye al político y el fundamento lo encuentro en que el concepto de patriotismo es uno que sólo adquiere sustantividad puesto en relación con el exterior, con otras naciones y otros sentimientos de patriotismo; como bien dice Huerta «la conciencia de unidad viene fundamentalmente dada por el sentimiento de autoafirmación y diferencia respecto al exterior, que no implica una homogeneidad interior». En esta línea, los móviles políticos reflejan las divergencias de opinión sobre alternativas de autogobierno *dentro* de una nación, mientras que los móviles patrióticos remiten a conductas relativas al fortalecimiento o defensa de la nación, sentida y entendida como una unidad (en la que caben estructuras federales) diferenciada de cara al exterior (104). Ni que decir tiene que suscribo la no equiparación entre Patria, y Estado o Régimen político.

Soy consciente de los claros matices restrictivos que, frente a interpretaciones como la de Huerta, supone una interpretación del concepto de móvil patriótico en el sentido aquí expuesto. Sin embargo, los vocablos tienen un límite de flexibilidad y no se puede pretender que digan más de lo que son capaces de decir. En tal sentido, no es accidental que la inclusión del móvil patriótico se produjera en 1944, en unas circunstancias políticas que son un argumento más para concluir que el móvil político no está incluido en el patriótico.

Al margen de las propuestas de «lege ferenda», la interpretación propugnada para tal móvil no implica que los móviles políticos hayan de ser excluidos del ámbito de esta atenuante, pues lo único que ha quedado claro, en mi opinión, es que el móvil patriótico excluye, dada su formulación conceptual, al móvil político, lo que no impide, sin embargo, que tales móviles políticos pudieran ser abarcados dentro del concepto de móvil altruista (105).

---

(104) En línea con lo expresado, el derrocamiento de una dictadura es móvil político, pero no patriótico, a no ser que ésta haya sido impuesta desde el exterior.

Del mismo modo las conductas tendentes a evitar separatismos gozan del móvil patriótico, a no ser que haya una concepción social dominante (me remito a los criterios sobre el contenido concreto de patriotismo que ahora paso a ver) que no incluya a tal sector del territorio en la idea de nación, esto es, falta el sentimiento de considerar como parte de la Patria a ese territorio, por parte de la población de *toda* la Nación (aunque es evidente que ello puede significar una opresión de minorías dentro de una Nación, y un favorecimiento de las entidades territoriales ya constituidas), a salvo siempre el principio de tolerancia aludido en Nota 68.

(105) Aunque HUERTA TOCILDO parece sugerir en alguna ocasión que los móviles políticos pueden incluirse dentro de los móviles altruistas, siempre afirma al mismo tiempo que son incluíbles también en los patrióticos (vid. op. cit., págs. 74 y 79), y en realidad basa todo el razonamiento sobre el móvil político en función del móvil patriótico y de los patriotas (vid. op. cit., págs. 76-77), quizá porque en el fondo piensa que el móvil patriótico *abarcando al político* se inserta dentro del contenido de móvil altruista (vid. op. cit., pág. 76).

En tal sentido, basta sólo recordar el concepto que hemos dado de altruismo (106) para comprender que en un gran número de supuestos los móviles políticos encajarán perfectamente en el ámbito conceptual de los móviles altruistas. Para ello, sin embargo, tendrán que cumplir los requisitos exigidos para su conceptualización como móviles altruistas, requisitos que, como fácilmente puede suponerse, no siempre cumplirán.

En todo caso, no deja de presentar ciertos signos de incoherencia lógica, el doble hecho de que, por un lado, la atenuante haga una alusión expresa a los móviles patrióticos en un claro intento de elevar el nivel mínimo para la apreciación de la atenuante hasta conductas que excluyan las diversas opciones políticas dentro de una misma nación, y que, por otro lado, tales opciones políticas se introduzcan en la atenuante por la vía del móvil altruista.

Ello nos llevaría a pensar que, si bien en un principio, y considerado el término «altruista» por sí sólo, la mayor parte de los móviles políticos encuentran cabida a través del concepto de altruismo, una consideración global de la atenuante, y en especial la existencia del móvil patriótico al lado del altruista, indica que no se encuentra en la voluntad de la ley la pretensión de incluir los móviles políticos dentro de los altruistas una vez que ha aludido explícitamente a los móviles patrióticos.

En cuanto a lo que opina la jurisprudencia sobre todo este problema, es de destacar, en primer lugar, un grupo de sentencias que intentan restringir al máximo el concepto de móvil patriótico poniendo dificultades para su apreciación en tiempo de paz (107), y en segundo lugar, aquellas otras que se preocupan directamente de excluir del ámbito de consideración de la atenuante los móviles basados en el favorecimiento de determinadas opciones políticas no admitiendo ni siquiera la posibilidad de incluir tales móviles en el concepto de altruismo dado que suelen referirse a la atenuante en su conjunto (108), (109).

CÓRDOBA RODA también muestra indecisión a la hora de asignar los móviles políticos sea al altruismo sea al patriotismo, *op. cit.*, pág. 496. GARCÍA VALDEZ, C., *El delito político*. Madrid, Edicusa, 1976, pág. 10, establece de un modo claro que los móviles políticos han de considerarse incluidos en la motivación *altruista* de la atenuante 7.<sup>a</sup>

(106) *Vid. supra*, págs. 109-111.

(107) Sentencias de 15-10-48 R. 1198, que afirma que «el presunto servicio carecería de relevancia para el interés patrio máxime en época de paz», y 21-10-48 R. 1330.

(108) Sentencias de 18-12-45 R. 1398, 13-5-49 R. 666, 21-1-65 R. 208, 6-11-69 R. 5248 y 27-10-73 R. 3985. Esta última afirma que «máxime cuando el móvil político parece fuera del ámbito de dicha atenuante, por su naturaleza y por estar absorbido por los delitos políticos, en que ciertamente se manifiesta como elemento constituyente insito e inherente al tipo».

(109) La doctrina italiana, en su atenuante parcialmente correlativa a la nuestra, con frecuencia acepta la apreciación de móviles políticos, pero dando un concepto tan restringido de ellos que no pasan de ser móviles patrióticos o incluso aún más restringido. Así, MAGGIORE, *op. cit.*, II, pág. 514,

Vistos ya los problemas que el concepto de patriotismo conlleva, hemos de prestar atención de nuevo al elemento imprescindible para la determinación del contenido del término «patriótico» en los supuestos concretos, esto es, cuáles han de ser los criterios que se han de utilizar para calificar un móvil de patriótico de entre los que han impulsado a la acción delictiva.

Al igual que al estudiar el término «altruista», se impone una remisión a las posturas adoptadas por la doctrina al tratar este mismo problema en el motivo moral, debido a que la mayoría de los autores consideran reconducible el término patriótico al de moral (110), y no se pronuncian sobre la problemática del criterio a escoger al analizar el móvil patriótico.

De los autores que hacen alusión a este problema de modo directo, todos ellos acuden a criterios basados en referencias sociales, incluidos Ferrer Sama y Quintano Ripollés que, como sabemos, en lo referente al motivo moral acudían a criterios basados en principios ideales (111).

En relación a la jurisprudencia hay que remitirse igualmente a las decisiones jurisprudenciales citadas en el estudio de este problema para el motivo moral, ya que solían aludir a los tres motivos de la atenuante simultáneamente. No existen pronunciamientos referidos de modo aislado a este motivo, el cual, por otra parte, nunca ha servido para apreciar la atenuante en función de él en exclusiva (112).

En mi opinión, y en consonancia con lo expresado al hablar de este problema en el móvil moral y en el altruista (113), creo que hay que ir sin duda a criterios sociales y más en concreto, basarnos en las *concepciones sociales dominantes sobre lo que sea patriotismo en un momento histórico determinado*.

---

que dice que «entre los motivos de particular valor moral y social tiene el primer puesto el amor a la Patria. No cualquier motivo político tiene valor, sino sólo aquel que tiene el origen en el sagrado afecto al país propio y al orden de él constituido en el Estado»; en línea semejante, MANZINI, que afirma que «sólo cuando el motivo político derive de sentimientos patrióticos o favorables al ordenamiento jurídico político del Estado, se puede admitir que se hayan de considerar de particular valor moral o social», op. cit., II, pág. 228, y SANTORO, *Manuale*, op. cit., pág. 496.

(110) Vid. infra, págs. 115-117.

(111) HUERTA TOCILDO, op. cit., pág. 77, alude a una «determinación objetiva del término a través de la investigación del sentir colectivo mediante los procedimientos que para ello se consideren adecuados»; FERRER SAMA, op. cit., pág. 313; QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios...*, op. cit., pág. 184; PUIG PEÑA, op. cit., pág. 119.

(112) Por el contrario, se ha rechazado su aplicación en las Sentencias 18-12-45 R. 1398, 15-10-48 R. 1198, 21-10-48 R. 1330, 23-2-53 R. 432, 26-3-63 R. 1474, 27-1-65 R. 208, 6-11-69 R. 2548, 6-11-72 R. 4769, 9-7-63 R. 3042 y 27-10-73 R. 3985.

(113) Vid. supra, págs. 106-110.

### VIII. RELACION ENTRE LOS TERMINOS «MORAL», «ALTRUISTA» Y «PATRIOTICO»

Es habitual en la doctrina el pronunciarse en esta atenuante, tras haber estudiado los tres términos arriba citados, sobre la posible inclusión del contenido conceptual de unos dentro de los otros.

La cuestión, como ya vimos al estudiar los diversos criterios a utilizar en la determinación de estos conceptos (114) y como ahora veremos, tiene más trascendencia de lo que parece, por lo que voy a permitirme una incursión por la doctrina para narrar las diversas posturas existentes:

Un numeroso grupo de autores afirma, en base a argumentos muy similares, que altruismo y patriotismo son reconducibles al término moral. Podemos destacar a Cuello, que alega que «siendo el altruismo concepto moral la inclusión expresa de este móvil resulta superflua y, por otra parte, en la moral social entra el patriotismo como sentimiento de extraordinario valor» (115) y Córdoba que insiste en que «no obstante existir un claro matiz diferencial entre ellos, lo altruista y lo patriótico representan, según repetidamente se ha indicado, especies de lo moral» (116). Otros autores en la misma línea son Antón Oneca, Bernal Ferrero, Luzón Domingo y Quintano Ripollés (117).

Rodríguez Devesa, y Ferrer Sama consideran al altruismo subsumible en la moral, pero no piensan lo mismo en relación con el patriotismo (118).

Por otro lado, Puig Peña, y Quintano Ripollés en sus Comentarios, aun reconduciendo igualmente los tres términos a uno solo, este es el altruista y no el moral (119).

Finalmente, Huerta Tocildo, y Quintano en una tercera postura, vinculan altruismo y patriotismo, pero no dicen nada en relación al moral (120).

(114) Vid. supra, págs. 109-115.

(115) CUELLO CALÓN, op. cit., vol. 2, pág. 565.

(116) CÓRDOBA RODA, op. cit., pág. 494.

(117) ANTÓN ONECA, op. cit., pág. 341; BERNAL FERRERO, op. cit., pág. 78; LUZÓN DOMINGO, op. cit., pág. 325; QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso...*, op. cit., página 424.

(118) RODRÍGUEZ DEVESA, op. cit., pág. 611, y FERRER SAMA, op. cit., pág. 312, el cual, si bien afirma claramente la vinculación entre moral y altruista, no dice nada respecto al patriotismo.

(119) PUIG PEÑA, op. cit., pág. 118, que afirma que «el término altruista es, en realidad, el más destacado de la dicción legal y el que preside todo el fenómeno de la motivación atenuada», y QUINTANO RIPOLLÉS, que, en contradicción con lo dicho en su curso, y en su artículo en la «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», afirma en *Comentarios...*, op. cit., pág. 184, que la referencia al altruismo bastaría para caracterizar la atenuante, sobrando las de moral y patriotismo que son, o redundantes o perturbadoras.

(120) QUINTANO RIPOLLÉS, *La motivación*, op. cit., pág. 411, y HUERTA TOCILDO, op. cit., pág. 76, la cual considera que el motivo patriótico guarda mucha proximidad con el altruista, «con el que en esencia viene a identificarse».

Observamos, por tanto, cómo hay una clara tendencia mayoritaria a reconducir todos los términos al de moral, con una postura minoritaria dentro de ella que sólo incluye en moral al altruismo. Otros autores dan más importancia al término altruista.

En cuanto a la jurisprudencia un argumento importante a favor de la unidad entre los tres términos lo da el fenómeno, tan generalizado, de aludir el Tribunal Supremo a los tres motivos de la atenuante a la vez, lo cual indica ya que el Tribunal Supremo considera que se da un contenido conceptual común, al menos parcialmente, entre los tres (121). Al margen de tales casos quedan otras decisiones jurisprudenciales en las que se utilizan alternativamente las expresiones de moral o altruista refiriéndose a unos mismos hechos (122). Sin embargo, las Sentencias de 19-X-67 (R. 4637) y 20-XI-76 (R. 4864) aluden a que los tres motivos tienen vida autónoma e independiente (123).

En mi opinión, resulta difícil sostener en todo momento la afirmación de que lo altruista y lo patriótico se incluyen en lo moral. Son perfectamente imaginables conductas impulsadas por motivos patrióticos o altruistas, que no gozarán del calificativo de morales, o bien conductas patrióticas que no podrán catalogarse como altruistas. Y esto no sólo utilizando puntos de referencias basados en principios ideales, sino igualmente criterios sociales.

De todos modos, la mayoritaria postura doctrinal que hemos visto tiene una base evidente. Reside ella en que en una gran mayoría de las ocasiones, las conductas motivadas altruista o patrióticamente podrán ser catalogadas como morales; pero no siempre. Utilizando una imagen muy conocida, podríamos decir que moral, altruista y patriótico son tres círculos secantes, en donde destaca especialmente la gran extensión relativa de los respectivos círculos de altruismo y patriotismo que se inserta en el círculo de lo moral; sin embargo, la inserción no es completa.

## IX. EL ERROR SOBRE LOS HECHOS QUE SIRVEN DE BASE A LOS MOVILES. EL ERROR SOBRE LA CALIFICACION DE LOS MOTIVOS. LA ATENUANTE 7.<sup>a</sup> Y EL ARTICULO 60

Hemos visto hasta ahora cómo tanto la doctrina como la jurisprudencia han insistido en negar cualesquiera otros criterios

---

(121) Como ejemplos en tal sentido, señalando que en la mayoría de las Sentencias en que el Tribunal Supremo se pronuncia por la atenuante actúa así. Pueden verse las Sentencias citadas en nota 75, a excepción de la de 28-5-74.

(122) Sentencias 8-3-50 R. 632, 9-7-53 R. 1870, 5-2-55 R. 402, 6-6-58 R. 2011, 17-4-64 R. 2002, 31-10-69 R. 5215: En todo caso en estas sentencias nunca dice la jurisprudencia que estos dos términos sean iguales, simplemente los usa alternativamente.

(123) Las Sentencias 9-11-57 R. 2960 y 6-12-76 R. 5267 podría pensarse que refieren los tres términos al altruista, pero no está excesivamente claro.

que no sean los sociales para determinar el contenido de los términos moral, altruista y patriótico, con muy pocas excepciones. Se ha dejado notar, por otra parte, y como ya vimos (124), un especial interés en excluir la posibilidad de utilizar, en lugar de criterios sociales, criterios fundamentados en meras opiniones personales, en suma, se trata de excluir del ámbito de esta atenuante al autor por convicción. Esta pretensión, con la que estoy plenamente de acuerdo, ha conducido sin embargo a la doctrina a otras posturas que no se derivan necesariamente de tal propósito. Me refiero en concreto a la negativa doctrinal a aceptar la relevancia del error en la calificación de los motivos, en esta atenuante. En tal sentido, son muy frecuentes las alusiones a que el juicio personal del autor sobre la cualidad de morales, altruistas o patrióticos de los motivos es irrelevante, lo cual, si bien es correcto si se quiere aludir a la no toma en consideración de los criterios personales, termina por llevar a una negación de la relevancia del error producido en el sujeto al utilizar, no sus propios criterios, sino los criterios sociales. Este peligro de entender tal afirmación de un modo excesivamente amplio adquiere más consistencia al comprobar las frecuentes alusiones a que ha de ser el juez el que decida sobre la calidad de los motivos, mientras se hace notar la ausencia de todo tipo de referencias al error del sujeto en la calificación de los motivos (e, incluso, las escasas alusiones al error sobre los hechos que sirven de base a los motivos) (125). En una línea similar a la doctrina se coloca la jurisprudencia (126). Sin embargo, el negar validez al uso de criterios personales, postura que yo también mantengo, no tiene por qué implicar la denegación de un error relevante en base al causado en el sujeto a través de una equivocada utilización, no de sus propios criterios, sino de los sociales. Pasemos a fundamentar ahora más detenidamente esta tesis.

Previamente he de aludir a la evidente pertenencia de la atenuante 7.<sup>a</sup> al párrafo 1 del artículo 60. Pocas circunstancias modificativas presentan un encaje tan perfecto en tal párrafo, en especial en la alusión a la «disposición moral del delincuente», de modo que una discusión al respecto me parece ociosa (127).

(124) Vid. las citas contenidas en notas 73-74.

(125) Vid. HUERTA TOCILDO, op. cit., pág. 77; CÓRDOBA RODA, op. cit., página 494; CUELLO CALÓN, op. cit., págs. 565-566; BERNAL FERRERO, op. cit., pág. 78. Aluden sólo a que ha de ser el juez el que califique los motivos sin referirse a la vez al error del sujeto en tal calificación, aparte de los ya citados, QUINTANO RIPOLLÉS, *La motivación...*, op. cit., págs. 411-412; FERRER SAMA, op. cit., pág. 312.

(126) Entre otras, en especial las Sentencias de 19-10-67 R. 4637, 27-10-73 R. 3985, 20-11-76 R. 4864.

(127) Pese a ello, QUINTANO RIPOLLÉS, en *Comentarios...*, op. cit., págs. 151-152, la considera del párrafo 2, en una actitud difícilmente comprensible si no se tiene en cuenta que toma tal decisión en base a los planteamientos generales que realiza de equiparación entre circunstancias objetivas y párrafo 2, y circunstancias subjetivas y párrafo 1. Vid. en tal sentido mi trabajo ya citado, págs. 616-621.

Pues bien, en otro lugar he mantenido (128) que el párrafo 1 del artículo 60 no ofrece ninguna dificultad para admitir en su seno a circunstancias referidas a lo injusto si tales circunstancias se adecúan al tenor literal del p. 1 y no al del p. 2. Ello no ofrecía ninguna dificultad dogmática en cuanto que el p. 1 exige el requisito de que tales circunstancias, en cuanto personales, han de concurrir en el sujeto para que se le puedan apreciar, pero la existencia de tal requisito no excluía la posibilidad de que a la vez se exigiera a las circunstancias referidas a lo injusto que hubieran de ir al párrafo 1, y para satisfacer sus exigencias dogmáticas, un ulterior requisito, el de que el sujeto *conociera* los hechos que llevan a la apreciación de la circunstancia: La redacción del párrafo 1 no ponía ningún impedimento a la intervención de este segundo requisito cuando fuera necesario.

Por el contrario, a las circunstancias referidas a la reprochabilidad que iban a parar al párrafo 1 del artículo 60, teniendo diferentes planteamientos dogmáticos, sólo les era de exigir *en principio* el que concudiesen en el sujeto, no precisando, dada su colocación en la sistemática de la teoría del delito, del *conocer*.

Ahora bien, si analizamos la estructura de la atenuante 7.<sup>a</sup>, y en especial el contenido del juicio de menor reprochabilidad que a través de ella se realiza (129), en cuanto que se da en el proceso de formación de la voluntad del agente un conflicto psíquico derivado de la contraposición entre un móvil considerado por el sujeto activo como valioso *según los criterios sociales*, y una acción delictiva con el que obtenerlo y que la sociedad la considera no valiosa, inclinándose el sujeto por aceptar tal contradicción y realizar la conducta delictiva en función de esos móviles valiosos, está claro que donde no hay conciencia de tal contradicción, donde el sujeto no conoce contraposición y toma una decisión frente a ella, no puede apreciarse la atenuante. O dicho en otras palabras, se ha de exigir a esta atenuante el requisito del *conocer*.

Tendremos por tanto una atenuante de la reprochabilidad, del párrafo 1 del artículo 60, para cuya apreciación se exigirá el *conocer* (130) además del *concurrir*. Ya hemos visto cómo el párrafo 1 no pone dificultades a tal cosa.

La aceptación de la exigencia del *conocer* posee consecuencias inmediatas en relación al error: Ni que decir tiene que habrá de considerarse relevante el error sobre los hechos que sirven de base a los móviles de su actuar, error éste que ya ha sido aceptado por algún destacado autor español (131). Sin embargo, no hay ninguna razón, en mi opinión, ni dogmática ni legal, que nos haga detener aquí; quizá el quedarse aquí y no avanzar más en el

---

(128) Díez RIPOLLÉS, op. cit., págs. 648-649.

(129) Vid. supra, págs. 101-104.

(130) HUERTA TOCILDO acepta de un modo no demasiado preciso el requisito del *conocer* en esta atenuante, pero no saca ninguna consecuencia de ello en relación al error, op. cit., pág. 77, nota 44.

(131) CÓRDOBA RODA, op. cit., págs. 494-495.

camino del error sea debido a una excesiva influencia de la doctrina italiana la cual, en virtud de sus textos legales, no puede pasar de este límite, y aun esto con considerables dificultades (132).

En esta línea, no veo ningún argumento que impida, una vez aceptado que el criterio de análisis del contenido de los motivos han de ser las pautas sociales, dar relevancia al error del sujeto no ya sobre los hechos que sirven de base a los móviles de su actuar, sino igualmente sobre lo que las concepciones sociales dominantes consideran moral, altruista o patriótico, supuesto que conoce la verdad de los hechos que sirven de base a los móviles.

Por el contrario, hay varias razones que nos mueven a dar relevancia a tal error:

*En primer lugar*, el hecho ya aludido de que una correcta interpretación del sentido de esta atenuante nos muestra que se ha de exigir el requisito de que el sujeto conozca que actúa en base a motivos considerados como morales, altruistas o patrióticos por las concepciones sociales dominantes. Si se le exige una actuación en base a tal conocimiento, es evidente que producido un error en su calificación de los motivos, debido a un deficiente manejo de los criterios sociales (133), tal error ha de ser considerado relevante (134).

---

(132) El artículo 59 cpv. 1.º del Código Penal italiano reza así: «Si el agente cree erróneamente que existen circunstancias agravantes o atenuantes, éstas no son estimadas en contra ni a favor de él.» LATTANZI, *I Codici Penali*, op. cit., pág. 152. Dada la redacción tan taxativa de este párrafo, difícil le resulta a la doctrina italiana el dar relevancia al error en las atenuantes. Con todo, en base al argumento, muy discutible por cierto, de que los hechos que sirven de base a los móviles están «en la base del motivo, pero no son el motivo mismo» (Patane), en cuanto que «la situación de hecho que ha producido los motivos» es «un quid que está fuera del contenido de la circunstancia» (Caraccioli), la doctrina ha conseguido introducir la relevancia del error en tales supuestos. Vid. PATANE, *L'insussistenza del fatto su cui si basano i motivi di particolare valore morale e sociale e l'art. 59 C. P.* Giustizia Penale, 1960, II, col. 74 y ss.; CARACCIOLI, I., *Motivi di particolare valore morale o sociale erroneamente supposti*. Rivista italiana di Diritto e Procedura Penale, 1960, págs. 1202-1203; PANNAIN, op. cit., págs. 566-567.

(133) Estamos hablando de concepciones sociales claramente mayoritarias, con lo que el uso de tales criterios no es una labor excesivamente ardua; con todo, no se puede excluir la posibilidad de errores, vencibles o invencibles.

(134) FERRER SAMA, *Voz Error (Derecho Penal)*. Nueva Enciclopedia Jurídica Seix, tomo VIII, Barcelona, Editorial F. Seix, S. A., 1956, pág. 676, afirma lo siguiente de la atenuante 7.º: «Valorándose en este apartado, introducido por la reforma de 1944, la índole del móvil que impulsó al sujeto a realizar el acto, debe estimarse la situación, en aquellos casos en que el estado de hecho haya sido apreciado erróneamente por el sujeto, a favor del mismo, pues lo determinante es su creencia y no la objetividad de las circunstancias.» Tal como se expresa no queda claro si sólo se refiere a un error sobre los hechos que sirven de base a los móviles, o también al error sobre la calificación de los motivos; me inclino por la última posibilidad. En todo caso téngase en cuenta que al estudiar una causa de inculpabilidad como el miedo insuperable da relevancia al error relativo a si el mal amenazado es igual

En segundo lugar, los planteamientos doctrinales que admiten el error sobre las circunstancias, a nivel general. Evidentemente sobrepasa los límites de este trabajo un análisis pormenorizado de la doctrina relativa a si se ha de apreciar el error en las circunstancias. De todos modos quiero dejar constancia de que autores tan destacados como Antón Oneca (135), Jiménez Asúa (136), Ferrer Sama (137), y Quintano (138) admiten la relevancia del error en las atenuantes, si bien con algunas limitaciones referidas en especial a los números 2, 3 y 4 del artículo 9.º. En contra, sin embargo, Córdoba Roda (139). A falta de un estudio más profundo y actualizado sobre este problema en el Código penal español (140), estas tomas de posturas generales nos

---

o mayor. *Comentarios...*, op. cit., pág. 234; sin embargo, en esta misma obra al estudiar la atenuante 7.ª alude a este problema en línea con el resto de la doctrina, ya visto. *Ibidem*, págs. 311-313. Vid., además sus planteamientos generales sobre el error en las circunstancias. *Infra*, nota 137.

(135) ANTÓN ONECA, op. cit., pág. 213, afirma que «en cuanto a las atenuantes supuestas, deben beneficiar al reo, pues sería un contrasentido que, acogiendo las eximentes putativas, no diésemos igual trato a las atenuantes. Se exceptuarán las de semiimputabilidad, como la menor de edad de dieciocho años o la embriaguez, por las mismas razones que dimos a propósito de las causas de inimputabilidad».

(136) JIMÉNEZ ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, tomo VI, 6.ª edición, páginas 602 y 605, que, aparte de suscribir la opinión de Antón Oneca, añade que «a nuestro entender, si el autor ha de ser juzgado, cuando desconoce la verdadera situación de hecho, no conforme a la situación real, por él no conocida, sino según la situación cuya existencia supuso, parece obvio que, cuando el agente obre en la creencia de que concurren los presupuestos de una causa de atenuación, no será penado, sino conforme a la benignidad que la ley le concede en este caso supuesto».

(137) FERRER SAMA, *Voz «Error (Derecho Penal)»*, op. cit., pág. 663, en donde admite la relevancia del error en las atenuantes no pertenecientes a la imputabilidad.

(138) QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso...*, op. cit., pág. 313.

(139) CÓRDOBA RODA, traducción del *Tratado de Derecho Penal*, de Mauch. Tomo I, op. cit., págs. 338-342, nota 47, el cual admite la relevancia del error para las agravantes (op. cit., nota 46, pág. 337), pero no para las atenuantes.

(140) Especialmente discutible me parece el interés excesivo mostrado, tanto por la doctrina a favor de la apreciación del error en las circunstancias como por la que está en contra, en basar su postura en función de la colocación de las circunstancias en uno u otro de los párrafos del art. 60.

Es digna de destacar igualmente la *Exposición y Estudio para un Anteproyecto de Bases del Libro I del Código Penal*, publicada por el Ministerio de Justicia en la colección Cuadernos Informativos, núm. 11, del Gabinete de Estudios, en cuya Base II, núm. 4, pág. 6, se dice que «el error sobre las circunstancias modificativas de la responsabilidad, producirá la consecuencia de la apreciación de éstas en la forma que resulte más favorable y se regulará donde se enumeren las circunstancias del delito».

Partiendo de una situación actual muy distinta a la española, como hemos visto (nota 132), el Proyecto Gonella italiano pretende modificar la regulación del Código italiano en el artículo 59 cpv, 1.º, en el sentido de que «salvo que la ley disponga otra cosa las circunstancias atenuantes y las causas de exclusión de la pena se valoran a favor del agente, ya sea que éste las ignore o por error las considere inexistentes, ya sea que por error suponga la existencia de ellas». BETTIOL, op. cit., pág. 515.

confirman más en nuestra opinión de admitir la relevancia del error en la atenuante 7.<sup>a</sup> (141).

En cuanto a la situación de la doctrina alemana, se pueden hacer las siguientes breves consideraciones:

En la regulación anterior a la nueva Parte General del Código se aludía en el artículo 59 al desconocimiento de las circunstancias que formaban tipos agravados considerándose tal desconocimiento relevante. No se decía nada respecto a las que creaban tipos atenuados. Sin embargo, MAURACH, *Tratado de Derecho Penal*, I. Traducción de CÓRDOBA, op. cit., págs. 337-341, estima que para apreciar los caracteres del tipo atenuantes de la pena basta con que «se hallen en la esfera de representación del autor, no sin embargo el que existan en el plano objetivo...», incluso alude a los casos en que se trata de atenuaciones basadas en motivos. También MEZGER, *Tratado de Derecho Penal*, II. Traducción de Rodríguez Muñoz. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1957, págs. 139-144, acepta el dar relevancia al error del sujeto sobre la situación de hecho que determina la presencia de un tipo privilegiado o atenuado, por aplicación analógica del artículo 59, si bien no incluyendo en tal afirmación a los elementos normativos que pueda haber en las diversas atenuaciones; sin embargo, dado que luego, al considerar todos los elementos típicos normativos, en general, exige el conocimiento de la significación del elemento normativo en la esfera del profano, cabe pensar que también acepta la relevancia del error sobre elementos normativos incluidos en las atenuaciones (op. cit., págs. 148-150).

Incluido el artículo 16, párrafo 2, en la nueva Parte General en el que se alude a que la suposición errónea de circunstancias que dan lugar a un tipo atenuado, es relevante, Maurach se reafirma en su postura (vid. MAURACH, R., *Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 4.<sup>a</sup> edición, Karlsruhe, Verlag. C. F., Mueller, 1971, págs. 277-278, y lo mismo en MAURACH-ZIPF, op. cit., 5.<sup>a</sup> Edición, 1977, págs. 343-344); BLEI parece limitar la relevancia del error a las circunstancias de hecho de la atenuación, y no a la valoración de tales hechos (BLEI, H., *Strafrecht I. Allgemeiner Teil*. 17 edición, München. Verlag. C. H. Beck, 1977, págs. 118-119); y aceptan la relevancia del error en la suposición errónea de la existencia de caracteres atenuatorios del tipo, sin restricciones, en base al artículo 16, pág. 2, STRATENWERTH, op. cit., pág. 98; BAUMANN, op. cit., págs. 427-428; JESCHECK, op. cit., pág. 249, y CRAMER (Schönke-Schröder), *Strafgesetzbuch. Koommentar*, 19 Edición, München, Verlag C. H. Beck, 1978, pág. 268, entre otros.

Ahora bien, el problema reside en que esta atenuante 7.<sup>a</sup> se incluye sistemáticamente en la reprochabilidad y el artículo 16, párrafo 2, alemán, aun habiendo posturas, como la de CRAMER, op. cit., pág. 268, que estima que el precepto se refiere tanto a caracteres de lo injusto como de la culpabilidad «objetivizados», alude a elementos del tipo, y no de la culpabilidad.

Conviene aludir, por tanto ahora, de pasada, tanto a los autores que han insistido en reconocer relevancia al error sobre las causas de inculpabilidad (BAUMANN, op. cit., pág. 430; STRATENWERTH, op. cit., pág. 185; en contra, MAURACH-ZIPF, op. cit., pág. 339, y BLEI, op. cit., pág. 116, si bien pensando primordialmente en la imputabilidad), como a aquellos que han afirmado rotundamente la relevancia del error en circunstancias atenuatorias pertenecientes a la culpabilidad, en especial en lo relativo a la cuestión de la suposición errónea de la existencia de elementos atenuatorios (STRATENWERTH, op. cit., pág. 99; JESCHECK, op. cit., pág. 383; CRAMER, op. cit., página 288).

(141) Respecto a si es relevante tanto el error invencible como el venible, se trata también de un problema a tratar dogmáticamente a nivel general, y no en relación a una atenuante concreta. FERRER SAMA, *Voz Error (Derecho Penal)*, op. cit., pág. 663, exige en las atenuantes error invencible para darle relevancia; en las agravantes parece insinuar la rele-

## X. EL TERMINO «DE NOTORIA IMPORTANCIA»

He de decir en primer lugar que ahora analizamos la «notoria importancia», operación lógica que es posterior a la de fijar los criterios por los cuales se ha de valorar la moralidad, altruismo o patriotismo de los motivos. Sin embargo, algunos autores se expresan de tal modo que pueden inducir a la confusión entre el juicio sobre la notoria importancia y el juicio sobre el criterio a tomar para valorar la moralidad, altruismo o patriotismo de los motivos (142).

Si ahora nos centramos en aquello que debe abarcar el término «notoria importancia», observamos cómo la doctrina, cuando estudia tal concepto, estima que tal exigencia alude a la moralidad, altruismo o patriotismo de los motivos (143), pero excluye de los efectos de tal inciso al concepto de «motivo». Tal restricción me parece injustificada pues nada indica en el texto de la atenuante que se haya de realizar.

En tal sentido, discrepo de tales autores y considero que «de notoria importancia» alude igualmente al concepto de «motivo». La necesidad de referir la «notoria importancia» al móvil se muestra con toda claridad cuando se es consciente de que en cada acción concurren siempre varios móviles (144). Aceptado tal hecho, ya vimos que cabían dos posturas (145): en mi opinión, y aun reconociendo los graves defectos que ambas posturas presentan, como he señalado (146), pienso que lo mínimo que se puede pedir es que aquel motivo de entre ellos que haya sido va-

---

vancia, asimismo, del error vencible al hablar de que resultaría absurda su apreciación en forma culposa (pág. 674).

(142) En tal sentido, CUELLO CALÓN, *op. cit.*, II, pág. 566, que afirma que «esta circunstancia sólo se refiere a hechos de alta trascendencia que afectan a la vida social y no a hechos determinados por la defensa de intereses personales del agente»; RODRÍGUEZ DEVESA, *op. cit.*, pág. 612, «la notoria importancia de los motivos, exigida por el legislador, excluye todos aquellos que no traigan su origen de hechos de alta trascendencia. Pero no comparto la tesis de quienes piensan que han de ser únicamente motivos de índole social, excluyendo asimismo los de índole personal. Precisamente una interpretación que daría contenido propio...». Prueba de la confusión a que tal redacción se presta es aquella en la que incurre Huerta Tocildo al criticar la postura de Rodríguez Devesa, no dándose cuenta de que Rodríguez Devesa en la segunda frase alude a un problema distinto del aludido en la primera. HUERTA TOCILDO, *op. cit.*, págs. 77-78.

(143) Vid. CÓRDOBA RODA, *op. cit.*, págs. 496-497, aunque parezca que «notoria importancia» lo refiere a «motivo» una lectura detenida muestra que la remite a los calificativos de los motivos; LUZÓN DOMINGO, *op. cit.*, página 327, también parece aludir a la fuerza del móvil derivada de su caracterización valorativa, al margen de las circunstancias concretas subjetivas; FERRER SAMA, *op. cit.*, pág. 312, tiene una postura clara en el sentido expuesto.

(144) Vid. *supra*, págs. 99-101.

(145) Vid. *supra*, pág. 101 y notas 35-36.

(146) Vid. *supra*, pág. 101.

lorado como moral, altruista o patriótico sea el predominante, habiendo sido el impulsor más caracterizado de la acción. Si se refiere la «notoria importancia» al concepto de «motivo», como parece lo lógico, encontramos una clara justificación legal para exigir la preeminencia del móvil moral, altruista y patriótico entre los demás móviles concurrentes en la acción: Será necesario que tal móvil haya sido el decisivo, el que haya desempeñado un papel de *notoria importancia* en el proceso de motivación que ha conducido a la realización de la acción delictiva (147).

En relación con los problemas derivados de la concurrencia de varios motivos hay que reseñar la aceptación por parte de la doctrina de tal pluralidad (148), pudiendo encontrarse entre ellos el móvil de la complacencia propia, cuya concurrencia no obsta, en opinión de la doctrina, a la apreciación de la atenuante (149); sin embargo, respecto al tema de la complacencia propia, el Tribunal Supremo posee una jurisprudencia que bien sea en base al *lucro*, bien sea en base a un *interés propio*, estima que dándose uno de estos dos móviles al lado del exigido por la atenuante, ésta no se puede apreciar (150). Estimo que tal jurisprudencia es, atendiendo a sus formulaciones generales, errónea, pues aceptado el hecho de que en cada acción concurren muy diversos móviles, y que para apreciar la atenuante ha de ser, el móvil calificado como moral, altruista o patriótico, determinante, eso no empece a la subsistencia de otros móviles como la complacencia propia, el interés propio, o el lucro, que pueden coexistir con el anterior, no siendo determinantes (151).

(147) Como dice la Sentencia 20-10-50 R. 1428, los móviles de la atenuante 7.ª han de ser «de acusado relieve, de manifiesta y notoria importancia para inclinar y mover la conducta del agente».

(148) Vid. CÓRDOBA RODA, op. cit., pág. 497 y respecto al altruismo, página 493, aunque en relación a si se ha de exigir que el móvil de la atenuante ha de ser el predominante entre los varios que concurren, no da una postura clara; HUERTA TOCILDO, op. cit., pág. 73, aludiendo al altruismo, en donde parece optar por la exigencia de que el móvil altruista ha de ser el predominante («finalidad primaria»); véase además a nivel de planteamientos generales la bibliografía suministrada en nota 34.

(149) Vid. CÓRDOBA RODA, op. cit., pág. 493, y HUERTA TOCILDO, op. cit., pág. 73, aparte de lo ya aludido supra, págs. 110-111.

(150) En relación al móvil de lucro, Sentencias de 9-11-57 R. 2960, 2-12-59 R. 4255, 25-11-64 R. 5238, 9-6-67 R. 3145, 23-9-69 R. 4147. Referidas al interés propio, Sentencias de 31-5-46 R. 676, 14-10-49 R. 1191, 5-6-56 R. 2054, 19-10-67 R. 4637, 5-12-69 R. 5828, 27-1-65 R. 208.

(151) Lo que no me convence es la argumentación dada por CÓRDOBA y HUERTA al criticar la no apreciación de la atenuante cuando se da el ánimo de lucro, por la jurisprudencia. Dice CÓRDOBA: «Se ha estimado que dicha circunstancia (la 7.ª) no puede ser apreciada en los delitos inspirados en el ánimo de lucro. A nuestro juicio, tal incompatibilidad resulta infundada, pues la comisión de un hurto, v. gr., puede responder al fin éticamente plausible de atender a unas inaplazables necesidades económicas de los parientes próximos» (op. cit., pág. 500), argumento que hace suyo HUERTA, añadiendo ésta: «Pero es que además si tenemos en cuenta que el ánimo de lucro se caracteriza por la intención de adquirir antijurídica y gratuita-

El otro elemento para mí esencial en el análisis de la notoria importancia, es la exigencia de una *cierta proporcionalidad* entre la finalidad propuesta y el medio empleado para realizarla. Esto es, el móvil objeto de apreciación por la atenuante debe de ser lo suficientemente valioso, en relación con el bien jurídico protegido en el delito que se ha utilizado como medio para realizar el fin del móvil, como para que se dé, en palabras del Tribunal Supremo en una fórmula un tanto exagerada, «un contenido de clara equivalencia en relación compensatoria entre ambas situaciones» (152).

Este requisito, exigido por la jurisprudencia desde casi el inicio de la atenuante, en ocasiones claramente dentro del contenido del juicio de notoria importancia (153), y en otros casos sin aludir, al utilizarlo, a la notoria importancia (154), ha sido con posterioridad aceptado por gran parte de la doctrina (155), dándose sólo una postura doctrinal claramente contraria a la apreciación de este requisito en España, la de Bernal Ferrero (156). Este autor está influido por la doctrina italiana, en donde la cuestión se plantea de modo diametralmente opuesto, ya que autores como Manzini, Malinverni, Pannain (157) opinan que la atenuante ha de apreciarse con independencia de la mayor o menor gravedad del

---

mente la cosa con independencia del destino ulterior, su estimación no prejuzga la generosidad de los fines que con su acción se propone el sujeto, por lo que la atenuante 7.<sup>a</sup> es perfectamente aplicable a los delitos contra la propiedad» (op. cit., pág. 84). El error, en mi opinión, consiste en que el ánimo de lucro que el Tribunal Supremo considera incompatible con la apreciación de la atenuante no es aquel que, como elemento subjetivo de lo injusto, se exige en algunos delitos (en especial en delitos contra la propiedad, como es sabido), y que como tal elemento subjetivo de lo injusto forma parte del tipo delictivo realizado, y que por tanto queda *al margen* de los móviles que han de ser sometidos a consideración para apreciar la atenuante en los supuestos en que se haya cometido uno de estos delitos; en realidad el ánimo de lucro al que alude el Tribunal Supremo es un móvil más de los varios que concurren en el proceso de motivación previo a la acción delictiva, y que *no* se exigen para la formación del tipo (si se exigiera, dejaría automáticamente de ser tenido en cuenta para la apreciación de la atenuante). Una prueba de lo que digo reside en que en ninguna de las 11 Sentencias en que el Tribunal Supremo ha estimado incompatible el ánimo de lucro, o el interés propio, con la atenuante, se ha tratado de un delito de los que exigen el ánimo de lucro como elemento subjetivo de lo injusto.

(152) Sentencia 20-11-76 R. 4864, entre otras.

(153) Sentencias 15-10-48 R. 1198, 21-10-48 R. 1330, 19-10-67 R. 4637, 2-12-75 R. 4632, 20-11-76 R. 4864.

(154) Sentencias 13-6-55 R. 1820, 9-6-67 R. 3145, 6-11-72 R. 4768, 7-3-74 R. 1225.

(155) CÓRDOBA RODA, op. cit., pág. 497; QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios...*, op. cit., pág. 183; LUZÓN DOMINGO, op., cit., págs. 327-328; HUERTA TOCILDO, op. cit., pág. 78.

(156) BERNAL FERRERO, op. cit., pág. 78, dice que el juez «ha de examinar el caso en su concreta realidad, desprendiéndose de todo prejuicio, pues también los delitos que aparecen social y moralmente más atroces y repugnantes, pueden ser determinados en el caso concreto, por motivos de valor moral».

(157) MANZINI, op. cit., volumen II, pág. 225; MALINVERNI, *Circostanze del reato*, op. cit., pág. 87; PANNAIN, op. cit., pág. 562.

delito cometido. Aun haciendo la salvedad de que la doctrina española no alude, como hace la jurisprudencia, en mi opinión incorrectamente, a «contenido de clara equivalencia», sino que se queda en una más modesta exigencia de «cierta proporcionalidad» (158), no se puede negar el valor que posee a la tesis italiana. En mi opinión, el argumento que subyace tras ella es el de que si al Derecho penal le incumbe la tarea de protección de los bienes vitales fundamentales del individuo y la comunidad (159), una apreciación, meramente objetiva (añado yo), del criterio de la proporcionalidad termina por llevar a una inoperatividad de la atenuante, ya que con dificultad se darán casos en los que el bien jurídico protegido en el delito que se comete no merezca con toda evidencia una consideración mucho más elevada que el móvil que impulsó a realizar la acción, no resistiendo la comparación (con un mismo punto de referencia para ambos términos de ella, los criterios sociales), la formulación de un juicio de proporcionalidad en la gran mayoría de los casos (en todo caso, tal atenuante quedará por esta razón excluida de aplicación: en delitos cuyo bien jurídico protegido sea, por ejemplo, la vida) (160).

Esta es una de las razones, además del intento, perceptible a lo largo de todo este trabajo, de dar una estructura de la atenuante fuertemente vinculada a las condiciones personales del sujeto (si bien no llegando a incluir casos de autor por convicción que considero quedan al margen de esta atenuante), que me llevan a

(158) Vid. CÓRDOBA RODA, op. cit., pág. 497; QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios...*, op. cit., pág. 183.

(159) Vid. CEREZO MIR, op. cit., pág. 11.

(160) Todo ello supuesto que nos encontramos en una situación jurídica tal que los bienes jurídicos protegidos por los delitos en ese momento se corresponden en gran medida con los bienes vitales fundamentales según las concepciones sociales dominantes. Es evidente que si tal situación no se produce, la atenuante desempeñará el papel de correctora parcial de las discordancias que se produzcan entre las concepciones sociales efectivamente vigentes y los textos legales en vigor: Esta función de la atenuante ha sido insistentemente recalcada por HUERTA TOCILDO (op. cit., págs. 71-72, 78, 80, 83, 85), y estoy en líneas generales de acuerdo con ella. Sin embargo, no se puede limitar la función de la atenuante a un papel de elemento corrector en sociedades poco democráticas (pues falta de flexibilidad en el ejercicio de la democracia supone al fin y al cabo la tardanza en plasmarse en textos legales las opiniones de la mayoría), con ser ésta una función importante. Por encima de tal planteamiento, y abarcándolo dentro de sí, la atenuante supone la constatación de un conflicto psíquico entre dos valores sociales; el que uno de ellos, el protegido por el tipo delictivo, esté desvalorado claramente o ya no sea tal valor social en el momento de producirse el conflicto psíquico, es un argumento más a favor de la apreciación de la atenuante supuesto que tal tipo delictivo se ha de aplicar a pesar de no tener base social; pero la atenuante no contempla sólo tales casos, abarca igualmente aquellos otros en que se produce un conflicto psíquico en el sujeto al encontrarse con dos valores sociales con plena vigencia social ambos, tanto el que expresa el móvil como el que expresa la existencia del tipo delictivo.

discrepar del modo cómo se viene entendiendo el requisito de la proporcionalidad (161).

En mi opinión, hay que apartarse de una interpretación objetiva del criterio de la proporcionalidad. El juez ha de realizar el juicio de proporcionalidad en función, no de una comparación entre ambos contenidos valorativos según como él cree que los entienden las concepciones sociales dominantes, que llevaría casi siempre a los resultados antedichos, sino en función del dilema que se le ha planteado al sujeto, y cómo ha resuelto tal dilema el sujeto. Es decir, examinará el juez si el sujeto considera que el móvil moral, altruista o patriótico tiene el suficiente valor como para guardar proporción con la acción delictiva realizada y el consiguiente bien jurídico con ella atacado. Si el sujeto, *utilizando los criterios sociales* (162) considera que hay cierta proporción, se apreciará la atenuante. De lo contrario, si el sujeto realiza la acción delictiva siendo consciente de que no se da tal proporcionalidad, no. El juez, por tanto, se pronuncia sobre la proporcionalidad a partir del análisis de la situación personal del sujeto, y de los resultados a que éste ha llegado a través de su manejo de los criterios sociales.

Al margen de los dos elementos hasta ahora vistos, que estimó han de formar parte del juicio sobre la notoria importancia, hay otros requisitos que se han venido exigiendo dentro de tal término, y que, a mi entender, son superfluos.

Entre ellos destaca la frecuente alusión por parte de la doctrina (163), y ocasionalmente por la jurisprudencia (164), a la relevante significación que los motivos, en lo relativo a su moralidad, altruismo o patriotismo han de poseer. Tal exigencia de relevancia, de trascendencia, asignada al término «notoria importancia» y referida a la calificación de los motivos me parece, como digo, innecesaria.

---

(161) Este requisito de la proporcionalidad se ve seriamente afectado en todo caso, por la crítica que acabo de hacer (al menos en mi opinión); por lo que en realidad, reducidos los casos en los que se da proporcionalidad a aquellos en los que el bien jurídico protegido en la acción delictiva realizada ha perdido todo o gran parte de su arraigo en las concepciones sociales vigentes sobre lo que sean bienes vitales fundamentales necesitados de protección jurídico-penal, y a aquellos pocos en que el móvil puede resistir la comparación con el bien jurídico protegido basándose en pautas valorativas sociales, lo verdaderamente procedente sería prescindir de tal requisito de proporcionalidad, a semejanza de la doctrina italiana. Sin embargo, antes de llegar a tal solución, lo que ahora expongo supone un último esfuerzo para dotarle de mayor contenido a este requisito, fundamentado sustancialmente en dar cabida en él a los casos de error en el uso de los criterios sociales respecto a la proporcionalidad.

(162) Que puede manejar, como hemos dicho, de modo equivocado, por error. Vid. además, *infra*, págs. 128-129.

(163) Vid. CÓRDOBA RODA, *op. cit.*, pág. 497; RODRÍGUEZ DEVESA, *op. cit.*, página 612; FERRER SAMA, *op. cit.*, pág. 312; CUELLO CALÓN, *op. cit.*, pág. 566; HUERTA TÓCILDO, *op. cit.*, pág. 78; LUZÓN DOMINGO, *op. cit.*, pág. 327.

(164) Sentencias de 20-11-76 R. 4864, 10-12-76 R. 5294.

En primer lugar, porque la misma conceptualización de un móvil como moral, altruista o patriótico ya exige el requisito de la plausibilidad, elemento que trata de restringir el ámbito de aplicación de la atenuante a móviles no sólo no opuestos a las concepciones sociales dominantes, sino además plausibles, valiosos desde tal punto de vista (165).

En segundo lugar, porque la repercusión que el término «notoria importancia» supone, no ya para el concepto de «motivo», sino para el de «moral, altruista o patriótico», viene dada a través de la exigencia de proporcionalidad, ya vista. En tal sentido, esa relevancia o importancia a que aluden la doctrina y la jurisprudencia se ha de entender (166) en el sentido de que el contenido valorativo que adjetiva a tales móviles ha de poder soportar en cierta medida la comparación con el bien jurídico protegido por el delito cometido. Considero que ésta ha de ser la única repercusión de la notoria importancia en la moralidad, altruismo o patriotismo de los móviles (167).

Constituido el requisito de la «notoria importancia» por los dos elementos aludidos, el de predominio del móvil moral, altruista o patriótico frente a los demás móviles concurrentes en la acción, y el de proporcionalidad entre el carácter valioso del móvil objeto de apreciación en la atenuante, y el bien jurídico protegido en el delito cometido con ese móvil. está claro que, configurado el requisito de la proporcionalidad como lo he hecho, considero relevante el error del sujeto, tanto en cuanto a la existencia de proporcionalidad entre un auténtico motivo moral, altruista o patriótico, y el bien jurídico protegido, como en lo relativo a la existencia de proporcionalidad entre un motivo erróneamente calificado como moral, altruista o patriótico, y el bien jurídico protegido. Si el sujeto, pese a saber que no se da la proporcionalidad, delinque ese es otro problema: No se apreciará la atenuante por no darse un requisito de ella.

En relación al error del sujeto relativo a si el móvil moral, altruista o patriótico ha sido el determinante en la motivación que

(165) Vid CÓRDOBA RODA, op. cit., pág. 493, en relación al motivo moral, e indirectamente, dada su postura de equiparación entre los tres términos, a los otros dos.

(166) Aparte de lo dicho en el párrafo inmediatamente anterior.

(167) Aún se citan otros elementos como exigidos dentro de la notoria importancia, así, «la utilidad social» conseguida, a que remite QUINTANO, *Comentarios...*, op. cit., pág. 183; o el «beneficio humano indudable» a que aluden las sentencias de 19-10-67 R. 4637, y 20-11-76 R. 4864, elementos que están muy vinculados al criterio de la proporcionalidad, entendida objetivamente, y, que por tanto, debido a mi propuesta de interpretación del requisito de proporcionalidad, no los estimo dignos de consideración.

La doctrina italiana alude también a que no se ha de apreciar la atenuante a quien actúa a consecuencia de un situación ilícita, a la cual el mismo sujeto había dado causa, pero sí cuando el motivo era extraño a la situación ilícita, vid. SANTORO *Manuale...*, op. cit., pág. 496, y MAGGIORE, op. cit., pág. 513.

precedió a la acción, hemos de precisar ante todo que las motivaciones inconscientes han de quedar fuera de la consideración de esta atenuante. Para llegar a tal conclusión me remito a lo ya dicho al hablar del concepto de motivo (168), y en especial al hecho de que el motivo, como elemento psíquico susceptible de consideración aislada, y con contornos delimitables, si ya en el campo de la consciencia presenta graves problemas de configuración, al incluirse en el ámbito de lo inconsciente deja de existir como tal propiamente, pasando a formar parte de un complejo de fenómenos psíquicos que han de considerarse de un modo conjunto y no aislado, y que en último término no es otra cosa que el carácter y la personalidad. Pues bien, el sujeto se encontrará en un determinado momento del proceso de formación de su voluntad, en el plano de la consciencia, con un determinado cuadro de motivos ante sí, cada uno de los cuales poseerá una determinada intensidad (169). Para satisfacer las exigencias de la atenuante es preciso que el móvil moral, altruista o patriótico sea el predominante de entre todos ellos. En tal sentido, ¿puede darse relevancia el error del sujeto sobre tal extremo? Estimo que no. El sujeto, a diferencia de los otros supuestos en los que hemos admitido el error (error sobre los hechos que sirven de base a los móviles, error sobre el uso de los criterios sociales respecto a lo que sea moral, altruista o patriótico, error sobre el uso de los criterios sociales relativos a la proporcionalidad entre el móvil valioso y el bien jurídico protegido) no ha de acudir al uso de pautas externas a él mismo (como ocurría cuando tenía que atender a hechos externos o a criterios sociales), para determinar el interrogante en cuestión. Tampoco se exige que acuda a una valoración de elementos psíquicos no identificables a través de una introspección normal, como podría ser el caso de los contenidos inconscientes, pues éstos quedan al margen de la atenuante de un modo directo, incidiendo en ella sólo indirectamente a través de la especial intensidad con que pueden dotar a ciertos motivos conscientes (170).

Si a ello añadimos el hecho de que el fundamento del juicio de menor reprochabilidad de la atenuante radica en el conflicto psíquico producido por la contraposición de dos impulsos valiosos (el que lleva a la realización del móvil moral, altruista o patriótico, y el que mueve al respeto al bien jurídico protegido en

---

(168) Vid. supra, págs. 98-101.

(169) Indudablemente, más de uno de esos diversos motivos conscientes que se someten a la consideración del sujeto poseerán probablemente una carga psíquica desproporcionada, en relación con el contenido consciente representativo que poseen, lo cual indicará que bajo tales contenidos conscientes se cobijan probablemente contenidos inconscientes.

(170) Así, si ciertos contenidos inconscientes cobijados en un motivo consciente dan a éste una intensidad tal que pasa a ser el predominante, lo que se exige es que el sujeto sepa identificar a tal motivo consciente como el predominante, pero no que sepa cuáles sean los contenidos inconscientes situados tras él, y que lo elevan a tal categoría.

el delito en cuestión), lo que a su vez implica un proceso de deliberación previo en el que se ponderan todos los impulsos consientes concurrentes y las diversas alternativas de realización de ellos, el que el sujeto, pese a no tener que acudir a ninguna instancia, ni ajena a él, ni propia pero inconsciente, incurra en un error sobre cuál sea el móvil predominante implica en gran medida una ausencia del proceso de deliberación, que constituye el núcleo en el que se basa el ulterior juicio de menor reprochabilidad.

## XI. INCOMPATIBILIDADES

Pannain y Córdoba estiman que la atenuante 7.<sup>a</sup> resultará incompatible con la exigente incompleta de enajenación, «en la medida en la que la perturbación psíquica peculiar de ésta última transtorne el proceso de motivación del agente», en palabras de este último (171).

La sentencia 21-II-47 (R. 277), estimando que incidían sobre los mismos hechos, apreciada la exigente incompleta basada en el artículo 8, núm. 11, consideró incompatible con ella a la atenuante séptima.

Sin duda influidas por la regulación de esta atenuante en el Código de 1928 (172), las sentencias 28-III-47 (R. 518), 14-X-49 (R. 1191) y 30-X-64 (R. 4570) afirman la incompatibilidad de esta atenuante con la de arrebató u obcecación e incluso con las de provocación y vindicación de ofensa. Sin embargo, la doctrina ha venido insistiendo en que son compatibles (173). Por otro lado, se ha afirmado indirectamente su compatibilidad al insistirse en que la atenuante 7.<sup>a</sup> no exige un estado emocional (174). Por mi parte, creo muy acertadas las precisiones hechas por Córdoba tanto respecto a la exigente incompleta de enajenación como en relación a las atenuantes pasionales, habiéndose de analizar los supuestos uno a uno (175). Ha sido una postura generalmente admitida, tanto en España como en Italia, la que expresa la compa-

(171) Vid. PANNAIN, op. cit., págs 565 y 385; CÓRDOBA RODA, op. cit., pág. 499.

(172) Vid. supra pág. 94.

(173) Vid. QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso...*, op. cit., pág. 424; HUERTA TOCILDO, op. cit., pág. 85. Esta última recoge la interesante salvedad realizada por CÓRDOBA RODA, op. cit., pág. 500, relativa a la incompatibilidad en los casos en que «para apreciar la atenuante 8.<sup>a</sup> se exija un propio trastorno de las facultades psíquicas que pueda alterar el proceso de motivación del agente».

(174) Así, sentencias de 28-I-70 R. 781 y 9-2-73 R. 656, y CÓRDOBA RODA, op. cit., págs 497-498; ANTÓN ONECA, op. cit., pág. 341; PUIG PEÑA, op. cit., pág. 318. QUINTANO RIPOLLÉS, *La motivación...*, op. cit., pág. 413; FERRER SAMA, op. cit., página 311; CUELLO CALÓN, op. cit., volumen II, pág. 565. Si bien en estos casos se afirma que la atenuante 7.<sup>a</sup> no exige estado emocional, pero no se dice nada en relación a si tal atenuante se puede apreciar con un estado de arrebató u obcecación concurrente.

(175) Vid. supra y nota 173.

tibilidad entre la atenuante de motivos morales, y la premeditación (176).

Respecto a la afirmación de Huerta de que la atenuante 7.<sup>a</sup> es incompatible con toda agravante que implique una mayor perversidad en el sujeto activo en base al criterio de la proporcionalidad (177), la estimo discutible. Ante todo, la referencia a la perversidad del sujeto es, en mi opinión, confusa; prueba de ello es que las dos circunstancias con las que ejemplifica no son, a mi entender, idénticas, pues la primera (alevosía) supone una agravación de lo injusto, y la segunda (el ensañamiento) una agravación de la culpabilidad. Por otro lado, el que aparezcan circunstancias, puestas en acción por el sujeto, que agraven lo injusto o la culpabilidad en relación con la acción delictiva, no obsta a que, en principio, puedan coexistir tales circunstancias con la motivación moral. No hay que olvidar que ésta, aun conectada necesariamente a la acción delictiva, alude a unos impulsos y un fin valiosos que trascienden a las circunstancias que rodean a la comisión de la acción delictiva, medio, esta acción, para un fin valioso. Habrá que ver caso por caso, averiguando si las estructuras de alguna de las agravantes y la de la atenuante de motivos morales se superponen en cuanto a su contenido, o bien añade la agravante elementos tales que desequilibran el juicio de proporcionalidad, aun realizado por el sujeto.

Es también criterio general el de que la atenuante no se aprecia en los tipos que han sido ya privilegiados en función de un móvil valioso (178), siendo frecuente aludir a los artículos 410 y 414, así como al 318. Respecto a este último hay una amplia jurisprudencia que niega sistemáticamente la apreciación conjunta del 318 y de la atenuante 7.<sup>a</sup>, con la excepción de la sentencia 2-VI-55 (R. 1786) (179).

## XII. APLICACION DE LA ATENUANTE EN LOS DIVERSOS TIPOS DELICTIVOS

Es propósito de este apartado el estudiar la aplicación real de la atenuante y más en concreto, ofrecer una panorámica de cuáles sean los tipos delictivos en los que se viene apreciando con frecuencia (180).

---

(176) Vid. CÓRDOBA RODA, op. cit., pág. 500; FERRER SAMA, op. cit., págs. 380-381; QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios...*, op. cit., pág. 183; HUERTA TOCILDO, op. cit., pág. 84, con la bibliografía sobre este tema citada por esta última autora.

(177) HUERTA TOCILDO, op. cit., pág. 84.

(178) Vid. CÓRDOBA RODA, op. cit., pág. 500; QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso...*, op. cit., pág. 425; HUERTA TOCILDO, op. cit., pág. 82.

(179) Vid. infra, pág. 132 y nota 187.

(180) Con todo, es un análisis jurisprudencial en el que me limito a clasificar los tipos delictivos en relación con los cuales se ha exigido su aplicación, pero no desciendo al estudio de las motivaciones concretas de cada caso de las que se puede predicar o no su carácter valioso.

En primer lugar, diremos que desde 1944, año en que apareció la atenuante, hasta 1977, el Tribunal Supremo se ha pronunciado sesenta veces sobre la procedencia o no de esta atenuante, y su analógica. De todas ellas, sólo en diecisiete ocasiones ha apreciado la atenuante frente a cuarenta y tres en que no lo ha hecho.

De estos diecisiete casos en que se apreció, destaca un grupo de sentencias que hacen referencia a una misma conducta, con pequeñas variantes, y que constituyen una clara mayoría, pues son once sobre el total de diecisiete. Son casos de falsedades documentales, en los que, por lo general, se pretende la inscripción de hijos como legítimos, cuando en realidad son naturales, o bien *ni siquiera propios* (181). A todo este grupo relativamente numeroso de sentencias se han de añadir cuatro más en las que el Tribunal Supremo, refiriéndose a una conducta similar a las anteriores, no ha apreciado la atenuante 7.<sup>a</sup> por considerarla incompatible con la atenuación del artículo 318, que sí aprecia (182).

Sólo quedan ya, como casos en que se ha apreciado la atenuante, seis sentencias, de malversación de caudales públicos (S. 17-IV-64, R. 2002), estafa (4-XII-65, R. 5507), apropiación indebida (28-V-74, R. 2438), injurias (28-I-70, R. 781), incendio (25-XI-55, R. 3030), y aborto (23-III-53, R. 490). Como se ve, tipos delictivos muy dispares (183). Frente a este reducido, y muy localizado, grupo de sentencias en que se apreció la atenuante, el número de sentencias en que el Tribunal Supremo se pronunció por su no apreciación es mucho mayor, si bien también se concentran en determinados temas. Un bloque de sentencias en que no se ha apreciado reiteradamente lo constituyen los supuestos de aborto (incluso, en algún caso, infanticidio), en los que se ha denegado la apreciación de la atenuante cuando se ha pretendido su aplicación a los extraños partícipes que, como es sabido, según el Tribunal Supremo y buena parte de la doctrina, no se pueden incluir en los tipos atenuados. En este sentido, frente a trece sentencias en que se ha ne-

---

(181) Sentencias de 31-5-46 R. 676, 31-12-47 R. 72, 8-3-50 R. 632, 15-10-51 R. 2193, 9-7-53 R. 1870, 2-6-55 R. 1786, 5-6-56 R. 2054, 12-6-63 R. 2963, 17-4-64 R. 1995, 31-10-69 R. 5215, 6-12-76 R. 5267.

(182) Sentencias de 8-11-52 R. 2003, 4-10-57 R. 2636, 13-4-65 R. 1779, 24-1-74 R. 268. La Sentencia 2-6-55 R. 1786, ya citada, aprecia al mismo tiempo el artículo 318 y la atenuante 7.<sup>a</sup>.

(183) Es interesante hacer notar igualmente la relativa frecuencia con que en los casos en que se ha apreciado la atenuante, ésta ha sido considerada como muy cualificada, nada menos que en 8 de 17. Tan alto número indica dos cosas, por un lado que tal atenuante se aprecia en supuestos de una gran evidencia, tan grande que lleva al Tribunal Supremo a considerarla a menudo como muy cualificada. Por otro lado, y dentro de los casos incluidos en falsedades documentales, la apreciación como muy cualificada aun asemeja más los resultados, en cuanto a rebaja de pena, entre la atenuante 7.<sup>a</sup> y el artículo 318. Se aprecia como muy cualificada en Sentencias de 31-12-47 R. 72, 15-10-51 R. 2193, 9-7-53 R. 1870, 17-4-64 R. 1995, 6-12-76 R. 5267, 17-4-64 R. 2002, 28-5-74 R. 2438, 25-11-55 R. 3030.

gado la apreciación de la atenuante a personas no incluidas en el 410 ó 414, sólo hay uno en que se apreció, ya citada (184).

Otro grupo de sentencias en que se ha denegado la apreciación de la atenuante se relaciona con planteamientos políticos, en especial, con delitos de asociación ilícita y propaganda ilegal. Son siete (185).

Otro conjunto de sentencias está constituido por conductas que se han tipificado como delitos contra las personas. Son diez casos en que no se ha apreciado (186). Están excluidos de este grupo los casos de aborto, ya vistos.

Aún quedan seis sentencias en las que, siendo falsedades documentales, no se aprecia la atenuante por diversas razones (187).

Nos restan ya sólo tres sentencias en que no se ha aplicado la atenuante 7.<sup>a</sup>: Una de injurias, otra de desobediencia grave y, finalmente, otra de robo (188).

(184) Sentencia de 23-3-53 R. 490, en la que no se apreció la atenuante 7.<sup>a</sup>, sino la analógica. Frente a ella, las Sentencias de 30-1-48 R. 198, 5-2-55 R. 402, 13-6-55 R. 1820, 9-11-57 R. 2960, 14-2-64 R. 1075, 25-11-64 R. 5238, 7-2-66 R. 624, 19-10-67 R. 4637, 4-6-68 R. 2783, 5-12-69 R. 5828, 6-11-72 R. 4768, 7-3-74 R. 1225, 2-12-75 R. 4632. Es digno de destacar cómo, al observar el precedente de la Sentencia 23-3-53 en que se apreció la atenuante analógica, en las sentencias de fecha posterior se insiste con frecuencia por la defensa en la apreciación de, no ya la atenuante 7.<sup>a</sup>, sino la analógica: 5-2-55, 9-11-57, 14-2-64, 7-2-66, 4-6-68, 2-12-75.

La postura doctrinal sobre este problema está íntimamente ligada a las diversas opiniones sostenidas sobre la comunicabilidad de las circunstancias que se encuentran en la Parte Especial formando tipos atenuados o agravados. Según la tesis sostenida sobre tal problema, la posible aplicación de la atenuante 7.<sup>a</sup> recae sobre supuestos diversos. Así, por ejemplo, desde la tesis de la opinión dominante sobre la aplicación del artículo 60 a estos casos, abogan por la aplicación de la atenuante 7.<sup>a</sup> a los partícipes extraños de un delito de aborto a los que no es aplicable el tipo atenuado, CÓRDOBA RONDA, op. cit., pág. 500, y HUERTA TOCILDO, op. cit., pág. 82. Asimismo, GIMBERNAT, en base a la otra tesis sostenida sobre el artículo 60 en estos casos, afirma la aplicación de la atenuante 7.<sup>a</sup> a la madre partícipe en la muerte de su hijo recién nacido por un extraño, autor en sentido estricto, habiendo de ser castigada como asesina, con tal atenuante; GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Autor y cómplice en Derecho Penal*. Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones e Intercambio, Madrid, 1966, págs. 283-287. Es evidente que todo este problema requiere un estudio más detenido que el que ahora hacemos; baste señalar cómo la doctrina no parece tener escrúpulos para la aplicación de la atenuante 7.<sup>a</sup> en estos casos, al contrario que la jurisprudencia.

(185) SS. de 23-2-63 R. 432, 26-3-63 R. 1474, 27-1-65 R. 208, 6-11-69 R. 5248, 6-11-72 R. 4769, 9-7-73 R. 3042, 27-10-73 R. 3985.

(186) SS. de 28-9-45 R. 1108, 18-12-45 R. 1398, 21-2-47 R. 277, 28-3-47 R. 518, 13-5-49 R. 666, 14-10-49 R. 1191, 20-10-50 R. 1428, 10-3-52 R. 405, 30-10-64 R. 4570 y 10-12-76 R. 5294. Las de 28-3-47 y 30-10-64 no aprecian la atenuante 7.<sup>a</sup> por ser incompatible con la 8.<sup>a</sup>, sin más razonamientos.

(187) SS. 6-6-58 R. 2011, 2-12-59 R. 4255, 9-6-67 R. 3145, 23-9-69 R. 4147. Y 15-10-48 R. 1198 y 21-10-48 R. 1330, en que entre otros razonamientos se alude también a su incompatibilidad con el artículo 318. Por otro lado, la de 9-6-67 en realidad es un delito de suposición de parto, pero por la gran similitud que muestra la conducta realizada con la mayoría de SS. citadas como falsedad documental, la incluyo aquí.

(188) SS. 5-2-58 R. 340, 9-2-73 R. 656, 20-11-76 R. 4864.

Las conclusiones a obtener de todo lo visto son claras: Los tipos de falsedades documentales constituyen el núcleo básico en donde se desenvuelve la atenuante en la práctica jurisprudencial. Así, las sentencias referidas a falsedades documentales suponen el 35 por 100 de todos los casos en que se ha sometido a consideración la apreciación de la atenuante, porcentaje que sube nada menos que al 64 por 100 si nos referimos a las veces en que la atenuante se ha apreciado.

Además, hay otros dos temas en los que la jurisprudencia insiste una y otra vez en que no puede apreciarse la atenuante, los supuestos de delitos contra las personas, con especial referencia a los casos de participación de extraños en aborto, que totalizan nada menos que 24 sentencias (habiéndose apreciado la atenuante en un solo caso) (189), y los tipos de asociaciones ilícitas y propagandas ilegales.

Entre estos tres grupos de sentencias, con independencia de si se aprecia o no la atenuante, se incluyen cincuenta y dos de los sesenta casos en que hasta ahora se ha sometido a discusión la apreciación de la atenuante, esto es, el 86 por 100.

Sin embargo, curiosamente, pese a que las falsedades documentales superan al 60 por 100 de casos en que se apreció la atenuante, su uso no era preciso en tales supuestos por existir el artículo 318, específicamente destinado a falsedades, que posibilita una atenuación equivalente a la obtenida a través de la atenuante genérica apreciada como muy calificada y bajando en un grado (190).

### XIII. PROPUESTAS DE «LEGE DATA» Y «LEGE FERENDA»

#### *Propuestas de «lege data»*

1. En el análisis referido al motivo que ha de ser tomado en consideración para la apreciación de esta atenuante considero que se ha de acudir sólo a la motivación consciente. Dado que concurren varios motivos a un mismo nivel en la generalidad de los casos, el motivo objeto de apreciación por la atenuante ha de ser el móvil predominante. En cuanto a la problemática presentada por el retroceso continuo de un móvil a otro más profundo en el que el primero se apoya, y así sucesivamente, quizá la solución resida en descender hasta el nivel consciente más profundo pero sin caer en las motivaciones inconscientes.

2. Sólo incluyendo a la atenuante 7.<sup>a</sup> en la reprochabilidad puede ser entendido correctamente su significado.

---

(189) Vid. lo dicho supra, pág. 126, al hablar de que el criterio de la proporcionalidad conduce a la exclusión de la aplicación de esta atenuante en los casos en que el bien jurídico protegido sea la vida.

(190) Vid., además, nota 183 respecto a la frecuente aplicación de la atenuante 7.<sup>a</sup> como muy calificada.

3. En cuanto al calificativo de «moral» referido al motivo, se le ha de atribuir en base a pautas de referencia sociales, no personales, ni en base a planteamientos ideales. En concreto, en función de las concepciones sociales dominantes sobre lo que sea valioso desde el punto de vista de la ética social vigente, criterio éste que admite soluciones alternativas en supuestos aislados en base a los criterios de una sociedad tolerante. Son inadmisibles las referencias a los intereses del Estado.

4. El móvil «altruista» se ha de concretar en cada caso en base a criterios con referencia social, y más en concreto, en función de las concepciones sociales dominantes sobre lo que sea altruismo en un momento histórico determinado.

5. Lo mismo que respecto al móvil altruista podría decirse respecto al móvil «patriótico». Hay que añadir además que el móvil político no es encuadrable en el contenido conceptual del móvil patriótico; del mismo modo, una consideración global de la atenuante induce a pensar que, de acuerdo a la voluntad de la ley, no está justificada la introducción de los móviles políticos en los altruistas, pese a que conceptualmente no habría problemas la mayor parte de las ocasiones (191).

6. La atenuante 7.<sup>a</sup> se incluye claramente en el artículo 60, párrafo 1, lo que no obsta para que, dada su naturaleza y significación, haya de serle exigido el requisito del «conocer», además del de «concurrir».

Además de la relevancia del error sobre los hechos que sirven de base a los móviles de su actuar, el requisito del «conocer», así como los modernos planteamientos doctrinales sobre el error en las circunstancias, mueven a afirmar la relevancia del error también sobre la calificación de los motivos como morales, altruistas o patrióticos.

7. El requisito «de notoria importancia» introduce dos criterios fundamentales: Por un lado, la puesta en relación de tal exigencia con el concepto de «motivo», obteniendo así un apoyo legal la propuesta antes hecha de que el móvil de la atenuante ha de ser el predominante en la acción; ello no obsta a que puedan concurrir otros motivos, entre los cuales puede estar el de la competencia o interés propio, o incluso lucro.

---

(191) Cabría pensar en una interpretación restrictiva de la atenuante que, aun reconociendo que los motivos altruistas y los patrióticos tienen un ámbito propio ajeno en ocasiones al de motivos morales, considerara que el motivo altruista y el patriótico sólo serían apreciables si fueran abarcados por lo considerado valioso desde el punto de vista de la ética social vigente, esto es, si se incluyeran en el motivo moral, reconociendo así en parte el frecuente reproche que se ha venido haciendo a la atenuante de que es redundante en su formulación.

Sin embargo, ello vendría a suponer el dar el monopolio a la ética social vigente en la determinación de las motivaciones socialmente valiosas, en detrimento de otras motivaciones igualmente dignas de aprecio, si bien no incluidas en la ética social vigente, por lo que no considero conveniente tal restricción.

En segundo lugar, la notoria importancia alude a los calificativos de los motivos, por medio de exigir una cierta proporcionalidad entre la valía del móvil, y el bien jurídico protegido en el tipo delictivo cometido; el error sobre tal extremo es relevante. No lo es, sin embargo, el error relativo a la preeminencia del móvil de la atenuante respecto a los demás concurrentes.

8. Las atenuantes pasionales, o la exigente incompleta de enajenación, pueden llegar a ser incompatibles con la atenuante de motivos morales en los casos en que la apreciación de aquéllas implique que se ha producido una alteración intensa en el normal proceso de motivación.

### *Propuestas de «lege ferenda»*

1. Es ineludible hacer una nueva referencia a la problemática suscitada por el concepto de motivo, ya que su insuficiente precisión conceptual, en especial tal como está formulada en la atenuante 7.<sup>a</sup>, lo convierte a mi juicio en inidóneo para su uso en el Derecho penal. Su inidoneidad no deriva del concepto de motivo en sí, pues, como hemos visto, se puede llegar a una comprensión del motivo, abarcadora de sus aspectos energético y direccional, bastante satisfactoria. Sus insuficiencias se hacen patentes cuando se considera al motivo desde un punto de vista dinámico, en su forma de operar: Es entonces cuando surgen los problemas derivados de la existencia de motivaciones inconscientes, enmascaradas por, o simplemente estando a un nivel más profundo que, las conscientes; la solución propuesta de reservar el concepto de motivo sólo para las motivaciones conscientes, es una solución parcial. Más evidentes parecen aún las dificultades provenientes de la concurrencia de una pluralidad de motivos a un mismo nivel, pues ni el rebajar la exigencia de apreciación de la atenuante a los casos en que un motivo de la atenuante meramente concurre, entre otros, ni el elevar las exigencias hasta requerir que el móvil de la atenuante sea el predominante, ofrecen resultados satisfactorios o fiables, como hemos visto en su lugar correspondiente. Y no hablemos ya del proceso lógico, con su correspondiente reflejo en los análisis empíricos psicológicos, que lleva de un móvil más superficial a otro más profundo, en un retroceso continuo, sin que haya razones para limitarnos a prestar atención al móvil inmediatamente anterior al dolo, o, ni siquiera, al último móvil antes de penetrar en el campo de lo inconsciente.

Estas claras deficiencias del concepto de motivo en la atenuante 7.<sup>a</sup> aparecen de un modo mucho menor en otros lugares del Derecho penal en los que se utilizan los móviles. Baste con aludir ahora, como ejemplo, a elementos tales como ánimo de lucro, o ánimo de ocultar la deshonra. Estos móviles, incluidos en el tipo subjetivo de diversos delitos de la Parte Especial, aluden no sólo a motivos muy determinados sino que, y esto es aún más importante, están, podríamos decir, «naturalmente» vinculados a la ac-

ción típica en la mayoría de los casos, esto es, forman parte de situaciones estandarizadas, características. En tal sentido las dificultades para precisar el motivo en cuestión son mucho menores, al aparecer éste integrado en una situación muy propensa a que aparezca tal móvil, siendo su no aparición la excepción. Sin embargo, la no vinculación de la atenuante, al ser genérica, a un conjunto de hechos característicos, así como su formulación excesivamente general, derivada de los calificativos empleados para el concepto de motivo, dan lugar a un estado de la cuestión muy distinto (192).

¿Qué decisión tomar ante este problema? No vendrá mal recordar la actitud, fácilmente constatable, de los psicólogos y criminólogos, que tienden a hablar siempre de motivación en general, de proceso de motivación, antes que de motivo como fenómeno aislado (193), o bien la actitud del Bundesgerichtshof alemán que en alguna sentencia referida a la determinación de si se han dado los móviles bajos del artículo 211 ha razonado más en función de todo el proceso de motivación, que de un cierto tipo de motivos aislados (194).

En esta línea, me pregunto si, dado que el concepto de motivo no cumple de un modo mínimamente aceptable la función para la que fue creada la atenuante, esto es, posibilitar la realización de un juicio de menor reprochabilidad basado en la motivación valiosa del autor que delinque, y no la cumple, como ya hemos ex-

---

(192) Se me podría objetar que también hay otras atenuantes genéricas que aluden a los motivos, como la 5.<sup>a</sup> y 6.<sup>a</sup>, de provocación y de vindicación de ofensa, en las que se crearía la misma situación insatisfactoria. Sin embargo, en ambas, además de aludirse a supuestos muy concretos, se introducen referencias tales como «inmediatamente» o «próxima» que impiden la dispersión en la consideración de los móviles.

En todo caso, tanto en las atenuantes como en las agravantes sería interesante realizar una valoración de las circunstancias basadas en móviles.

(193) Vid. lo dicho supra, pág. 95, así como la literatura psicológica y criminológica citada en este estudio, o cualesquiera otros autores en Psicología y Criminología.

(194) La decisión jurisprudencial citada afirma: «Para juzgar si los motivos del procesado son bajos, no puede separarse uno de sus elementos de la conexión con los otros y ser valorado por sí sólo, pues una tal valoración se referiría sólo a un elemento integrante, pero no, como es exigible, al motivo de matar en su totalidad. De acuerdo con ello, debe ser sometida a juicio la pluralidad de las representaciones y reflexiones actuantes en el autor, en su conjunto, tal como ha devenido determinante eficaz, y con ello se ha de considerar especialmente, por medio de qué ha experimentado la decisión de muerte su caracterización sustancial». Recogida en *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 1974, pág. 370. En todo caso, nótese cómo resulta para la jurisprudencia alemana más fácil hablar de situaciones motivadoras más amplias que de meros fenómenos aislados, en cuanto que sus «Gesinnungsmerkmale» han sido concebidos como estados de ánimo, con definiciones que pretenden abarcar la total situación del autor ante la acción delictiva. Vid., en tal sentido, la definición de SCHMIDHAUSER, E., *Gesinnungsmerkmale im Strafrecht*, op. cit., en relación a todos estos elementos, en págs. 217-223, y en referencia a los móviles bajos del artículo 211, en páginas 227-232.

puesto repetidamente, entre otras razones, por su carácter de elemento psíquico aislado, estructura ésta que supone un grave inconveniente para una indagación plena y completa de la verdadera motivación del autor, ya que conlleva una artificiosa contraposición y exclusión entre un sinnúmero de motivos que concurren al mismo y a distintos niveles, en cada toma de decisiones, dificultad que se agrava al constatar que ni siquiera como estructura psíquica aislada y consciente (por no hablar de los contenidos inconscientes) es fácilmente delimitable, me pregunto, pues, si no sería deseable la supresión de esta atenuante del catálogo de circunstancias modificativas del artículo 9 del Código penal.

En mi opinión, esa sería la solución más acertada. En realidad, sin esta atenuante nos hemos pasado durante la vigencia de todos nuestros Códigos anteriores excepto, y con matices, el de 1928. Y con más razón aún si atendemos a los criterios jurisprudenciales utilizados en su aplicación, una vez que existe el artículo 318 (195).

2. En todo caso, si la atenuante hubiera de ser mantenida sustancialmente tal como ahora, una reforma que estimo indudable es la eliminación de la alusión al móvil patriótico. El término, sin cuestionar, en principio, el carácter valioso de las motivaciones a que alude, posee un evidente riesgo de distorsión y de favorecimiento unilateral de determinadas opciones políticas en detrimento de otras, pese a que, como hemos explicado (196), no están incluidos los móviles políticos en su concepto, pues, con una manifiesta desfiguración del concepto de patriotismo, ha sido muy frecuente la atribución de tal carácter a aptitudes claramente partidistas.

¡Qué duda cabe de que esa era la voluntad del legislador en 1944! No olvidemos además que el Tribunal Supremo nunca ha apreciado la atenuante en base sólo a tal motivo (197).

Por otro lado, no deja de ser discutible la enumeración de los motivos considerados dignos de atenuación por parte de la atenuante. Ante todo, está el hecho, que ya hemos señalado, de que en la mayor parte de las ocasiones, aunque no siempre, lo altruista y lo patriótico se incluirán en lo moral, con lo que se da, en una gran medida, una redacción redundante. Pero es que, aun teniendo en cuenta las motivaciones altruistas o patrióticas no morales, es evidentemente caprichoso el que se hayan venido a elegir precisamente los motivos altruistas y patrióticos, y no otros igualmente valiosos. Si lo que se pretende es realizar un juicio de menor reprochabilidad que lleve a una rebaja de la pena en base a motivaciones consideradas socialmente valiosas parece más lógico aludir a expresiones más genéricas, no limitadas a la moralidad, altruis-

---

(195) Vid. supra, pág. 134 e infra, pág. 139.

(196) Vid. supra, págs. 112-113.

(197) Vid. supra, pág. 115 y nota 112.

mo y patriotismo (198). Bien es verdad que una formulación aún más genérica que las actuales agravaría más, si cabe, la situación en que ahora nos encontramos respecto a la excesiva indeterminación conceptual de los calificativos de los motivos de la atenuante 7.<sup>a</sup>, pero así se evitaría una restricción arbitraria de los motivos considerados socialmente valiosos, a los altruistas y patrióticos, aparte de los morales, restricción que no tiene justificación atendido el fundamento político-criminal de la atenuante. En realidad, la necesaria indeterminación de los calificativos de los motivos utilizados en esta atenuante, en cuanto que éstos no pueden estar referidos a situaciones de hecho muy características y determinadas por tratarse de una atenuante genérica, es un problema irresoluble y en último término un argumento más en favor de la supresión de la atenuante.

3. El requisito de la proporcionalidad, que se estima incluido en la notoria importancia, y que en sus inicios fue una contribución jurisprudencial, estimo que debe desaparecer. Las razones va han sido aportadas en su lugar (199). Sin duda, ello deja al requisito de la notoria importancia con un contenido referido exclusivamente al concepto de «motivo», lo cual no es del todo satisfactorio, pero la solución no pasa por la exigencia del requisito de la proporcionalidad, sino por una nueva redacción de la atenuante, si no se aceptan las propuestas realizadas en el 1 de este subapartado, en la que se elimine el término «notoria importancia» y se introduzca algún otro término para exigir la preeminencia del móvil objeto de la atenuante, de entre todos los concurrentes.

4. Si la tendencia jurisprudencial ahora en vigor se mantuviese, la pervivencia de esta atenuante tendría bien poco sentido, ya que la mayor parte de los casos, superior al 60 por 100, en que se ha apreciado, se ha tratado de falsedades documentales, y dentro de ellos, casi siempre de inscripciones como legítimos de hijos que son ilegítimos o ni siquiera propios. Para estos supuestos, sin embargo, ya existe una atenuación específica en el Código, en el artículo 318, que sólo se verá superada en sus efectos cuando se aplique la atenuante 7.<sup>a</sup> como muy cualificada, y se baje la pena en dos grados.

---

(198) Como, por ejemplo, la atenuante del Código Penal italiano, que alude a «motivos de particular valor moral o social». LATTANZI, *I Codici Penali*, op. cit., pág. 167.

(199) Vid. supra, pág. 126 y notas 161 y 189.



# Las cárceles en Méjico y su evolución

MARIA JOSEFINA CAMARA BOLIO

## INTRODUCCION

Creo pertinente el hacer algunas breves aclaraciones, antes de abordar de lleno la descripción de los establecimientos penitenciarios femeninos en Méjico. En primer término, se precisa referirnos a la Historia «maestra de la vida», para después comprender cómo es que, a través del tiempo y de peculiares contextos, ha evolucionado la prisión en Méjico; finalmente, réstame afirmar que el señalamiento de lacras o defectos está ciertamente animado por un espíritu de crítica constructiva. En efecto, podemos decir con satisfacción legítima, que fue profunda la siembra y abundante, sí, la cosecha; pero vale ahora repetir, con Machado, que el camino se hace al andar.

Me referiré, por tanto, al concepto «prisión» y a sus funciones dentro de las sociedades Azteca y Maya, continuando con la época colonial, influida por la legislación emigrada de España, esto es, Las Partidas y la Novísima Recopilación, así como la legislación criolla que forma las Leyes de Indias. Después de una breve referencia al Tribunal de la Acordada, pasaremos a la época independiente. A continuación, los reglamentos de 1814, 1823 y 1833; sucesos importantes habidos en 1840, 1841 y 1843, así como un Decreto importante también de 1848. Finalmente, hablaré de la antigua cárcel de Lecumberri y de los centros actuales, tanto para adultas como para menores infractoras, tratando de brindar un panorama a nivel nacional. Este trabajo contiene también un señalamiento o listado de las principales legislaciones que se han elaborado sobre menores.

## EVOLUCION DE LAS CARCELES EN MEJICO

*Aztecas.*—Para referirme concretamente a un Derecho penitenciario azteca, aunque fuera sólo en esbozo, es necesario e imprescindible tocar el tema del Derecho penal, ya que la ciencia penitenciaria guarda una estrecha relación con aquél y, en última

instancia, no es más que el espejo en el que se refleja la evolución social y jurídica de un pueblo.

Vale decir que el Derecho penal azteca, como ya lo afirmó Kohler, es testimonio de severidad moral, de concepción dura de la vida y de notable cohesión política. El sistema penal era draconiano. Dentro de esa rigidez que fue característica esencial del «jus puniendi» en la sociedad azteca, no se explica la necesidad de una cárcel, más que, como ocurrió también en los pueblos del Oriente y en Roma, con función preventiva. En realidad, el catálogo de penas era extensísimo, y todo él cruento en extremo: Se recurría, casi invariablemente, a la pena de muerte. Había una cierta trabazón entre la ética social y la religión de los aztecas que los llevaba a compurgar, a limpiar y a expiar los errores aquí en la tierra, de una manera profunda, toda vez que no creían en que algún castigo esperaba al pecador después de la muerte. Bajo el régimen de terror en que se vivía en Tenochtitlán, la cárcel no era necesaria. No se esperaba tampoco la regeneración del delincuente, sino que el fin del castigo era la clásica venganza social y la aplicación de la Ley del Talión.

Concretamente, en relación a la cárcel, nos explica el maestro González de Cossío, en sus *Apuntes para la Historia del «Jus Puniendi» en Méjico*, que la «prisión era de carácter preventivo y duraba mientras se terminaba el juicio de la sentencia, o se llegaba el tiempo de aplicar la pena correspondiente. La que estaba destinada para los delincuentes merecedores de la pena de muerte, o para los esclavos destinados al sacrificio, era un galerón con un orificio practicado en la parte superior, por donde se les bajaba y, cerrándolo, se les dejaba en grande oscuridad. Llamábase Petlacalli o Teilypiloyan, y en él había también reductos más o menos particulares, como jaulas de gruesos maderos, a los que daban el nombre de Cuauhcalli, o sea, casas de madera» (1). Estos datos, González de Cossío los reúne de los que, a mayor abundamiento, citan autores como Clavijero, Sahagún y Fray Diego Durán. «En cuanto al Cuauhcalli, se trataba de una jaula de madera, muy estrecha, destinada a los cautivos que se debían sacrificar y a los reos de pena capital.

Lo mismo el Teilpiloyan que el Cuauhcalli, se mantenían con suficiente guardia, y a los reos de muerte se les daba un alimento escaso. A los cautivos, por el contrario, regalaban lo mejor para que llegaran en buen estado al sacrificio. Es notable el hecho de que el común del barrio tuviera a su cargo guardar a los prisioneros; si por descuido de los vigilantes alguno se escapaba, el barrio quedaba obligado a pagar al amo del fugitivo una esclava, una carga de ropa de algodón y una rodela» (2).

---

(1) *Apuntes para la Historia del Jus Puniendit en Méjico*, Méjico, 1963, pág. 41.

(2) CARRANCA Y RIVAS, *Derecho penitenciario*, Ed. Porrúa, Méjico, 1974, pág. 23.

*Mayas.*—Parece que, aunque la prisión no era un castigo en sí, «servían a modo de cárceles unas jaulas de madera en las que se custodiaba a los prisioneros de guerra, a los condenados a muerte, a los esclavos prófugos, a los ladrones y adúlteros y, en general, a los delincuentes de cierta clase» (3). O sea, que la función de dichas cárceles, entre los mayas, fue igual a las que aquéllas desempeñaron entre los aztecas; sitios de reclusión mientras se ejecutaba la sentencia que, generalmente, consistía en la pena de muerte. Concluyendo, los mayas no conocieron la cárcel como una pena en sí.

*Epoca colonial.*—En estas tierras del Anáhuac se aplicaron, en un principio, los ordenamientos legales castellanos, influidos, a su vez, por el Derecho romano y canónico. Tales cuerpos legales castellanos fueron: Los Ordenamientos de Cortes, el Fuero Real, el Liber Judiciorum y Las Partidas. También se aplicaban las Leyes de Toro y el Ordenamiento de Toledo. Posteriormente, ante una necesidad de adaptación a los usos y costumbres de la tierra conquistada, se expidieron las Leyes de Indias. Voy a referirme brevemente a las nociones de Derecho penitenciario comprendidas en algunos de estos ordenamientos, no sin antes señalar que, como órgano sumamente importante en la administración de justicia en la Colonia, se estableció en Méjico el Tribunal de la Santa Inquisición, por Real Cédula de Felipe II, el 16 de agosto de 1570, recayendo el primer nombramiento de inquisidor en la persona de don Pedro Moya de Contreras, quien tomó posesión el 12 de septiembre de 1571, cargo que desempeñó hasta 1574, época en que fue nombrado arzobispo de Méjico.

*Las Partidas.*—Es importante destacar algunos puntos de esta legislación toda vez que constituye un notable antecedente del Derecho indiano. Los textos a los que me refiero son los que pueden leerse en la Partida VII, Título 29, Ley 15, que se enlazan con principios carcelarios: «Non pertenece a otro ome ninguno, ni ha poder de mandar facer cárcel, nin meter ome a prisión en ella, si non tan solamente el Rey, o aquellos a quien el otorga que lo puedan hacer». Esto se refiere propiamente a la potestad o autoridad para remitir gentes a la prisión; pero se establecía en la misma Partida, Ley 11, que la prisión no era una pena: «Ca la cárcel deuser para guardar los presos, a non para fazerles enemiga, nin otro mal, nin darles pena en ella... Ca assaz abonda de ser presos e encarcelados e recibir, quando sean judgados, la pena que merecieren». O sea, que pervive en este cuerpo de leyes el concepto romano de la prisión, con mera función preventiva o de custodia.

*Novísima Recopilación.*—En este ordenamiento, que fue impreso por vez primera en Madrid por Julián de Paredes, comienza a gestarse un panorama, aunque reducido, de Derecho penitenciario, por ejemplo: Los principios referentes a la organización de las cárceles, la separación de los dos sexos en departamentos, la:

(3) *Enciclopedia Yucatanense*, Tomo II, Méjico, 1945, pág. 205.

prohibición de los juegos de azar entre los presos y la necesidad de que cada uno debiera subsistir por sus propios recursos, se presentan en el Libro VII, Artículo 38 de las leyes recopiladas. Este último punto me parece importante, ya que no previeron las autoridades que la manutención de los presos significara un gasto para el Estado, como sucede hoy en día; sin embargo, en ese mismo texto se establece, con marcado sentido humanitario, un sistema de limosnas en favor de los presos pobres, eximiéndoles del pago de derechos y mandando que no se les detuviera en la cárcel para apremiarlos.

*Las Ley de Indias.*—Este cuerpo legal, sancionado el 18 de mayo de 1680 por Carlos II, e impreso en Madrid al año siguiente, es, como lo afirma el maestro González de Cossío, el gran monumento de la acción jurídica de España en América. Aunque se ha criticado la extensa gama de disposiciones que parecen no guardar un orden cierto, fue tal legislación una noble empresa de los hombres dentro del campo del Derecho. La obra se compone de 9 Libros, divididos en 218 Títulos, de los cuales interesa particularmente al tema que me ocupa el Libro VII, Título 6. Dicho Título comprende 24 leyes, y se denomina «De las Cárceles y Carceleros», y el Título 7 comprende 17 leyes que tratan «De las Visitas de Cárcel». Este Título, en opinión del fallecido profesor Carrancá y Trujillo, constituye un atisbo de ciencia penitenciaria. Las reglas principales comprendidas en dichas leyes se refieren al mandato de hacer cárceles en todas las ciudades, villas y lugares, imprimiendo en ellas un marcado sentido religioso al dotarlas de capilla y capellán, y también, protección a los presos frente a los malos tratos de los carceleros, atenuando así el rigor de la penología medioeval. Por supuesto que mucho de esto, pese a la buena intención del legislador, quedó únicamente en el papel, ya que, como lo advierte quien quiera que preste sus servicios en una prisión, no existe mucha diferencia entre los delincuentes y aquéllos que se encargan de su custodia. La clasificación hecha por Constancio Bernaldo de Quirós al referirse a una «etapa equívoca» en la formación del cuerpo de Policía, sigue siendo efectiva, en muchos casos, para los custodios y vigilantes de hoy. Más adelante habré de volver sobre el tema; pero con referencia siempre a las Leyes de Indias, me interesa reproducir el texto de la Ley II del Título 6, que dice así: «Ley II. Que en la Cárcel haya aposento apartado para mujeres.

Los Alguaziles Mayores, Alcaldes y Carceleros tengan prevenido un aposento aparte, donde las mujeres están presas, y separadas de las comunicación de los hombres, guardando toda honestidad y recato, y las Justicias lo hagan cumplir y executar». Este texto ya consagra, en pleno siglo XVII, una preocupación de las autoridades por la mujer reclusa. Más la separación legislada no se llevó a cabo cumplimiento en la práctica.

Sintetizando el estado de las prisiones de la época colonial, puede decirse que existieron en número de tres: «La de Corte, que ocupó el ala norte del Palacio Virreinal, extendiéndose sobre la

calle del Arzobispado y con frente a la Plaza de Armas; la de la Ciudad, ubicada en el costado occidental de las Casas de Cabildo o Palacio Municipal, con entrada por el Callejuela, y otra en Santiago Tlaltelolco, que tuvo el carácter de especial para determinados delincuentes. La de Corte estuvo destinada a los presos por causas criminales, es decir, de delitos graves, y la de Ciudad, a los responsables de infracciones leves» (4). En la obra costumbrista de Fernández de Lizardi, intitulada «El Periquillo Sarniento», hay varias referencias descriptivas a la ya mencionada Cárcel de Corte, a donde fue a parar el protagonista.

Quizá en muchas ocasiones se haya empleado, al margen de la moderna técnica penitenciaria, la palabra «presidio» como sinónimo de «cárcel»; pero en la época colonial no existió tal similitud, antes bien se registró marcada diferencia, ya que los presidios se fundaron sobre todo en la región nortes y tuvieron el triple carácter de puntos o fortalezas militares de avanzada para ensanchar la conquista, de medios de población de las provincias remotas y de establecimientos penales, pues con sus guarniciones eran enviados y custodiados en ellos los criminales. Existieron también las fortalezas-prisiones de San Juan de Ulúa, en Veracruz, más conocida como «Las Tinajas» y Perote.

*La Acordada.*—Durante la época del Virreinato de la Nueva España, había, merced a lo rudimentario de los caminos e incipientes carreteras, multitud de bandas de asaltantes y foragidos que amenazaban la vida y pertenencias de los viajeros. A pesar de que se expidieron varias medidas de seguridad como el establecimiento de una jurisdicción especial, la Santa Hermandad, que funcionaba persiguiendo y castigando a los ladrones, y aún la facultad otorgada en 1664 a todos los jueces y justicias para ejecutar sus sentencias, aunque fuesen de muerte, sin necesidad de revisión superior, nada de esto fue bastante para frenar los delitos en cuestión. Y así, el virrey Duque de Linares creó, de acuerdo con la Audiencia, de donde tomó el nombre de Acordada, un tribunal con sentencias inapelables y exento de dar cuenta de ellas a la Sala del Crimen, por lo que tuvo extensa jurisdicción.

Para servicio de dicho Tribunal, que fue muy eficiente en el siglo XVIII, se destinaron unos galerones en Chapultepec que funcionaba como cárcel. Más tarde, ésta se trasladó a un sitio cerca del Hospital de Pobres, ubicada en la calle de Patoni, entre Balderas y Humboldt. En aquellos tiempos funcionó en forma precaria la cárcel de la Acordada, pero en 1776 fue arruinada por un terremoto y la reconstrucción practicada se aprovechó para dotar el edificio de tales seguridades y distribución, que se convirtió en la mejor cárcel de su tiempo.

Hubo por los años de 1839 y 1841, época ya independiente, posterior a aquélla a la que acabo de hacer referencia, una pluma

(4) MACEDO MIGUEL, S., *Evolución de los establecimientos penales en Méjico*, "Criminalia", año V (1938-39), pág. 347.

excepcionalmente dotada para la descripción: la de madame Calderón de la Barca, esposa del primer ministro plenipotenciario que España envió al Méjico independiente, don Angel Calderón de la Barca. La menciono aquí porque en un libro que ella escribió sobre «La Vida en Méjico», dedica extenso párrafo a la descripción de la cárcel de La Acordada, expresando sus opiniones acerca de la población femenina, toda vez que tal establecimiento no practicó la separación de sexos entre los reos. No resisto a la tentación de reproducir dicho párrafo en este trabajo, tal como lo hizo en su Derecho penitenciario el profesor Carranca y Rivas:

«Dedicamos otro día a visitar lugares muy diferentes y más dolorosos: La Acordada, o cárcel pública: un edificio grande y sólido, espacioso y bien ventilado. También tiene una Junta compuesta de señoras pertenecientes a las mejores familias, que se han consagrado a enseñar a las mujeres presas. Es doloroso y sobrecoje el ánimo ver a las primeras damas de Méjico conversando familiarmente y abrazando a estas mujeres culpables de crímenes atroces: asesinas, en su mayor parte, de sus maridos, que es el crimen más frecuente entre estas encarceladas mujeres. No se ven caras feas, y probablemente ninguna de ellas premeditó su crimen. Un arranque de celos en una borrachera; pasiones violentas sin freno, que de la misma manera que estallan súbitamente se extinguen, las han llevado a fin tan desgraciado. Entramos primero a un aposento amplio y bastante limpio en donde se encuentran separadas las mujeres de "familias más decentes" que las otras. Algunas se habían tendido en el suelo, otras se ocupaban en alguna labor; bien vestidas unas, y otras sucias y desarrapadas. Muy pocas se veían tristes; la mayoría se mostraban indiferentes y aun felices; y 'ninguna' parecía estar avergonzada. Descendimos después a las regiones profundas, donde en un galerón abovedado y húmedo, se presentan cientos de infortunadas mujeres de lo más bajo del común del pueblo, ocupadas en 'travaux forcés' y cuya descripción, ciertamente, es bien fácil: Estaban haciendo tortillas para los presos. Sucias, harapientas, de aspecto miserable bajo estas funestas bóvedas, nos sentimos, al verlas, transportadas al purgatorio. ¡Y sólo el Cielo sabe el hedor que despedían! Una vez más tuve la experiencia de que el don del olfato en Méjico no es de ninguna manera una bendición. Otra grandísima galera cercana, en la que unas presas limpiaban y barrían, gozaba al menos del aire fresco que le llega de un patio donde contemplamos una triste vista: la de unos pobres niños jugando. Eran los hijos de las presas» (5).

Perdóneseme esta digresión en aras del valor descriptivo que posee, y permítaseme retornar a la explicación de la época colo-

---

(5) MADAME CALDERÓN DE LA BARCA, *La vida en Méjico*, traducción, prólogo y notas de Felipe Teixidor, Ed. Porrúa, Méjico, 1959, tomo II, págs. 480 y 481.

nial diciendo, a manera de síntesis, que se crearon desde la primera mitad del siglo XVI y se desarrollaron durante los tres siglos que duró el virreinato, los llamados recogimientos» para españolas, mestizas e indias. Primero aparecieron los dedicados a la enseñanza de niñas y jóvenes indias que tenían en realidad carácter de colegios. Posteriormente se fundaron los dedicados a las prostitutas, con fines de rehabilitación, y los de casadas, viudas, solteras y divorciadas. Finalmente se fundan los dedicados a las delincuentes. Así, pues, dichas instituciones se pueden clasificar en dos ramos: Las de protección, de tipo voluntario, y las correccionales, de tipo obligatorio y con carácter penitenciario.

*Epoca independiente.*—Tras luchas intestinas y la desorganización natural en un pueblo que despertaba a la libertad, de la misma manera en que un adolescente se deslumbra ante el mundo que va reconociendo, el estado del erario nacional y municipal era precario, lo cual redundó también en perjuicio de los sistemas carcelarios, que corrían a cargo del Ayuntamiento. Como dato específico, se sabe que los presos enfermos eran atendidos en el Hospital de San Andrés, al cual el Municipio quedó a deber, en varias ocasiones, las sumas a cargo por estancia de enfermos. Sin embargo, a pesar de la merma sufrida por el erario, las autoridades no fueron indiferentes a las aspiraciones de Jeremías Bentham, creador del modelo panóptico en arquitectura penitenciaria, y del incansable John Howard. en medio de las penalidades que para la nación implicó la estructuración de la República, pensadores y políticos no dejaron de ocuparse del mejoramiento carcelario. Propiamente, en todos los idearios y planes de trabajo figuraron dos puntos de importancia:

1.—La reforma de las prisiones y de los prisioneros mediante el trabajo general y obligatorio para los mismos; y

2.—La erección de penitenciarías.

Reglamento de 1814.—Como primer ordenamiento de importancia aparece el expedido en dicho año, reformado en 1820 y adicionado en diciembre de 1826. Sus bases principales eran: «La prevención de que no admitieran presos sino con los requisitos que prevenía la Constitución; que no se cobrara derecho alguno y que fuera obligatorio el trabajo. Además se disponían prácticas religiosas y se establecía que la comisión del Ayuntamiento, autoridad a cuyo cargo inmediato estaban las prisiones, las vigilase cuidadosamente y designara los sitios a donde debían ir a trabajar los condenados a obras públicas; pena en uso hasta la expedición del Código de 71» (6).

1823.—El 24 de abril de dicho año se expidió un decreto por el cual se ordenaba la demolición de calabozos estrechos y que se diera a las prisiones la limpieza y amplitud necesarias para conservar la salud de los detenidos. Sin embargo, pervivió la im-

(6) "Criminalia", *Regímenes de Prisiones. Su evolución en Méjico*, por OFELIA VÁZQUEZ SANTAELLA, año VII (1940-41), pág. 188.

presionante fortaleza de San Juan de Ulúa, ya mencionada, con sus funestas condiciones arquitectónicas.

*Reglamento de 1833.*—En este año se expidió un reglamento para que en la Cárcel Nacional se estableciera de una manera obligatoria el trabajo para los presos en talleres de artes y oficios. Pero parece ser que esta disposición quedó únicamente en el terreno quimérico de la teoría, sin lograr aplicación práctica.

Del año 1840 en adelante, los hechos más significativos para el penitenciarismo pueden agruparse así:

*1840.*—Se acentúa el movimiento de reforma carcelaria por el empeño del Gobierno y algunos ciudadanos destacados. En este mismo año se decretó que todas las cárceles de la República se dividieran en departamentos para incomunicados, detenidos y sentenciados, y que todos los presos se ocuparan en algún arte u oficio.

*1841.*—El Ayuntamiento de Méjico proyectó la construcción de una nueva cárcel, apoyado por el señor Gómez Pedraza, ministro de Gobernación.

*1843.*—Las Bases Orgánicas sancionaron el precepto de que las cárceles estuvieran dispuestas de modo que el lugar de detención fuera diverso al de la prisión. Ese año se hizo un nuevo intento para organizar las prisiones de Méjico, tratando de asegurarlo por medio de un contrato para la explotación de los talleres de la cárcel principal que era la de la ex Acordada.

*Decreto de 1848.*—En ese año, mismo de la intervención norteamericana en Méjico, se expide un Decreto, el día 7 de octubre, por el Congreso General a iniciativa del ministro de Relaciones Interiores y Exteriores, don Mariano Otero, estableciendo en el Distrito y Territorios Federales el sistema penitenciario. Conforme a lo prescrito en él, se debían erigir edificios distintos para la detención y prisión de los acusados o indiciados, para la corrección de jóvenes delincuentes, para la reclusión de los sentenciados y para asilo de los libertados después de la prisión o reclusión. Se adoptaba, asimismo, el sistema de Filadelfia, con separación absoluta de detenidos y sentenciados para el trabajo, actos religiosos y ejercicios. Se instituía la obligatoriedad de la instrucción primaria para los internos, así como el trabajo para todos, y también se les permitía frecuente comunicación con sus familiares y personas libres.

El mismo Decreto creaba una Junta directiva de prisiones, confiándole la administración de los fondos, la dirección de las obras de construcción y la dirección e inspección de los establecimientos que se fundaran. También se expidió el mismo día en que fue sancionado el Decreto una convocatoria para la formación del plano de la cárcel de detenidos y sentenciados, que había de contener 500 ó 600 celdas. Y más o menos relacionados con esa convocatoria, se formaron tres proyectos de penitenciaría, por los arquitectos José M. Bezossi, Lorenzo Hidalgo y Enrique Griffón.

*Proyecto de 1848.*—«En octubre de 1848, el Congreso acordó

que el ministro de Gobernación informará en el término de un mes acerca del plazo y los elementos que necesitará para establecer el régimen penitenciario. En noviembre de ese mismo año y como resultado del acuerdo del Congreso se presentó un proyecto penitenciario para el Distrito Federal, en el cual se hacía una combinación del sistema Auburn, como medio correctivo para la mayoría de los reclusos, y el de Filadelfia para los crímenes mayores. Se calculaba un total de mil cuatrocientas celdas. La vigilancia constaría de cincuenta gendarmes y el presupuesto ascendería a \$ 1.146.000.00» (7).

*Cárcel de Belén.*—En 1863 quedó clausurada la ex-Acordada, el día 22 de enero, y desde entonces se convirtió en cárcel, llamada primero Nacional y después Cárcel Municipal, por haber dependido del Ayuntamiento y ser sostenida con sus fondos. Por mucho tiempo fue la Cárcel General del Distrito, y el nombre de «Belén» le venía de que, primitivamente, fue el Colegio de Niñas de Belén. De un interesante artículo, escrito por el profesor don Javier Piña y Palacios, sobre el estado de las cárceles de Méjico en 1875, me parece conveniente reproducir los siguientes párrafos: «El departamento de mujeres consta de un patio, rodeado por dos lados de corredor con una fuente en medio y un piso sin concluir de empedrar. En la parte baja hay cuatro dormitorios para sentenciadas; uno para las empleadas de la cocina y otro para las de la atolería; a espaldas de este patio y cubierto con tejados están la cocina y la atolería; en la misma línea, aunque con entrada por otra parte, está el común que guarda el mismo sistema que el de los hombres y está bien ventilado y fuera de la parte habitada por las presas. En el mismo patio y piso, está un separo al que van las presas que vienen del Hospital Morelos. Hay también un cuarto con una tina para baño tibio. En la parte alta están cuatro dormitorios para el común de las presas, la distinción que está en la habitación de la presidente, una capilla y la enfermería. En esta última hay cuatro catres de fierro con sus colchones de hoja de maiz y un brasero. En los dormitorios de este departamento, lo mismo que en los demás de la prisión, las presas se acuestan sobre las esteras para dormir y se alumbran durante toda la noche con lámparas de esencia de trementina. A la espalda del edificio hay un gran patio cercano que antes fue jardín, en el que hay algunas ruinas; y dos estanques para que se bañen las presas» (8).

La Constitución de 1857, muy eminente por varias razones, decía a la letra, en su artículo 23: «Para la abolición de la pena de muerte, queda a cargo del poder administrativo el establecer, a la mayor brevedad, el régimen penitenciario. Entre tanto, queda abolida para los delitos políticos, y no podrá extenderse a otros casos más que al traidor a la Patria en guerra extranjera, al salteador de

(7) "Crimnialia", OFELIA VÁZQUEZ SANTAELLA, *op. cit.*, pág. 189

(8) *Cárceles de Méjico en 1875*, revista "Crimnialia", núm. 8, año XXV (1959), pág. 495.

caminos, al incendiario, al parricida, al homicida con alevosía, premeditación o ventaja, a los delitos graves del orden militar y a los de piratería que definiere la ley». El primer párrafo de los dos enunciados nos presenta claramente la situación nacional de aquella época en materia penitenciaria, en el sentido de que, en esta línea no se actuaba con sistema, y comenzaba, apenas, a vislumbrarse la utilidad de la pena de prisión para la cura social del inculgado, sustituyendo el rigor, con mejoría, y la injusticia de la pena capital. Pero, como también ya expliqué, transcurren muchos años más, cerca de veinte, sin que se pueda aplicar un verdadero sistema en los penales. Así adviene el genio jurídico de Antonio Martínez de Castro y su Código penal de 1871, que contiene innovaciones en materia carcelaria, aunque no suprime la pena de muerte por considerarla una necesidad social o mal necesario. Dicho sistema penitenciario que Martínez de Castro preconizó, se basaba en los siguientes puntos:

a) Separación de los reos entre sí de manera continua. El artículo 130 del Código decía lo siguiente: «Artículo 130.—Los condenados a prisión la sufrirán cada uno en aposento separado, y con incomunicación de día y de noche, absoluta o parcial, con arreglo a los cuatro artículos siguientes». O sea, que se trataba de organizar un sistema celular;

b) Comunicación de los presos con personas capaces de instruirlos y moralizarlos;

c) Establecimiento de la Junta Protectora de Presos;

d) Libertad preparatoria basada en la buena conducta durante un tiempo igual a la mitad de la condena, precedida de un grado intermedio de prisión destinado a servir como medida de transición;

e) Distribución del producto del trabajo de los reos en las siguientes partes:

I. Mejora de las prisiones.

II. Pago de responsabilidad civil, y

III. Constitución de un fondo de reserva para cuando salieran en libertad.

No todos estos preceptos se llevaron a la práctica, pero la promulgación del Código contribuyó a iniciar y mantener la lucha por el mejoramiento carcelario tan luego como la República hubo superado su última crisis revolucionaria. Algunos artículos transitorios sí se llevaron a la práctica, verbigracia, se creó la Junta de Vigilancia de Cárcels, presidida por el regidor del ramo y formada por ocho vocales, nombrados todos por la Secretaría de Justicia.

*Carcel de Lecumberry.*—Llamada también Cárcel de la Ciudad de Méjico, data de 1881, época en la que el doctor don Ramón Fernández, gobernador del Distrito Federal, nombró una comisión especial para sugerir reformas al Código penal. Dicha comisión presen-

tó su trabajo en 1882, proponiendo la creación de un sistema penitenciario basado en el irlandés de Croffton. El proyecto fue elaborado por el señor ingeniero Torres Torija, siguiendo en algo el confeccionado por los profesores de Bellas Artes en 1868, pero mejorando la disposición de las crujías, la distribución de los talleres y patios de ejercicio. En 1885, la Secretaría de Gobernación aprobó el proyecto y acuerdo para comenzar el edificio destinado a hombres, con un total de 724 celdas. El ingeniero militar Miguel Quintana inició las obras en la zona de San Lázaro, al oriente de la ciudad. Mas quien las concluyó fue el arquitecto Antonio M. Anza, en 1897, aunque no se pudo poner en servicio porque no estaban conectados los albañales con el Gran Canal de Desagüe del Valle. Finalmente fue inaugurada el 29 de septiembre de 1900 después de haberse expedido el Reglamento General de Establecimientos Penales del Distrito y el Reglamento especial de la Penitenciaría, que comenzaron a regir el mismo día 29.

Por un Decreto publicado en el «Diario Oficial» de 30 de enero de 1933, se convirtió esta penitenciaría en una cárcel promiscua al dar cabida a procesados y sentenciados de ambos sexos; sistema que pervivió hasta 1954, año en que se fundó la Cárcel de Mujeres. Mas, hasta 1976 inclusive, funcionó una estancia femenina, adonde iban las mujeres detenidas en tanto se las turnaba a Cárcel de Mujeres. Este sistema, aunque inadecuado a todas luces, se practicó por la cercanía de los Juzgados o Cortes Penales. Actualmente, las detenidas que iban a Lecumberri, son llevadas a las estancias femeninas de los Reclusorios Norte y Oriente, que son cárceles preventivas para varones, inauguradas en 1976. Esto se practica de acuerdo a la jurisdicción donde hayan delinquido, por lo que también se les envía momentáneamente a las cárceles de Coyoacán o Villa Alvaro Obregón, mientras son turnadas a Cárcel de Mujeres.

*Centro Femenil de Rehabilitación.*—Esta es la denominación actual de la originalmente llamada Cárcel de Mujeres, que fue concluida desde el año de 1952, en la zona de la ciudad conocida como Ixtapalapa, rumbo a Puebla, pero no pudo ser oficialmente inaugurada hasta 1954. Con respecto a la causa de este retraso se narra un hecho singular: Que el señor arquitecto Alonso Mariscal realizó una visita a las obras en compañía de sus alumnos, durante la cual se expresó en el sentido de que, si bien estaba impresionado por la obra del Gobierno y del arquitecto Ramón Marcos Noriega, autor del proyecto para el establecimiento femenino, se sentía en el deber, frente a los alumnos de su escuela, de aprovechar la lección negativa a ese establecimiento, en la que le interesaba el espíritu, principalmente y que; en ese lugar, sombrío y con profusión de rejas, el espíritu podía resumirse en una sola palabra: sadismo. Mas, antes de cuestionar o presentar la situación actual del establecimiento más importante con que se cuenta en materia de penitenciarismo femenino, quisiera concluir la presentación del contexto histórico penitenciario.

En efecto, Cárcel de Mujeres empieza a funcionar en el año

de 1954, con capacidad para 500 internas y después de haber realizado una selección del personal con que se la iba a dotar. Pero esto, con haber descongestionado Lecumberri, no significa positivamente una gran novedad dentro de la reforma de las cárceles; se destina un local especial para mujeres, que viene a dar cuerpo a un anhelo consagrado desde Las Partidas y la Novísima Recopilación, como ya hemos visto. Pero no se trata de una auténtica revolución en el terreno de la reforma carcelaria. Las cosas siguen igual y así, en 1952, en el discurso de clausura del Congreso Nacional Penitenciario, el doctor Celestino Porte-Petit hacía una afirmación valiente y desusada en el terreno de la fantasía intelectual en que suelen caer los Gobiernos. Porte-Petit afirmó: «En Méjico, inútil resulta repetirlo, carecemos de un sistema penitenciario. Tarea ingente del Gobierno no es la de reformarlo, ni aun la de mejorarlo, sino simplemente la de crearlo. Sería, en efecto, vano intento perfeccionar lo que no existe». Gran verdad, que continuaba acosando a la Nación hasta que, en Toluca, estado de Méjico, empezó a gestarse una nueva institución que, primero como experiencia, después como optimista realidad, sentó las bases para la estructuración del verdadero sistema penitenciario, consolidado en 1971, durante la gestión del licenciado Luis Echeverría Álvarez, al expedirse la Ley de Normas Mínimas para la Readaptación Social de Sentenciados.

Así, pues, el *Centro Penitenciario del Estado de Méjico* nació merced a la clara e intuitiva visión de un estadista que fue el licenciado Juan Fernández Albarrán, gobernador del estado, quien trazó un verdadero programa de acción penitenciaria y tuvo el indudable acierto de poner por obra común su capacidad y poder de gobernante, de ejecutivo, con la ciencia y métodos de intelectuales como el licenciado Juan José González Bustamante, el doctor Alfonso Quiroz Cuarón y el joven funcionario Sergio García Ramírez, quien, juntamente con el licenciado Antonio Sánchez Galindo, integró el primer cuerpo directivo de la institución. Tarea de romanos, como es común decirlo, constituyó el estudiar psicológicamente a los internos de la vieja y promiscua cárcel de Toluca para después realizar convenientemente el traslado al nuevo edificio. En esta delicada función colaboraron los psicólogos profesor Enrique Gutiérrez Quinto y su esposa Clementina Cadillo de Gutiérrez. Las instalaciones, construidas en las afueras de Toluca, lindando con el municipio de Almoloya de Juárez, fueron construidas con apego a la disposición constitucional de mantener una perfecta separación entre procesados y sentenciados. Cada sección contó con escuela y talleres diferentes y separados. Empezó a practicarse ahí un sistema progresivo técnico, comenzando con la fase de estudio y diagnóstico, siguiendo con la de tratamiento y poniendo por obra la pre-libertad en un establecimiento especial conocido como «cárcel abierta». El centro penitenciario contaba, además, con extensa hortaliza y granja dotada de cerdos y conejos. Talleres de carpintería, sastrería, tubos de

albañil, muebles de jardín y otros. Hermosa su biblioteca y dotada de buenos volúmenes. Primaria y teleaula. Sitios especiales para la visita familiar y la conyugal: Aireado y amplio el primero, instalado frente a un espacioso jardín con juegos infantiles; recoleto y tranquilo el segundo, diseñado de modo tal que las esposas de los internos pasaran casi directamente de la calle al establecimiento, sin tener que atravesarlo ante las insidias de los otros reclusos. Cocina, panadería para proveer las necesidades de la institución, un espacioso y bien ubicado auditorio donde se llevan a cabo actividades artísticas y culturales. Aparte, la sección de servicios médicos, con oficina anexa para los trabajadores sociales. Y una sección de mujeres que es, probablemente, lo único objetable en esa institución; modelo por todos los otros conceptos. En efecto, no fue posible construir un reclusorio semejante, especial para mujeres, y esta sección hubo de ser enclavada como un parche mal pegado dentro de un establecimiento en que, indudablemente, los hombres gozaban de más libertad que las mujeres. Y digo esto porque los varones podían deambular por los talleres, patio de deportes, escuela y dormitorios, ubicados todos ellos en un perímetro accesible a ofrecer una reclusión menos tediosa, en tanto que las mujeres estaban en su sección, constituida por un patio de medianas proporciones y un cuerpo central de edificación consistente en dos pisos de dormitorios trinaros, para hacer una virtual separación de procesadas y sentenciadas, un pequeño taller común y dos cocinas. Aparte, en la planta baja, una sala también común. Y al lado, otro edificio destinado a la guardería para los hijos de las internas, menores de tres años; edad a la cual pasaban a otra institución gubernamental. Así que, en mi concepto, esta sección femenina adolece de grandes defectos porque nunca debió estar en el mismo edificio de la población masculina. La separación no podía lograrse más que a medias, pues no faltaban las cartas de amor pasadas misteriosamente de unas manos a otras. Aparte, cuando las internas eran conducidas al auditorio para llevar a cabo sus actividades corales o de otra índole, eran molestadas por los silbidos y chascarrillos de los internos que estaban en el patio de deportes, por el que, necesariamente, ellas debían atravesar. No cabe duda de que, pese a los buenos deseos de las autoridades correspondientes, las mujeres reclusas se veían discriminadas, sin poder salir de su pequeña sección más que cuando era necesario llevarlas al auditorio o a los servicios médicos. Pero la construcción misma dificultó el lograr para ellas una mejor situación.

Aparte de las carencias que acabo de enumerar, el centro penitenciario ha sido, desde su fundación, modelo de instituciones, visitado y encomiado por propios y ajenos. Y no cabe duda que su creación, complementada como estuvo a nivel jurídico por la Ley de Ejecución de Penas Privativas y Restrictivas de Libertad del Estado de México, de 20 de abril de 1966, inspiró la total creación de un verdadero penitenciarismo que se llevó a cabo, como

ya dije, con la expedición de las Normas Mínimas para Readaptación Social de Sentenciados que pusieron en práctica, en todas las instituciones, la experiencia ofrecida en Toluca, a saber, la creación y funcionamiento, básicamente, del Consejo Técnico Interdisciplinario, organismo plural que, como su nombre lo indica, está compuesto por todos los profesionistas que a diversos niveles colaboran para la resocialización de los individuos y han de dar su opinión y diagnóstico médico, disciplinario, laboral y pedagógico para la correcta aplicación del beneficio legal de la remisión parcial de la pena y los permisos preliberacionales que se otorgan a los reclusos de buena conducta y aplicación escolar y laboral.

Ante la imposibilidad de reproducir aquí la Ley de Normas Mínimas en su totalidad, quisiera dar ahora una explicación del sistema seguido actualmente en Cárcel de Mujeres, que nos revela aspectos parciales de su aplicación.

En efecto, y como lo afirmara Mariscal, la oscuridad y penumbra dominan el edificio. La entrada se continúa en una especie de hall donde se encuentra una caseta de informes y un pequeño mostrador para la empleada encargada de la revisión de los visitantes. Están también unos pequeños cubículos para efectuarla. Subiendo una escalera se llega al segundo piso, donde se localizan las oficinas de la dirección, subdirección y secretaría general, donde se lleva el control de expedientes. Bajando nuevamente al primer piso se desemboca en el auditorio, por demás oscuro, los talleres y el comedor general. En la planta alta están los dormitorios y la separación entre procesadas y sentenciadas no se realiza más que por el hecho de llevar distintos uniformes: las primeras visten uno consistente en pantalón o falda azul pálido y blusa o sweater blanco, en tanto que las sentenciadas llevan el pantalón o la falda de color café claro.

Continuando con la parte arquitectónica, señalo que los dormitorios están dispuestos flanqueando un pasillo central que remata con un espacioso enrejado. Los cuartos tienen llave, que conservan en su poder las propias internas, y la reja tiene un candado. Cada dormitorio alberga de cuatro a ocho camas. Hay cuartos donde están de una a dos madres internas con sus bebés, desde el nacimiento hasta que cumplen un año de edad.

En los talleres hay una verdadera oscuridad, que como repito, se enseñorea propiamente de todo el edificio, y gran profusión de rejas, circunstancia esta que, al influir en el ánimo de las internas, debe repercutir también en la calidad y estilo de la producción. Recorrí un total de doce talleres: maquila de dulces, tintura de encajes, costura (batas de todas medidas), cojines de piel, empaque de canela para la Conasupo, de tapioca, de algodón Zig-Zag, de objetos de peluche, de flecos y sedas, de artículos varios de papier maché, de zapatos tipo huarache y la lavandería, donde se plancha la ropa a mano.

La lista se pasa a las 8.00 a.m. por la vigilancia, aunque no se

obliga a las internas a levantarse a esa hora. Se come a la 1.00 p.m. hora en que se pasa nuevamente la lista; requisito que se repite, finalmente, a las 5.00 de la tarde. El rancho consiste en café negro y pan o leche y pan. La cocina está a cargo de las mismas reclusas. El comedor funciona tipo self-service, como las cafeterías americanas, es decir: Se hacen varios guisados y cada quien toma su charola y se sirve. Para tener este derecho, se hace verificación y anotación en una tarjeta que lleva su fotografía. Las instalaciones del comedor son amplias y aseadas, con mesitas aisladas y lavabos.

Con respecto a la escuela, se cuenta con Primaria completa, tanto acelerada como especial; Secundaria y Universidad también abiertas, colaborando en esta última, personas de la Universidad Iberoamericana. Aparte se imparten cursos de flores de migajón, pintura, tapicería, inglés, secretariado, danza, tanto prehispánica como regional y canto.

Los miércoles de cada semana hay un cine de arte, que presenta la Cineteca de la U. N. A. M. Sólo de vez en cuando, sin una metodología previa, se presentan espectáculos de otro tipo, ya sean obras de teatro o conjuntos musicales. No se realizan visitas a museos ni excursiones con las internas que, de acuerdo a lo establecido en las Normas Mínimas, disfrutan el beneficio de la pre-libertad en alguna de sus tres modalidades: ya sea salida a trabajar con reclusión nocturna, o salida toda la semana con reclusión de fin de semana o reclusión de toda la semana con salida durante el fin de la misma. No se cuenta con una institución abierta para las internas que se encuentran en período de pre-libertad. Únicamente los grupos artísticos como el coro o el grupo de danza salen de vez en cuando a actuar en otras instituciones.

La capilla para los servicios religiosos se encuentra enclavada entre los talleres, en un espacio pequeño y pobre.

Según informes de la Oficina de Trabajo Social, se detectaban en agosto de 1976 un 40 por 100 de uniones libres y un 3 por 100 de matrimonios hechos afuera y otros legalizados dentro de la Institución. Aquí cabe referirse a la llamada visita íntima o conyugal, que fue instaurada el año de 1971 durante el período directivo de la Lic. Patricia Kurczyn Villalobos, ya que antes las internas procuraban sostener relaciones con miembros del personal masculino de la prisión y en forma clandestina. Dicha visita se clasifica en dos tipos: internas cuyo esposo está también privado de la libertad, ya sea en cárceles preventivas (Reclusorios Norte y Oriente) y aquellas cuyo esposo está libre. Estas últimas reciben la visita en el Centro Femenil de Rehabilitación, en un local destinado al efecto, que cuenta con nueve recámaras con baño propio, todo limpio y confortable. El inconveniente es que dicha sección está cerca de un taller por el cual hay que atravesar, franqueando también un espacio enrejado. Fuera de esto los esposos que entran a la Institución no tienen contacto con las demás internas. Aquellas cuyo marido está recluido son llevadas por la «diligencia» a los

reclusorios mencionados. A éstas les solicitan ahí los estudios de laboratorio necesarios, para lo cual el esposo interno debe hacer la solicitud correspondiente ante las autoridades del lugar donde se encuentra, cuya solicitud es turnada después al Centro Femenil, en donde se autoriza contando con el visto bueno de los servicios médicos. Para la visita íntima que se desarrolla en el propio Centro Femenil, se exigen los siguientes requisitos:

1. Que sean casados;
2. Que el esposo solicite la visita;
3. Que él lleve un examen o certificado de no padecer sífilis ni tuberculosis; y
4. Que haya régimen de planificación familiar bajo la responsabilidad del médico.

Para lograr esto último se les obliga a tomar anticonceptivos o a instalarse un dispositivo intrauterino.

Con respecto al lesbianismo, se me informó que no podía considerarse como un verdadero y magno problema dentro de la Institución: En números concretos, se podía hablar, en agosto de 1976, de once casos perfectamente detectados como natos y treinta por efecto del ambiente. El tratamiento consiste en una intensa laboroterapia, y muy pocas veces aislamiento.

Existe, anexa a la misma Institución, una estancia infantil, que fue construida en 1972 y se registró en la Secretaría de Educación Pública el 27 de noviembre de 1975 para contar con un personal de educadoras. En efecto, alberga niños, hijos de las internas, que cuentan entre uno y seis años de edad. Cuando una mujer llega al Centro Femenil de Rehabilitación, cuenta con tres opciones respecto de los hijos:

1. Si no tiene con quién dejarlos, puede tenerlos en la estancia hasta los seis años;
2. Si, a través de un estudio de campo, Trabajo Social considera que es pertinente, se canaliza al niño o niña al Internado Margarita Maza de Juárez;
3. En otros casos, se les interna en el IMAN, hoy llamado DIF (Desarrollo Integral de la Familia) mediante una solicitud de la madre.

Los niños que están afuera, encargados con algún familiar, van a ver a la madre en el siguiente orden: Miércoles, procesadas; viernes, sentenciadas, y domingos, ambas. El horario es de 2.00 a 4.30 p.m. entre semana y de 10.00 a 4.30 p.m. los domingos.

Para los niños que estén en la estancia infantil, se cuenta con instalaciones bien aireadas y soleadas, rodeadas de jardines. También hay juegos infantiles. Están convenientemente distribuidos los dormitorios, sanitarios y comedores, según se trate de niños lactantes, maternos o preescolares. Se cuenta con extenso personal tanto médico como docente, encargado de cuidar y vigilar a los menores. Tienen pequeñas aulas y abundante material de

trabajo y juguetes; pero observé que la comida les es proporcionada o servida por el personal encargado y no por las madres. Estas pueden visitarlos sólo dos horas al día. Como hecho significativo, en conexión con lo anterior, quiero señalar una experiencia afectiva que me impresionó hondamente: al entrar al salón de los lactantes, en compañía de otras señoritas empleadas de la Institución, los niños nos tendían los bracitos y nos llamaban «mamá». ¿No será esto indicio de que es necesario intensificar para ellos la compañía materna? Por otra parte, se saca al Bosque de Chapultepec u otros sitios convenientes. Pero me parece que no deja de traslucirse hacia ellos el aire enrarecido de una institución de ese tipo, de modo tal, que, sin quererlo, se hace extensiva a ellos la pena materna. ¿Qué objeto tiene sostener una estancia infantil, si no por esto están más tiempo cerca de las madres?

En cuanto al pago de los salarios que las internas reciben por su trabajo en los diversos talleres, se observa la regla de destinar un 30 por 100 para ahorros, otro 30 por 100 para quien o quienes económicamente dependan de cada interna; otro 30 por 100 para la reparación del daño y un 10 por 100 para gastos personales. En el caso de que no tengan que cubrir dicha reparación del daño, el 60 por 100 será para los familiares que dependan de ellas.

El pago en los talleres es a destajo, no por día, alcanzando el mejor sueldo la cantidad de 400 pesos a 500 pesos quincenales o semanales. Las que están comisionadas en el plantel y con horario determinado, ganan 200 pesos mensuales o 180 pesos. Se dedican a hacer el aseo, comisiones especiales; verbigracia, llamar a las personas para sus estudios de trabajo social, psicológicos o médicos; limpiar jardines, prados o pisos. Su horario es de 7.00 a.m. a 12.00 p.m. No existen cursos de especialización en los talleres.

Hay un pabellón llamado «calabozo» para las castigadas. Sólo tienen un sarape en el piso, y sin derecho a hablar con alguien. Existen celdas de aislamiento de quince días a tres meses. La sanción más grave es suspender la visita íntima o familiar, según el caso.

La vigilancia está constituida básicamente por mujeres, pero también hay algunos hombres que laboran en diversas comisiones dentro de la Institución. Funciona dicha vigilancia en turnos de veinticuatro por cuarenta y ocho horas: o sea, veinticuatro de trabajo por cuarenta y ocho de descanso. Se les han impartido algunos cursos de capacitación, porque no es raro encontrar hasta analfabetas entre los vigilantes.

Las revisiones de las celdas se realizan esporádicamente, cuando surge un motivo de alarma, verbigracia, fugas, narcotráfico o cuando se extravía algo de valor. Cuando ha habido fugas, las han llevado a cabo extranjeras y muy rara vez nacionales, que son, en todo y por todo las más desposeídas, las menos instruidas, con más bajo cociente intelectual y quienes sufren la verdadera pena de prisión.

Puede afirmarse que no existe clasificación ni separación de

ningún tipo. Con ello se contraviene el mandato constitucional de hacer separación estricta entre procesadas y sentenciadas. Fueron iniciadas desde 1976 nuevas construcciones tendientes a efectuar dicha separación y clasificación; pero hasta la fecha, en septiembre de 1977, no han sido concluidas, y en todo caso, sólo constaban de dormitorios y un edificio para segregación, y no de talleres y escuela que serían igualmente necesarios.

Parece ser que el estudio psicológico, obedece, más bien que a los apremios de clasificación, a una colaboración con el Departamento Jurídico para detectar aquellos casos en que sea posible declarar una inimputabilidad o interdicción.

El Consejo Técnico se reúne los martes, integrado por nueve consejeros: La directora, como presidente, el médico general, psiquiatra, psicólogo, personal pedagógicos, de trabajo social, jefe de talleres y vigilancia.

Actualmente se lleva a cabo una ardua labor de estructuración y complementación de todos los reglamentos en uno solo; razón por la cual no me ha sido posible referirme a este aspecto en concreto.

*Cárceles de Coyoacán y Villa Alvaro Obregón.*—En estos reclusorios, existieron mujeres internas más o menos hasta mayo de 1976; época en la cual las autoridades respectivas ordenaron su traslado al Centro Femenil de Rehabilitación. Lo mismo ocurrió en la cárcel de Xochimilco, y puedo afirmar que en los tres lugares, las estancias femeninas eran limpias y convenientemente aisladas de los varones, hasta donde es posible, claro, es un reclusorio mixto (recuérdese lo que señalé a propósito del centro penitenciario del Estado de Méjico).

Actualmente, los reclusorios mencionados, así como los del Norte y Oriente, como ya lo señalé, siguen recibiendo mujeres detenidas por el término de setenta y dos horas, al cabo de las cuales, si son formalmente presas, pasan al Centro Femenil. En todos estos sitios se destinan a las mujeres estancias aseadas y bastante dignas, pero no me parece correcto que se les haga pasar antes por un reclusorio masculino. Si el Centro Femenil contara con instalaciones suficientes y adecuadas, ahí deberían ir, fueran detenidas o procesadas ya, o sentenciadas en siendo mujeres.

De los separados de la Procuraduría del Distrito Federal, puede decirse que están limpios y dispuestos en forma de pasillo. Existen celdas para cada dos internas. Se les da de comer tres veces al día, y, en virtud del fenómeno de la desconcentración, llegan allí mujeres que son presuntas responsables de los delitos de fraude, abuso de confianza, despojo y responsabilidad oficial.

*Reclusorio núm. 3 ó «La Vaquita».*—Este reclusorio está destinado a albergar personas que cometan faltas de tipo administrativo, y, aunque pueden llegar ocasionalmente vendedoras ambulantes y gentes que hayan cometido algún desacato a la autoridad, lo más usual y generalizado es que arriben mujeres que ejercen la prostitución en la vía pública; conducta esta que está sancionada en el

Reglamento de Policía del Distrito Federal, en el artículo 11, fracción II. La verdad es que cuando una prostituta no tiene dinero para dar «mordida» a los policías que están en el crucero o que efectúan redadas o razzias, es conducida al Reclusorio núm. 3, donde se les multa con la cantidad de 1.500 pesos. Si, como sucede las más de las veces, no cuenta con dinero para pagar dicha multa, queda ahí detenida por quince días, por cada uno de los cuales se le descuenta la cantidad de 100 pesos. Obviamente, este es el peor sistema para rehabilitar a las prostitutas, por lo cual más valdría que dicha cárcel no existiera: las mismas autoridades del penal me informaron que quienes se prestan a pagar las multas y a sacar a las internas son los policías. Son ellos los principales tratantes de blancas y cooperadores de un lenocinio disfrazado. Y las mujeres explotadas, que no tienen dinero para pagar, salen a seguir ejerciendo su miserable comercio como único medio de subsistencia. ¿Dónde queda entonces la rehabilitación? ¿Dónde la finalidad del reclusorio moderno y técnico? Otra prueba de que es muy remota la posibilidad, teniendo dinero, de que una mujer llegue ahí, es que el día 3 de agosto de 1976, fecha en que visité el reclusorio, sólo habían albergadas 17 internas, todas por ejercer la prostitución en la vía pública. Se me informó que a diario llegan de 80 a 90 internas, aunque la Institución tiene cupo para 164; pero yo sólo vi a 17, en los momentos en que estaban cenando en el comedor, limpio y aseado. Todas las mujeres eran muy humildes, de nivel socio-económico muy bajo. No había ninguna prostituta de clase media o alta.

Por lo demás, la Institución está muy limpia; las celdas trinarías se extienden pintadas de verde claro, en torno a un patio cuadrado, donde vi lavaderos y algunas ropas tendidas. Hay también una pequeña aula donde se imparte primaria. Un taller también existe de rebozos y bufandas. Se les obliga a hacer deporte. Se cuenta con un médico general, psiquiatra, enfermera y afanadora para los servicios médicos. También acuden personal de las clínicas del Seguro Social a hablarles a las internas sobre planificación familiar. La comida es a la 1.00 p.m. La vigilancia está repartida en tres turnos de veinticuatro por cuarenta y ocho horas, con tres vigilantes cada turno. En el exterior hay seis vigilantes hombres.

Definitivamente, a pesar del aseo y otras cualidades de la Institución, es obvio que el reclusorio no llena los fines para los que persiste, pues el arresto de quince días, a más de agravar la situación económica de las mujeres y empujarlas a seguir prostituyéndose, favorece la propagación de las enfermedades venéreas, ya que cuando una mujer llega enferma, se le da tratamiento por quince días, que no son suficientes a lograr su curación total. Una vez fuera de la Institución, la mujer no continúa su tratamiento. Frecuentemente, volverá a caer detenida a los pocos días y se le iniciará otro tratamiento a base de antibióticos, lo cual conduce prontamente a que los gérmenes que abriga se hagan resistentes al medicamento. ¿Hacia dónde marcha la salud pública?

*Penitenciaría de Mérida, Yuc.*—Fue fundada en el año de 1906, siendo gobernador del Estado don Olegario Molina Solís y presidente de la República el general Porfirio Díaz. La sección femenina, comprendida en el mismo vetusto edificio que alberga a los varones, fue inaugurada el 22 de diciembre de 1971, acabando así con el horror de custodiar a las mujeres delincuentes en el Hospital Leandro León Ayala, destinado a enfermos mentales, y en donde había niños hijos de las internas. Los policías abusaban sexualmente de ellas y sucedían otros tristes hechos, fruto de la época más antitécnica del penitenciario mejicano. La sección de mujeres actual, si bien se encuentra en el mismo local de hombres, como decía, está bastante limpia; en derredor de un patio cuadrilongo, soleado como todos los patios yucatecos, se encuentran unos galerones a manera de dormitorios, en donde las camas se alinean igual que en un internado cualquiera. No hay separación, ni celdas, ni rejas. Las mujeres no tienen oficio ni talleres especiales, como no sean el lavar su ropa y la confección de hamacas. En la parte delantera está un pequeño cuarto para la vigilancia que está constituida por mujeres, aunque no escapan los problemas del lesbianismo.

Cuando yo realicé la visita mencionada en el año de 1973, no estaba funcionando debidamente el Consejo Técnico previsto por la Ley de Normas Mínimas; en los expedientes no encontré el menor rastro de estudios, ni médico, ni psicológico, ni de trabajo social. Todo era tan rudimentario y primitivo que había menores con adultas y prostitutas con mujeres detenidas por otros ilícitos y también con las menores. Así es que, aunque existe un proyecto para la construcción de una nueva penitenciaría desde 1962, no son nada halagüeñas las condiciones de las mujeres internas.

*Penitenciaría de Dc. Juárez, Chih.*—Dicho establecimiento es una especie de fortaleza feudal, con fachada empedrada y gris, como si presagiara su triste cometido. Fue construida en el año de 1942. Cuando yo la visité había ocho internas, albergadas en una sección que puede describirse como un galerón largo y estrecho, en donde están algunas mesas y sillas, ya que esas piezas funcionan como comedor, y al fondo, en forma transversal, están las celdas y un patio más o menos cuadrado. Las celdas están dispuestas en dos pisos, teniendo enfrente de la planta baja los baños. Tienen así mismo las celdas puertas de madera con una pequeña aldaba y las internas tienen llave de su cubículo. La estrechez de estos últimos es impresionante, pues, en verdad, apenas cabe la cama. En la sección femenina se vendían gaseosas o sodas, y por este motivo, el personal masculino de la Institución tenía acceso a la misma. Igualmente, por lo que se refería a la visita conyugal de las mujeres, se realizaba en la misma sección, tendiendo altamente al desorden y a la promiscuidad. Se trata, en suma, de una sección estrecha totalmente encajonada y agravada su situación general por el clima tan despiadado de Ciudad Juárez. En efecto, cuando yo fui era el invierno, y encontré a las internas

hacinadas en torno al único radiador que se localizaba en la estancia o comedor.

Había una sola celadora, exclusivamente en el día. Las internas realizaban trabajos manuales de peluche y tejido. No había escuela, ni Consejo Técnico, ni servicios religiosos.

La visita familiar se realizaba los domingos de 12.00 a 4.00 p.m. La conyugal, los jueves, bajo el régimen de planeación familiar. Operaba la remisión parcial de la pena por cada dos días de trabajo y escuela.

Con esta descripción termino de presentar el paisaje nacional de los reclusorios femeninos. No hablo más que de aquellas instituciones que, merced a la gentileza de las autoridades respectivas, me fue posible observar personalmente. Pero a las claras se nota que la revolución penitenciaria no ha llegado hasta ahí, ni menos a nivel nacional como es justo anhelar. La misma marginación y olvido que, a nivel personal, a pesar de magnificas leyes, sigue operando en la sociedad para cada mujer, opera para aquellas que han tenido la pena de perder su libertad. Y siempre y en todas partes, el problema general suele atribuirse al factor económico. Creo que ésta, aunque no abarque la totalidad de los problemas que existen en los establecimientos carcelarios femeninos, es una carencia muy importante. Todo esto por lo que respecta a las adultas. ¿Habrán más benevolencia para las menores? Vamos a verlo.

## INSTITUCIONES PARA MENORES

De la época azteca sabemos que había colegios especiales para mujeres, como el Calmécac lo era para hombres. Sara Bialotosky de Chazán, en una exposición muy completa sobre la educación de la mujer azteca, explica: «La educación familiar se complementaba con una educación oficial; para los hombres en el templo o en seminarios; no coeducacional. Las mujeres sólo excepcionalmente asistían a casas de educación, donde recibían instrucción, sin estar sustraídas al cuidado de los padres como era el caso de los educandos» (9). Parece, efectivamente, que el problema de los niños abandonados en México tiene su aparición después de la Colonia, así que me referiré a las noticias que se tienen de instituciones para menores ya en tiempos de Nueva España. En este orden, los antecedentes más remotos que se tienen son del año 1532, época en que se funda el Colegio de Santa Cruz de Taltelolco. Luis Rodríguez Manzanera, estudioso mejicano que se ha preocupado particularmente por los menores en nuestro país, afirma que «en 1533 Carlos V ordena la protección de los niños desamparados. Fray Bernardino Alvarez, dentro de su hospital, tiene una sección para

---

(9) *Condición social y jurídica de la mujer azteca*. Condición Jurídica de la Mujer en México.—U.N.A.M.—Facultad de Derecho, México, 1975, pág. 11.

niños abandonados. En 1547 se inicia el Colegio de San Juan de Letrán, y en 1582, en el Hospital de la Epifanía, la primera casa de cuna. En los siglos XVII y XVIII, la Corona se preocupó, aunque no suficientemente, por los niños abandonados y desamparados, fundando la Casa Real de Expósitos (1785) y la Congregación de la Caridad, con su departamento de «Partos Ocultos» (madres solteras) (1774), y el Hospicio (1773). Sin embargo, a fines del siglo XVIII y principios del XIX, los locales para niños abandonados comenzaron a cerrarse (hay un decreto de supresión de las órdenes de hospitales, de 1820); su abandono fue terrible, y se refugiaban en los lugares destinados a los mendigos. La guerra de Independencia sólo agravó la situación, que perduró casi todo el siglo XIX (10).

Ciertamente, no hubo sólo un estancamiento en las instituciones de menores sino que se llegó al extremo de albergarlos en los mismos lugares de los adultos. Así, en el artículo del profesor Piña y Palacios, sobre el estado de las cárceles en 1875 que mencioné más arriba, hay evidencias de que en la antigua cárcel de Belén existió un departamento para menores. Por otra parte, el Periquillo Sarniento del célebre Fernández de Lizardi, tan detallado en descripciones costumbristas, también dedica epítetos no muy agradables al internamiento de Periquillo en un hospicio lóbrego y funesto. Pero en 1841, don Manuel Eduardo Gorostiza proyectó establecer una casa correccional para menores, y, habiendo aprobado las autoridades su propósito, la institución comenzó a funcionar el 27 de febrero de 1842. Parece que el Gobierno no lo apoyó en el sentido de subvenir los gastos, ya que la institución no duró mucho porque no hay en los archivos más datos que el de su fundación. Pero merece una mención especial porque fue la primera institución en que se avanzó más allá de la simple custodia del menor, persiguiendo fines de enmienda y corrección por medio de un sistema moralmente educativo. Tenía cupo para 40 menores, cuya edad no debía exceder de los trece años.

Al mismo tiempo que los menores delincuentes, podían ser atendidos los simplemente viciosos, a solicitud de su familia y previo permiso de la autoridad.

Después de la tentativa del señor Gorostiza, nada especial sucedió durante un largo período; la Beneficencia Pública creó en 1880 una casa de corrección, fundando en el rancho de los Padres Camilos o de Momoluco, en Coyoacán, una escuela de educación correccional de agricultura práctica. Esta escuela fue trasladada poco más tarde al antiguo convento de San Pedro y San Pablo de Méjico, donde subsistió hasta 1938. El profesor Carancá y Rivas añade algo acerca de esta misma escuela, en el sentido de que la casa de corrección permaneció en el mismo sitio sólo hasta 1908, cuando en virtud de una epidemia que estalló, y por las malas condiciones higiénicas del local, fue trasladada a un nuevo edificio comenzado a construir en Tlalpan en febrero del mismo año.

---

(10) *Delincuencia de Menores en México*, Méjico, 1975, pág. 28.

Para llegar al estado actual de las cosas, tanto en legislación como en las instituciones, se ha recorrido un largo camino, arduo. Tal como lo señala Luis Rodríguez Manzanera, algunos de los momentos más interesantes son los siguientes:

Existe un decreto de 17 de enero de 1853, que ordena se creen jueces para menores de primera y segunda instancia, nombrados por el Gobierno Federal, a propuesta de la Suprema Corte de Justicia. Estos jueces se ocupaban de dictaminar en el caso de delincuentes y también de jóvenes vagos. En 20 de agosto del mismo año se promulgó una ley contra vagos.

«En 1871, en la Ley transitoria que rigió a partir de 1872, se ordenan las reformas a los edificios conocidos como Tépam de Santiago y Hospicio de Pobres, para adaptarlos, el primero a la corrección penal de jóvenes delincuentes, y el segundo a la educación correccional» (11).

Acordes con los avances y reformas en el extranjero, se hacen sendos proyectos para establecer un Tribunal para Menores, en 1908, 1912 y 1920. El primer Congreso del Niño se celebra en 1921 y analiza a fondo el problema.

1924 es el año de la Declaración de Ginebra, que es un catálogo de los derechos del niño, y que se había adoptado por varios países.

En el mismo año de 1924 se crea en Méjico la primera Junta Federal de Protección a la Infancia. El 19 de agosto de 1926 se aprueba el Reglamento para la calificación de los infractores menores de edad en el Distrito Federal, con carácter provisional, estableciendo un Tribunal de Administración para menores que atendiera a los de menos de dieciséis años que violaran la ley y para mirar casos de vagancia de menores de dieciocho años. Los primeros jueces de ese Tribunal Administrativo fueron: Doña Guadalupe Zúñiga, el profesor Salvador Lima y el doctor Roberto Solís Quiroga.

El 1.º de octubre de 1928 comenzó a regir la «Ley Villa-Michel». Ya en 1923, en el Estado de San Luis Potosí, se había creado el primer Tribunal para Menores de la República.

El 22 de noviembre de 1928, se publicó el Reglamento del Tribunal para Menores del Distrito Federal, que dio vida plena al que ya funcionaba en las calles de Vallarta, y le agregó funcionarios como el doctor Roberto Bolaños Cacho y el licenciado Raúl F. Cárdenas.

El 26 de marzo de 1924 se expidió el Reglamento del Patronato para Menores, con amplias funciones de protección y auxilio para quienes hubieran delinquido o estuvieran en peligro de hacerlo.

Desde 1932, el Tribunal deja de depender del Departamento del Distrito Federal y pasa a manos de la Secretaría de Gobernación.

Por fin, el 26 de junio de 1941, se crea la Ley Orgánica y Normas de Procedimiento de los Tribunales de Menores y sus Instituciones Auxiliares en el Distrito y Territorios Federales, que estuvo vigente por espacio de treinta y tres años.

(11) RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis, *Op. cit.*, pág. 230.

Antes de entrar de lleno a hablar de cómo repercutió en el derecho de los menores la reforma penal de 1971, quiero hacer un somero recorrido por los principales cuerpos legislativos que a ellos se han referido, tanto en la capital de la República como en las entidades federativas; tomando en cuenta, en primer término, aquellos que no pasaron de meros proyectos, aunque valiosos todos, sin constituir propiamente normas de Derecho vigente. En este orden, cabe mencionar, de acuerdo a su cronología, los siguientes:

1. El que fuera elaborado en el año de 1942 por el señor licenciado Fernando Ortega, por acuerdo del entonces Ministro de Educación, licenciado Octavio Béjar Vázquez. En él se trató de dar cuerpo a un anhelo expresado en el VII Congreso Panamericano del Niño, celebrado en Méjico en 1933, en el sentido de que todas las naciones del continente procuran dictar, en el término más breve posible, su Código del Niño. Trata de ordenar en un solo cuerpo legislativo las disposiciones que, en forma aislada, ya existían en Méjico. Para lograr esto, se ocupa sucesivamente de las distintas etapas de la vida del niño, comenzando por la prenatal, en la que brinda protección, ayuda y orientación a la mujer embarazada. Así, habla continuamente de protección, hasta que el niño llega a los catorce años de edad. Se ocupa también de la asistencia escolar y moral, defendiendo al menor de cuantos factores puedan corromperlo. Reorganiza, con nuevas facultades, el cuerpo de trabajadores sociales, y dedica un título especial a la defensa jurídica de los menores creando una Corte para los mismos y una doble jurisdicción: los Tribunales Tutelares y los Tribunales para Menores, propiamente dichos, para los mayores de catorce años y menores de dieciocho; ambos, concebidos como organismos de protección. El proyecto en cuestión se complementa con la asignación de nuevas facultades a los jueces pupilares y la reorganización del Patronato de Menores.

2. En segundo lugar cronológico, figura el proyecto conocido como Casas Alemán, llamado así porque fue encargado en 1952 por el entonces presidente Miguel Alemán.

3. En 1953 se elabora el Anteproyecto de Código de Protección a la Infancia, del doctor Alfonso G. Alarcón.

4. En junio de 1956, aparece el proyecto elaborado por el doctor Héctor Solís Quiroga.

5. Otro proyecto fue el elaborado en 1960 por un grupo de alumnas de la Facultad de Derecho, integrado por las siguientes personas: Esther Alanís Vera, Faine Elidee Romero Beltrán, María del Carmen Vargas Avendaño, María Isabel Cházaro y Klementina Gil Guillén.

6. Finalmente, en 1967, se elabora otro proyecto por una comisión de profesores de la Facultad de Derecho, durante el período directivo del doctor Ernesto Flores Zavala. Dicha comisión estuvo integrada por los siguientes maestros: doctor Ignacio Galindo Garfias, licenciada Klementina Gil Guillén de Lester, licenciada Edith Ramírez Díaz, doctor Rafael Moreno González, licenciado

Luis Porte Petit, licenciada Bertha Beatriz Martínez Garza y licenciado José Ramírez Castañeda.

Dicho proyecto, que en sus conceptos básicos sigue los mismos lineamientos de los arriba citados, habla de protección preconcepcional, pre-natal, natal, neonatal, de la primera infancia, de la edad preescolar, de la tercera infancia y de la adolescencia. Habla también de la protección familiar, del trabajo de los menores y de su protección social. El capítulo IV del título cuarto lo dedica a los menores en estado antisocial, y el capítulo V del mismo título, a enumerar las funciones de la Corte de Protección de Menores.

En cuanto a las legislaciones propiamente dichas, cabe mencionar las siguientes:

1. «Ley sobre la Asistencia Social y la Protección Jurídica de la Infancia y Adolescencia», del doctor Francisco Blasco y Fernández de Moreda, para el Estado de Veracruz, de 1944, constituida en texto vigente del propio Estado con ligeras modificaciones bajo el nombre de «Ley sobre la Asistencia Social y la atención jurídica de los menores», en el año de 1948. Sus puntos principales eran:

- a) Asistencia social de los menores;
- b) Atención jurídica;
- c) Organismos oficiales, y
- d) Procedimiento ante los Tribunales de Menores.

2. Código de Protección a la Infancia para el Estado de Méjico, de 1954. Habla de granja hogar, clínicas materno-infantiles, guarderías, casa hogar, departamento de alimentación, centro de capacitación, también para mujeres, y bolsa de trabajo.

3. Código del Menor del Estado de Baja California, aproximadamente del mismo año que el anterior, cuyo contenido básico estuvo enfocado a los aspectos biológico, familiar y social, y que es muy semejante al Proyecto Casas-Alemán, al que ya me referí.

4. Código del Menor para el Estado de Guerrero, de 1957. Como innovación, habla en el capítulo I del título segundo de:

- a) Protección biológica (protección preconcepcional), protección natal, primera, segunda y tercera infancia y adolescencia;
- b) Protección familiar, con aspectos como regulación del estado civil, patria potestad, reconocimiento y legitiación, alimentos, investigación de la paternidad, adopción y divorcio;
- c) Protección laboral;
- d) Protección social, enfocada a lugares de recreo y custodia, espectáculos y lugares públicos, así como publicaciones;
- e) Protección del menor en estado antisocial, y
- f) Organos encargados de ejercer educación y protección de los menores.

5. «Estatuto de Protección a la Infancia para el Estado Libre y Soberano de Sinalca», del año de 1959.

6. Código Tutelar para Menores del Estado de Michoacán, del año de 1968.

Se refiere a:

- a) Protección a los menores, tanto física como moral y laboral;
- b) Protección a la madre trabajadora, y
- c) Reglamentación de los Tribunales para Menores y su Patronato.

Comenzó a regir el 5 de febrero de 1968.

Continuando el recorrido histórico, recordemos que en 1959, la ONU hace su «Declaración de los Derechos del Niño».

En 1971 tiene lugar la extensa reforma penal y penitenciaria a que ya me he referido y que acaudillara, en lo intelectual, el doctor Sergio García Ramírez. A este hálito renovador no podía escaparse el derecho de los menores, y así, después de haberse celebrado en 1973 un hermoso Congreso sobre el Régimen Jurídico del Menor, se sentaron las bases para la reforma integral de los Tribunales para Menores del Distrito Federal. En él destacó, de manera especial, la ponencia presentada por la Dirección General de Servicios Coordinados de Prevención y Readaptación Social, de modo que, a fines del mismo año, se presentó a la Cámara de Senadores una iniciativa de ley con el objeto de subsistir los Tribunales para Menores por un organismo más funcional.

Así, pues, el 26 de diciembre de 1973, fue aprobada en definitiva la «Ley que crea los Consejos Tutelares para Menores Infractores del Distrito y Territorios Federales», que se publicó en el Diario Oficial el 2 de agosto de 1974. Al cotejar la ley en vigor con las anteriores a que me he referido, tanto en proyecto como vigentes, se observa que se refiere estrictamente al aspecto jurídico.

Las nuevas instalaciones del Consejo Tutelar se inauguraron el día 7 de mayo de 1975.

Actualmente, la situación de las instituciones para menores es como sigue:

*Centro de Observación para Mujeres.*—Se encuentra comprendido dentro de las instalaciones del Consejo Tutelar, en las calles de Obrero Mundial y Xochicalco. Hay un amplio corredor al que convergen las habitaciones de dormitorios, en dos pisos, y comedor y talleres. La arquitectura puede decirse que sigue la forma de una L. Hay también un pequeño salón de actos, y en el taller dos máquinas de coser. Se tiene un total de 21 empleadas repartidas en tres turnos. En la alimentación se incluyen pan, leche, carne, por supuesto, y, de vez en cuando, huevo. El comedor cuenta con mesitas de mantelitos alegres y está limpio y decorado con buen gusto. En realidad, cuando una menor llega al Consejo Tutelar, está cuarenta y ocho horas en el local de recepción, mientras el consejero decide si es reintegrada a su hogar o se le hacen los estudios psicológico, social, médico y pedagógico; caso este último en el que permanece en el centro de observación. Se me informó que rara vez llegan niñas menores de doce años.

Es obvio que, a pesar de haber dos talleres de corte y tejido, es sumamente difícil mantener ocupadas a las menores por la situa-

ción transitoria en que se encuentran, lo que hace que la institución sea un lugar de paso, por así llamarlo, y que la población fluctúe continuamente.

*Escuela Hogar para Mujeres.*—Es una de las escuelas a las que puede ser turnada una menor cuando el consejero lo cree conveniente y oportuno, en siendo menor de quince años de edad. Está ubicada en la calla de Congreso, núm. 20, en el corazón de Tlalpan.

En cuanto a la arquitectura, la escuela cuenta con un hermoso patio central; al fondo el salón de actos a cuyo costado está la dirección. En el ala izquierda del edificio, comedor, cocina, ropería y en el piso superior, la enfermería con el consultorio médico anexo y un cuarto para encamadas, además de los dormitorios generales que me parecieron de un aseo y orden realmente notables. En el ala izquierda está también el patio y de ahí arranca el camino a la huerta. Esta constituye un terreno enorme. Al lado está la granja, en donde hay muchas gallinas y conejos. Existe una encargada y niñas que la ayudan. En la hortaliza hay coles, gran variedad de plantas, tres fuentes, e inclusive, un apiario. La miel que en él se produce, se surte a la Secretaría de Gobernación. Hay un frontón, donde se imparte la clase de educación física, y columpios. Más al fondo, están los lavaderos y calderas.

En el extremo derecho del patio central están las oficinas del personal técnico, los talleres y las aulas de primaria. El salón de música cuenta con abundantes instrumentos y, por supuesto, se imparte la clase correspondiente.

En una monografía redactada en junio de 1957 por la entonces directora del plantel, profesora Rita Gómez A., encontré los siguientes datos acerca de la casa; la escuela se estableció en esta finca de la calle de Congreso en 1940; antes la casa fue ocupada por la Escuela Hogar Varones bajo la denominación de «Escuela Infantil para Varones». En un principio se conocía con el nombre de «la casa de la Conchita», sabiéndose que en sus principios perteneció al Conde de Regla. Posteriormente, fue propiedad de la familia Hurtado y pasó a manos del Departamento Central por falta de pagos al fisco.

Quisiera decir algo acerca del origen de la escuela como institución y referirme a la fecha en que empezó a depender del Departamento de Prevención Social, en vez del Departamento del Distrito Federal, pero, desgraciadamente, tales datos, lo mismo que los que en ese sentido se refieren a la Escuela Orientación para Mujeres, son más nebulosos que un día en Londres, y no he podido hallarlos ni en libros, ni en revistas, ni en labios de las actuales autoridades a cuya enorme gentileza debo el conocer los datos que he ofrecido en este trabajo.

Con respecto a la institución en cuestión, réstame añadir que cuenta con taller de juguetería de peluche, punto de cruz, colchas y manteles, jerseys para todas las escuelas y el taller de corte para confeccionar los uniformes que se llevan en la propia institución.

Se imparten clases de música, como antes dije, de danza, teatro,

repostería. Existe una estudiantina y se dan también pláticas de moral.

Funciona aparte de la escuela primaria.

La vigilancia está repartida en tres turnos de seis personas cada uno. Aparte los de la noche, que son turnos de cuatro personas, en dos grupos. En el día son turnos de ocho horas diarias y dos descansos, y en la noche, turnos de doce por veinticuatro horas.

Sábados y domingos son los días de visita. Los viernes se estudian los casos para permiso de fin de semana y salidas especiales y para externación. Se integra el Consejo Técnico por la directora, una psicóloga, dos trabajadores sociales, un médico general, un maestro de primaria, un maestro de talleres, una vigilante y el médico psiquiatra.

Puedo afirmar que uno sale, después de una visita a esta escuela, con el corazón sereno, pues no hay estrecheces ni estancias lóbregas, y con la idea firme de que se trabaja muy adecuadamente en pro de la rehabilitación de las menores que oscilan entre los diez y quince años de edad. Creo poder asegurar que, de todas las instituciones femeninas que he visitado, esta es la mejor y más completa.

*Escuela Orientación para Mujeres.*—Para presentar el estado actual de la institución, creo conveniente referirme primero a ciertos datos históricos.

Parece que antes de 1903 no existía una institución especial de reclusión para menores infractoras, sino que estaban en las mismas instalaciones que las adultas. En 1903, durante el gobierno del general Porfirio Díaz, se consideró la separación entre menores y adultas como absolutamente necesaria, y se destinó un local, a veinte minutos de la capital, que se denominó «Escuela Correccional para Mujeres». Las menores fueron trasladadas en 1906, cuando las instalaciones que habían pertenecido a un orfanato estuvieron listas para recibir las. Era un caserón deprimente, sin ventilación, sin luz, que semejava una verdadera cárcel; un tercio del establecimiento siguió ocupado por el orfanato, y los dos tercios restantes, divididos como sigue:

1. El departamento de encausadas o procesadas, donde las menores permanecían incomunicadas por un período de setenta y dos horas mientras el juez resolvía si debían ser declaradas libres por falta de méritos o formalmente presas.

2. El departamento de sentenciadas, donde quedaban las menores desde que formalmente eran declaradas prisioneras.

Como no existía un tribunal para menores, aquellos que delinquían eran juzgados por las autoridades comunes, y eran condenados por dos, tres, cuatro o cinco años de prisión. También se les enviaba a Islas Mariás. Y es que en esa época no se tomaban en cuenta todos los factores tan variados que influyen en la delincuencia, agravados, en este caso, por la crisis propia de la pubertad.

Puede decirse que la institución no se consideró más que como de custodia, sin perseguir, ni menos lograr, una verdadera rehabi-

litación de las menores internadas. Tampoco se les capacitaba laboralmente para mejorar su situación económica.

El edificio era patrullado por militares.

En plan de talleres, sólo había algunas máquinas de coser, donde las menores aprendían rudimentos del oficio. También se impartían nociones de español y aritmética.

La esposa del presidente Díaz visitaba la institución, preocupada por las internas, y obtuvo del Gobierno, la abolición de la reclusión en Islas Mariás para estos casos.

Durante la conflagración revolucionaria que siguió a 1910, las carencias de la escuela eran innumerables. Superada esta crisis, se pensó en edificar un establecimiento más moderno y así nació la actual escuela construida en 1928, en calle del Río, núm. 33, Coyoacán. A propósito de ella, puede decirse que ha vivido épocas mejores que la actual, como se desprende de las ilustraciones de una ponencia, redactada en inglés, que fue presentada por la entonces directora, profesora Isabel Farfán Cano, en 1936 al 66 Congreso de la American Prison Association, celebrado en Chicago, Illinois. Parece ser que en esa época las instalaciones de la escuela estaban mejor utilizadas que a la fecha y eran aprovechadas en su totalidad, pues estaban también en mejor estado.

Se trata de una hermosa residencia, dotada de amplios patios y corredores, de dos pisos, pero que a la fecha es totalmente inadecuada para el fin que se persigue obtener en las educandas. Entrando se encuentra una pequeña estancia, dotada de bancas enfrentadas, a la que limita una reja de artística herrería. Franqueando dicha puerta de hierro se entra en un amplio corredor que linda, en forma como de media luna, con el resto de la construcción. A mano derecha del corredor, están las oficinas de la directora y demás personal administrativo. Al margen del jardín está el comedor de las niñas, sembrado en su amplitud de mesitas individuales con pequeños banquillos alrededor, y al costado del comedor se encuentra la cocina. Atrás de ésta hay otro patio donde están máquinas como la caldera y otros enseres. Saliendo del comedor y bordeando el pasillo que corre paralelo al corredor a que ya me referí, se pasa por una serie de habitaciones donde se encuentran, respectivamente, el taller de economía doméstica, los lavaderos, en un pequeño patio interior, y el auditorio, que fue remodelado hace cuatro años. A mano derecha del corredor de referencia, están los salones de clase y unos baños. Y, tras albergar también una antigua biblioteca, el corredor desemboca a un ancho patio, al que concurren el resto de los talleres, y en donde las menores hacen deporte y reciben la clase de danza. Este patio es comúnmente designado con el nombre de «tercero». Más atrás está la granja y otro amplísimo patio de deportes. En el segundo piso están los servicios médicos y psicológicos, los dormitorios y la ropería.

En aquellos años de la década de los veinte, ciertamente el local estaba alejado de la urbe propiamente dicha, pero, en la

hora actual, su céntrica ubicación, pues la calle corre paralela casi a Avenida Universidad, tan propicia además a permitir que las chicas obtengan comunicación con el exterior para efectos no deseables, ha hecho que no puedan utilizarse los dormitorios más aledaños a la Calle del Río. Con esto, al limitar el espacio, se limita también la posibilidad de clasificación de las menores, propiciándose con esto multitud de problemas al estar mezclados primodelinquentes con reincidentes y no pocos casos de lesbianismo declarado. Otro problema de la construcción, pero que afecta severamente al orden y a la disciplina, es el hecho de contar la casa con dos pisos y anchos barandales que miran al patio central. Esto, si arquitectónicamente no dudo en calificarlo de bello, técnicamente, para el fin que la casa ha sido destinada, es todo una amenaza, pues en no pocas ocasiones, muchachas alteradas del sistema nervioso o deseosas de acaparar la atención, se han precipitado desde el segundo piso. Otras veces, solamente amenazan con hacerlo, chantajeando con esto el afán disciplinario de las autoridades.

Al juzgar esta institución, no ha de perderse de vista que se trata, en su población, de las menores más conflictivas de todas: por ser mujeres y por ser adolescentes entre los quince y dieciocho años. Estas circunstancias, obviamente, confieren a la situación general una particular fisonomía.

Las chicas que trabajan en la granja, por la colindancia de los terrenos con modernas construcciones en proceso y otros edificios, también tienen facilidad para emprender la fuga, como ya ha ocurrido. Finalmente, por lo que se refiere a la institución, es lamentable la supervivencia, en una época de acusado tecnicismo penitenciario, de las llamadas «celdas de castigo», donde se aísla a las menores en casos de faltas graves a la disciplina, y que parecen habitaciones trasladadas a la actualidad desde un lejano castillo feudal: oscuras, estrechas, sin más implementos que un catre o una manta para tenderse en el suelo. Otras veces, aunque no sea por faltas disciplinarias, las menores, poseídas de un afán dubitativo o de reflexión, solicitan ser trasladadas a dichas celdas. Esto puede ocurrir en caso de que alguna chica quiera aislarse porque tema ser agredida por las palomillas pandilleriles que, no pocas veces, se forman dentro de la institución, por aquello de la solidaridad o complicidad de los delinquentes entre sí y la existencia, en cualquier grupo, de líderes o lideresas carismáticos; pero cuando se accede a trasladarlas, se corre el riesgo grave de que la petición obedezca también a ciertas etapas depresivas, en las que la menor puede llegar al intento de suicidio en tal aislamiento. Creo, sin duda alguna, y guiada por la experiencia de haber prestado servicios en la escuela, que es elemental suprimir las celdas de castigo.

Actualmente, la Escuela Orientación para Mujeres cuenta con personal de medio general, odontóloga, enfermeras, dos psicólogas, un médico psiquiatra, maestras de primaria, enseñanza que se da también en forma de curso acelerado; maestros de los si-

guintes talleres: remallado, juguetería, punto de cruz, estampado y economía doméstica. Se dan clases de danza regional, flores de migajón, taquigrafía y mecanografía. Los sábados y domingos asiste el maestro de actividades culturales, que organiza grupos diversos. En materia de espectáculos o música, la escuela tiene también diversas carencias.

El domingo es el día de la visita familiar que se realiza en el interior, cuando los visitantes conviven con sus hijas y parientas en el patio llamado tercero.

La vigilancia está repartida en tres turnos (mañana, tarde y noche) integrados por cinco vigilantes cada uno. Aquí se incluye un delicado capítulo de la vida institucional, ya que, si bien es cierto que la vigilancia es el pilar de la disciplina del lugar, también lo es que el personal, pese a ser de muy buena voluntad, no está técnicamente preparado, y así se dan casos de castigos primitivos, tales como el llamado «plantón» que consiste en retirar el colchón de la cama e hincar a la menor en los alambres desnudos; castigos estos que de ninguna manera cooperan a la rehabilitación de las niñas.

Se ha seguido, por costumbre ya inveterada, un cierto criterio de que una menor que ha cumplido el año en la escuela, debe ser externada. Esto funciona de hecho, pero no de derecho; y así ocurre que prevalece el criterio de sacar gente sin que esté realmente rehabilitada y, en los peores casos, sin que, exista un núcleo familiar que frene la reincidencia de la menor infractora.

El Consejo Técnico, integrado por todo el personal del mismo nombre, se reúne los miércoles.

Con todas estas observaciones, formuladas con una intención de crítica constructiva solamente, concluyo el recorrido por las instituciones de tratamiento, y llego así al final de este trabajo, esperando haber proporcionado una imagen real, lo más veraz que me ha sido posible, de las delincuentes de Méjico y de los centros donde se les retiene.



## CRONICAS EXTRANJERAS

### 1) BELGICA

La comisión para la revisión del Código penal belga se creó el 6 de abril de 1976. Desde esta fecha hasta junio de 1978 ha tenido cuarenta reuniones plenarias. Su trabajo se ha resumido en un «rapport» en el que se recogen las orientaciones de la reforma y se solicita el parecer de las instituciones interesadas en los problemas de política criminal.

El «rapport» se refiere al método de trabajo, mencionando expresamente el envío de dos miembros de la comisión a Alemania Federal y Dinamarca para recoger datos prácticos sobre las ventajas e inconvenientes del sistema de días multa, y de otros dos miembros a Inglaterra para observar cómo funciona el Community Service Order que trata de reemplazar ciertas penas de prisión por servicios prestados a la comunidad. También se ocupa de los principios de política criminal que inspiran las reformas propuestas y de las orientaciones que son consecuencia de tales principios.

Destacaremos de ese cuidadoso trabajo el que a diferencia del Código de 1867, se pretende que el nuevo Código comience la enumeración de las penas por las más leves. En lo que concierne a la pena de muerte se recogen las dos orientaciones propuestas: a) mantenimiento de la pena de muerte con previsión expresa en el Código de que no se ejecutará en tiempo de paz; b) derogación pura y simple de la pena de muerte. El problema de la abolición de la pena de muerte queda pendiente de un ulterior acuerdo.

También se considera que hoy es concebible y deseable establecer la responsabilidad penal de las personas morales, citando como concluyente la experiencia holandesa iniciada por la Ley de 22 de junio de 1950 sobre delitos económicos, significando que en Holanda, por una ley de 23 de junio, se ha llevado el principio general de la responsabilidad penal de las personas morales al Código penal. Proponen que las penas y medidas adecuadas se inspiren particularmente en los estudios verificados sobre la materia en las Jornadas belgo-franco-luxemburguesas de Ciencia penal celebradas en Bruselas los días 14 y 15 de mayo de 1976.

Una más amplia información sobre este interesante «rapport» puede verse en la «Revue de Droit Penal et de Criminologie», 1978, (págs. 711-748).

### 2) BOLIVIA

Desde estas páginas saludamos a la *Revista Boliviana de Ciencias Penales*, editada por la Sociedad Boliviana de Ciencias Penales, cuyo número 1.º (mayo-julio 1978) acaba de aparecer con lista de

los miembros que componen el Directorio de la Sociedad, presidida por los doctores Huascar Cajías, Manuel Durán y Hugo César Cadima, así como una relación de los socios fundadores. Contiene este número una serie de artículos de Vargas Romero («Fundación y actividades de la Sociedad Boliviana de Ciencias penales»), Cadima («¿Sociología criminal o criminología sociológica?»), Cajías («Victimología»), Durán Padilla («La codificación penal en Bolivia»), Flores Moncayo («¿Cómo aplican las leyes nuestros tribunales?»), Villamor Lucía («La influencia del pensamiento jurídico penal español en la legislación penal boliviana»), Alvarado («Imputabilidad o inimputabilidad de la epilepsia») y Cárdenas Pacheco («Diversas consideraciones sobre la embriaguez»). Deseamos una larga vida a esta revista que acredita la pujanza y seriedad de los estudios penales en el país hermano en el que, como demuestra el trabajo del Dr. Villamor, estuvo en vigor el Código penal español de 1822 hasta la entrada en vigor del Código penal de 1834.

### 3) COLOMBIA

a) Damos la más cordial bienvenida al *Nuevo Foro Penal*, dirigido por el Prof. de Derecho penal de la Universidad de Antioquía, Nódier Agudelo Betancur, que en su número 1.º (octubre-diciembre 1978), además de dedicar particular atención a la reforma penal en curso («Diversos contenidos de la Estructura del Delito», de Agudelo B.), transcribe con propósitos informativos dos artículos sobre el concepto finalista de la acción, uno de Armin Kaufmann («El dolo eventual»), publicado antes en la *Revista Jurídica Veracruzana* (Méjico, núm. 3, 1973), y otro de Welzel («La doctrina de la acción finalista hoy», publicado en el ANUARIO de 1968, trad. Cerezo Mir), por reputar que la doctrina finalista es una novedad en los medios penales colombianos. En el núm. 2.º (enero-marzo 1979) se consagra amplio espacio a la reforma penal en curso (tres artículos de Fernández Carrasquilla, el mismo y Agudelo Betancur, y Estrada Vélez, aparte de un artículo sobre «Aborto y estado de necesidad», de Gutiérrez Anzola, y otro sobre «Alienación y delito en Roma», de Kvitko. Formulamos nuestros mejores votos para esta publicación que acredita la pujanza de los estudios penales en Colombia.

b) El Proyecto de Código penal colombiano de 1978 es el resultado del trabajo de una Comisión revisora del Código penal y del Anteproyecto de 1974, nombrada en virtud de los Decretos 2.447 y 2.587 de 1974 y 111 de 1976, presidida por el Dr. Luis Carlos Giraldo Marín. Se ha publicado como Proyecto de ley núm. 12 de 1978 en los «Anales del Congreso» de 22 de agosto de 1978, siendo ministro de Justicia el Dr. Hugo Escobar Sierra. El Anteproyecto de 1974 fue elaborado por una Comisión presidida por el Dr. Jorge Enrique Gutiérrez Anzola, nombrada en 1972.

Consta de un total de 539 artículos, distribuidos en dos Libros

(«Parte General y «Parte Especial»). Contiene una prohibición expresa de extender —«salvo caso de guerra exterior»— la jurisdicción penal militar a personas que no pertenezcan al Ejército Nacional (art. 10). Regula el ámbito territorial y temporal de la ley penal. Las penas principales son las de prisión (hasta treinta años), arresto (hasta diez años) y multa. Entre las penas accesorias se cuentan las que específicamente se mencionan en el Tít. VII del Lib. II para los delitos contra el orden económico-social (art. 358), en el que hay también una particular mención de las penas aplicables a las personas jurídicas (art. 360) en determinados delitos. No recoge medidas de seguridad en sentido estricto, sino de «asistencia y protección» (art. 112 ss.).

La Parte Especial, caracterizada por su sobriedad, se distribuye en delitos contra la existencia y seguridad del Estado (tít. I), el régimen constitucional (tít. II), la Administración pública (tít. III), la Administración de Justicia (tít. IV) —con inclusión del fraude procesal—, la seguridad pública (tít. V), la fe pública, el orden económico social (tít. VII)— que abarca el acaparamiento, la especulación, los delitos contra los recursos naturales, contra el régimen fiscal y el régimen de las sociedades, así como la competencia desleal y otras infracciones—, delitos contra el sufragio (tít. VIII), delitos contra la familia (tít. IX), contra la libertad individual y otras garantías (tít. X), «la inviolabilidad y el pudor sexuales» (título XI), la integridad moral (tít. XII) —la injuria y calumnia—, vida e integridad personal (tít. XIII) —donde se ubica el genocidio, incluso político— y contra el patrimonio económico (tít. XIV), donde, sin duda defectuosamente, se insertan (cap. X) las disposiciones finales, incluida la cláusula derogatoria (art. 539).

En lo que concierne al *punctus pruriens* del aborto, merece destacarse que se admite el aborto terapéutico («aborto necesario») «para salvar la vida o la salud de la mujer de un grave, actual o inminente peligro, que no haya podido evitarse por otro medio y siempre que ésta no se hubiere opuesto» (art. 491). La llamada indicación ética («aborto sentimental») por «acceso carnal violento, abusivo» o «inseminación artificial no consentida» da lugar a un tipo privilegiado (art. 490).

#### 4) FRANCIA

El Ministerio de Justicia francés ha publicado el anteproyecto de reforma de las disposiciones generales del Código penal de 1810 elaborado por una Comisión nombrada por Decreto núm. 74-941 de 8 de noviembre de 1974, que comenzó sus trabajos el 18 de marzo de 1975, reflejado en este documento, de la exclusiva responsabilidad de la Comisión, que fue remitido el 2 de junio de 1978 al ministro de Justicia Peyrefitte (*Commission de Revision du Code Penal. Avant-Projet definitif de Code Penal, Livre, 1, Dispositions Generales*).

El anteproyecto dedica particular atención a la explicación de los métodos seguidos, principios que deben inspirar un nuevo Código penal, y al plan a que responde el proyecto. Contiene también un minucioso comentario (pág. 19-106) a las reformas introducidas, seguido de unas conclusiones que se refieren a la redacción de la segunda parte del proyecto («tarea delicada») anunciando que ya se ha iniciado su estudio, habiéndose elaborado los delitos contra las personas e iniciado investigaciones en lo que concierne a las infracciones contra la sociedad y subraya que el proyecto del Código penal implica una profunda reforma del Código de procedimiento penal.

El anteproyecto contiene tres títulos (ley penal, la persona punible y no punible, y la sanción) con un total de 211 artículos, en su mayoría dedicados al Título III (arts. 46-211).

Este destacado y meritorio trabajo merece un estudio detenido. Nos limitaremos a destacar que mantiene la clasificación tripartita en crímenes, delitos y contravenciones, contiene normas sobre la aplicación de la ley penal en el tiempo y en el espacio, así como un repertorio de causas de exclusión de la responsabilidad criminal (arts. 40-45) entre las que se incluye la realización de un acto por mandato legal de autoridad legítima. En materia de sanciones se conserva la pena de muerte (por decapitación) manteniendo un máximo para las penas privativas de libertad de treinta años.

Mención particular merece el establecimiento de sanciones penales para delitos cometidos por personas no individuales que se dediquen a actividades de naturaleza comercial, industrial o financiera (arts. 37 y siguientes); estas sanciones son las multas (elevando el máximo al doble), la disolución, el cierre temporal o definitivo de uno, de varios o de la totalidad de los establecimientos de la empresa que han servido para cometer la infracción, la colocación por tiempo de uno a cinco años bajo vigilancia judicial, etcétera (art. 63 y 64).

En lo que concierne a las penas privativas de libertad las autoridades judiciales (art. 69) pueden autorizar que se ejecuten bajo el régimen de semidetención cuando la sanción no exceda de seis meses y el condenado justifique el ejercicio de una actividad profesional o familiar, asistencia asidua a un centro de enseñanza o de formación profesional o estar sometido a un tratamiento médico. En materia correccional y contravencional, cuando la prisión no exceda de dos meses, puede acordarse la ejecución fraccionada por tiempo no superior al año, sin que cada una de las fracciones pueda ser inferior a dos días.

## 5) CONGRESOS

a) *XII Congreso Internacional de Derecho Penal. Del 16 al 22 de septiembre de 1979 en Hamburgo, Congress Centrum.*

Temas del Congreso:

- I. Los delitos de imprudencia. Prevención y tratamiento del autor.
- II. El papel del Derecho penal en la defensa del medio ambiente.
- III. La defensa de los derechos humanos en el procedimiento penal.
- IV. Inmunidad, extraterritorialidad y derecho de asilo en el Derecho penal internacional.

Tema de discusión pública: Problemas del tratamiento en los establecimientos de terapéutica social.

Excursión de estudio al puerto de Hamburgo (Aduana, defensa del medio ambiente, seguridad).

Idiomas del Congreso: Inglés, francés, alemán (traducción simultánea).

Información e inscripciones: Congress Centrum Hamburg.  
Postfach 302360.  
D - 2000 Hamburg 36.

b) La *Fundación Internacional Penal y Penitenciaria* celebrará una reunión en Neuchâtel (Suiza) del 30 de agosto al 1.º de septiembre de este año para tratar de los problemas que plantea el registro de antecedentes penales desde la perspectiva de la rehabilitación de los condenados.

c) El *Tercer Simposio Internacional sobre Victimología* tendrá lugar en Münster (Alemania) del 2 al 8 de septiembre próximo. Las diversas secciones versan sobre: «Concepciones y dimensiones de la Victimología», «Problemática de la víctima», «La víctima en los sistemas de comportamiento criminal», «El papel de la víctima en el proceso de causación y control del delito», «Tratamiento de la víctima, resarcimiento y prevención del delito», y «La víctima en el sistema jurídico penal».

d) Del 12 al 15 de septiembre de 1979 se celebrará en Lausanne (Suiza) un *Congreso de Derecho comparado*. El tema de la sección dedicada al Derecho penal es el tratamiento de la criminalidad de bagatela.

e) La Sociedad internacional de Derecho penal militar y Derecho de la guerra celebra su VIII Congreso internacional en Ankara (Turquía) los días 11-15 de octubre de 1979, sobre el tema «Evolución actual de la Justicia militar». Tras una primera sesión de tra-

bajo en la que se presenta el «rapport» general (Gilissen) y están previstas exposiciones sobre los sistemas jurídico militares en los países comunistas (Gorlé), africanos (Likulia Bolongo) y chino (Tsien Tche-Hao), se tratarán los siguientes aspectos: «Competencia de la jurisdicción militar respecto a las sanciones penales, disciplinarias y administrativas en tiempo normal» (Stuart-Smith y Dau), «Extensión de la competencia de la jurisdicción militar en las situaciones excepcionales y en tiempo de guerra» (Prugh y Gilissen) y el «Estatuto del magistrado militar» (Veuro). El «rapport» de síntesis está a cargo del Sahir Erman, profesor de Derecho penal y de Derecho penal militar en la Facultad de Derecho de la Universidad de Estambul. Con motivo del Congreso se reunirán las Comisiones especializadas sobre protección de la vida humana en los conflictos armados, Criminología militar e Historia del Derecho militar.

R. D.

# Un nuevo sistema de penas. Ideas y propuestas \*

Introducción: José Cerezo Mir,  
Catedrático de Derecho Penal  
de la Universidad de Zaragoza

Traducción: José Luis Díez Ripollés,  
Profesor Ayudante de Derecho Penal  
de la Universidad de Zaragoza

## INTRODUCCION

Quisiera llamar únicamente la atención sobre la trascendencia de este informe que me entregó el profesor Thornstedt, de la Universidad de Estocolmo, en el reciente Coloquio Internacional sobre el método comparado en la Ciencia del Derecho penal y la Criminología, celebrado en Friburgo en Br. del 23 al 25 de octubre pasado con motivo de la inauguración del nuevo edificio del Instituto Max Planck de Derecho penal extranjero e internacional. A petición del profesor Jescheck, director del Instituto, el profesor norteamericano Lejins, así como el profesor Thornstedt, hablaron del escepticismo y del sentimiento de frustración reinantes actualmente en sus países en cuanto a las posibilidades de la prevención especial. La gravedad de la crisis de la prevención especial, en países en que se había acentuado su importancia de un modo extraordinario, se refleja con claridad en este informe. Se niega la posibilidad de justificar las sanciones en virtud de las exigencias del tratamiento o de la inocuización y se afirma la necesidad de acudir, para ello, a consideraciones de prevención general e incluso de justicia y de proporcionalidad con la gravedad de los delitos. Se habla del abandono de la ideología del tratamiento. Este debe realizarse, cuando el delincuente lo acepte voluntariamente, pero nunca se puede justificar una sanción por las exigencias del tratamiento, dada la escasa eficacia de sus resultados. Tampoco puede justificar una sanción el fin de la inocuización, pues ello implicaría el castigo por un delito que el sujeto aún no ha cometido, pero cuya comisión futura se considera probable. Faltan también datos empíricos en relación con la eficacia de la pena desde el punto de vista de la prevención general, pero esto no quiere decir, según el informe, que no se dé dicha eficacia. En todo caso, decía el profesor Andenaes en el Coloquio de

---

\* Resumen en lengua inglesa de un informe del Grupo de Trabajo para la política Criminal, del Comité.

Friburgo, la elección no se plantea ya entre la prevención general y la especial, sino entre la prevención general o nada.

La crisis de la prevención especial afecta, como es lógico, a las medidas de seguridad. No hay que olvidar que en el Código penal sueco se agrupan en el artículo 3.º, bajo el término genérico de sanciones, las penas (multa, prisión), condena condicional, la probation y lo que nosotros denominamos medidas de seguridad postdelictuales (internamiento en una prisión para jóvenes, internamiento en un establecimiento de seguridad y la aplicación de un tratamiento especial), aunque en alguna de ellas se establece un mínimo de duración en función de la naturaleza y circunstancias del delito (internamiento en un establecimiento de seguridad). Ahora se postula la sustitución del término sanción por el de pena y se exige «una clara distinción entre pena y tratamiento médico-social. La pena depende de la infracción, mientras que el tratamiento atiende a las necesidades que se han de satisfacer, con independencia de si la persona en cuestión ha cometido una infracción». Se propugna la exclusión del catálogo de sanciones de la aplicación de un tratamiento especial. A los menores de quince años, enajenados, ebrios o toxicómanos se les aplicarían las medidas asistenciales previstas en la Ley de protección de la infancia, de la lucha antialcohólica, la Ley sobre tratamiento psiquiátrico en régimen cerrado, etc. Esto implica, en realidad, la supresión de las medidas de seguridad postdelictuales.

Estamos, a mi juicio, ante una reacción desmesurada, consecuencia del abandono del principio de culpabilidad (de la culpabilidad como fundamento y límite de la pena) y de la clara distinción entre las penas y las medidas de seguridad. El que los éxitos conseguidos hasta ahora en el tratamiento hayan sido escasos, no quiere decir que no puedan ser mayores en el futuro, mediante el desarrollo de nuevas clases o formas de ejecución de penas y medidas de seguridad. Por otra parte, las medidas de seguridad, incluso las que persiguen primordialmente un fin de inocuización, están éticamente justificadas si son de carácter postdelictual, se da un elevado grado de probabilidad de que el sujeto vuelva a delinquir y la clase y duración de la medida guardan proporción con la peligrosidad del delincuente y con la gravedad de los delitos cuya comisión futura se considera probable (principio de la proporcionalidad). La supresión de las medidas de seguridad postdelictuales sería funesta, a mi juicio, desde el punto de vista político-criminal (piénsese, por ejemplo, en los delincuentes habituales o profesionales), e implicaría un retroceso al Derecho penal del siglo XIX.

Agradezco a José Luis Díez Ripollés, profesor ayudante de la Cátedra de Derecho penal de la Universidad de Zaragoza, la traducción del texto inglés de este interesante informe.

Zaragoza, 18 de diciembre de 1978.

JOSÉ CEREZO MIR,

Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Zaragoza

## P R E F A C I O

Una de las funciones que competen al Comité Nacional Sueco para la Prevención del Delito es la de participar en el desarrollo de la política criminal. En noviembre de 1977, un grupo de trabajo del Comité presentó un informe que contenía un programa de reformas del sistema sueco de sanciones.

Cuando se presentó el informe, eran miembros del grupo Mr. Per Jermsten, Chief Legal Officer, Ministro de Justicia, Presidente; Mr. Erland Aspelin, Juez del Tribunal de Apelación de Skåne; Mr. Sten Heckscher, Juez Auxiliar del Tribunal de Apelación de Svea; Mr. Bo Martinsson, Director General de la Administración de Prisiones; Mr. Holger Romander, Fiscal General; Mr. Carl Edvard Sturkell, Presidente del Tribunal de Distrito de Katrineholm; Profesor Knut Sveri, Departamento de Criminología, Universidad de Estocolmo, y Profesor Hans Thornstedt, Departamento de Derecho Penal, Universidad de Estocolmo.

Aspelin y Heckscher fueron los ponentes del grupo.

El informe, en sueco, es el resultado de año y medio de trabajo y consta de 440 páginas. Pretendía ser el punto de partida de una discusión y debate sobre los principios y la praxis que debería desarrollar el sistema de sanciones, deseando el grupo de trabajo ansiosamente que este debate se extendiera más allá de los círculos de especialistas. De ahí que se preparara una versión más breve y popular del informe (70 páginas) por el Departamento de Información del Comité.

El informe se tituló «Un nuevo sistema de penas. Ideas y propuestas». Se puso un gran énfasis en los principios básicos del sistema de sanciones, explicitándose éstos en propuestas concretas para el futuro. Estas propuestas suponen, en diversos aspectos, una continuación de la evolución de los últimos cinco años, pero se basan también, en gran medida, sobre nuevas premisas. Para aquellos que se han mantenido al día en la discusión sobre política criminal y su desarrollo en los países nórdicos a lo largo de los últimos cinco años, el informe no contendrá grandes sorpresas. Al contrario, enraiza profundamente en el debate de la última década. Presenta en un único contexto los resultados del pensamiento y de la investigación que predominan últimamente, y expone las consecuencias prácticas que podrían derivar de ellos.

Se puede afirmar que el informe ha cumplido su propósito inmediato: Dio origen a un vivo debate en los medios de comunicación social, así como entre los profesionales y los legos interesados en la política criminal. El ministro de Justicia decidió, en febrero de 1978, remitirlo para su consideración, a un gran número de organismos gubernamentales, a otras autoridades, a organizaciones...

El Comité cree que el informe puede ser también de interés fuera de Escandinavia. En todo caso, es importante subrayar que esta versión inglesa es sólo un resumen, y que el razonamiento más detallado del grupo de trabajo sólo es accesible en sueco.

SUMARIO: 1. El Código Penal.—2. Medidas actuales.—3. El sistema de sanciones en la práctica.—4. El sistema de sanciones bajo una perspectiva social.—5. Teorías de la prevención. Prevención general. Intimidación. Formación de valores morales. Prevención individual. La idea del tratamiento. Inocuidización. Conclusiones.—6. Las sanciones.—7. Privación de libertad. Libertad condicional. La duración de la condena. Cadena perpetua.—8. Sanciones no privativas de libertad. La necesidad de un cambio. Tres sanciones. Condena condicional. Supervisión. Supervisión intensiva.—9. Sanciones pecuniarias. Despenalización. Multas a sociedades.—10. Sanciones alternativas.—11. Observaciones finales.

## 1. EL CODIGO PENAL

El punto de partida del grupo de trabajo fue, lógicamente, el actual Código penal, aprobado por el Parlamento en 1962, y en vigor desde 1965. No obstante, hay que tener presente que tal Código ha sido, en gran medida, el resultado de reformas parciales iniciadas a comienzos del siglo.

La ley menciona, de modo expreso, el principio básico que regula la selección de las sanciones. De acuerdo a esta mención, el Tribunal «ha de tener en cuenta especialmente que, sin olvidarse las exigencias derivadas del mantenimiento de la obediencia general a la ley, la sanción debe servir para promover la adaptación del delincuente —ya condenado— a la sociedad».

Al sistema actual subyace el principio de que el tratamiento ha de reemplazar en gran medida a la pena. El tratamiento pretende dos cosas; la primera reside en la rehabilitación del delincuente y en la creación de las condiciones previas necesarias para que éste lleve una vida conforme con la ley; la segunda consiste en la prevención de la delincuencia, haciéndose cargo del delincuente e impidiéndole con ello la comisión de nuevos delitos.

Se ha dado mucha importancia a consideraciones de prevención especial. Así, tanto el encarcelamiento como la «probation» han podido fundamentarse en la idea de que el delincuente necesita la sanción por su propio bien.

Concorde con este principio, la ley establece sanciones indeterminadas tales como la prisión para jóvenes y el internamiento.

## 2. MEDIDAS ACTUALES

El grupo de trabajo suministra un informe detallado de los orígenes y la aplicación de nuestro actual sistema de sanciones.

Sus rasgos principales son los siguientes:

*Prisión:* Se impone por periodos de tiempo que van desde un mes hasta diez años (doce años en caso de concurso de delitos), o bien cadena perpetua. La persona condenada a prisión por un espacio de tiempo superior a cuatro meses suele ser puesta en libertad bajo palabra cuando ha cumplido dos tercios de la sanción, con un mínimo en todo caso de cuatro meses. Cuando se dan ciertos requisitos es posible la libertad condicional tras el cumplimiento de la mitad de la sanción. La libertad condicional supone para la persona en libertad bajo palabra el establecimiento de un período de prueba de un año, por regla general, con un máximo de cinco. Durante el período de prueba, la persona en libertad bajo palabra está, normalmente, bajo supervisión. Asimismo se le conmina a que «se comporte de un modo responsable», se valga por sí mismo lo más que pueda o que, de lo contrario, siga las prescripciones e instrucciones pertinentes.

Durante 1976, 11.643 personas fueron condenadas a prisión. El número diario medio de presos durante el año fue de 2.806. A lo largo del año, 2.308 personas gozaron de libertad condicional con supervisión bajo palabra.

*Prisión para jóvenes:* Es susceptible de imposición en infracciones penadas con prisión si el delincuente tiene de dieciocho a veinte años de edad. Se presume que la enseñanza y educación utilizadas en la prisión para jóvenes son adecuadas, puesto que se atiende al desarrollo personal, conducta y circunstancias generales del delincuente juvenil. Bajo ciertas condiciones, se aplica la prisión para jóvenes, a sujetos que están algo por debajo o por encima de los límites de edad establecidos.

Tanto el tratamiento institucional como el no institucional se emplean por un máximo de cinco años, de los cuales pueden transcurrir en una institución no más de tres.

Como regla general, se espera que, antes de iniciarse el tratamiento no institucional, haya pasado al menos un año de tratamiento institucional. La práctica existente normalmente permite la libertad condicional si han transcurrido diez meses.

Durante el tratamiento no institucional el delincuente está sujeto a supervisión. También se aplican en este contexto medidas similares a las de la libertad condicional.

En 1976, 104 personas fueron condenadas a prisión para jóvenes. El número diario medio de internos en tales establecimientos fue de 210, y 323 fueron liberados para tratamiento no institucional.

*Internamiento:* Está reservado a personas que cometen delitos graves. El requisito usual es el de que el delito esté castigado al menos con dos años de prisión. Además, en vista de la crimi-

nalidad, conducta, condiciones mentales, y otras circunstancias del delincuente, se ha de considerar necesario un encarcelamiento de larga duración, indeterminado, para impedir una futura criminalidad grave por su parte. El tratamiento es en parte institucional y en parte no institucional. El tribunal determina un tiempo mínimo de tratamiento institucional, que varía de uno a doce años.

En el tratamiento no institucional se aplican las mismas medidas que para la libertad condicional en las penas de prisión.

En 1976, 38 personas fueron condenadas a internamiento. El número diario medio de internados fue de 269, y 532 personas estaban recibiendo tratamiento no institucional.

*Multas:* Se mantuvieron —casi siempre inalteradas— las del Código penal anterior. La multa es, sin ninguna duda, la sanción más común dentro del sistema.

Infracciones de orden menor y de tráfico, violaciones de leyes económicas, etc., se penan con multas que se *imponen directamente en dinero*, siendo diez coronas suecas (1) las más baja y quinientas coronas suecas la más alta, o, en caso de concurso de delito, mil coronas suecas.

El tipo más común de multa en el código penal y en gran parte de las leyes penales especiales es el *día multa*. Estas multas tienen su máximo en 120 días (en el caso de concurso de delitos, 180), y el importe de cada día multa abarca desde un mínimo de doscientas a un máximo de quinientas coronas suecas, según las circunstancias financieras del delincuente.

Si la multa no se paga, se impone, a requerimiento del acusador, un arresto sustitutorio. Esto se realiza de acuerdo con una lista proporcional en la que a un número dado de días multa corresponde cierto número de días en prisión. En 1976, 44 personas fueron admitidas en una institución correccional para la ejecución de las multas.

En 1976, 437.511 personas fueron multadas, 55.936 por condena de un tribunal.

*Condena condicional:* Es una remisión condicional de la sanción. Se concede en delitos que están castigados con prisión, a no ser que la gravedad de la infracción u otras consideraciones de prevención general impidan la condena condicional. Se presupone que el acusado se abstendrá de cualquier tipo de actividad criminal en el futuro sin necesidad de acudir a la probation o a cualquier otra forma de intervención.

El acusado está sujeto a un período de prueba de dos años. La condena condicional puede estar combinada con días multa. Si el delincuente se comporta mal, el tribunal puede, a requerimiento del acusador público, imponer caución, declarar responsabilidad por daños o revocar la condena condicional, señalando otra sanción para el delito. El grupo de trabajo comprobó que esta medida se toma rara vez. Por otro lado, la condena condicional

(1) 1 US\$ = Aproximadamente 4,55 Coronas Suecas.

puede revocarse si la persona en cuestión comete infracciones ulteriores.

En 1976 se les concedió la suspensión de condena a 5.231 personas. En 2.551 casos la suspensión de condena fue combinada con una multa.

*Probation:* Implica un tratamiento correccional no institucional. Esta sanción se emplea en infracciones castigadas con prisión si se considera esencial una supervisión y se juzgan innecesarias otras intervenciones más severas. Cuando la sanción más leve de tal infracción sea la de prisión de un año o más, la probation se aplica sólo en circunstancias excepcionales.

La probation dura un período de tres años, pero la supervisión cesa normalmente pasados dos años, como máximo. Medidas similares a las aplicadas en la libertad condicional pueden igualmente utilizarse en la probation. Es posible combinar una condena a probation, con días multa. También se puede incluir en la condena un breve período de tratamiento institucional (no menos de un mes ni más de dos meses).

En 1976, 6.162 personas fueron condenadas a probation. En 1.453 casos la condena se combinó con una multa. Un promedio de 13.158 personas estuvieron sujetas a supervisión derivada de una condena de probation.

Además de las sanciones ya descritas, el Código penal incluye la de *sometimiento a tratamiento especial* (tratamiento psiquiátrico, protección a la infancia, tratamiento para alcohólicos, y tratamiento en hospitales especiales para deficientes mentales). De este modo, se emplean como sanción de un delito ciertas modalidades de tratamiento instituidas para una clientela no delincuente. Para que el tribunal pueda imponer esta sanción se han de cumplir los criterios de tratamiento, de acuerdo a la ley de tratamiento correspondiente.

La sanción de «sometimiento a tratamiento especial» debería examinarse a la luz de los progresos realizados en el área de la legislación sobre asistencia social. Así, era ya posible anteriormente someter a jóvenes delincuentes a las autoridades tutelares sociales. Pero no se ofrecían las mismas posibilidades a las personas con necesidad de tratamiento según la Ley de Lucha Anti-alcohólica. Así pues, el Código penal introdujo la novedad de que el tratamiento especial se convirtiera en sanción por propio derecho.

El Código penal vino a decir también que el sistema anterior relativo a la exención de pena quedaba abolido. En lugar de ello, se instituyó, como sanción especial, el sometimiento a tratamiento psiquiátrico en régimen cerrado. El tribunal, después de un examen médico, debe decidir si existe necesidad de tal tratamiento. La persona en cuestión es admitida en el hospital para un tratamiento psiquiátrico en régimen cerrado. Cómo se ha de organizar el tratamiento, cuándo es posible su cese, etc., son cuestiones que quedan fuera de la jurisdicción del sistema de justicia penal.

En 1976, 692 personas fueron condenadas a tratamiento en base a la Ley de Protección a la Infancia, 289 en base a la Ley de Lucha Antialcohólica, 371 a tratamiento psiquiátrico en régimen cerrado, 8 a tutela en hospitales para deficientes mentales y 14 a tratamiento psiquiátrico en régimen abierto.

### 3. EL SISTEMA DE SANCIONES EN LA PRACTICA

Algunos de los rasgos más importantes de la evolución en los últimos años pueden resumirse del modo siguiente:

Desde que el Código entró en vigor ha habido una notoria reducción en el uso de sanciones que impliquen privación de libertad. Los encarcelamientos, en especial si los relacionamos con el número de delitos, han sido menos frecuentes, más cortos y más suaves. Se imponen cada año alrededor de 12.000 condenas de prisión, principalmente en tres situaciones distintas.

En primer lugar, períodos breves de prisión, de uno, dos o tres meses, se utilizan normalmente en unas pocas infracciones determinadas, por ejemplo, conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, agresiones, y negativas a prestar el servicio nacional. Las razones subyacentes a su uso consisten en que se espera que tales condenas tengan un buen efecto intimidatorio en estos supuestos particulares, o que, por otros motivos, se considera importante para la sociedad el que ésta reaccione de modo estricto. Alrededor del 75 por 100 de todas las sanciones de prisión no sobrepasan los cuatro meses.

La prisión se utiliza, en segundo lugar, en situaciones en las que reacciones más suaves no se consideran eficaces; por lo general éstas ya se han aplicado con anterioridad y el delincuente ha reincidido. Frecuentemente se trata de supuestos de delitos reiterados contra la propiedad. Las penas suelen ser de duración media (de seis meses a un año). Casi el 20 por 100 de todas las sanciones de prisión son de esta duración.

En tercer lugar, la prisión se emplea de modo regular en ciertas infracciones tan graves que no es imaginable otro tipo de reacción. Estas penas, por lo general, sobrepasan el año en cuanto a duración y son, según los patrones suecos, condenas largas. Las infracciones predominantes son delitos de tráfico de estupefacientes, robos, y delitos graves de violencia. Algo menos de 700 personas son condenadas cada año a prisión por un tiempo superior a un año. Esto supone, aproximadamente, el 5 por 100 de todas las condenas de prisión impuestas anualmente.

Respecto a las sanciones indeterminadas de prisión para jóvenes e internamiento, puede afirmarse que ha llegado el momento de su abolición. Cada vez se usan menos.

Por otro lado, la probation, es decir, el tratamiento no institucional con supervisión, se utiliza con frecuencia, al igual que el

equivalente sueco a la condena condicional, que se trata más bien de una suspensión condicional de la sanción.

Estas dos últimas sanciones se aplican también a infracciones que, según valoraciones precedentes, llevaban generalmente a la prisión. Coincidiendo con esta evolución, nos encontramos con el ámbito, cada vez más amplio, de las multas.

Bajo un planteamiento general se puede afirmar que las intervenciones más graves de la jurisdicción criminal inciden principalmente sobre las infracciones tradicionales.

#### 4. EL SISTEMA DE SANCIONES BAJO UNA PERSPECTIVA SOCIAL

Después de informar de la evolución en Suecia, Dinamarca, Finlandia y Noruega, el grupo de trabajo intenta situar el sistema penal de sanciones bajo una perspectiva social. Esto no es una tarea fácil, y el resultado podrá criticarse justificadamente. En todo caso, se ha pretendido dar, al menos, un punto de partida para las reflexiones, que luego seguirán, concernientes a la configuración del sistema de sanciones.

Ha sido muy común en los últimos años el acentuar la relación de la política criminal con los progresos en otras áreas, y su dependencia de ellos. Esto no quiere decir que tal vinculación se haya puesto claramente de manifiesto. Pero sí se ha verificado la existencia de relaciones entre la criminalidad y otros fenómenos sociales. Es frecuente citar entre tales áreas a la política de empleo y a la estructura económica general, a la política de planificación territorial y de vivienda, y a la política educacional y social.

Hay razones para creer que tales materias influyen en la conducta con más fuerza que la política criminal y el sistema de sanciones. Es dentro de las áreas arriba mencionadas donde realmente se formulan los condicionamientos de la población y donde se pueden provocar cambios positivos. Pero, pese al conocimiento de esta realidad, no puede negarse de modo absoluto que el sistema de sanciones, y especialmente el fin y el contenido de la incriminación, desempeñan un cierto papel en la determinación de cómo actúa la gente, aun aceptando que el efecto sea inseguro.

En cualquier caso, se atribuye muy poca importancia a los argumentos de penología cuando se toman decisiones concernientes, por ejemplo, a política social general. Esto, probablemente, es bastante natural y hasta puede que razonable. Es solamente tomando decisiones de política criminal como la pretensión de prevenir delitos pasa a ocupar un lugar central. Incluso si se acepta que hay que luchar contra la delincuencia a través de métodos considerados con una perspectiva mucho más amplia, sigue siendo tarea principal de la política criminal el control de la delincuencia, y sólo la política criminal tiene como tarea especial tal cosa.

En conexión con esto, el informe discute las obligaciones sociales que tiene la legislación penal, planteándolo desde dos puntos de vista: La consideración de la legislación penal como método de control social, y como manifestación de las normas sociales; y la comparación de la legislación penal con otros métodos de dirección de conducta. El grupo de trabajo señala, entre otras cosas, que:

— La incriminación se emplea para intentar inhibir conductas que por una razón u otra se desaprueban. Las conductas incriminadas son muy diversas, y varían en cuanto a su carácter intolérable.

— La incriminación no debe utilizarse indiscriminadamente a poco que se tengan en cuenta su rasgos especiales. Ha de evitarse lo que se conoce comunemente como inflación penal.

— A causa de la importancia limitada de la penología, y de su dependencia de, y su conexión con, las condiciones de otras áreas, los métodos de política criminal se encuentran con muchas limitaciones.

Entre estas limitaciones se encuentran las exigencias de humanidad, justicia y tolerancia. Otra serie de exigencias generales que pueden, con razón, ser planteadas al sistema de justicia penal son las de que sus valoraciones sean aceptables para tanta gente como sea posible, que sea claro y simple, y que sea controlable y justo, entre otras. Asimismo, el procedimiento debería ser expeditivo, y el sistema no innecesariamente caro.

## 5. TEORIAS DE LA PREVENCIÓN

El grupo pasa a discutir en detalle las cuestiones concernientes al fin y a la legitimación de la pena. La discusión parte de las nociones de prevención especial y general comunes a los países nórdicos: La prevención general significa que el Código penal, y las sanciones que él asegura, evitan que la población, en general, cometa infracciones. La prevención especial se ocupa de impedir que el delincuente individual reincida. Los conceptos no significan más que esto.

Tal división presenta, sin embargo, ciertas desventajas, y puede desorientar. Por ejemplo, ambas nociones se apoyan en tendencias ideológicas totalmente diversas, y se superponen parcialmente una con otra.

Una diferencia importante, pero frecuentemente pasada por alto, entre los planteamientos preventivos generales y especiales, consiste en que su significación esencial reside en niveles o fases diferentes del sistema de la justicia penal. Se ha de diferenciar, por un lado, entre la significación que tienen en las decisiones relativas a si ciertas conductas deberían castigarse y, por otro lado, la que poseen en relación a la imposición y ejecución de condenas.

Desde luego, detrás de una decisión de incriminación yace un deseo de limitar de modo general la aparición de una conducta. Esta meta es, obviamente, de naturaleza preventiva general. Esto no tiene nada que ver con el hecho de impedir a delincuentes concretos plenamente identificados la comisión de ulteriores infracciones (prevención especial). Hasta que la infracción no se cometa, y el delincuente sea detenido, no puede tener significado para el sistema de sanciones la pretensión de lograr una prevención especial efectiva. Una vez colocados en tal situación es cuando concurren razones de peso para hacer lo que sea posible con el fin de reducir el riesgo de reincidencia.

No hay base para proclamar la existencia de un principio teórico jurídico penal, completamente unificado y lógico, referido al sistema de sanciones. Resulta imposible construir un sistema completamente libre de objeciones. El planteamiento debe ser distinto: ¿Cuál es la crítica más dura contra las actuales teorías? ¿En qué medida son indispensables para el sistema de justicia penal? ¿Cómo pueden modificarse los principios en los que se basa la actividad sancionatoria de la sociedad de modo que obtengamos un sistema menos objetable que el que tenemos en la actualidad?

La prevención general está experimentando en la actualidad una revitalización. Resultaría fácil pensar que ésto se debe a un aumento de la fe en los efectos preventivos generales de la pena. Sin embargo, no se trata de esto. Es importante recordar en qué poca medida se debe probablemente esta evolución a un aumento de las expectativas de que la pena y la amenaza de pena tengan un efecto preventivo general considerable. Se trata, más bien, de que las teorías de la prevención especial, y sobre todo la validez y justificación de la llamada ideología del tratamiento, se están cuestionando. Estas teorías han demostrado, a lo largo de los últimos quince años, ser los fundamentos más dudosos de todos los disponibles para justificar el uso de sanciones. Bajo tal perspectiva, parece natural que se atienda, en la obtención de los motivos que están detrás de la conformación del sistema de sanciones, a los argumentos que se han venido considerando, por lo general, como la alternativa más plausible.

Sin embargo, esto supone un cierto riesgo. Dado que la prevención general se convierte, hablando de un modo relativo —no absoluto—, en un argumento sólido sólo cuando se critican las teorías de la prevención especial, de ello ha de deducirse que las objeciones a las posturas de prevención general no pierden su importancia simplemente porque seamos conscientes de la inadecuación de los fundamentos preventivos especiales al sistema de sanciones.

La cuestión ha de plantearse en el sentido de averiguar si las teorías de la prevención, general o especial, pueden considerarse válidas hasta el punto de que alguna de ellas debería ejercitar una influencia determinante en el sistema de sanciones.

## PREVENCIÓN GENERAL

No hay duda de que hay menos material empírico relativo a las funciones y los efectos de la prevención general, que de la prevención especial. Esto es, en parte, debido a que los investigadores no se han interesado, hasta hace poco, por este tipo de indagaciones; pero tampoco hay que olvidar que la investigación sobre los efectos de la prevención general presenta considerables dificultades. Los materiales de que se dispone son, por tanto, de un carácter bastante limitado, y no se pueden sacar con facilidad conclusiones generales a partir de ellos.

Por consiguiente, un punto de partida importante es la limitación de los conocimientos que poseemos sobre los efectos de la prevención general. Se duda de la posibilidad de hacer alguna vez afirmaciones generales y científicamente fiables acerca de estos efectos. Así pues, las opiniones tienen que basarse esencialmente en otras consideraciones. Sin embargo, sería un error pensar que un efecto no demostrable empíricamente ha de ser necesariamente débil.

Los actuales defensores de la prevención general ponen el énfasis, en cierta medida, en aspectos diferentes a los que se señalaban anteriormente. Origen de esta argumentación es la interpretación más realista que se da actualmente en relación con la importancia limitada de la política criminal en la determinación del volumen de la delincuencia en la sociedad. Este punto de vista se caracteriza por la poca confianza en las posibilidades del sistema de sanciones para incidir en el nivel de la criminalidad. Hay una tendencia a combinar el modelo de prevención general con otras exigencias, posiblemente más importantes, como la justicia, la proporcionalidad y una progresiva humanización de la pena. La amenaza inmediata de pena, la intimidación, ha perdido significado. En vez de ello, se considera al Código penal como la expresión autoritaria de una moralidad aceptada, con la influencia en las conductas que esto puede implicar. Y se ha puesto de relieve de modo especial, como argumento para fundamentar el sistema de sanciones en la prevención general, el interés por un aumento de las garantías legales.

Mucha gente ve en la prevención general, no tanto una ideología cerrada y establecida, como una fórmula para el funcionamiento y la elaboración del Código penal. Al mismo tiempo esta fórmula ha de satisfacer, en todos los aspectos importantes, ciertas demandas distintas de las explícitamente referidas a la prevención general, por ejemplo, las exigencias arriba mencionadas, de justicia, proporcionalidad, humanización y seguridad jurídica. El grupo de trabajo simpatiza, en cierto grado, con este punto de vista.

Dos cuestiones principales discute el grupo de trabajo en el capítulo sobre la prevención general: En primer lugar, qué efec-

to intimidatorio puede tener el Código penal; y, en segundo lugar, qué efectos produce el Código penal en lo concerniente a la formación de actitudes y valores morales.

### *Intimidación*

Hay buenas razones para creer que mucha gente se abstiene de cometer delitos debido a que se dan cuenta de que pueden verse sometidos a consecuencias desagradables si son detenidos. Muchas disposiciones penales se basan en esta consideración.

Aun aceptándose esta teoría, se ha de emplear con cautela y hay que ponerle reparos importantes. Así, por citar un ejemplo, resulta difícil decir qué efectos posee la amenaza de pena sobre la tendencia a vivir de conformidad con la ley. Seguramente debe haber muchas otras razones por las cuales la gente se abstiene de cometer infracciones. Por otro lado, el efecto intimidatorio de la pena es probablemente muy distinto según las diversas clases de delitos y los diversos individuos. Se supone que, para producirse tal efecto, se ha de reflexionar previamente sobre el delito, y que los riesgos que él envuelve son compensados por alguna expectativa de ganancia. Esto sugeriría que el efecto intimidatorio habría de ser mayor en delitos, e infracciones menores, planeados previamente, que en infracciones cometidas bajo la influencia del alcohol o de fuertes emociones. Hay otra, y también evidente, limitación del grado en que las penas pueden basarse en la idea de la intimidación: Esta noción debe complementarse con un análisis sobre la valoración penal que se ha de asignar al delito. Esto significa que hay que hacer un llamamiento a la proporcionalidad entre la gravedad del delito y la severidad de la reacción social. Por tanto, no se han de penar con severidad infracciones que se suelen considerar relativamente menores, simplemente porque tal punición tendría buenos efectos intimidatorios.

### *Formación de valores morales*

Llega ahora el grupo de trabajo al otro tema importante de la discusión sobre la prevención general, es decir, a lo que se suele llamar la teoría relativa a la formación de valores morales. ¿Qué significado posee, en último término, el contenido de la ley penal en relación con el comportamiento de los individuos? El grupo de trabajo se expresa con mucha cautela sobre este tema. De todas formas, manifiesta con claridad que parece razonable pensar que la ley penal contribuye en alguna medida a la configuración de las actividades sociales generales. El rechazo de la conducta prohibida, expresado por medio de su punición, apoya y desarrolla normas sociales. Debido a esta situación, los autores de decisiones políticas pueden pretender influir a largo plazo en la conciencia jurídica de los ciudadanos, estableciendo las conductas que se penan y que, por tanto, son inaceptables. Además, a través:

de las escalas de penas, y la praxis judicial en relación con las condenas, puede modificarse la valoración de la gravedad de las distintas infracciones. De todos modos, no está clara la posibilidad de influir en el nivel global de delitos cometidos en la sociedad, a través de este sistema.

Para que la formación de valores morales, por medio de la pena, funcione adecuadamente, ha de encontrar apoyo en otros sistemas. Probablemente la pena, comparada con otros fenómenos sociales como, por ejemplo, la familia y la escuela, desempeña un papel secundario. Es posible que el control social informal sea más importante que el control formal. No obstante, el control informal es en la actualidad presumiblemente más débil que lo que lo ha sido en el pasado. La amenaza de pena y su ejecución es una expresión autoritaria de rechazo de una conducta determinada. No se debería pasar por alto el hecho de que esto puede ser importante en sí mismo para la idea que el individuo se haga respecto a cómo se debería comportar. Además, instituciones como la familia y la escuela transmiten por lo general, entre otras, las normas que se expresan en la ley penal, porque se considera lo correcto, o que se ha de ayudar a la gente a evitar ser penada. Este control informal podrá necesitar algunas veces ser corroborado por la ley penal, al igual que la ley penal necesita el apoyo de otros sistemas.

Llegados a este punto nos topamos, asimismo, con las exigencias que los ciudadanos hacen a la sociedad. Puede presumirse que su solidaridad con las normas de conducta, y su lealtad a ellas, exige que los delitos se penen. El sentimiento de que vivimos en una sociedad justa tiene que sustentarse, entre otras cosas, en la redacción de la sociedad contra los que se comportan de modo desleal.

Las normas penales, como las de otros sectores del ordenamiento jurídico, son un medio de conocimiento de valores, un medio de manifestación de una postura. Al definir lo que es una conducta criminal, y al penalizarla, la sociedad expresa su desaprobación de cara a una conducta inaceptable. Bajo una perspectiva democrática es conveniente que estos valores se expresen abiertamente. De este modo serán susceptibles de discusión crítica e innovación. Definiendo lo que es punible se da prioridad a ciertos valores. La ley penal especifica qué intereses desea salvaguardar la sociedad y hasta dónde está dispuesta a llegar para lograrlo. Así pues, el contenido de la ley penal suministra las bases para una discusión sobre los valores en los que descansa la sociedad.

En la medida en que la ley penal sea considerada un instrumento de influencia y un medio de expresión de valores, sus designios deberían ser tan explícitos como fuera posible. En lo que respecta al sistema de sanciones esto significa que las penas deberían ser pocas y sin ambigüedades. La condena habría de mostrar lo que le ocurre al delincuente y por qué. Igualmente, pasa a

tener una mayor relevancia el llamar la atención sobre las valoraciones introducidas por el sistema. Se discute si la aplicación de las sanciones, tal como se realiza en la actualidad, suministra un cuadro claro de la distinta gravedad de las diversas infracciones. El acuerdo sobre las prioridades en el marco de la ley penal requiere una consideración lo más cuidadosa posible, exigencia ésta que se hace más patente si se acepta el punto de vista del grupo de trabajo acerca de los principios esenciales. Por otro lado, existe el grave riesgo de que la ley penal funcione de un modo socialmente inaceptable, y discrimine a los grupos ya de por sí menos privilegiados en base a diferencias en la valoración jurídico-penal de las conductas que se produzcan con frecuencia en diferentes clases sociales.

Se ha llegado a establecer una vinculación unilateral de la prevención general con las penas elevadas. Sin embargo, todo aconseja ser extremadamente cauto en la deducción de conclusiones entre el nivel de punición y cualesquiera efectos preventivos generales.

Es muy improbable que se pueda llevar a cabo— al menos en períodos breves de tiempo— un cambio notorio en la cuantía de la intimidación si no es en base a planteamientos muy drásticos de las penas— y esto queda excluido por otras razones.

La eficacia de la amenaza de la pena no es sólo un tema basado en la severidad. Los que deliberan sobre la comisión o no de una infracción rara vez conocen la pena probable. El que la amenaza de pena tenga efectos intimidatorios parece deberse, más probablemente, a una cuestión de miedo generalizado a ser detenido y condenado a algo desagradable, que a la expectativa específica de una pena en particular. El proceso, y las reacciones que éste origina en el medio ambiente del delincuente, son frecuentemente peores que la sanción en sí misma. Esta circunstancia ha de tenerse en cuenta cuando se formulan las reglas de procedimiento judicial.

Podemos concluir, por tanto, que el riesgo de ser descubierto, así como el proceso, son en muchos casos más importantes que el nivel de punición, desde un punto de vista intimidatorio. Cuanto más expeditivamente, y con mayor certeza, reaccione la sociedad a la infracción, menos importante pasa a ser la severidad de la reacción.

Bajo la perspectiva básica del grupo de trabajo no son precisas penas graves. Por el contrario, la orientación preventiva general se puede combinar bien con un nivel de punición bajo. Se considera necesaria una humanización progresiva del sistema de sanciones. Especialmente importante es, no sólo reducir el ámbito de las penas de cárcel, sino también satisfacer las necesidades de apoyo y ayuda, sociales o de otro tipo, dentro de la estructura penal establecida.

El grupo de trabajo trata, asimismo, otras objeciones comúnmente hechas a los planteamientos de prevención general. Se sue-

le decir, por ejemplo, que están basados en el sufrimiento ajeno, que conducen a un sistema rígido e inhumano y que el sistema ahora en vigor suministra un panorama desorientador de cuáles sean realmente los principales problemas sociales. Aunque estas objeciones pueden contrarrestarse en su mayoría, el grupo de trabajo cree que sirven para poner de relieve que los argumentos de la prevención general deben emplearse con gran cautela.

## PREVENCIÓN ESPECIAL

### *La idea del tratamiento*

En la sección que se ocupa de la prevención especial el grupo de trabajo se concentra principalmente en dos teorías. La primera, es la idea del tratamiento, mientras que la segunda es la de la inocuización, es decir, que algún tipo de intervención sobre el delincuente impedirá que éste cometa nuevas infracciones.

Con la idea del tratamiento y su influencia en el sistema de sanciones se alude, en pocas palabras, a que la pena no se elige en función de la infracción misma, sino en base a la presunta necesidad de tratamiento del delincuente. Esta idea ha influido poderosamente en nuestro actual sistema de sanciones. Ha originado que se hayan dado amplios poderes a los órganos administrativos responsables del cumplimiento de la sanción en cuanto a la determinación de la duración efectiva y del contenido de la pena.

Este tipo de política penal contiene considerables riesgos. Se analizan detalladamente en el informe. Baste con señalar aquí uno de los principales reparos del grupo de trabajo, esto es, el riesgo de una seguridad jurídica insuficiente. Infracciones similares pueden llevar a consecuencias totalmente distintas en delinquentes diferentes, en dependencia de la necesidad de tratamiento que se reconozca.

Esto podría ser aceptable si fuera posible demostrar que el tratamiento logró resultados positivos. Pero desafortunadamente esto no puede probarse. Ha habido un esfuerzo investigador exhaustivo sobre los resultados del tratamiento a lo largo de las últimas décadas. Un resumen de los estudios realizados en varios países, Suecia incluida, muestra que ningún método concreto de tratamiento es notablemente mejor que cualquier otro en la reducción de la reincidencia. Esto vale tanto para las comparaciones entre las diferentes sanciones como para las comparaciones entre los diferentes modos de cumplir una sanción en concreto. No se excluye la posibilidad de que algunos individuos se hayan beneficiado, de algún modo, del tratamiento, pero incluso esto no ha sido probado de un modo concluyente. Los pequeños, y frecuentemente discutidos, resultados positivos que han aparecido tras el empleo de diferentes clases de sanciones, que quizá hayan existido, no son de ningún modo suficientes para justificar la cons-

trucción de un sistema de sanciones de acuerdo al modelo del tratamiento. El fundamento de esta tesis de la prevención especial se presenta, pues, como insostenible. La conclusión a sacar es la de que no está suficientemente justificada la intervención penal sobre una persona, en contra de su propia voluntad, apelando a que necesita tal intervención.

Así pues, la presente necesidad de tratamiento no es base suficiente para la intervención penal. De todos modos, las críticas contra la idea del tratamiento no suponen una oposición al tratamiento como tal, una negativa a suministrar a los delincuentes servicios y tratamientos de tipo diverso. Lo que, ciertamente, no es justificable, es fundamentar la concreta intervención penal elegida en una supuesta necesidad de tratamiento. Lo que, desde luego, se permite, e incluso es necesario, es que, al intervenir penalmente, se le ofrezca al delincuente, en la medida en que sea posible, el servicio o tratamiento que pueda precisar. Quizá de este modo puedan lograrse ciertos resultados rehabilitadores, en especial si, de acuerdo con el delincuente, se establecen diversas formas de ayuda social. Pero este argumento no justifica la obligatoriedad de la realización de tales ofertas. Los individuos sometidos en la actualidad a las sanciones penales más completas son, con frecuencia, personas no privilegiadas en muy distintos sentidos. Esto, por sí mismo, es ya razón suficiente para ofrecerles un servicio social. Tales ayudas deberían ser accesibles a cualquiera que las necesite, entre otros motivos, por razones de justicia y de humanidad.

Se trata esencialmente de un derecho. El grupo de trabajo atribuye gran importancia a esto, y lo expresa en muchas partes del informe.

Por otra parte, coincide en gran medida con la tesis manifestada por un comité gubernamental en un informe reciente sobre la revisión de la política social, y con el contenido del debate público sobre tal política. No hay motivos para restringir las exigencias de humanidad e igualdad social. Estas se han de considerar muy importantes en sí mismas. No han de justificarse simplemente como parte de un tratamiento eficaz de los delincuentes y de otras personas inadaptadas.

Es probable que la tesis del tratamiento haya establecido las condiciones previas para una considerable humanización del sistema penal. Un rechazo de tal teoría no ha de llevar necesariamente a un descenso de la humanidad, y a un aumento de la severidad, en el sistema penal.

Puesto que se admite abiertamente que la intervención penal es casi siempre nociva para el delincuente, resulta más fácil justificar la inserción de elementos humanizadores. Es menos difícil mitigar algo que es, por definición, perjudicial, que algo que se considera beneficioso. Un reconocimiento tan explícito debería ejercer efectos, igualmente, en la restricción de la elevación de las penas y en la promoción de condenas más suaves, dado que el

conflicto entre las exigencias de pena por un lado, y de humanidad por otro, se hace más evidente.

### *Inocuidación*

Si se pretende impedir la comisión de nuevas infracciones a través del empleo de sanciones —ante todo, de aquellas que implican pérdida de libertad— resultará frecuente pensar en términos de inocuidación. A medida que, por lo general, las penas se suavizan, y a medida que se reconoce cada vez más el daño que produce el encarcelamiento, las condenas largas adquieren su justificación, de modo especial, en la necesidad en que se encuentra la sociedad de protegerse frente a ciertos individuos. Este razonamiento origina dos problemas, uno práctico y otro ético. En primer lugar, la teoría descansa sobre el supuesto de que es posible predecir la conducta futura. Sin embargo, se puede afirmar de modo general que las correlaciones obtenidas hasta la fecha han demostrado ser tan débiles que su valor aclaratorio es escaso. Por consiguiente, cualesquiera predicciones basadas en ellas serán también de poco valor. Hay una gran diferencia entre las posibilidades de identificación de ciertos *grupos* con un alto riesgo de criminalidad futura, y las de *individuos aislados* a los que pueda atribuirse serias probabilidades de que delinquirán. No es, en absoluto, imposible la identificación de ciertos grupos con un elevado riesgo de delincuencia. Pero no hay actualmente métodos que predigan qué delincuente concreto de tal grupo reincidirá. Y se duda que tal predicción sea posible alguna vez. Tal dificultad se pone de manifiesto de modo especial en los supuestos de infracciones muy graves ya que, por lo general, se producen pocas veces.

Si, al determinar las condenas por infracciones graves, se usa como criterio el riesgo de una criminalidad futura, resultará que, o la mayoría de aquéllos a los que se desea neutralizar quedarán en libertad, o, por el contrario, se actuará contra muchos individuos que en realidad no van a cometer en el futuro las infracciones que se predicen. En el primer caso, la inocuidación es tan ineficaz que su valor es despreciable, mientras que en el segundo caso se origina un conflicto inaceptable con importantes y consolidadas exigencias de seguridad jurídica.

El problema ético consiste en que la utilización de la inocuidación como motivo de las intervenciones penales significa que se pena a una persona, no por lo que ha hecho, sino por lo que se cree que puede hacer en el futuro. Por tanto, una persona sometida a una sanción más grave que la correspondiente normalmente al delito cometido, y que se pretende justificar por la prevención de la reincidencia, cumplirá condena en base a un delito que no cometió y que, además, es dudoso que lo fuera a cometer alguna vez. Tal cosa entra en conflicto con las exigencias más esenciales

de seguridad jurídica, y puede compararse a la condena de una persona inocente.

## CONCLUSIONES

¿Qué conclusiones ha obtenido el grupo de trabajo de este análisis de los principios?:

— La incriminación de una conducta implica una puesta de relieve de la misma, y es un intento de impedir que se lleve a cabo. Ha de haber relación entre las razones para la incriminación y el carácter del sistema de sanciones.

— La pena no debería fundarse en que el delincuente la necesita. No se pena en interés del delincuente. La pena se fundamenta en lo que uno ha hecho y no en lo que uno es.

— El límite de la severidad de una pena derivada de una conducta criminal habría de determinarse en función de la valoración penal de la conducta. Esto implica establecer una valoración fundada en la gravedad del delito. Se trata de una decisión política, por lo que caben posibilidades de reforma —siempre que exista una voluntad política de ello.

— Cuando se valore la gravedad de cualquier infracción en particular pueden tomarse en consideración, también, circunstancias referidas a la situación personal del delincuente.

— Dentro de la estructura general de la pena deberá atenderse a las diversas necesidades del delincuente. El grupo de trabajo *no* está en contra del tratamiento, de las ayudas y de las diversas clases de servicios sociales, sino solamente en contra de las pretensiones de justificar o legitimar la intervención alegando necesidades de tratamiento. El tratamiento y el servicio se han de ofrecer durante la condena como un derecho que el delincuente puede exigir, si lo desea.

— Las conclusiones del grupo de trabajo no suponen una sobrevaloración, en términos absolutos, de los fundamentos preventivos generales respecto al establecimiento de penas. Se trata, más bien, de que ciertos motivos de punición, los de prevención especial, se han desmoronado de tal forma que se consolidan otros argumentos que han existido, y deben existir, siempre.

— El grupo de trabajo propone un descenso general de la cuantía de las penas.

## 6. LAS SANCIONES

Nos encontramos en el Código penal con cuatro tipos diferentes de sanciones:

— *Privación de libertad* (prisión, prisión para jóvenes, internamiento, y probation combinada con tratamiento institucional).

— *Tratamiento en libertad* (condena condicional y probation).

— *Multas* (días multa y multas de cuantía determinada).

— *Sometimiento a tratamientos especiales* (en base a la Ley de Protección a la Infancia, a la Ley de Lucha Antialcohólica, a la Ley sobre Tratamiento de Enfermedades Mentales, así como tratamiento psiquiátrico en régimen abierto).

Una quinta categoría de sanciones abarca ciertas reacciones formales frente al delito: Expulsión de extranjeros, comiso, retirada de permisos de conducir y de otros permisos especiales, cargas adicionales, etc. Se regulan principalmente fuera del Código penal.

El grupo de trabajo no comparte la opinión de que las actuales sanciones sean incuestionables, y acepta la posibilidad de introducir otras sanciones que sean más adecuadas. En todo caso, la pretensión de lograr un sistema sencillo presupone un número limitado de sanciones bien definidas.

El grupo de trabajo no aconseja abandonar la estructura del actual sistema de sanciones. Las futuras reacciones a los delitos habrían de basarse en las sanciones de multa, tratamiento en libertad, y, como medida extrema, encarcelamiento. Casi todas las propuestas relativas a otro tipo de penas, planteadas en diversos contextos, se incluyen en una u otra de estas categorías. En algunos casos tales propuestas pueden encajarse en la estructura de las sanciones ya existentes.

El nombre colectivo usado en el Código penal para las reacciones a los delitos es el de sanciones. De éstas, las multas y la prisión se denominan penas generales.

El grupo de trabajo, sin querer exagerar la importancia de este problema terminológico, mantiene, sin embargo, un punto de vista definido: Se debería usar un término que sea lo más explícito posible. La sanción es, para el delincuente, una reacción desagradable frente a una conducta digna de pena. Por tanto, parece bastante lógico llamar a la reacción legal frente al delito, pena. Esto no significa, sin embargo, como se pone de relieve en diversas partes del informe, que las reacciones deberían ser más aflictivas y represoras que lo que lo son en la actualidad. Se trata sustancialmente de utilizar una denominación adecuada.

El grupo de trabajo no cree que este cambio haya de originar consecuencias negativas. Un lenguaje claro e inequívoco tiene la ventaja de que pone en evidencia que los modos de expresión de las condenas deben revisarse cuidadosamente. El actual lenguaje, frecuentemente desorientador, puede hacer que se enmascaren coerciones, y otras decisiones negativas que afecten al delincuente, de un modo que sugiera que lo que se hace es en interés propio del delincuente. Además, existe el grave riesgo de que se desacredite la idea de tratamiento al ser usada en este contexto, puesto que se puede suponer razonablemente que el contenido del tratamiento se determina en la misma medida por la experiencia de las personas sometidas a él, como por las decisiones de las autoridades. Un cambio terminológico no debería tener conse-

cuencias negativas en las actitudes del personal de las instituciones correccionales frente a sus clientes.

De los principios generales del grupo de trabajo se deriva la necesidad de que se ha de ser capaz de definir con claridad la gravedad relativa de las diversas sanciones. La actual situación legal es, en cierto modo, ambigua. En lo que se refiere a las sanciones de prisión, condena condicional, prisión para jóvenes e internamiento, puede afirmarse que *formalmente* ninguna de ellas se considera más grave que las otras.

Si bien esto pudiera parecer lógico en un sistema de sanciones orientado en la idea del tratamiento, resulta imposible combinar tal punto de vista con el planteamiento del grupo de trabajo. Por otro lado, parece difícil explicar y justificar a un lego el por qué la prisión no es una sanción más severa que, por ejemplo, la condena condicional.

La pregunta de qué sanciones se han de considerar más graves que otras ha de responderse, sin duda, en función del efecto aflictivo que producen en el penado. El grupo de trabajo opina que las sanciones que comportan privación de libertad son, obviamente, las más graves de todas. Las sanciones que someten al delincuente a supervisión y a otras formas de control, si bien en libertad, son más graves que las que no poseen tales elementos. Consecuencia de todo esto sería que, en el sistema actual, la condena condicional se consideraría menos grave que la probation, la cual, por su parte, sería más leve que la prisión.

Hay dudas respecto a dónde deberían situarse las multas en esta escala. Se puede argüir que esta sanción es más grave que la de condena condicional, la cual no conlleva más que una advertencia y no hace ninguna exigencia especial al delincuente. Argumentos favorables a la colocación de las multas de elevada cuantía en un lugar más alto de la escala serían el de que debiera posibilitarse el uso de las multas para infracciones más graves que aquellas en las que se utilizan en la actualidad, así como la tendencia existente a favor de la ampliación del área de aplicación de las multas. Sin embargo, la condena condicional implica la suspensión de la pena y el riesgo de una pena más grave si el delincuente reincide; el procedimiento judicial es también generalmente más gravoso para el acusado; la condena condicional exige un informe previo a la condena, y no se puede imponer en ausencia del acusado; las multas pueden —y esto debería seguir siendo así en el futuro— ser impuesta como una pena adicional en los supuestos de condena condicional. Asimismo, las multas suponen una sanción adecuada y natural en muchas infracciones leves, y se pueden imponer de un modo simplificado, sin procedimientos con intervención del tribunal; práctica que no es aconsejable modificar.

El grupo de trabajo piensa que este tema tiene que verse de un modo ponderado. La gravedad de las multas en el caso concreto depende de lo altas que sean y de la forma en que se impongan. Es natural que se considere a las multas bajas como una

sanción más suave que la condena condicional. No obstante, una pena consistente en un número de días multa elevado puede considerarse equivalente a la condena condicional, y, en ciertos casos, más severa que ésta.

Cuando se usen, como alternativa a la prisión, multas considerables, puede ser adecuado el combinarlas con una condena condicional, indicando de este modo que el delincuente está al borde de la prisión. Tal sistema posibilita, en función de las disposiciones actuales, tanto el corresponder a la gravedad de la infracción, como el suministrar las bases para el tratamiento lógico del caso en el supuesto de que haya reincidencia. En resumidas cuentas, las multas y las condenas condicionales deberían superponerse en cierta medida en lo concerniente a su gravedad relativa.

## 7. PRIVACION DE LIBERTAD

El capítulo dedicado al encarcelamiento se inicia con un análisis de su naturaleza y empleo. El grupo de trabajo alude a la unanimidad a todos los niveles respecto a sus efectos dañosos, y a que su uso debería restringirse.

Al mismo tiempo, resulta difícil abolirlo por completo. Ciertos delitos muy graves exigen una reacción firme y, si se suprimiera la prisión, habrían de crearse otras penas igualmente severas.

Con todo, el grupo de trabajo desea limitar aún más el uso del encarcelamiento. Esto puede realizarse de tres modos: Las sanciones que conlleven privación de libertad pueden pasar a ser menos frecuentes, más breves y más suaves. Las tres posibilidades deberían realizarse.

La privación de libertad debería dejarse sólo para casos extremos. Habría de limitarse todo lo posible el número y duración de las condenas que implicaran prisión. La prisión debería emplearse sólo en infracciones tan graves que se considere necesaria una repulsa drástica y notoria. Esto se ha de basar, desde luego, en un juicio de valor.

En concordancia con los principios, sólo las características de la infracción cometida justificarían el uso de la prisión. La pretendida necesidad de tratamiento de un delincuente en concreto, o de hacerle criminalmente inocuo, no habrían de ser las únicas razones para la pena de prisión ni para condenas particularmente largas. No obstante, se podrá obtener, como efecto colateral en cierto número de situaciones peligrosas típicas, el de la inocuización, si se atiende a los razonamientos sobre política de condenas y a las previsiones relativas a la posibilidad de aumentar la condena en caso de reincidencia.

El grupo de trabajo propone la existencia de una sola pena que implique privación de libertad. Consecuentemente, se recomienda que el internamiento, la prisión para jóvenes, y la probation

con tratamiento institucional, sean abolidas. La prisión debería ser siempre de duración determinada.

#### LIBERTAD CONDICIONAL

Esto hace que nos planteemos el problema de la libertad condicional. Actualmente se puede otorgar a partir de la mitad de la condena, y se concede por lo general cuando se han cumplido dos tercios de la misma. En todo caso, han tenido que cumplirse cuatro meses de condena. Las decisiones relativas a la libertad condicional no se toman por el tribunal sino por las autoridades responsables de la ejecución de la condena. Las medidas sobre la libertad condicional implican que la prisión superior a cuatro meses es una pena, hasta cierto punto, indeterminada.

Se pueden realizar graves objeciones a la libertad condicional. Si se rechaza la idea del tratamiento, se rechazan, consecuentemente, algunas de las razones básicas favorables a la libertad condicional. Se pone de manifiesto que un sistema que utilice la libertad condicional conduce a una práctica desigual e imprevisible, la cual, por tanto, aparece como injusta. El principio de la proporcionalidad de la pena basada en las circunstancias de la infracción, defendido por el grupo de trabajo, puede peligrar con la libertad condicional. Asimismo, la diversa información de los tribunales relativa a cómo se utilizan las previsiones sobre la libertad condicional, al igual que su posible tendencia a tomar esto en consideración al imponer la condena, pueden contribuir a la imposición de penas injustificadas.

Si se aboliera la libertad condicional desaparecería este tipo de inseguridad. Así pues, aspectos importantes de la seguridad jurídica sugieren la abolición total de la libertad condicional.

Desde luego, habría que ajustar el nivel general de punición de modo que la duración real de las condenas no aumentara. Igualmente, las actuales disposiciones reguladoras de la revocación de la porción de tiempo no cumplida, tienen, con frecuencia, consecuencias desafortunadas en lo referente al nivel de punición de cualquier otra nueva infracción.

El grupo de trabajo discute esto con detalle, así como otros argumentos a favor y en contra de un sistema que utilice la libertad condicional. Dado que hay una serie de consideraciones prácticas que arguyen a favor del mantenimiento de este sistema, el informe las analiza. El argumento más importante es el de que existe el riesgo de que el tiempo medio de estancia en prisión aumente si se abole la libertad condicional. Además, durante un período transitorio considerable podría suceder que los niveles de punición entre los diversos tribunales fueran desiguales, en función de la consideración que se diera al hecho de que la libertad condicional había sido abolida. Probablemente, este riesgo no pasa de ser pequeño en las condenas de corta duración, pues-

to que se fijan de un modo más o menos automático, pero aumenta si se trata de condenas largas.

De todos modos, hay diversos sistemas para vencer estas dificultades. El primero consistiría en dar a los tribunales instrucciones concernientes a la modificación del nivel de punición, a través de disposiciones legislativas específicas. De todos modos, la imposición de condenas se basa, inevitablemente y en gran medida, en una praxis judicial sobre la que difícilmente se influye a través de la legislación. Todo tipo de intervenciones de consecuencias imprevisibles se han de realizar con mucha cautela. Especialmente si hay riesgos de modificar la praxis y de prolongar la privación de libertad.

De todos modos, puesto que los tribunales suecos son particularmente receptivos a las directrices emanadas del poder legislativo, sería posible realizar una reducción general del nivel de punición a través de los tribunales. Algunos otros argumentos favorables al mantenimiento de la libertad condicional pueden satisfacerse por otros caminos y con otros medios.

Por tanto, debería abolirse la libertad condicional. Simultáneamente habrían de revisarse los niveles de punición de las infracciones en particular.

Instrucciones especiales sobre la imposición de condenas deberían remitirse a los tribunales.

En conexión con este tema, el grupo de trabajo presenta el único voto reservado. En una declaración especial, un miembro del grupo, Bo Martinsson, director general de la Administración Nacional de Prisiones y Probation explica por qué él considera que la libertad condicional habría de mantenerse.

Pese a la actitud fundamental del grupo de trabajo, éste describe detalladamente un posible sistema que contuviera la libertad condicional de modo tal que los inconvenientes fueran minimizados. Tal descripción muestra dos cosas. Ante todo, que la regulación de la libertad condicional habría de revisarse en muchos aspectos si se optara por su mantenimiento. En segundo lugar, que la experiencia del grupo de trabajo enseña que cuanto más se reflexiona sobre la elaboración de un sistema con libertad condicional, más patentes se hacen las dificultades, y más nítidamente surgen las razones contrarias al mantenimiento de tal sistema. Las propuestas aludidas pueden resumirse del modo siguiente:

— La regulación de la libertad condicional se debería formular de modo tal que el interno sea liberado tras haber cumplido una parte determinada de la condena. Las excepciones a este principio se deberán establecer en la ley lo más claramente posible, exigiendo decisiones especialmente motivadas y susceptibles de apelación. Sólo habría de ser posible la demora en la puesta en libertad en los supuestos en que el delincuente haya reincidido rápidamente tras haber cumplido condenas de prisión, o bien en el caso de mala conducta durante la condena. También habría de

respetarse el posible deseo del interno de cumplir toda la condena.

— La libertad habría de producirse ordinariamente en un momento determinado, es decir, cumplida una porción fija de la condena. Dado que una de las razones principales para el mantenimiento de la libertad condicional es la reducción del tiempo en prisión, esta porción debería ser la mitad de la condena.

— El tiempo mínimo prescrito en la actualidad (que implica que han de cumplirse cuatro meses antes de que la libertad condicional pueda concederse) debería abolirse o, al menos, hacerse más corto.

— El período de libertad bajo palabra, tras la libertad condicional, debería tener la misma duración que la porción no cumplida de condena.

— En el caso de que se haya de someter a las personas liberadas condicionalmente a situaciones especiales de libertad bajo palabra y a supervisión durante este período (lo que en principio parece dudoso), habrían de utilizarse las medidas aplicables a las otras sanciones en libertad.

— Se debería mejorar el acceso a ayudas y apoyos especiales vinculados a la situación de libertad.

— Sólo se revocará la libertad condicional cuando se cometan nuevas infracciones durante el período de libertad bajo palabra, y sean éstas castigadas con privación de libertad.

— La cuantía del período en libertad bajo palabra que habría de revocarse en cada caso particular es algo a decidir atendiendo a la duración de la pena impuesta por la nueva infracción, puesta en relación con la infracción anterior. No se podrá revocar por encima de la porción que restara del período de libertad bajo palabra.

#### LA DURACIÓN DE LA CONDENA

El grupo de trabajo recomienda una disminución general de la duración de las condenas. De acuerdo con las regulaciones actuales, la prisión se puede imponer desde un mes hasta diez años, o de por vida. Si el delincuente ha cometido diversas infracciones, es posible condenarle hasta doce años de prisión. La gran mayoría de las condenas a prisión son cortas, siendo poco frecuentes las extremadamente largas. De un número aproximado de 12.000 condenas de prisión en 1976, el 40 por 100 fueron de sólo un mes, es decir, el tiempo mínimo, mientras que un poco más del 75 por 100 no superaron los cuatro meses, y sólo 191 (1,6 por 100) fueron superiores a dos años. De todas formas, las condenas largas se han incrementado algo entre 1975 y 1976.

Las condenas de prisión cortas se han discutido y criticado a lo largo de todo el siglo xx. El grupo de trabajo analiza estas críticas, procedentes, en parte, de un punto de vista orientado hacia

el tratamiento como propósito de la prisión, y considera que tales críticas son exageradas.

Una de las principales metas sería limitar el uso de la prisión y sustituirla, en la medida de lo posible, por otras sanciones. Ahora bien, cuando la prisión se considere necesaria, entonces es menos dañoso utilizar penas cortas que largas.

La proclividad de los tribunales hacia el uso frecuente de la pena mínima sugiere que hay necesidad de reducirla aún más, y esto puede contribuir a la disminución general del empleo de la prisión. Si más de un tercio de todas las penas de prisión se imponen en su grado mínimo, se puede pensar razonablemente que una reducción de este nivel llevaría al empleo de condenas más cortas. Si se comparan los países escandinavos, se observa que un mes es una pena mínima elevada. En Noruega el mínimo es de 21 días, en Finlandia 14 y en Dinamarca 7 días. La Comisión de Derecho Penal Finlandesa ha propuesto la reducción a 6 días.

El grupo de trabajo recomienda que la duración mínima general de la prisión se reduzca al período menor que sea administrativamente practicable, probablemente alrededor de una semana. El cambio habría de realizarse de modo que el número de penas cortas de prisión no aumente en lo posible, a no ser que haya una reducción correspondiente del número de condenas largas.

#### CADENA PERPETUA

La cadena perpetua se incluye como pena en once infracciones diferentes, la mayoría de las cuales se cometen muy rara vez, mientras que de otras no han conocido los tribunales en ningún momento en los últimos años. En la actualidad, la condena se conmuta sin excepción, a través de un indulto, por una condena determinada, tras lo cual es posible la libertad condicional. Esto significa que, en la práctica, una condena a cadena perpetua no es realmente para toda la vida. Esto por sí sólo es razón para pensar en su abolición. A ello hay que añadir los argumentos que se pueden esgrimir contra todas las condenas indeterminadas. En la cadena perpetua, la edad y la salud del delincuente ejercen una gran influencia en relación con la severidad que el castigo vaya a tener en la práctica. Esto es inapropiado.

Hay dos argumentos importantes contra la abolición de la cadena perpetua. En primer lugar, si se piensa que la privación de libertad tiene una función principalmente simbólica, entonces la cadena perpetua se puede considerar útil. Es la condena más extrema que puede emplear la sociedad. La pena se puede reservar a unas pocas conductas, y usarse con cuentagotas. Simultáneamente, el mero hecho de que se pueda imponer, suministra una ayuda adicional al sistema de sanciones. La posibilidad de una condena a cadena perpetua se puede usar también en ciertas si-

tuaciones como un argumento contrario a la restauración de la pena capital.

En segundo lugar, dado que se perdona de modo regular y sin excepciones a las personas condenadas a cadena perpetua, los problemas que tal pena pueda originar no son superiores a los de otros períodos largos de encarcelamiento. Así pues, no ocasionaría mayores inconvenientes el mantener la posibilidad de la condena a cadena perpetua para unos pocos delitos en particular. Por otro lado, la argumentación arriba expuesta muestra que no hay una necesidad real para el encarcelamiento de por vida y, por tanto, esta condena debería abolirse.

El grupo es unánime en que no es necesaria una cadena perpetua de hecho. Tal sanción sería, además, contraria a los principios básicos del sistema de sanciones recomendados por el informe. La pregunta relativa al mantenimiento *formal* de la cadena perpetua depende de si su valor simbólico es indispensable. Este posible valor se ha de contraponer a lo indeseable que es mantener una sanción que sólo existe sobre el papel y no en la realidad. Tal cosa puede tener consecuencias negativas para la credibilidad del conjunto del sistema de sanciones. Por otro lado, existe el riesgo de que una condena formal a cadena perpetua pueda convertirse en una realidad práctica bajo circunstancias sociales diferentes.

Dentro del grupo de trabajo, algunos miembros consideran que la sanción formal de cadena perpetua debería mantenerse, posiblemente combinada con garantías de que se ha de revisar siempre y se ha de conmutar por una condena determinada tras un cierto número de años. Otros miembros opinan que la condena a cadena perpetua debería abolirse por completo.

## 8. SANCIONES NO PRIVATIVAS DE LIBERTAD

Es importante que las sanciones que impliquen privación de libertad se usen con parquedad. La alternativa más importante a estas sanciones son, en la actualidad, la condena condicional y la probation. Es preciso comprobar, por tanto, si estas sanciones pueden convertirse en una alternativa a la prisión más convincente.

La condena condicional —tal como existe en Suecia— puede ser descrita más correctamente como una advertencia. El tribunal puede elegir esta sanción si el riesgo de reincidencia se considera bajo y la infracción no es excesivamente grave. No hay pena, y la condena condicional no origina ni supervisión ni cualquier otra medida de control. La única consecuencia legal real es que, si se cometen nuevas infracciones durante un período de prueba de dos años, la condena condicional puede revocarse y se puede establecer otra sanción en base a la infracción original y a la nueva.

La condena a probation significa que el delincuente es sometido a supervisión. Esta, por lo general, dura de uno a dos años, pero puede extenderse a lo largo de todo el período de probation que es de tres años. Esta sanción se utiliza cuando se considera que el delincuente necesita supervisión y la infracción no es tan grave como para precisar una condena de prisión. La probation puede combinarse con un breve período de tratamiento institucional y —al igual que la condena condicional— con días multa.

En el informe, la probation es la que se analiza más detenidamente. Durante los trabajos preparatorios del Código penal y de la reforma correccional de 1973, se puso el énfasis en que la probation debería ocupar una posición preeminente en el sistema de sanciones. En los últimos años se han hecho grandes inversiones en este sector aumentando considerablemente la plantilla profesional.

#### LA NECESIDAD DE UN CAMBIO

Sin embargo, los efectos positivos que se suponían ligados al uso de la probation no se han producido. La probation no inspira la confianza necesaria para darle un amplio alcance como sanción sustitutiva de la privación de libertad. Aunque no se critica el aumento de los recursos destinados a la probation y a la libertad bajo palabra, no hay duda de que la probation tiene otros defectos que no derivan de la escasez de recursos para su ejecución.

Las medidas legales que regulan el contenido práctico de la probation se expresan de un modo genérico. Esto implica que puede haber variaciones significativas durante su cumplimiento. Por principio, es cuestionable que el contenido de las sanciones y su duración se determinen en tan gran medida por las autoridades responsables de su cumplimiento. Dado que no se han de esperar efectos positivos para el delincuente, la intensidad y duración de la sanción deberían determinarse principalmente a través de una estimación de la gravedad del delito. El tribunal debería concretar más de lo que hace en la actualidad. De este modo, la sanción satisfaría más fácilmente las exigencias de seguridad jurídica y de proporcionalidad.

La vaguedad existente acerca de la configuración práctica de la sanción no permite ver con claridad qué exigencias pueden hacerse mutuamente el delincuente y la autoridad de cumplimiento. Por tanto, toda reacción derivada del incumplimiento por el delincuente de las obligaciones que eventualmente se le exijan se convierte, en cierta medida, en una cuestión de suerte, y puede parecer, con frecuencia, sorprendente e injusta. Ligado a esto, se encuentra el hecho de que las funciones respectivas en el sector de la probation y de la libertad bajo palabra están poco claras. Esto es cierto respecto a los delincuentes, los funcionarios de la probation y los supervisores legos. Estos últimos, frecuentemen-

te, se sienten, con razón, impotentes tanto para ofrecer un contenido positivo sustancial al delincuente, como para hacer efectivas cualesquiera exigencias que éstos pudieran presentar. La demarcación de las áreas de responsabilidad, así como la delimitación entre la organización de la probation y las organizaciones municipales de asistencia social, son también vagas. En muchos aspectos la probation y la asistencia social son organizaciones paralelas. Esto contribuye a que ciertas tareas —especialmente aquéllas que implican control— sean rechazadas por ambas partes, y queden, de este modo, en tierra de nadie.

Un defecto esencial de la probation es, desde luego, que, al igual que otras sanciones, no ha demostrado tampoco, que sepamos, ser efectiva desde el punto de vista del tratamiento. Por tanto, hay buenas razones para preguntarse si hay que dar importancia «per se», al elegir la probation como sanción, a la afirmación de que necesita supervisión. Si se aboliera este criterio en la elección de la sanción, se reduciría asimismo la actual posibilidad de que la sanción discrimine entre los delincuentes de acuerdo a su «status» social.

Decidida por el Tribunal, en base al nivel de punición de la infracción, la imposición de una sanción no privativa de libertad, tal sanción se ha de configurar, obviamente, de un modo tal que haga disminuir lo más posible los riesgos de una criminalidad ulterior durante el cumplimiento de la sanción. Ante todo, se pueden utilizar métodos de control más o menos intensivos y frecuentes. Dentro de la probation, el contacto entre el delincuente y el encargado del cumplimiento es el medio más importante de utilización de estas posibilidades.

El carácter innovador de la probation está ligado, entre otras cosas, al hecho de que una persona que sería, de otro modo, condenada a prisión, puede recibir una sanción más suave y posiblemente menos dañosa. Pese a que el nivel actual de control puede ser en muchos casos suficiente, es necesario establecer más claramente cuál debería ser el contenido de la sanción, y reforzar los aspectos de control, para ciertos individuos que, si se modificara el sistema, serían condenados a tratamiento en libertad en vez de a prisión.

No hay razones para ocultar los elementos aflictivos y de control que el tratamiento de probation origina ya actualmente. Por el contrario, deberían admitirse abiertamente. Esto tiene, entre otras cosas, la ventaja de que pone de manifiesto por qué los aspectos de seguridad jurídica —importantes en cuanto que están dentro de un sistema de punición— deben satisfacerse también dentro del campo de la probation. Además, admitiendo los elementos negativos de la punición, se puede facilitar una humanización del sistema.

Si se admite que las sanciones son algo desagradable, adquiere importancia el establecimiento de límites respecto a aquello a lo que el delincuente puede ser sometido. Tales límites deberían

fijarse con la ayuda de criterios que sean fáciles de determinar y de controlar. Esto significa que el contenido de la probation debería construirse alrededor de una estructura simple, la cual explicara qué se pide al delincuente. No deberían emplearse reglas generales exigentes de buena conducta, puesto que, en la medida en que su contenido puede definirse de modos muy distintos, implican cosas diversas en las diferentes personas. Por el contrario, los límites de las obligaciones del delincuente deberían establecerse determinando con qué frecuencia y por cuánto tiempo ha de estar el delincuente en contacto con el supervisor.

Dada la perspectiva del grupo de trabajo, está suficientemente claro que ha de ser el tribunal, y no la autoridad de cumplimiento, el que debería precisar el contenido de la sanción a este respecto. Dentro de este marco, habría posibilidades, tal como se da en la actualidad, de dotar a la sanción de un contenido significativo, en colaboración con el delincuente.

También las instrucciones especiales que actualmente se pueden emplear, relativas al modo de vida del delincuente, pueden tener consecuencias bastante diversas según las personas. Estas instrucciones pueden manifestarse, asimismo, como cínicas o totalmente irrealistas, ya que puede ser difícil incluso el suministrar lo que se prescribe, por ejemplo, empleo o tratamiento médico. Además, tales instrucciones especiales se basan en una idea del tratamiento irreal, y no hay razones para pensar que instrucciones relativas a tomar un empleo mejoren la adaptación del delincuente a la vida del trabajo, o que una instrucción que implique cuidados médicos cambie el estado de salud del delincuente.

Las instrucciones especiales relativas a la abstención de alcohol, que pudieron darse hasta 1974, son un ejemplo drástico de su ineficacia. Desde luego, desde un punto de vista social, es importante luchar contra la inadaptación manifestada a través del abuso del alcohol o a través de una mala adaptación a la vida de trabajo. Es inútil confiar, sin embargo, en que se haya de obtener cualquier mejora a través del uso de instrucciones en el marco de las sanciones jurídico-penales, en otras palabras, a través de la coerción. Ahora bien, si se hacen ofertas atractivas, no es improbable, por otra parte, que se haga uso de ellas, e incluso podrían tener un efecto más duradero.

La reincidencia durante la probation conduce frecuentemente a que no se imponga de hecho ninguna sanción por el nuevo delito. Este efecto se logra a través de la llamada consumación de condena. Sin embargo, cuando se acaba la paciencia del tribunal, la probation se revoca, y se impone la prisión. En ese momento, tal cosa significa una agudización muy vigorosa de la condena. La diferencia entre el contenido medio de la probation y, por ejemplo, nueve meses de prisión, es demasiado grande. La escalada debería realizarse de modo más gradual.

El común denominador de los condenados a plazos medios de

prisión no es la gravedad de la infracción actual sino su anterior carrera criminal. Una misma persona no puede ser condenada demasiadas veces a la misma sanción por la misma clase de infracción sin que el sistema pierda credibilidad. Por tanto, la reducción del uso de sanciones privativas de libertad exige un aumento de las oportunidades para diferenciar entre las sanciones que no impliquen pérdida de libertad. Tal necesidad de diferenciación no tiene nada que ver con las necesidades de tratamiento del delincuente. Se justifica por la conveniencia de poder hacer uso de modo sucesivo de penas más graves, manteniendo al mismo tiempo la privación de libertad como una sanción que se ha de usar sólo en casos excepcionales.

Las sanciones del tipo de probation no deberían presentar dudas ni al delincuente, ni al sistema de justicia penal, ni a la sociedad en general. Deberían plantear exigencias simples y claras al delincuente. Con el fin de preservar la integridad del sistema de sanciones, debería ser posible reaccionar contra aquéllos, que no responden a las exigencias hechas. Por tanto, debe aclararse qué sanciones ulteriores pueden emplearse en estas circunstancias y cuándo se pueden usar exactamente. No deberían ser más graves de lo necesario para la obtención de su objetivo, pero habrían de utilizarse constante y rápidamente. Debería eliminarse en lo que fuera posible la diversidad que hay en la actualidad en el uso de estas formas de sanción.

Por supuesto, no hay que renunciar a la pretensión de que los que estén sometidos al sistema correccional encuentren el apoyo preciso para una mejor adaptación social. La afirmación de que las necesidades de tratamiento no han de ser el factor inspirador de las decisiones sobre medidas coercitivas, no quiere decir, de ningún modo, que no se haya de intentar satisfacer las necesidades de la persona condenada. No obstante, esto es esencialmente una cuestión de derechos, que no tiene nada que ver con la condena por una infracción. Se parte, por tanto, de un punto de vista relativo a derechos y no a tratamiento. Tal planteamiento debería conducir también a que se pusieran a disposición de las autoridades responsables del cumplimiento de la condena, mejores recursos.

### TRES SANCIONES

El grupo de trabajo describe a continuación, frente al planteamiento esbozado más arriba, un sistema que utiliza tres sanciones que no implican privación de libertad, a saber, condena condicional, supervisión y supervisión intensiva.

### *Condena condicional*

La más leve de las tres debería ser algo equivalente a la actual sanción de condena condicional. No se proponen cambios importantes en la configuración de la misma, pero sí se aconseja un cambio en la manera en que se aplica. Dado que la elección de la sanción no debería determinarse por la constatación de una necesidad de tratamiento, sino que ésta sólo condicionaría el modo como se ejecuta la condena, debería abolirse la exigencia de una buena prognosis. Por tanto, también podrían ser condenadas a esta sanción personas que vivan bajo condiciones socialmente insatisfactorias.

### *Supervisión*

La sanción siguiente en gravedad habría de ser similar a la actual de probation. Sin embargo, no conviene perder de vista las críticas anteriores. El principio básico de la sanción es la exigencia de una cierta frecuencia de contacto con las autoridades o con un supervisor. El grupo de trabajo piensa que podría ser suficiente una o dos veces por semana.

El tribunal precisaría, de acuerdo con los criterios usuales para la imposición de condenas, por cuánto tiempo habría de durar la supervisión. Si se requiriera un contacto de al menos una vez por semana, parece razonable fijar la duración de la condena entre un mínimo de dos meses y un máximo de uno o dos años. La autoridad que ha de seguir el cumplimiento de la condena estaría ligada a la decisión del tribunal, y no podría aumentar o disminuir el período estipulado.

Es característico de la probation y de la libertad bajo palabra suecas el que el contacto con los delincuentes se lleve a cabo en gran medida por legos y no por asistentes sociales profesionales. Es importante plantearse qué papel deberían jugar estos supervisores legos en la probation.

Podría mantenerse la actual posibilidad de elegir entre un lego o un funcionario de la probation como supervisores. Este sistema tiene diversas ventajas. Está ya bien consolidado y funciona con frecuencia correctamente, al menos respecto a los delincuentes menos graves. Los supervisores legos están a menudo comprometidos con esta tarea, son competentes, y pueden ofrecer un contacto social normal con el delincuente. Muchos condenados prefieren este tipo de contacto al contacto con un funcionario. La participación de supervisores legos también es importante y atractiva por otras razones dignas de consideración. Facilita una penetración e influencia de sustrato muy amplio.

Ahora bien, el uso de legos conlleva, sin embargo, ciertas desventajas. Ellos no son proclives a considerarse, de buena gana, como personas ejecutoras de un control. También ocurre esto fre-

cuentemente con los funcionarios de la probation, pero éstos están mejor preparados para combinar este papel con el de ayuda y apoyo al delincuente. Hay que decir, por otro lado, que la calidad de los supervisores legos varía considerablemente. Algunos pueden, sin ninguna duda, mantener las exigencias de contacto y control, y al mismo tiempo servir como valiosos intermediarios de los recursos y vinculaciones sociales. Otros realizan esto con dificultad. Una posible solución consistiría en usar a los supervisores legos de modo exclusivo como personas de contacto voluntario por parte de los delincentes.

Si se ha de mantener el funcionamiento de los legos de un modo aproximadamente igual al actual, hay que inculcarles que están siguiendo el cumplimiento de una condena y que han de mantener las exigencias de contacto establecidas legalmente. El supervisor debería estar obligado también a asistir al delincuente con ayudas sociales o similares, si es requerido para ello, por lo que no ha de limitarse meramente a una función de control.

### *Supervisión intensiva*

Debería introducirse como la forma más grave de las sanciones no privativas de libertad, una nueva sanción. Se reservaría a personas que cometen delitos graves, o reinciden rápidamente tras haber sido condenadas a sanciones más suaves.

Se pone el énfasis en que la razón de esta propuesta hecha por el grupo de trabajo, reside en el deseo de limitar el ámbito de la prisión. Para posibilitar esto, es preciso crear sanciones no privativas de libertad que originen un control más intensivo y mayores inconveniencias que la probation de hoy en día. De lo contrario, la alternativa para tales casos sería la prisión, la cual es una solución peor y considerablemente más afflictiva.

Hay también signos de que un número progresivo de delincentes bajo probation tienen graves problemas personales y sociales, tendencia que probablemente aumentaría si el uso de la prisión se limitara todavía más. Por consiguiente, es importante que las sanciones no privativas de libertad se conviertan también en un método más intenso y efectivo en la detección de las necesidades sociales. El contacto con el servicio de probation debe estimular la adopción de medidas «creadoras de asistencia» positivas, en cooperación con el delincuente.

A la vista de este planteamiento, el grupo de trabajo ha perfilado una sanción que en su forma pura origina un control más intenso, y por tanto mayores inconveniencias para el delincuente, que la probation. Al mismo tiempo se espera que sea más efectiva que la probation en la estimulación de ayudas, sociales o de otro tipo, sobre una base voluntaria. Se pretende que la sanción tenga un alto valor desde el punto de vista de la prevención general, pero también se tendrán en cuenta las posibilidades de redu-

cir el riesgo de ulteriores infracciones, y de mejorar la adaptación del delincuente a la sociedad.

El núcleo de la nueva sanción residiría en la exigencia de un contacto muy frecuente con la policía o con las autoridades correccionales. Este contacto debería tener lugar varias veces por semana. El tribunal decidiría, con ayuda de los criterios usuales reguladores de la duración de las condenas, por cuánto tiempo debería durar este contacto intensivo.

En cuanto al concreto cumplimiento de esta exigencia, hay diversas posibilidades. La característica principal de la sanción se puede centrar en la obligación de presentarse. En tal caso, parece lógico que la obligación se cumpliera presentándose a las autoridades de policía locales. Otra posibilidad sería presentarse a las autoridades correccionales, es decir, a la oficina de libertad bajo palabra y de probation del distrito. Otra tercera posibilidad consistiría en presentarse tanto a la policía como a las autoridades de la probation.

El presentarse a la policía y a las autoridades de probation sirve a diferentes propósitos. En el caso de presentarse a la policía, lo que se destaca es el elemento de control. Por el contrario, si el contacto es con la autoridad de probation, entonces se abre campo también para otro tipo de contacto con el delincuente, por ejemplo, la ejecución de servicios sociales o de otras medidas de valor más positivo.

Es difícil escapar al intento de satisfacer ambas metas. Parece imperdonable el no formular la condena de modo que haya al menos una posibilidad de ofrecer al delincuente un contenido que pueda ser positivo.

Este argumento favorece el punto de vista de que la obligación de presentarse se ha de satisfacer ante la oficina de probation del distrito. Sin embargo, hay que reflexionar respecto a la frecuencia con que debería hacerse el contacto, y respecto a la frecuencia en base a la cual deja de ser significativo el ver al funcionario de la probation. Si el contacto hubiera de ser casi diario, no es conveniente que tuviera lugar sólo en la oficina de probation del distrito, pues podría contrarrestar cualesquiera pretensiones de ofrecer una sanción con un contenido positivo, ya que un contacto tan frecuente puede considerarse fácilmente como carente de sentido y meramente represivo. Originaría también problemas prácticos. Además, la organización de probation, por distritos, está menos descentralizada que la de la policía. Esto significa que a menudo es más fácil para el delincuente ponerse en contacto con la policía. Por otro lado, cabe pensar que la obligación de presentarse a ésta será más efectiva de cara a la prevención de la criminalidad ulterior.

Frente a este panorama, parece que lo más conveniente sea combinar ambas posibilidades. Un sistema podría ser que el delincuente se presentara al funcionario de la probation una vez por semana, y a la policía las restantes ocasiones.

En determinados supuestos habría de ser posible reemplazar la presentación por algo más constructivo, pero que al mismo tiempo origine el mismo grado de control. Los que se sometan a tratamiento, necesitado de modo urgente, por problemas de alcohol o drogas, deberían quedar libres de ulteriores restricciones, o de cualquier otro control, mientras dure este tratamiento. Lo mismo podría aplicarse a la persona inadaptada a la vida de trabajo, que empiece a trabajar de modo regular, o a la persona con educación insuficiente, que participe en el correspondiente curso de instrucción, etc.

Tales ajustes deberían basarse en el libre acuerdo del delincuente. Del mismo modo, éste no debería cumplir sus obligaciones forzosamente en una determinada localidad, sino que debería poder presentarse en otra área. Debe, desde luego, dejarse margen también para actividades normales y legítimas tales como vacaciones, etc.

Con los criterios sancionadores defendidos por el grupo de trabajo serían condenadas también a supervisión intensiva personas que viven vidas socialmente ordenadas. Se podría argüir que la continuación en estas circunstancias ordenadas podría reemplazar al contacto frecuente con el personal de la probation. Sin embargo, esto significaría que estas personas cumplirían su condena en mejores condiciones que otros individuos socialmente menos privilegiados. Esta crítica ya se hace a nuestro sistema penal actual. Las personas de vida social ordenada no estarían sujetas en muchos casos, si no se hicieran otras exigencias, a ninguna inconveniencia al margen de las propias del proceso y, por tanto, no notarían el castigo. Tal consecuencia es inaceptable. Cualquier cosa que sustituya a la obligación de presentarse debe ser siempre algo de más entidad que aquello que el delincuente haría de todos modos. En las personas con buenas circunstancias sociales la supervisión intensiva podría probablemente llevarse a cabo con la mera obligación de presentarse, pero el contenido desagradable de la sanción se convierte en algo absoluto, algo que debe aceptarse.

La descripción dada concuerda con el principio de que la necesidad de tratamiento no debería ser un criterio para la selección de la sanción, sino que todo esfuerzo para satisfacer cualesquiera necesidades debería hacerse con el libre consentimiento del delincuente. A éste se le ofrece también la oportunidad de hacer exigencias relativas a la calidad de la ayuda ofrecida. La organización de la probation continuará, de este modo, siendo estimulada a hacer propuestas de ayuda, constructivas y atractivas. En este contexto, debería señalarse que esto exige considerables recursos. No basta con trabajar, incluso de un modo muy eficiente, a nivel individual, sino que son precisas decisiones políticas que destinen recursos a este propósito.

El grupo de trabajo sostiene, asimismo, que su propuesta no significa que se vayan a resolver una larga serie de problemas de

un solo golpe, y que las sanciones en libertad se vayan a convertir en algo útil y positivo. No se trata más que de elegir entre soluciones más o menos malas. El contenido básico de estas sanciones es la incomodidad y el control, y así debe ser. Cuanto más se desea sustituir la prisión por otras sanciones, más evidente se hace esto.

En un sistema como el que se ha esbozado, muchos rechazarán la recepción del tratamiento deseable o de otras tentativas de ayuda, o bien no acertarán con él. El efecto sobre la reincidencia y sobre la criminalidad en general también es inseguro. El grupo de trabajo, no obstante, considera que las soluciones propuestas son menos insatisfactorias que otras soluciones.

Puesto que el grupo de trabajo considera que el modo en el que las sanciones que impliquen tratamiento en libertad sean diseñadas es de importancia decisiva para el sistema de sanciones y para el intento de disminuir el uso de las privativas de libertad, los puntos de vista del grupo de trabajo sobre este tema se han dado, también en este resumen, con algún detalle.

## 9. SANCIONES PECUNIARIAS

Las sanciones pecuniarias ocupan una posición central, y tienen un área muy amplia de aplicación, en el actual sistema de sanciones. De los penados en 1976 por delitos contra el Código penal, al 83 por 100 se les impusieron multas. En la legislación especial las multas, con la excepción de unas pocas clases de infracciones, son la sanción predominante. Se ha de hacer notar que las multas se han usado en los últimos años más a menudo en ciertas infracciones que, con anterioridad, eran castigadas con prisión o con otras sanciones.

El grupo de trabajo considera que las multas son una sanción que encaja muy bien en el nuevo sistema de sanciones. Se definen con claridad; son fácilmente comprensibles y previsibles; se pueden imponer de acuerdo con una escala proporcional a la gravedad del delito; y, al mismo tiempo, permiten tomar en consideración las circunstancias financieras del delincuente. El efecto aflictivo de la condena puede, de este modo, distribuirse de un modo más o menos igual. Es también característico de las multas el que su pago elimine cualquier control impuesto por la sociedad en virtud de la infracción. De este modo la sanción se convierte en agua pasada.

Si a las multas se les ha de dar una posición preeminente en el sistema, deben pagarse. Estudios hechos hace unos pocos años demostraron que casi el 90 por 100 de todas las multas impuestas se pagaron. Además, es lógico pensar que las fórmulas más efectivas de cumplimiento de las condenas de multas, que se han propuesto con posterioridad, pueden aumentar esta proporción todavía más. La cuestión relativa a la conversión de las multas im-

pagadas en prisión no se ha decidido de un modo definitivo; el Parlamento ha manifestado recientemente que la posibilidad de elegir sanciones distintas de la de multa, en el caso de personas que rehúsen repetidamente el pago de sus multas, no debería excluirse.

El grupo de trabajo considera, por consiguiente, que hay posibilidades de ampliar el campo de aplicación de las multas. Las multas deberían utilizarse en todos los delitos no considerados como muy graves. Esto implica que las multas pueden emplearse en muchas infracciones que no se consideran en la actualidad triviales, por ejemplo, en las de gravedad media del capítulo sobre los delitos contra la propiedad del Código penal. Las multas podrían utilizarse también en algunos casos en los que ahora se emplean períodos cortos de prisión. No menos del 76 por 100 de todas las personas condenadas a prisión sufren condenas de cuatro meses o inferiores.

Si se han de usar las multas para delitos más graves que en la actualidad, se plantea la cuestión de qué sanción se ha de imponer en el caso de reincidencia. El grupo de trabajo propone que debería darse una cierta escalada en la elección de la sanción. Esto, a su vez, significa que el Tribunal ha de tener acceso a informaciones concernientes a las multas impuestas anteriormente por delitos graves. Las multas no se inscriben en el registro central de sanciones, y el grupo de trabajo no pretende sugerir tal cosa. Sin embargo, el tribunal recibe ocasionalmente información acerca de las multas impuestas con anterioridad, por ejemplo, a través del acusador si éste presenta un extracto procedente del sistema de información judicial (R I), o a través de un extracto del Registro de Permisos de Conducción, o a través de una petición de informes al Comité Central de Asistencia Social. Esta información depende frecuentemente de las circunstancias concretas, y es incierto el papel que puede jugar en la imposición de la condena. Esta inconsistencia e inseguridad es insatisfactoria. Debería prestarse atención a lo beneficioso que resultaría la existencia de reglas uniformes que determinaran qué información debería recibir el tribunal además de la información del registro central de sanciones. No se trata, por tanto, de un registro adicional, sino sólo de decidir en qué casos deberá emplearse un extracto de los registros existentes. Si, a través de ello, se puede lograr un sistema tipificado, se satisfaría la necesidad de información de los tribunales a propósito de la imposición de condenas.

El grupo de trabajo desea mantener el sistema de días multa. Hace posible una diferenciación de las sanciones, tanto en base a la gravedad del delito, como en base a las circunstancias del delincuente. Este sistema satisface mejor que ningún otro las exigencias de justicia social. No hay necesidad de cambios importantes en la construcción y en la configuración del sistema. Sin embargo, podría pensarse en una cierta elevación del límite superior del número de días multa: Si se han de emplear las mul-

tas en el supuesto de infracciones más graves que ahora, debe tenerse en cuenta la probabilidad de que los tribunales, al menos en el período inicial, usen los niveles más altos de la escala de multas.

El grupo de trabajo no considera posible eliminar totalmente el uso de penas en las infracciones menores. Existe, no obstante, interés en limitar, en lo que sea posible, la criminalización de transgresiones menores y en usar otros métodos para su control. Cuando sean inevitables sanciones económicas en las infracciones menores, el grupo de trabajo propone un sistema de sanciones similar al actual sistema de multas por infracciones reglamentarias. Debería trazarse una clara vinculación entre éstas y las multas. Las multas deberían expresarse sólo como días multa.

#### DESPENALIZACIÓN

El grupo de trabajo ha prestado particular atención a la orientación de reforma que se suele llamar despenalización. Esta supone que la pena se sustituye por otra sanción, por ejemplo, por una sanción pecuniaria impuesta administrativamente. De este modo, el ámbito de lo punible se delimita claramente. La despenalización ha estado en auge en los últimos años. Así, por ejemplo, se ha introducido una sobretasa, en lugar de una multa, en las infracciones impositivas menores, una sanción pecuniaria por aparcamiento indebido municipal ha sustituido a las multas por aparcamiento indebido y una sanción pecuniaria de seguridad del tráfico a las multas por infracciones contra la Ley de Seguridad del Tráfico.

Efectivamente, existe un amplio campo para la despenalización, en particular dentro de las leyes penales especiales. Este es el caso de muchas de las penas impuestas por faltar a las obligaciones de registro o de información, de solicitar los permisos necesarios, de pagar ciertos servicios, etc. En el área de las leyes de tráfico y de comercio hay autoridades que dan permisos y al mismo tiempo ejercitan una función de control.

Con frecuencia se piensa que sería conveniente el que se permitiera a tales autoridades el reaccionar por sí mismas a las infracciones de normas de control, por ejemplo, imponiendo una sanción pecuniaria de control de acuerdo con reglas uniformes. Condición previa para la despenalización sería que tal reforma siguiera ciertos principios generales. En primer lugar, sólo deberían sujetarse a esta medida infracciones menores con una penalidad baja. La sanción pecuniaria administrativa debería controlarse y tipificarse. Al establecer la sanción pecuniaria, no deberían establecerse distinciones, en principio, respecto a las personas, puesto que es la infracción o la omisión como tal la que es objeto de la sanción. Debería ser posible, asimismo, el apelar contra estas decisiones.

El grupo de trabajo previene igualmente de un proceso de despenalización demasiado rápido, antes de que se haya obtenido más experiencia de las reformas que ya se han iniciado o que están planeadas. Conocemos muy poco acerca de las consecuencias, en la sociedad, de una despenalización, extensamente aplicada, de las normas. Es posible que la sustitución de las sanciones por sanciones pecuniarias administrativas, tenga consecuencias imprevistas. La despenalización, tomando en consideración todas las circunstancias, debería verse como una reforma a largo plazo.

#### MULTAS A SOCIEDADES

El informe no entra en la cuestión de las penas pecuniarias: impuestas a personas jurídicas, las llamadas «multas a sociedades». Esta cuestión es el tema de una investigación especial que, se espera, estará terminada en un próximo futuro. Ha quedado ya claro que el paso de la responsabilidad individual a alguna forma de responsabilidad colectiva presenta una serie de problemas excepcionalmente difíciles.

### 10. SANCIONES ALTERNATIVAS

En el debate público general, a lo largo de los últimos años, se han ofrecido ideas relativas a nuevas formas de punición que se han considerado elementos nuevos y no convencionales del sistema. «Alternativas a la prisión» se ha convertido en un grito de guerra de la penología que ha obtenido defensores no sólo en Suecia. Inglaterra ha sido un país innovador en lo que se refiere a la sanción especial denominada Servicio Comunitario, e igualmente se han explorado nuevos caminos y medios en otros países.

El deseo de crear alternativas a la prisión no es algo en sí mismo nuevo. Los progresos del siglo actual se han caracterizado porque las multas y el tratamiento en libertad han ido ganando terreno a expensas de las penas privativas de libertad. También es un rasgo importante de las propuestas del grupo de trabajo el que el ámbito de la prisión se limite lo más posible.

Las propuestas de alternativa a la prisión, distintas de la probation y de las multas, que se han presentado, parecen principalmente no ser más que variaciones sobre formas de punición ya existentes. Esto es cierto respecto a aquellas formas que contienen una cierta cantidad de privación de libertad, limitada, por ejemplo, a fines de semana o a las noches. El grupo de trabajo reconoce que el arresto de fin de semana o la semi-detención son, en muchos casos, una forma adecuada para el cumplimiento de las condenas cortas. Sin embargo, la justicia exige que no sean usadas solamente con ciertos grupos privilegiados. Debería impedirse que se convirtieran en sanciones particulares por sí mismas.

Entre las nuevas formas de punición que se han propuesto, se encuentran las que atienden a la situación laboral del delincuente. No obstante, es difícil combinar el trabajo coercitivo, como sanción independiente, con un punto de vista moderno de la vida laboral. Resulta dudoso que el trabajo pueda convertirse en una forma de pena en unos momentos en que se considera cada vez más como un privilegio. Tal sanción puede también pensarse que entra en conflicto con la Convención Europea de Derechos Humanos en lo que respecta al trabajo forzoso. Una alternativa posible consistiría en sustituir el arresto de fin de semana por alguna forma de instrucción vocacional obligatoria o por otro tipo de enseñanza o de cursos (por ejemplo, sobre vida familiar, o sobre ley y propiedad). Pero el grupo de trabajo se opone en general a la instrucción y educación forzosa, si lo que se pretende es lograr un efecto positivo en el delincuente. Existe siempre el riesgo de que una educación coercitiva consolide una actitud negativa hacia los contenidos del curso en cuestión. Si se halla una fórmula aprovechable relacionada con actividades recreativas, en todo caso el interés de los participantes debe captarse y estimularse a través de medios voluntarios.

Tras la restricción de las actividades recreativas del delincuente está la idea de que la diversión se valora mucho y que las interferencias en ella se sienten normalmente de modo muy agudo. La pena no impide, sin embargo, al delincuente la continuación de una vida de trabajo normal en la sociedad.

Una forma de pena, en los ratos libres, que ha llamado la atención de modo especial en los últimos años, es el Servicio Comunitario. La idea básica subyacente es la de que al delincuente se le obliga a ejecutar ciertas tareas o servicios socialmente beneficiosos en su tiempo libre. Esta imposición tiene el carácter de una pena en cuanto que se establece a causa de la infracción y se relaciona con ella. Además de la incomodidad, el que el delincuente esté sometido a la sanción tiene también —se espera— ciertos efectos positivos. El delincuente cumplirá su deber a través del Servicio Comunitario y se ocupará directamente, de un modo palpable, de los efectos de su infracción. Se confía también en que el Servicio Comunitario satisfará la necesidad de actividades recreativas constructivas de muchos delincuentes, especialmente jóvenes. La idea del Servicio Comunitario se ha desarrollado bien en los países anglosajones. Se ha presentado recientemente un informe en Dinamarca que considera positiva esta forma de pena.

A pesar de esto, el sistema de Servicio Comunitario no está del todo libre de objeciones en lo que se refiere a Suecia. El informe dedica especial atención a los problemas prácticos originados por esta forma de pena: El sistema presupone que existen tareas adecuadas y significativas, que existe un sistema de control, que está disponible una plantilla para supervisión y, no en último término, que se puede contar con ayuda voluntaria dispuesta a comprometerse en esta clase de actividad. Pero Suecia es una sociedad bas-

tante profesionalizada, donde la mayoría del trabajo se realiza por trabajadores cualificados. Los delincuentes, con frecuencia, carecen de las necesarias especializaciones, y les resulta difícil encontrar un empleo adecuado. El sistema presupone que la persona condenada a Servicio Comunitario posee aquella otra especialización necesaria para cumplir esas tareas. Los grupos que se desca transferir en Suecia de la prisión a otras formas de sanciones carecen con frecuencia de las condiciones previas sociales para el Servicio Comunitario. De este modo pasan a ser grandes los riesgos de una aplicación socialmente injusta del sistema de sanciones. Asimismo, Suecia no posee organizaciones voluntarias fuertes y vigorosas que son una de las condiciones básicas para el Servicio Comunitario en Inglaterra.

También es evidente que se pueden hacer una serie de objeciones al Servicio Comunitario desde el punto de vista de los principios jurídico-penales: Es difícil conciliarlo con las exigencias de seguridad jurídica, justicia e igualdad, puesto que su contenido varía en cada caso y es difícil valorarlo desde el punto de vista de la gravedad de la pena.

El grupo de trabajo tiene reservas en relación con la introducción de la clase de sanciones aquí discutidas. El sistema penal fácilmente se complica, y se hace poco manejable. En gran medida no se trata realmente de alternativas a la prisión, sino de alternativas a sanciones distintas de la de prisión. Esto frecuentemente significaría una agravación inaceptable de las condenas.

El grupo no cree que haya necesidad de alternativas a añadir a las que ya existen en el sistema de sanciones (multas, condena condicional, probation y supervisión intensiva). No está claro el propósito que inspira a las nuevas formas de pena. Su área de aplicación es difícil de definir, y la naturaleza de sus actividades no concuerda con los principios sobre los que se basa el grupo de trabajo. Pueden convertirse en un nuevo sistema que pretenda que la pena no sea desagradable. A las sanciones se les da una apariencia desorientadora —la represión se oculta tras una falsa fachada—. Finalmente, el grupo cree que los riesgos de selección social, injusticia y desigualdad son más grandes que en el sistema actual.

## 11. OBSERVACIONES FINALES

Pretendiendo hacer una breve descripción del informe «Un Nuevo Sistema de Penas», ha habido que limitarse a ciertas materias centrales. Es evidente que hay que pasar por alto muchas cuestiones que son de considerable importancia para una revisión total del Código penal.

Una de tales cuestiones es el tratamiento especial de ciertas categorías de delincuentes: Los que no poseen la edad para ser responsables criminalmente, los delincuentes enfermos mentales, los que padecen diversas formas de adicción, etc. El Código penal es-

tablece que los menores de quince años no estarán sujetos a sanciones jurídico-penales, pero que, en los demás supuestos, si se requiere tratamiento especial, se debería condenar a la sanción que sea más apropiada desde el punto de vista del tratamiento: El punto de vista tradicional de que los delincuentes que no son responsables de sus acciones han de quedar exentos de pena, se ha abandonado. Dado el punto de vista básico del grupo de trabajo, se ha de hacer una clara distinción entre pena y tratamiento médico-social. La pena depende de la infracción, mientras que el tratamiento atiende a las necesidades que se han de satisfacer, con independencia de si la persona en cuestión ha cometido una infracción.

El punto de partida del grupo de trabajo implica que la pena depende de la responsabilidad individual por el acto cometido, y consiste en algo desagradable que se establece en relación con la infracción. Hay que permitir excepciones a este principio cuando el delincuente no pueda considerarse completamente responsable de sus acciones. En tales casos, debe haber disposiciones que le eximan de responsabilidad o reduzcan el grado de ella. Los principios rectores que habrían de aplicarse son, más una cuestión de objetivos de política criminal, que de filosofía o de vinculaciones con el libre albedrío y con la responsabilidad moral.

El grupo de trabajo parte de la presunción de que los menores de quince años no han de ser penados. Por otra parte, las personas menores de dieciocho años no han de ser condenadas, en lo posible, a la pena de prisión. Limitaciones similares, aunque no de tan largo alcance, han de aplicarse a los menores entre dieciocho y veinte años. Reglas especiales para atenuar la pena deberían utilizarse en estos dos grupos de edad.

De modo similar, se presupone en principio que una persona que padezca una enfermedad que exija tratamiento en función de la Ley sobre Tratamiento Psiquiátrico en Régimen Cerrado, debería estar exenta de castigo. Sin embargo, esto no se aplica a los llamados casos de «equivalencia». Si una persona es mentalmente anormal y no se le aplica la Ley sobre Tratamiento Psiquiátrico en Régimen Cerrado, debería existir la posibilidad de una pena mitigada.

El problema relativo a disposiciones especiales para ciertas clases de delincuentes es soluble en principio a través de reglas relativas a la imposición de condenas. Es opinión unánime que el nivel de punición debe colocarse por debajo del nivel normal. Consecuencia de las propuestas del grupo de trabajo sería que el sometimiento a tratamiento especial debería abolirse como sanción.

Finalmente, algunas observaciones relativas a ciertas cuestiones técnico-legales que derivan de las propuestas hechas por el grupo de trabajo. El informe analiza la creación de reglas para la elección de las sanciones, y el nivel de punición conveniente, si sus propuestas se aceptaran. Debe haber disposiciones reguladoras de la relación interna de las sanciones en lo que se refiere a su gravedad relativa. También se plantean otra serie de problemas jurídicos.

Uno de ellos es las condiciones para la acumulación de sanciones a causa de condenas cumplidas simultáneamente, o a causa de sanciones combinadas con deportación o revocación de una condena anterior o bien a causa de sanciones que originen otras consecuencias legales, por ejemplo, retirada del permiso de conducir o destitución. El grupo de trabajo mantiene que, en principio, las diferentes consecuencias de la infracción deberían coordinarse. Otro problema jurídico es el de qué debería hacerse en el caso de sanciones alternativas.

Se ha de prestar particular atención a ciertos efectos procesales de las propuestas. Es importante que el período entre el descubrimiento de la infracción y la declaración de condena sea lo más breve posible. Esto plantea la cuestión de una mejor eficiencia en las investigaciones criminales y de la aceleración de los trámites procesales, lo cual por su parte necesita de una mejora de los recursos. Una cuestión especial afecta a la necesidad de los llamados «tribunales de funcionamiento permanente». Este tema está en la actualidad sometido a la consideración de un comité gubernamental sobre procedimiento judicial.



# Constitución española \*

## PREAMBULO

La Nación española, deseando establecer la justicia, la libertad y la seguridad y promover el bien de cuantos la integran, en uso de su soberanía, proclama su voluntad de:

Garantizar la convivencia democrática dentro de la Constitución y de las leyes conforme a un orden económico y social justo.

Consolidar un Estado de Derecho que asegure el imperio de la Ley como expresión de la voluntad popular.

Proteger a todos los españoles y pueblos de España en el ejercicio de los derechos humanos, sus culturas y tradiciones, lenguas e instituciones.

Promover el progreso de la cultura y de la economía para asegurar a todos una digna calidad de vida.

Establecer una sociedad democrática avanzada, y

Colaborar en el fortalecimiento de unas relaciones pacíficas y de eficaz cooperación entre todos los pueblos de la Tierra.

En consecuencia, las Cortes aprueban y el pueblo español ratifica la siguiente

## CONSTITUCION

### TITULO PRELIMINAR

#### Artículo 1.

1. España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.

2. La soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado.

3. La forma política del Estado español es la Monarquía parlamentaria.

#### Artículo 2.

La Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles, y reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran y la solidaridad entre todas ellas.

---

(\*) Este texto fue aprobado el día 31 de octubre de 1978 por los plenos del Congreso (325 votos a favor, 6 en contra y 14 abstenciones) y del Senado (226 votos a favor, 5 en contra y 8 abstenciones). Se aprueba el 6 de diciembre de 1978 en Referendum nacional. Se sanciona por S. M. el Rey ante las Cortes el día 27 de diciembre de 1978. En vigor desde el día de su publicación («B. O. E.», núm. 311.1, del 29 de diciembre de 1978).

**Artículo 3.**

1. El castellano es la lengua española oficial del Estado. Todos los españoles tienen el deber de conocerla y el derecho a usarla.
2. Las demás lenguas españolas serán también oficiales en las respectivas Comunidades Autónomas de acuerdo con sus Estatutos.
3. La riqueza de las distintas modalidades lingüísticas de España es un patrimonio cultural que será objeto de especial respeto y protección.

**Artículo 4.**

1. La bandera de España está formada por tres franjas horizontales, roja, amarilla y roja, siendo la amarilla de doble anchura que cada una de las rojas.
2. Los Estatutos podrán reconocer banderas y enseñas propias de las Comunidades Autónomas. Estas se utilizarán junto a la bandera de España en sus edificios públicos y en sus actos oficiales.

**Artículo 5.**

La capital del Estado es la villa de Madrid.

**Artículo 6.**

Los partidos políticos expresan el pluralismo político, concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular y son instrumento fundamental para la participación política. Su creación y el ejercicio de su actividad son libres dentro del respeto a la Constitución y a la ley. Su estructura interna y funcionamiento deberán ser democráticos.

**Artículo 7.**

Los sindicatos de trabajadores y las asociaciones empresariales contribuyen a la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios. Su creación y el ejercicio de su actividad son libres dentro del respeto a la Constitución y a la ley. Su estructura interna y funcionamiento deberán ser democráticos.

**Artículo 8.**

1. Las Fuerzas Armadas, constituidas por el Ejército de Tierra, la Armada y el Ejército del Aire, tienen como misión garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional.
2. Una ley orgánica regulará las bases de la organización militar conforme a los principios de la presente Constitución.

Artículo 9.

1. Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico.

2. Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.

3. La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

TITULO I

**De los derechos y deberes fundamentales**

Artículo 10.

1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.

2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y a los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

CAPITULO PRIMERO

*De los españoles y los extranjeros*

Artículo 11.

1. La nacionalidad española se adquiere, se conserva y se pierde de acuerdo con lo establecido por la ley.

2. Ningún español de origen podrá ser privado de su nacionalidad.

3. El Estado podrá concertar tratados de doble nacionalidad con los países iberoamericanos o con aquellos que hayan tenido o tengan una particular vinculación con España. En estos mismos países, aun cuando no reconozcan a sus ciudadanos un derecho recíproco, podrán naturalizarse los españoles sin perder su nacionalidad de origen.

Artículo 12.

Los españoles son mayores de edad a los dieciocho años.

## Artículo 13.

1. Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley.

2. Solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23, salvo lo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o ley para el derecho de sufragio activo en las elecciones municipales.

3. La extradición sólo se concederá en cumplimiento de un tratado o de la ley, atendiendo al principio de reciprocidad. Quedan excluidos de la extradición los delitos políticos, no considerados como tales los actos de terrorismo.

4. La ley establecerá los términos en que los ciudadanos de otros países y los apátridas podrán gozar del derecho de asilo en España.

## CAPITULO SEGUNDO

## Derechos y libertades

## Artículo 14.

Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

## SECCIÓN 1.ª

*De los derechos fundamentales y de las libertades públicas*

## Artículo 15.

Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra.

## Artículo 16.

1. Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley.

2. Nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias.

3. Ninguna confesión tendrá carácter estatal. Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones.

## Artículo 17.

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 la ley se determinará el plazo máximo de duración de la prisión provisional.

## Artículo 18.

1. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

2. El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito.

3. Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial.

4. La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos.

## Artículo 19.

Los españoles tienen derecho a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional.

Asimismo, tienen derecho a entrar y salir libremente de España en los términos que la ley establezca. Este derecho no podrá ser limitado por motivos políticos o ideológicos.

## Artículo 20.

1. Se reconocen y protegen los derechos:

a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción.

b) A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica.

c) A la libertad de cátedra.

d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades.

2. El ejercicio de estos derechos no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa.

3. La ley regulará la organización y el control parlamentario de los medios de comunicación social dependientes del Estado o de cualquier ente público y garantizará el acceso a dichos medios de los grupos sociales y políticos significativos respetando el pluralismo de la sociedad y de las diversas lenguas de España.

4. Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollan y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia.

5. Sólo podrá acordarse el secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información en virtud de resolución judicial.

#### Artículo 21.

1. Se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas. El ejercicio de este derecho no necesitará autorización previa.

2. En los casos de reuniones en lugares de tránsito público y manifestaciones se dará comunicación previa a la autoridad, que sólo podrá prohibirlas cuando existan razones fundadas de alteración del orden público, con peligro para personas o bienes.

#### Artículo 22.

1. Se reconoce el derecho de asociación.

2. Las asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delitos son ilegales.

3. Las asociaciones constituidas al amparo de este artículo deberán inscribirse en un registro a los solos efectos de publicidad.

4. Las asociaciones sólo podrán ser disueltas o suspendidas en sus actividades en virtud de resolución judicial motivada.

5. Se prohíben las asociaciones secretas y las de carácter paramilitar.

#### Artículo 23.

Los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal.

2. Asimismo, tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes.

#### Artículo 24.

1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.

2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.

La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos.

Artículo 25.

1. Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento.

2. Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión que estuviese cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad.

3. La Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad.

Artículo 26.

Se prohíben los Tribunales de Honor en el ámbito de la Administración civil y de las organizaciones profesionales.

Artículo 27.

1. Todos tienen el derecho a la educación. Se reconoce la libertad de enseñanza.

2. La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales.

3. Los poderes públicos garantizan el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

4. La enseñanza básica es obligatoria y gratuita.

5. Los poderes públicos garantizan el derecho de todos a la educación, mediante una programación general de la enseñanza, con participación efectiva de todos los sectores afectados y la creación de centros docentes.

6. Se reconoce a las personas físicas y jurídicas la libertad de creación de centros docentes, dentro del respeto a los principios constitucionales.

7. Los profesores, los padres y, en su caso, los alumnos intervendrán

en el control y gestión de todos los centros sostenidos por la Administración con fondos públicos, en los términos que la ley establezca.

8. Los poderes públicos inspeccionarán y homologarán el sistema educativo para garantizar el cumplimiento de las leyes.

9. Los poderes públicos ayudarán a los centros docentes que reúnan los requisitos que la ley establezca.

10. Se reconoce la autonomía de las Universidades, en los términos que la ley establezca.

#### Artículo 28.

1. Todos tienen derecho a sindicarse libremente. La ley podrá limitar o exceptuar el ejercicio de este derecho a las Fuerzas o Institutos armados o a los demás Cuerpos sometidos a disciplina militar y regulará las peculiaridades de su ejercicio para los funcionarios públicos. La libertad sindical comprende el derecho a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, así como el derecho de los sindicatos a formar confederaciones y a fundar organizaciones sindicales internacionales o afiliarse a las mismas. Nadie podrá ser obligado a afiliarse a un sindicato.

2. Se reconoce el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses. La ley que regule el ejercicio de este derecho establecerá las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad.

#### Artículo 29.

1. Todos los españoles tendrán el derecho de petición individual y colectiva, por escrito, en la forma y con los efectos que determine la ley.

2. Los miembros de las Fuerzas o Institutos armados o de los Cuerpos sometidos a disciplina militar podrán ejercer este derecho sólo individualmente y con arreglo a lo dispuesto en su legislación específica.

### SECCIÓN 2.ª

#### *De los derechos y deberes de los ciudadanos*

#### Artículo 30.

1. Los españoles tienen el derecho y el deber de defender a España.

2. La ley fijará las obligaciones militares de los españoles y regulará, con las debidas garantías, la objeción de conciencia, así como las demás causas de exención del servicio militar obligatorio, pudiendo imponer, en su caso, una prestación social sustitutoria.

3. Podrá establecerse un servicio civil para el cumplimiento de fines de interés general.

4. Mediante ley podrán regularse los deberes de los ciudadanos en los casos de grave riesgo, catástrofe o calamidad pública.

Artículo 31.

1. Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio.

2. El gasto público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos y su programación y ejecución responderán a los criterios de eficiencia y economía.

3. Sólo podrán establecerse prestaciones personales o patrimoniales de carácter público con arreglo a la ley.

Artículo 32.

1. El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica.

2. La ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos.

Artículo 33.

1. Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia.

2. La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes.

3. Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes.

Artículo 34.

1. Se reconoce el derecho de fundación para fines de interés general con arreglo a la ley.

2. Regirá también para las fundaciones lo dispuesto en los apartados 2 y 4 del artículo 22.

Artículo 35.

1. Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo.

2. La ley regulará un estatuto de los trabajadores.

## Artículo 36.

La ley regulará las peculiaridades propias del régimen jurídico de los Colegios Profesionales y el ejercicio de las profesiones tituladas. La estructura interna y el funcionamiento de los Colegios deberán ser democráticos.

## Artículo 37.

1. La ley garantizará el derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y empresarios, así como la fuerza vinculante de los convenios.

2. Se reconoce el derecho de los trabajadores y empresarios a adoptar medidas de conflicto colectivo. La ley que regule el ejercicio de este derecho, sin perjuicio de las limitaciones que pueda establecer, incluirá las garantías precisas para asegurar el funcionamiento de los servicios esenciales de la comunidad.

## Artículo 38.

Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación.

## CAPITULO TERCERO

*De los principios rectores de la política social y económica*

## Artículo 39.

1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia.

2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de la madre, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad.

3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda.

4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.

## Artículo 40.

1. Los poderes públicos promoverán las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa, en el marco de una política de estabilidad eco-

nómica. De manera especial realizarán una política orientada al pleno empleo.

2. Asimismo, los poderes públicos fomentarán una política que garantice la formación y readaptación profesionales; velarán por la seguridad e higiene en el trabajo y garantizarán el descanso necesario, mediante la limitación de la jornada laboral, las vacaciones periódicas retribuidas y la promoción de centros adecuados.

Artículo 41.

Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. La asistencia y prestaciones complementarias serán libres.

Artículo 42.

El Estado velará especialmente por la salvaguardia de los derechos económicos y sociales de los trabajadores españoles en el extranjero, y orientará su política hacia su retorno.

Artículo 43.

1. Se reconoce el derecho a la protección de la salud.
2. Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto.
3. Los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte. Asimismo facilitarán la adecuada utilización del ocio.

Artículo 44.

1. Los poderes públicos promoverán y tutelarán el acceso a la cultura, a la que todos tienen derecho.
2. Los poderes públicos promoverán la ciencia y la investigación científica y técnica en beneficio del interés general.

Artículo 45.

1. Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo.
2. Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva.
3. Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije, se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado.

## Artículo 46.

Los poderes públicos garantizarán la conservación y promoverán el enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integran, cualquiera que sea su régimen jurídico y su titularidad. La ley penal sancionará los atentados contra este patrimonio.

## Artículo 47.

Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación.

La comunidad participará en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos.

## Artículo 48.

Los poderes públicos promoverán las condiciones para la participación libre y eficaz de la juventud en el desarrollo político, social, económico y cultural.

## Artículo 49.

Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos.

## Artículo 50.

Los poderes públicos garantizarán, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad. Asimismo, y con independencia de las obligaciones familiares, promoverán su bienestar mediante un sistema de servicios sociales que atenderán sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio.

## Artículo 51.

1. Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos.

2. Los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a éstas

en las cuestiones que puedan afectar a aquéllos, en los términos que la ley establezca.

3. En el marco de lo dispuesto por los apartados anteriores, la ley regulará el comercio interior y el régimen de autorización de productos comerciales.

#### Artículo 52.

La ley regulará las organizaciones profesionales que contribuyan a la defensa de los intereses económicos que les sean propios. Su estructura interna y funcionamiento deberán ser democráticos.

### CAPITULO CUARTO

#### *De las garantías de las libertades y derechos fundamentales*

#### Artículo 53.

1. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1 b).

2. Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección 1.<sup>a</sup> del Capítulo Segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30.

3. El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo Tercero, informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen.

#### Artículo 54.

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 cuyo efecto podrá supervisar la actividad de la Administración, dando cuenta a las Cortes Generales.

## CAPITULO QUINTO

*De la suspensión de los derechos y libertades*

## Artículo 55.

1. Los derechos reconocidos en los artículos 17, 18, apartados 2 y 3, artículos 19, 20, apartados 1, a) y d), y 5, artículos 21, 28, apartado 2, y artículo 37, apartado 2, podrán ser suspendidos cuando se acuerde la declaración del estado de excepción o de sitio en los términos previstos en la Constitución. Se exceptúa de lo establecido anteriormente el apartado 3 del artículo 17 para el supuesto de declaración de estado de excepción.

2. Una ley orgánica podrá determinar la forma y los casos en los que, de forma individual y con la necesaria intervención judicial y el adecuado control parlamentario, los derechos reconocidos en los artículos 17, apartado 2, y 18, apartados 2 y 3, pueden ser suspendidos para personas determinadas, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas.

La utilización injustificada o abusiva de las facultades reconocidas en dicha ley orgánica producirá responsabilidad penal, como violación de los derechos y libertades reconocidos por las leyes.

## TITULO II

**De la Corona**

## Artículo 56.

1. El Rey es el Jefe del Estado, símbolo de su unidad y permanencia, arbitra y modera el funcionamiento regular de las instituciones, asume la más alta representación del Estado Español en las relaciones internacionales, especialmente con las naciones de su comunidad histórica, y ejerce las funciones que le atribuyen expresamente la Constitución y las leyes.

2. Su título es el de Rey de España y podrá utilizar los demás que correspondan a la Corona.

3. La persona del Rey es inviolable y no está sujeta a responsabilidad. Sus actos estarán siempre refrendados en la forma establecida en el artículo 64, careciendo de validez sin dicho refrendo, salvo lo dispuesto en el artículo 65, 2.

## Artículo 57.

1. La Corona de España es hereditaria en los sucesores de S. M. Don Juan Carlos I de Borbón, legítimo heredero de la dinastía histórica. La sucesión en el trono seguirá el orden regular de primogenitura y representación, siendo preferida siempre la línea anterior a las posteriores; en la misma línea, el grado más próximo al más remoto; en el mismo grado, el

varón a la mujer, y en el mismo sexo, la persona de más edad a la de menos.

2. El Príncipe heredero, desde su nacimiento o desde que se produzca el hecho que origine el llamamiento, tendrá la dignidad de Príncipe de Asturias y los demás títulos vinculados tradicionalmente al sucesor de la Corona de España.

3. Extinguidas todas las líneas llamadas en Derecho, las Cortes Generales proveerán a la sucesión en la Corona en la forma que más convenga a los intereses de España.

4. Aquellas personas que teniendo derecho a la sucesión en el trono contrajeran matrimonio contra la expresa prohibición del Rey y de las Cortes Generales, quedarán excluidas en la sucesión a la Corona por sí y sus descendientes.

5. Las abdicaciones y renunciaciones y cualquier duda de hecho o de derecho que ocurra en el orden de sucesión a la Corona se resolverán por una ley orgánica.

#### Artículo 58.

La Reina consorte o el consorte de la Reina no podrán asumir funciones constitucionales, salvo lo dispuesto para la Regencia.

#### Artículo 59.

1. Cuando el Rey fuere menor de edad, el padre o la madre del Rey y, en su defecto, el pariente mayor de edad más próximo a suceder en la Corona, según el orden establecido en la Constitución, entrará a ejercer inmediatamente la Regencia y la ejercerá durante el tiempo de la minoría de edad del Rey.

2. Si el Rey se inhabilitare para el ejercicio de su autoridad y la imposibilidad fuere reconocida por las Cortes Generales, entrará a ejercer inmediatamente la Regencia el Príncipe heredero de la Corona, si fuere mayor de edad. Si no lo fuere, se procederá de la manera prevista en el apartado anterior, hasta que el Príncipe heredero alcance la mayoría de edad.

3. Si no hubiere ninguna persona a quien corresponda la Regencia, ésta será nombrada por las Cortes Generales, y se compondrá de una, tres o cinco personas.

4. Para ejercer la Regencia es preciso ser español y mayor de edad.

5. La Regencia se ejercerá por mandato constitucional y siempre en nombre del Rey.

#### Artículo 60.

1. Será tutor del Rey menor la persona que en su testamento hubiese nombrado el Rey difunto, siempre que sea mayor de edad y español de nacimiento; si no lo hubiese nombrado, será tutor el padre o la madre, mientras permanezcan viudos. En su defecto, lo nombrarán las Cortes Generales, pero no podrán acumularse los cargos de Regente y de tutor sino en el padre, madre o ascendientes directos del Rey.

2. El ejercicio de la tutela es también incompatible con el de todo cargo o representación política.

#### Artículo 61.

1. El Rey, al ser proclamado ante las Cortes Generales, prestará juramento de desempeñar fielmente sus funciones, guardar y hacer guardar la Constitución y las leyes y respetar los derechos de los ciudadanos y de las Comunidades Autónomas.

2. El Príncipe heredero, al alcanzar la mayoría de edad, y el Regente o Regentes al hacerse cargo de sus funciones, prestarán el mismo juramento, así como el de fidelidad al Rey.

#### Artículo 62.

Corresponde al Rey:

- a) Sancionar y promulgar las leyes.
- b) Convocar y disolver las Cortes Generales y convocar elecciones en los términos previstos en la Constitución.
- c) Convocar a referéndum en los casos previstos en la Constitución.
- d) Proponer el candidato a Presidente de Gobierno y, en su caso, nombrarlo, así como poner fin a sus funciones en los términos previstos en la Constitución.
- e) Nombrar y separar a los miembros del Gobierno, a propuesta de su Presidente.
- f) Expedir los decretos acordados en el Consejo de Ministros, conferir los empleos civiles y militares y conceder honores y distinciones con arreglo a las leyes.
- g) Ser informado de los asuntos de Estado y presidir, a estos efectos, las sesiones del Consejo de Ministros, cuando lo estime oportuno, a petición del Presidente del Gobierno.
- h) El mando supremo de las Fuerzas Armadas.
- i) Ejercer el derecho de gracia con arreglo a la ley, que no podrá autorizar indultos generales.
- j) El Alto Patronazgo de las Reales Academias.

#### Artículo 63.

1. El Rey acredita a los embajadores y otros representantes diplomáticos. Los representantes extranjeros en España están acreditados ante él.

2. Al Rey corresponde manifestar el consentimiento del Estado para obligarse internacionalmente por medio de tratados, de conformidad con la Constitución y las leyes.

3. Al Rey corresponde, previa autorización de las Cortes Generales, declarar la guerra y hacer la paz.

Artículo 64.

1. Los actos del Rey serán refrendados por el Presidente del Gobierno y, en su caso, por los Ministros competentes. La propuesta y el nombramiento del Presidente del Gobierno, y la disolución prevista en el artículo 99, serán reprobados por el Presidente del Congreso.

2. De los actos del Rey serán responsables las personas que los refrenden.

Artículo 65.

1. El Rey recibe de los Presupuestos del Estado una cantidad global para el sostenimiento de su Familia y Casa, y distribuye libremente la misma.

2. El Rey nombra y releva libremente a los miembros civiles y militares de su Casa.

### TITULO III

#### De las Cortes Generales

#### CAPITULO PRIMERO

#### De las Cámaras

Artículo 66.

1. Las Cortes Generales representan al pueblo español y están formadas por el Congreso de los Diputados y el Senado.

2. Las Cortes Generales ejercen la potestad legislativa del Estado, aprueban sus Presupuestos, controlan la acción del Gobierno y tienen las demás competencias que les atribuya la Constitución.

3. Las Cortes Generales son inviolables.

Artículo 67.

1. Nadie podrá ser miembro de las dos Cámaras simultáneamente, ni acumular el acta de una Asamblea de Comunidad Autónoma con la de Diputado al Congreso.

2. Los miembros de las Cortes Generales no estarán ligados por mandato imperativo.

3. Las reuniones de Parlamentarios que se celebren sin convocatoria reglamentaria no vincularán a las Cámaras, y no podrán ejercer sus funciones ni ostentar sus privilegios.

## Artículo 68.

1. El Congreso se compone de un mínimo de 300 y un máximo de 400 Diputados, elegidos por sufragio universal, libre, igual, directo y secreto, en los términos que establezca la ley.

2. La circunscripción electoral es la provincia. Las poblaciones de Ceuta y Melilla estarán representadas cada una de ellas por un Diputado. La Ley distribuirá el número total de Diputados, asignando una representación mínima inicial a cada circunscripción y distribuyendo los demás en proporción a la población.

3. La elección se verificará en cada circunscripción atendiendo a criterios de representación proporcional.

4. El Congreso es elegido por cuatro años. El mandato de los Diputados termina cuatro años después de su elección o el día de la disolución de la Cámara.

5. Son electores y elegibles todos los españoles que estén en pleno uso de sus derechos políticos.

La ley reconocerá y el Estado facilitará el ejercicio del derecho de sufragio a los españoles que se encuentren fuera del territorio de España.

6. Las elecciones tendrán lugar entre los treinta días y sesenta días desde la terminación del mandato. El Congreso electo deberá ser convocado dentro de los veinticinco días siguientes a la celebración de las elecciones.

## Artículo 69.

1. El Senado es la Cámara de representación territorial.

2. En cada provincia se elegirán cuatro Senadores por sufragio universal, libre, igual, directo y secreto por los votantes de cada una de ellas, en los términos que señale una ley orgánica.

3. En las provincias insulares, cada isla o agrupación de ellas, con Cabildo o Consejo Insular, constituirá una circunscripción a efectos de elección de Senadores, correspondiendo tres a cada una de las islas mayores—Gran Canaria, Mallorca y Tenerife—y uno a cada una de las siguientes islas o agrupaciones: Ibiza-Formentera, Menorca, Fuerteventura, Gomera, Hierro, Lanzarote y La Palma.

4. Las poblaciones de Ceuta y Melilla elegirán cada una de ellas dos Senadores.

5. Las Comunidades Autónomas designarán además un Senador y otro más por cada millón de habitantes de su respectivo territorio. La designación corresponderá a la Asamblea legislativa o, en su defecto, al órgano colegiado superior de la Comunidad Autónoma, de acuerdo con lo que establezcan los Estatutos, que asegurarán, en todo caso, la adecuada representación proporcional.

6. El Senado es elegido por cuatro años. El mandato de los Senadores termina cuatro años después de su elección o el día de la disolución de la Cámara.

## Artículo 70.

1. La ley electoral determinará las causas de inelegibilidad e incompatibilidad de los Diputados y Senadores, que comprenderán, en todo caso:

- a) A los componentes del Tribunal Constitucional.
- b) A los altos cargos de la Administración del Estado que determine la ley, con la excepción de los miembros del Gobierno.
- c) Al Defensor del Pueblo.
- d) A los Magistrados, Jueces y Fiscales en activo.
- e) A los militares profesionales y miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y Policía en activo.
- f) A los miembros de las Juntas Electorales.

2. La validez de las actas y credenciales de los miembros de ambas Cámaras estará sometida al control judicial, en los términos que establezca la ley electoral.

## Artículo 71.

1. Los Diputados y Senadores gozarán de inviolabilidad por las opiniones manifestadas en el ejercicio de sus funciones.

2. Durante el período de su mandato los Diputados y Senadores gozarán asimismo de inmunidad y sólo podrán ser detenidos en caso de flagrante delito. No podrán ser inculcados ni procesados sin la previa autorización de la Cámara respectiva.

3. En las causas contra Diputados y Senadores será competente la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.

4. Los Diputados y Senadores percibirán una asignación que será fijada por las respectivas Cámaras.

## Artículo 72.

1. Las Cámaras establecen sus propios Reglamentos, aprueban autónomamente sus presupuestos y, de común acuerdo, regulan el Estatuto del Personal de las Cortes Generales. Los Reglamentos y su reforma serán sometidos a una votación final sobre su totalidad, que requerirá la mayoría absoluta.

2. Las Cámaras eligen sus respectivos Presidentes y los demás miembros de sus Mesas. Las sesiones conjuntas serán presididas por el Presidente del Congreso y se regirán por un Reglamento de las Cortes Generales aprobado por mayoría absoluta de cada Cámara.

3. Los Presidentes de las Cámaras ejercen en nombre de las mismas todos los poderes administrativos y facultades de policía en el interior de sus respectivas sedes.

## Artículo 73.

1. Las Cámaras se reunirán anualmente en dos períodos ordinarios de sesiones: el primero, de septiembre a diciembre, y el segundo, de febrero a junio.

2. Las Cámaras podrán reunirse en sesiones extraordinarias a petición del Gobierno, de la Diputación Permanente o de la mayoría absoluta de los miembros de cualquiera de las Cámaras. Las sesiones extraordinarias deberán convocarse sobre un orden del día determinado y serán clausuradas una vez que éste haya sido agotado.

#### Artículo 74.

1. Las Cámaras se reunirán en sesión conjunta para ejercer las competencias no legislativas que el Título II atribuye expresamente a las Cortes Generales.

2. Las decisiones de las Cortes Generales previstas en los artículos 94, 1, 145, 2, y 158, 2, se adoptarán por mayoría de cada una de las Cámaras. En el primer caso, el procedimiento se iniciará por el Congreso, y en los otros dos, por el Senado. En ambos casos, si no hubiera acuerdo entre Senado y Congreso, se intentará obtener por una Comisión Mixta compuesta de igual número de Diputados y Senadores. La Comisión presentará un texto, que será votado por ambas Cámaras. Si no se aprueba en la forma establecida, decidirá el Congreso por mayoría absoluta.

#### Artículo 75.

1. Las Cámaras funcionarán en Pleno y por Comisiones.

2. Las Cámaras podrán delegar en las Comisiones Legislativas Permanentes la aprobación de proyectos o proposiciones de ley. El Pleno podrá, no obstante, recabar en cualquier momento el debate y votación de cualquier proyecto o proposición de ley que haya sido objeto de esta delegación.

3. Quedan exceptuados de lo dispuesto en el apartado anterior la reforma constitucional, las cuestiones internacionales, las leyes orgánicas y de bases y los Presupuestos Generales del Estado.

#### Artículo 76.

1. El Congreso y el Senado, y, en su caso, ambas Cámaras conjuntamente, podrán nombrar Comisiones de investigación sobre cualquier asunto de interés público. Sus conclusiones no serán vinculantes para los Tribunales, ni afectarán a las resoluciones judiciales, sin perjuicio de que el resultado de la investigación sea comunicado al Ministerio Fiscal para el ejercicio, cuando proceda, de las acciones oportunas.

2. Será obligatorio comparecer a requerimiento de las Cámaras. La ley regulará las sanciones que puedan imponerse por incumplimiento de esta obligación.

#### Artículo 77.

1. Las Cámaras pueden recibir peticiones individuales y colectivas, siempre por escrito, quedando prohibida la presentación directa por manifestaciones ciudadanas.

2. Las Cámaras pueden remitir al Gobierno las peticiones que reciban. El Gobierno está obligado a explicarse sobre su contenido, siempre que las Cámaras lo exijan.

Artículo 78.

1. En cada Cámara habrá una Diputación Permanente compuesta por un mínimo de veintiún miembros, que representarán a los grupos parlamentarios, en proporción a su importancia numérica.

2. Las Diputaciones Permanentes estarán presididas por el Presidente de la Cámara respectiva y tendrán como funciones la prevista en el artículo 73, la de asumir las facultades que correspondan a las Cámaras, de acuerdo con los artículos 86 y 116, en caso de que éstas hubieren sido disueltas o hubiere expirado su mandato y la de velar por los poderes de las Cámaras, cuando éstas no estén reunidas.

3. Expirado el mandato o en caso de disolución, las Diputaciones Permanentes seguirán ejerciendo sus funciones hasta la constitución de las nuevas Cortes Generales.

4. Reunida la Cámara correspondiente, la Diputación Permanente dará cuenta de los asuntos tratados y de sus decisiones.

Artículo 79.

1. Para adoptar acuerdos las Cámaras deben estar reunidas reglamentariamente y con asistencia de la mayoría de sus miembros.

2. Dichos acuerdos para ser válidos deberán ser aprobados por la mayoría de los miembros presentes, sin perjuicio de las mayorías especiales que establezcan la Constitución o las leyes orgánicas y las que para elección de personas establezcan los Reglamentos de las Cámaras.

3. El voto de Senadores y Diputados es personal e indelegable.

Artículo 80.

Las sesiones plenarias de las Cámaras serán públicas, salvo acuerdo en contrario de cada Cámara, adoptado por mayoría absoluta o con arreglo al Reglamento.

## CAPITULO SEGUNDO

### *De la elaboración de las leyes*

Artículo 81.

1. Son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución.

2. La aprobación, modificación o derogación de las leyes orgánicas exigirá mayoría absoluta del Congreso, en una votación final sobre el conjunto del proyecto.

#### Artículo 82.

1. Las Cortes Generales podrán delegar en el Gobierno la potestad de dictar normas con rango de ley sobre materias determinadas no incluidas en el artículo anterior.

2. La delegación legislativa deberá otorgarse mediante una ley de bases cuando su objeto sea la formación de textos articulados o por una ley ordinaria cuando se trate de refundir varios textos legales en uno solo.

3. La delegación legislativa habrá de otorgarse al Gobierno de forma expresa para materia concreta y con fijación del plazo para su ejercicio. La delegación se agota por el uso que de ella haga el Gobierno mediante la publicación de la norma correspondiente. No podrá entenderse concedida de modo implícito o por tiempo indeterminado. Tampoco podrá permitir la subdelegación a autoridades distintas del propio Gobierno.

4. Las leyes de bases delimitarán con precisión el objeto y alcance de la delegación legislativa y los principios y criterios que han de seguirse en su ejercicio.

5. La autorización para refundir textos legales determinará el ámbito normativo a que se refiere el contenido de la delegación, especificando si se circunscribe a la mera formulación de un texto único o si se incluye la de regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que han de ser refundidos.

6. Sin perjuicio de la competencia propia de los Tribunales, las leyes de delegación podrán establecer en cada caso fórmulas adicionales de control.

#### Artículo 83.

Las leyes de bases no podrán en ningún caso:

- a) Autorizar la modificación de la propia ley de bases.
- b) Facultad para dictar normas con carácter retroactivo.

#### Artículo 84.

Cuando una proposición de ley o una enmienda fuere contraria a una delegación legislativa en vigor, el Gobierno está facultado para oponerse a su tramitación. En tal supuesto, podrá presentarse una proposición de ley para la derogación total o parcial de la ley de delegación.

#### Artículo 85.

Las disposiciones del Gobierno que contengan legislación delegada recibirán el título de Decretos Legislativos.

## Artículo 86.

1. En caso de extraordinaria y urgente necesidad, el Gobierno podrá dictar disposiciones legislativas provisionales que tomarán la forma de Decretos-leyes y que no podrán afectar al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I, al régimen de las Comunidades Autónomas, ni al Derecho electoral general.

2. Los Decretos-leyes deberán ser inmediatamente sometidos a debate y votación de totalidad al Congreso de los Diputados, convocado al efecto si no estuviere reunido, en el plazo de los treinta días siguientes a su promulgación. El Congreso habrá de pronunciarse expresamente dentro de dicho plazo sobre su convalidación o derogación, para lo cual el Reglamento establecerá un procedimiento especial y sumario.

3. Durante el plazo establecido en el apartado anterior las Cortes podrán tramitarlos como proyectos de ley por el procedimiento de urgencia.

## Artículo 87.

1. La iniciativa legislativa corresponde al Gobierno, al Congreso y al Senado, de acuerdo con la Constitución y los Reglamentos de las Cámaras.

2. Las Asambleas de las Comunidades Autónomas podrán solicitar del Gobierno la adopción de un proyecto de ley o remitir a la Mesa del Congreso una proposición de ley, delegando ante dicha Cámara un máximo de tres miembros de la Asamblea encargados de su defensa.

3. Una ley orgánica regulará las formas de ejercicio y requisitos de la iniciativa popular para la presentación de proposiciones de ley. En todo caso se exigirán no menos de 500.000 firmas acreditadas. No procederá dicha iniciativa en materias propias de ley orgánica, tributarias o de carácter internacional, ni en lo relativo a la prerrogativa de gracia.

## Artículo 88.

Los proyectos de ley serán aprobados en Consejo de Ministros, que los someterá al Congreso, acompañados de una exposición de motivos y de los antecedentes necesarios para pronunciarse sobre ellos.

## Artículo 89.

1. La tramitación de las proposiciones de ley se regulará por los Reglamentos de las Cámaras, sin que la prioridad debida a los proyectos de ley impida el ejercicio de la iniciativa legislativa en los términos regulados por el artículo 87.

2. Las proposiciones de ley que, de acuerdo con el artículo 87 tome en consideración el Senado, se remitirán al Congreso para su trámite en éste como tal proposición.

## Artículo 90.

1. Aprobado un proyecto de ley ordinaria u orgánica por el Congreso de los Diputados, su Presidente dará inmediata cuenta del mismo al Presidente del Senado, el cual lo someterá a la deliberación de éste.

2. El Senado en el plazo de dos meses, a partir del día de la recepción del texto, puede, mediante mensaje motivado, oponer su veto o introducir enmiendas al mismo. El veto deberá ser aprobado por mayoría absoluta. El proyecto no podrá ser sometido al Rey para sanción sin que el Congreso ratifique por mayoría absoluta, en caso de veto, el texto inicial, o por mayoría simple, una vez transcurridos dos meses desde la interposición del mismo, o se pronuncie sobre las enmiendas, aceptándolas o no por mayoría simple.

3. El plazo de dos meses de que el Senado dispone para vetar o enmendar el proyecto se reducirá al de veinte días naturales en los proyectos declarados urgentes por el Gobierno o por el Congreso de los Diputados.

## Artículo 91.

El Rey sancionará en el plazo de quince días las leyes aprobadas por las Cortes Generales, y las promulgará y ordenará su inmediata publicación.

## Artículo 92.

1. Las decisiones políticas de especial trascendencia podrán ser sometidas a referéndum consultivo de todos los ciudadanos.

2. El Referéndum será convocado por el Rey, mediante propuesta del Presidente del Gobierno, previamente autorizada por el Congreso de los Diputados.

3. Una ley orgánica regulará las condiciones y el procedimiento de las distintas modalidades de referéndum previstas en esta Constitución.

## CAPITULO TERCERO

*De los Tratados Internacionales*

## Artículo 93.

Mediante ley orgánica se podrá autorizar la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución. Corresponde a las Cortes Generales o al Gobierno, según los casos, la garantía del cumplimiento de estos tratados y de las resoluciones emanadas de los organismos internacionales o supranacionales titulares de la cesión.

Artículo 94.

1. La prestación del consentimiento del Estado para obligarse por medio de tratados o convenios requerirá la previa autorización de las Cortes Generales, en los siguientes casos:

- a) Tratados de carácter político.
- b) Tratados o convenios de carácter militar.
- c) Tratados o convenios que afecten a la integridad territorial del Estado o a los derechos y deberes fundamentales establecidos en el Título I.
- d) Tratados o convenios que impliquen obligaciones financieras para la Hacienda Pública.
- e) Tratados o convenios que supongan modificación o derogación de alguna ley o exijan medidas legislativas para su ejecución.

2. El Congreso y el Senado serán inmediatamente informados de la conclusión de los restantes tratados o convenios.

Artículo 95.

1. La celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional.

2. El Gobierno o cualquiera de las Cámaras puede requerir al Tribunal Constitucional para que declare si existe o no esa contradicción.

Artículo 96.

1. Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional.

2. Para la denuncia de los tratados y convenios internacionales se utilizará el mismo procedimiento previsto para su aprobación en el artículo 94.

## TITULO IV

### Del Gobierno y de la Administración

Artículo 97.

El Gobierno dirige la política interior y exterior, la Administración civil y militar y la defensa del Estado. Ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las leyes.

**Artículo 98.**

1. El Gobierno se compone del Presidente, de los Vicepresidentes en su caso, de los Ministros y de los demás miembros que establezca la ley.

2. El Presidente dirige la acción del Gobierno y coordina las funciones de los demás miembros del mismo, sin perjuicio de la competencia y responsabilidad directa de éstos en su gestión.

3. Los miembros del Gobierno no podrán ejercer otras funciones representativas que las propias del mandato parlamentario, ni cualquier otra función pública que no derive de su cargo, ni actividad profesional o mercantil alguna.

4. La ley regulará el Estatuto e incompatibilidades de los miembros del Gobierno.

**Artículo 99.**

1. Después de cada renovación del Congreso de los Diputados, y en los demás supuestos constitucionales en que así proceda, el Rey, previa consulta con los representantes designados por los Grupos políticos con representación parlamentaria, y a través del Presidente del Congreso, propondrá un candidato a la Presidencia del Gobierno.

2. El candidato propuesto conforme a lo previsto en el apartado anterior expondrá ante el Congreso de los Diputados el programa político del Gobierno que pretenda formar y solicitará la confianza de la Cámara.

3. Si el Congreso de los Diputados, por el voto de la mayoría absoluta de sus miembros, otorgare su confianza a dicho candidato, el Rey le nombrará Presidente. De no alcanzarse dicha mayoría, se someterá la misma propuesta a nueva votación cuarenta y ocho horas después de la anterior, y la confianza se entenderá otorgada si obtuviere la mayoría simple.

4. Si efectuadas las citadas votaciones no se otorgase la confianza para la investidura, se tramitarán sucesivas propuestas en la forma prevista en los apartados anteriores.

5. Si transcurrido el plazo de dos meses, a partir de la primera votación de investidura, ningún candidato hubiere obtenido la confianza del Congreso, el Rey disolverá ambas Cámaras y convocará nuevas elecciones con el referendo del Presidente del Congreso.

**Artículo 100.**

Los demás miembros del Gobierno serán nombrados y separados por el Rey, a propuesta de su Presidente.

**Artículo 101.**

1. El Gobierno cesa tras la celebración de elecciones generales, en los casos de pérdida de la confianza parlamentaria previstos en la Constitución, o por dimisión o fallecimiento de su Presidente.

2. El Gobierno cesante continuará en funciones hasta la toma de posesión del nuevo Gobierno.

Artículo 102.

1. La responsabilidad criminal del Presidente y los demás miembros del Gobierno será exigible, en su caso, ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.

2. Si la acusación fuere por traición o por cualquier delito contra la seguridad del Estado en el ejercicio de sus funciones, sólo podrá ser planteada por iniciativa de la cuarta parte de los miembros del Congreso, y con la aprobación de la mayoría absoluta del mismo.

3. La prerrogativa real de gracia no será aplicable a ninguno de los supuestos del presente artículo.

Artículo 103.

1. La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho.

2. Los órganos de la Administración del Estado son creados, regidos y coordinados de acuerdo con la ley.

3. La ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades del ejercicio de su derecho a sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones.

Artículo 104.

1. Las Fuerzas y Cuerpos de seguridad, bajo la dependencia del Gobierno, tendrán como misión proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana.

2. Una ley orgánica determinará las funciones, principios básicos de actuación y estatutos de las Fuerzas y Cuerpos de seguridad.

Artículo 105.

La ley regulará:

a) La audiencia de los ciudadanos, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten.

b) El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas.

c) El procedimiento a través del cual deben producirse los actos administrativos, garantizando, cuando proceda, la audiencia del interesado.

**Artículo 106.**

1. Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican.

2. Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos.

**Artículo 107.**

El Consejo de Estado es el supremo órgano consultivo del Gobierno. Una ley orgánica regulará su composición y competencia.

**TITULO V****De las relaciones entre el Gobierno y las Cortes Generales****Artículo 108.**

El Gobierno responde solidariamente en su gestión política ante el Congreso de los Diputados.

**Artículo 109.**

Las Cámaras y sus Comisiones podrán recabar, a través de los Presidentes de aquéllas la información y ayuda que precisen del Gobierno y de sus Departamentos y de cualesquiera autoridades del Estado y de las Comunidades Autónomas.

**Artículo 110.**

1. Las Cámaras y sus Comisiones pueden reclamar la presencia de los miembros del Gobierno.

2. Los miembros del Gobierno tienen acceso a las sesiones de las Cámaras y a sus Comisiones y la facultad de hacerse oír en ellas, y podrán solicitar que informen ante las mismas funcionarios de sus Departamentos.

**Artículo 111.**

1. El Gobierno y cada uno de sus miembros están sometidos a las interpelaciones y preguntas que se le formulen en las Cámaras. Para esta clase de debate los Reglamentos establecerán un tiempo mínimo semanal.

2. Toda interpelación podrá dar lugar a una moción en la que la Cámara manifieste su posición.

**Artículo 112.**

El Presidente del Gobierno, previa deliberación del Consejo de Ministros, puede plantear ante el Congreso de los Diputados la cuestión de confianza sobre su programa o sobre una declaración de política general. La confianza se entenderá otorgada cuando vote a favor de la misma la mayoría simple de los Diputados.

**Artículo 113.**

1. El Congreso de los Diputados puede exigir la responsabilidad política del Gobierno mediante la adopción por mayoría absoluta de la moción de censura.

2. La moción de censura deberá ser propuesta al menos por la décima parte de los Diputados, y habrá de incluir un candidato a la Presidencia del Gobierno.

3. La moción de censura no podrá ser votada hasta que transcurran cinco días desde su presentación. En los dos primeros días de dicho plazo podrán presentarse mociones alternativas.

4. Si la moción de censura no fuere aprobada por el Congreso, sus signatarios no podrán presentar otra durante el mismo período de sesiones.

**Artículo 114.**

1. Si el Congreso niega su confianza al Gobierno, éste presentará su dimisión al Rey, procediéndose a continuación a la designación de Presidente del Gobierno, según lo dispuesto en el artículo 99.

2. Si el Congreso adopta una moción de censura, el Gobierno presentará su dimisión al Rey y el candidato incluido en aquélla se entenderá investido de la confianza de la Cámara a los efectos previstos en el artículo 99. El Rey le nombrará Presidente del Gobierno.

**Artículo 115.**

1. El Presidente del Gobierno, previa deliberación del Consejo de Ministros, y bajo su exclusiva responsabilidad, podrá proponer la disolución del Congreso, del Senado o de las Cortes Generales, que será decretada por el Rey. El decreto de disolución fijará la fecha de las elecciones.

2. La propuesta de disolución no podrá presentarse cuando esté en trámite una moción de censura.

3. No procederá nueva disolución antes de que transcurra un año desde la anterior, salvo lo dispuesto en el artículo 99, apartado 5.

**Artículo 116.**

1. Una ley orgánica regulará los estados de alarma, de excepción y de sitio, y las competencias y limitaciones correspondientes.

2. El estado de alarma será declarado por el Gobierno mediante de-

creto acordado en Consejo de Ministros por un plazo máximo de quince días, dando cuenta al Congreso de los Diputados, reunido inmediatamente al efecto y sin cuya autorización no podrá ser prorrogado dicho plazo. El decreto determinará el ámbito territorial a que se extienden los efectos de la declaración.

3. El estado de excepción será declarado por el Gobierno mediante Decreto acordado en Consejo de Ministros, previa autorización del Congreso de los Diputados. La autorización y proclamación del estado de excepción deberá determinar expresamente los efectos del mismo, el ámbito territorial a que se extiende y su duración, que no podrá exceder de treinta días, prorrogables por otro plazo igual, con los mismos requisitos.

4. El estado de sitio será declarado por la mayoría absoluta del Congreso de los Diputados, a propuesta exclusiva del Gobierno. El Congreso determinará su ámbito territorial, duración y condiciones.

5. No podrá procederse a la disolución del Congreso mientras estén declarados algunos de los estados comprendidos en el presente artículo, quedando automáticamente convocadas las Cámaras si no estuvieren en período de sesiones. Su funcionamiento, así como el de los demás poderes constitucionales del Estado, no podrán interrumpirse durante la vigencia de estos estados.

Disuelto el Congreso o expirado su mandato, si se produjere alguna de las situaciones que dan lugar a cualquiera de dichos estados, las competencias del Congreso serán asumidas por su Diputación Permanente.

6. La declaración de los estados de alarma, de excepción y de sitio, no modificarán el principio de responsabilidad del Gobierno y de sus agentes reconocidos en la Constitución y en las leyes.

## TITULO VI

### Del poder judicial

#### Artículo 117.

1. La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley.

2. Los Jueces y Magistrados no podrán ser separados, suspendidos, trasladados ni jubilados sino por alguna de las causas y con las garantías previstas en la ley.

3. El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan.

4. Los Juzgados y Tribunales no ejercerán más funciones que las señaladas en el apartado anterior y las que expresamente les sean atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho.

5. El principio de unidad jurisdiccional es la base de la organización y funcionamiento de los Tribunales. La ley regulará el ejercicio de la juris-

dicción militar en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio, de acuerdo con los principios de la Constitución.

6. Se prohíben los Tribunales de excepción.

#### Artículo 118.

Es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales, así como prestar la colaboración requerida por éstos en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto.

#### Artículo 119.

La justicia será gratuita cuando así lo disponga la ley, y, en todo caso, respecto de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar.

#### Artículo 120.

1. Las actuaciones judiciales serán públicas, con las excepciones que prevén las leyes de procedimiento.

2. El procedimiento será predominantemente oral, sobre todo en materia criminal.

3. Las sentencias serán siempre motivadas y se pronunciarán en audiencia pública.

#### Artículo 121.

Los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia darán derecho a una indemnización a cargo del Estado, conforme a la ley.

#### Artículo 122.

1. La ley orgánica del poder judicial determinará la constitución, funcionamiento y gobierno de los Juzgados y Tribunales, así como el estatuto jurídico de los Jueces y Magistrados de carrera, que formarán un Cuerpo único, y del personal al servicio de la Administración de Justicia.

2. El Consejo General del poder judicial es el órgano de gobierno del mismo. La ley orgánica establecerá su estatuto y el régimen de incompatibilidades de sus miembros y sus funciones, en particular en materia de nombramientos, ascensos, inspección y régimen disciplinario.

3. El Consejo General del Poder Judicial estará integrado por el Presidente del Tribunal Supremo, que lo presidirá, y por veinte miembros nombrados por el Rey por un período de cinco años. De éstos, doce entre Jueces y Magistrados de todas las categorías judiciales, en los términos que establezca la ley orgánica; cuatro a propuesta del Congreso de los Diputados y cuatro a propuesta del Senado, elegidos en ambos casos por mayoría de tres quintos de sus miembros, entre abogados y otros juristas, todos ellos de reconocida competencia y con más de quince años de ejercicio en su profesión.

## Artículo 123.

1. El Tribunal Supremo, con jurisdicción en toda España, es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales.

2. El Presidente del Tribunal Supremo será nombrado por el Rey, a propuesta del Consejo General del Poder Judicial, en la forma que determine la ley.

## Artículo 124.

1. El Ministerio Fiscal, sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos, tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social.

2. El Ministerio Fiscal ejerce sus funciones por medio de órganos propios conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica y con sujeción, en todo caso, a los de legalidad e imparcialidad.

3. La ley regulará el estatuto orgánico del Ministerio Fiscal.

4. El Fiscal General del Estado será nombrado por el Rey, a propuesta del Gobierno, oído el Consejo General del poder judicial.

## Artículo 125.

Los ciudadanos podrán ejercer la acción popular y participar en la Administración de Justicia mediante la institución del Jurado, en la forma y con respecto a aquellos procesos penales que la ley determine, así como en los Tribunales consuetudinarios y tradicionales.

## Artículo 126.

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.

## Artículo 127.

1. Los Jueces y Magistrados, así como los Fiscales, mientras se hallen en activo, no podrán desempeñar otros cargos públicos, ni pertenecer a partidos políticos o sindicatos. La ley establecerá el sistema y modalidades de asociación profesional de los Jueces, Magistrados y Fiscales.

2. La ley establecerá el régimen de incompatibilidades de los miembros del poder judicial, que deberá asegurar la total independencia de los mismos.

## TITULO VII

### Economía y Hacienda

#### Artículo 128.

1. Toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general.

2. Se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. Mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general.

#### Artículo 129.

1. La ley establecerá la formas de participación de los interesados en la Seguridad Social y en la actividad de los organismos públicos cuya función afecte directamente a la calidad de la vida o al bienestar general.

2. Los poderes públicos promoverán eficazmente las diversas formas de participación en la empresa y fomentarán, mediante una legislación adecuada, las sociedades cooperativas. También establecerán los medios que faciliten el acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción.

#### Artículo 130.

1. Los poderes públicos atenderán a la modernización y desarrollo de todos los sectores económicos y, en particular, de la agricultura, de la ganadería, de la pesca y de la artesanía, a fin de equiparar el nivel de vida de todos los españoles.

2. Con el mismo fin, se dispensará un tratamiento especial a las zonas de montaña.

#### Artículo 131.

1. El Estado, mediante ley, podrá planificar la actividad económica general para atender a las necesidades colectivas, equilibrar y armonizar el desarrollo regional y sectorial y estimular el crecimiento de la renta y de la riqueza y su más justa distribución.

2. El Gobierno elaborará los proyectos de planificación, de acuerdo con las previsiones que le sean suministradas por las Comunidades Autónomas y el asesoramiento y colaboración de los sindicatos y otras organizaciones profesionales, empresariales y económicas. A tal fin se constituirá un Consejo, cuya composición y funciones se desarrollarán por ley.

#### Artículo 132.

1. La ley regulará el régimen jurídico de los bienes de dominio público y de los comunales, inspirándose en los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad, así como su desafectación.

2. Son bienes de dominio público estatal los que determine la ley y, en todo caso, la zona marítimo-terrestre, las playas, el mar territorial y los recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental.

3. Por ley se regularán el Patrimonio del Estado y el Patrimonio Nacional, su administración, defensa y conservación.

#### Artículo 133.

1. La potestad originaria para establecer los tributos corresponde exclusivamente al Estado, mediante ley.

2. Las Comunidades Autónomas y las Corporaciones locales podrán establecer y exigir tributos, de acuerdo con la Constitución y las leyes.

3. Todo beneficio fiscal que afecte a los tributos del Estado deberá establecerse en virtud de ley.

4. Las administraciones públicas sólo podrán contraer obligaciones financieras y realizar gastos de acuerdo con las leyes.

#### Artículo 134.

1. Corresponde al Gobierno la elaboración de los Presupuestos Generales del Estado y a las Cortes Generales su examen, enmienda y aprobación.

2. Los presupuestos Generales del Estado tendrán carácter anual, incluirán la totalidad de los gastos e ingresos del sector público estatal y en ellos se consignará el importe de los beneficios fiscales que afecten a los tributos del Estado.

3. El Gobierno deberá presentar ante el Congreso de los Diputados los Presupuestos Generales del Estado al menos tres meses antes de la expiración de los del año anterior.

4. Si la Ley de Presupuestos no se aprobara antes del primer día del ejercicio económico correspondiente, se considerarán automáticamente prorrogados los Presupuestos del ejercicio anterior hasta la aprobación de los nuevos.

5. Aprobados los Presupuestos Generales del Estado, el Gobierno podrá presentar proyectos de ley que impliquen aumento del gasto público o disminución de los ingresos correspondientes al mismo ejercicio presupuestario.

6. Toda proposición o enmienda que suponga aumento de los créditos o disminución de los ingresos presupuestarios requerirá la conformidad del Gobierno para su tramitación.

7. La Ley de Presupuestos no puede crear tributos. Podrá modificarlos cuando una ley tributaria sustantiva así lo prevea.

#### Artículo 135.

1. El Gobierno habrá de estar autorizado por ley para emitir Deuda Pública o contraer crédito.

2. Los créditos para satisfacer el pago de intereses y capital de la Deuda Pública del Estado se entenderán siempre incluidos en el estado de gastos

de los presupuestos y no podrán ser objeto de enmienda o modificación, mientras se ajusten a las condiciones de la ley de emisión.

#### Artículo 136.

1. El Tribunal de Cuentas es el supremo órgano fiscalizador de las cuentas y de la gestión económica del Estado, así como del sector público.

Dependerá directamente de las Cortes Generales y ejercerá sus funciones por delegación de ellas en el examen y comprobación de la Cuenta General del Estado.

2. Las cuentas del Estado y del sector público estatal se rendirán al Tribunal de Cuentas y serán censuradas por éste.

El Tribunal de Cuentas, sin perjuicio de su propia jurisdicción, remitirá a las Cortes Generales un informe anual en el que, cuando proceda, comunicará las infracciones o responsabilidades en que, a su juicio, se hubiere incurrido.

3. Los miembros del Tribunal de Cuentas gozarán de la misma independencia e inamovilidad y estarán sometidos a las mismas incompatibilidades que los Jueces.

4. Una ley orgánica regulará la composición, organización y funciones del Tribunal de Cuentas.

## TITULO VIII

### De la Organización Territorial del Estado

#### CAPITULO PRIMERO

##### *Principios generales*

#### Artículo 137.

El Estado se organiza territorialmente en municipios, en provincias y en las Comunidades Autónomas que se constituyan. Todas estas entidades gozan de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses.

#### Artículo 138.

1. El Estado garantiza la realización efectiva del principio de solidaridad consagrado en el artículo 2 de la Constitución, velando por el establecimiento de un equilibrio económico, adecuado y justo entre las diversas partes del territorio español, y atendiendo en particular a las circunstancias del hecho insular.

2. Las diferencias entre los Estatutos de las distintas Comunidades Autónomas no podrán implicar, en ningún caso, privilegios económicos o sociales

## Artículo 139.

1. Todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio del Estado.

2. Ninguna autoridad podrá adoptar medidas que directa o indirectamente obstaculicen la libertad de circulación y establecimiento de las personas y la libre circulación de bienes en todo el territorio español.

## CAPITULO SEGUNDO

*De la Administración Local*

## Artículo 140.

La Constitución garantiza la autonomía de los municipios. Estos gozarán de personalidad jurídica plena. Su gobierno y administración corresponde a sus respectivos Ayuntamientos, integrados por los Alcaldes y los Concejales. Los Concejales serán elegidos por los vecinos del municipio mediante sufragio universal igual, libre, directo y secreto, en la forma establecida por la ley. Los Alcaldes serán elegidos por los Concejales o por los vecinos. La ley regulará las condiciones en las que proceda el régimen del concejo abierto.

## Artículo 141.

1. La provincia es una entidad local con personalidad jurídica propia, determinada por la agrupación de municipios y división territorial para el cumplimiento de las actividades del Estado. Cualquier alteración de los límites provinciales habrá de ser aprobada por las Cortes Generales mediante ley orgánica.

2. El gobierno y la administración autónoma de las provincias estarán encomendados a Diputaciones u otras Corporaciones de carácter representativo.

3. Se podrán crear agrupaciones de municipios diferentes de la provincia.

4. En los archipiélagos, las islas tendrán además su administración propia en forma de Cabildos o Consejos.

## Artículo 142.

Las Haciendas locales deberán disponer de los medios suficientes para el desempeño de las funciones que la ley atribuye a las Corporaciones respectivas y se nutrirán fundamentalmente de tributos propios y de participación en los del Estado y de las Comunidades Autónomas.

## CAPITULO TERCERO

*De las Comunidades Autónomas*

## Artículo 143.

1. En el ejercicio del derecho a la autonomía reconocido en el artículo 2 de la Constitución, las provincias limítrofes con características históricas, culturales y económicas comunes, los territorios insulares y las provincias

con entidad regional histórica podrán acceder a su autogobierno y constituirse en Comunidades Autónomas con arreglo a lo previsto en este título y en los respectivos Estatutos.

2. La iniciativa del proceso autonómico corresponde a todas las Diputaciones interesadas o al órgano interinsular correspondiente y a las dos terceras partes de los municipios cuya población represente, al menos, la mayoría del censo electoral de cada provincia o isla. Estos requisitos deberán ser cumplidos en el plazo de seis meses desde el primer acuerdo adoptado al respecto por alguna de las Corporaciones locales interesadas.

3. La iniciativa, en caso de no prosperar, solamente podrá reiterarse pasados cinco años.

#### Artículo 144.

Las Cortes Generales, mediante ley orgánica, podrán, por motivos de interés nacional:

a) Autorizar la constitución de una comunidad autónoma cuando su ámbito territorial no supere el de una provincia y no reúna las condiciones del apartado 1 del artículo 143.

b) Autorizar a acordar, en su caso, un Estatuto de autonomía para territorios que no estén integrados en la organización provincial.

c) Sustituir la iniciativa de las Corporaciones locales a que se refiere el apartado 2 del artículo 143.

#### Artículo 145.

1. En ningún caso se admitirá la federación de Comunidades Autónomas.

2. Los Estatutos podrán prever los supuestos, requisitos y términos en que las Comunidades Autónomas podrán celebrar convenios entre sí para la gestión y prestación de servicios propios de las mismas, así como el carácter y efectos de la correspondiente comunicación a las Cortes Generales. En los demás supuestos, los acuerdos de cooperación entre las Comunidades Autónomas necesitarán la autorización de las Cortes Generales.

#### Artículo 146.

El proyecto de Estatuto será elaborado por una asamblea compuesta por los miembros de la Diputación u órgano interinsular de las provincias afectadas y por los Diputados y Senadores elegidos en ellas y será elevado a las Cortes Generales para su tramitación como ley.

#### Artículo 147.

1. Dentro de los términos de la presente Constitución, los Estatutos serán la norma institucional básica de cada Comunidad Autónoma y el Estado los reconocerá y amparará como parte integrante de su ordenamiento jurídico.

2. Los Estatutos de autonomía deberán contener:

a) La denominación de la Comunidad que mejor corresponda a su identidad histórica.

- b) La delimitación de su territorio.
- c) La denominación, organización y sede de las instituciones autónomas propias.
- d) Las competencias asumidas dentro del marco establecido en la Constitución y las bases para el traspaso de los servicios correspondientes a las mismas.

3. La reforma de los Estatutos se ajustará al procedimiento establecido en los mismos y requerirá, en todo caso, la aprobación por las Cortes Generales, mediante ley orgánica.

#### Artículo 148.

1. Las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en las siguientes materias:

- 1.º Organización de sus instituciones de autogobierno.
- 2.º Las alteraciones de los términos municipales comprendidos en su territorio y, en general, las funciones que corresponden a la Administración del Estado sobre las Corporaciones locales y cuya transferencia autorice la legislación sobre Régimen Local.
- 3.º Ordenación del territorio, urbanismo y vivienda.
- 4.º Las obras públicas de interés de la Comunidad Autónoma en su propio territorio.
- 5.º Los ferrocarriles y carreteras cuyo itinerario se desarrolle íntegramente en el territorio de la Comunidad Autónoma y, en los mismos términos, el transporte desarrollado por estos medios o por cable.
- 6.º Los puertos de refugio, los puertos y aeropuertos deportivos y, en general, los que no desarrollen actividades comerciales.
- 7.º La agricultura y ganadería, de acuerdo con la ordenación general de la economía.
- 8.º Los montes y aprovechamientos forestales.
- 9.º La gestión en materia de protección del medio ambiente.
- 10.º Los proyectos, construcción y explotación de los aprovechamientos hidráulicos, canales y regadíos de interés de la Comunidad Autónoma; las aguas minerales y termales.
- 11. La pesca en aguas interiores, el marisqueo y la acuicultura, la caza y la pesca fluvial.
- 12. Ferias interiores.
- 13. El fomento del desarrollo económico de la Comunidad Autónoma dentro de los objetivos marcados por la política económica nacional.
- 14. La artesanía.
- 15. Museos, bibliotecas y conservatorios de música de interés para la Comunidad Autónoma.
- 16. Patrimonio monumental de interés de la Comunidad Autónoma.
- 17. El fomento de la cultura, de la investigación y, en su caso, de la enseñanza de la lengua de la Comunidad Autónoma.
- 18. Promoción y ordenación del turismo en su ámbito territorial.
- 19. Promoción del deporte y de la adecuada utilización del ocio.
- 20. Asistencia social.

21. Sanidad e higiene.
  22. La vigilancia y protección de sus edificios e instalaciones. La coordinación y demás facultades en relación con las policías locales en los términos que establezca una ley orgánica.
2. Transcurridos cinco años, y mediante la reforma de sus Estatutos, las Comunidades Autónomas podrán ampliar sucesivamente sus competencias dentro del marco establecido en el artículo 149.

#### Artículo 149.

1. El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias:
  - 1.º La regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales.
  - 2.º Nacionalidad, inmigración, emigración, extranjería y derecho de asilo.
  - 3.º Relaciones internacionales.
  - 4.º Defensa y Fuerzas Armadas.
  - 5.º Administración de Justicia.
  - 6.º Legislación mercantil, penal y penitenciaria; legislación procesal, sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas.
  - 7.º Legislación laboral; sin perjuicio de su ejecución por los órganos de las Comunidades Autónomas.
  - 8.º Legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan. En todo caso, las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del Derecho, con respeto, en este último caso, a las normas de derecho foral o especial.
  - 9.º Legislación sobre propiedad intelectual e industrial.
  10. Régimen aduanero y arancelario; comercio exterior.
  11. Sistema monetario: divisas, cambio y convertibilidad; bases de la ordenación del crédito, banca y seguros.
  12. Legislación sobre pesas y medidas, determinación de la hora oficial.
  13. Bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica.
  14. Hacienda general y Deuda del Estado.
  15. Fomento y coordinación general de la investigación científica y técnica.
  16. Sanidad exterior. Bases y coordinación general de la sanidad. Legislación sobre productos farmacéuticos.
  17. Legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social, sin perjuicio de la ejecución de sus servicios por las Comunidades Autónomas.
  18. Las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y del régimen estatutario de sus funcionarios que, en todo caso, garantizarán a los administrados un tratamiento común ante ellas; el procedimiento administrativo común, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organi-

zación propia de las Comunidades Autónomas; legislación sobre expropiación forzosa; legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas y el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones públicas.

19. Pesca marítima, sin perjuicio de las competencias que en la ordenación del sector se atribuyan a las Comunidades Autónomas.

20. Marina mercante y abanderamiento de buques; iluminación de costas y señales marítimas; puertos de interés general; aeropuertos de interés general; control del espacio aéreo, tránsito y transporte aéreo, servicio meteorológico y matriculación de aeronaves.

21. Ferrocarriles y transportes terrestres que transcurran por el territorio de más de una Comunidad Autónoma; régimen general de comunicaciones; tráfico y circulación de vehículos a motor; correos y telecomunicaciones; cables aéreos, submarinos y radiocomunicación.

22. La legislación, ordenación y concesión de recursos y aprovechamientos hidráulicos cuando las aguas discurren por más de una Comunidad Autónoma, y la autorización de las instalaciones eléctricas cuando su aprovechamiento afecte a otra Comunidad o el transporte de energía salga de su ámbito territorial.

23. Legislación básica sobre protección del medio ambiente, sin perjuicio de las facultades de las Comunidades Autónomas de establecer normas adicionales de protección. La legislación básica sobre montes, aprovechamientos forestales y vías pecuarias.

24. Obras públicas de interés general o cuya realización afecte a más de una Comunidad Autónoma.

25. Bases del régimen minero y energético.

26. Régimen de producción, comercio, tenencia y uso de armas y explosivos.

27. Normas básicas del régimen de prensa, radio y televisión y, en general, de todos los medios de comunicación social, sin perjuicio de las facultades que en su desarrollo y ejecución correspondan a las Comunidades Autónomas.

28. Defensa del patrimonio cultural, artístico y monumental español contra la exportación y la expoliación; museos, bibliotecas y archivos de titularidad estatal, sin perjuicio de su gestión por parte de las Comunidades Autónomas.

29. Seguridad pública, sin perjuicio de la posibilidad de creación de policías por las Comunidades Autónomas en la forma que se establezca en los respectivos Estatutos en el marco de lo que disponga una ley orgánica.

30. Regulación de las condiciones de obtención, expedición y homologación de títulos académicos y profesionales y normas básicas para el desarrollo del artículo 27 de la Constitución a fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones de los poderes públicos en esta materia.

31. Estadística para fines estatales.

32. Autorización para la convocatoria de consultas populares por vía de referéndum.

2. Sin perjuicio de las competencias que podrán asumir las Comunidades Autónomas, el Estado considerará el servicio de la cultura como deber y

atribución esencial y facilitará la comunicación cultural entre las Comunidades Autónomas, de acuerdo con ellas.

3. Las materias no atribuidas expresamente al Estado por esta Constitución podrán corresponder a las Comunidades Autónomas, en virtud de sus respectivos Estatutos. La competencia sobre las materias que no se hayan asumido por los Estatutos de Autonomía corresponderá al Estado, cuyas normas prevalecerán, en caso de conflicto, sobre las de las Comunidades Autónomas en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de éstas. El derecho estatal será, en todo caso, supletorio del derecho de las Comunidades Autónomas.

#### Artículo 150.

1. Las Cortes Generales, en materias de competencia estatal, podrán atribuir a todas o a algunas de las Comunidades Autónomas la facultad de dictar, para sí mismas, normas legislativas en el marco de los principios, bases y directrices fijados por una ley estatal. Sin perjuicio de la competencia de los Tribunales, en cada ley marco se establecerá la modalidad del control de las Cortes Generales sobre estas normas legislativas de las Comunidades Autónomas.

2. El Estado podrá transferir o delegar en las Comunidades Autónomas, mediante ley orgánica, facultades correspondientes a materia de titularidad estatal que por su propia naturaleza sean susceptibles de transferencia o delegación. La ley preverá en cada caso la correspondiente transferencia de medios financieros, así como las formas de control que se reserve el Estado.

3. El Estado podrá dictar leyes que establezcan los principios necesarios para armonizar las disposiciones normativas de las Comunidades Autónomas, aun en el caso de materias atribuidas a la competencia de éstas, cuando así lo exija el interés general. Corresponde a las Cortes Generales, por mayoría absoluta de cada Cámara, la apreciación de esta necesidad.

#### Artículo 151.

1. No será preciso dejar transcurrir el plazo de cinco años a que se refiere el apartado 2 del artículo 148 cuando la iniciativa del proceso autonómico sea acordada dentro del plazo del artículo 143, 2, además de por las Diputaciones o los órganos interinsulares correspondientes, por las tres cuartas partes de los Municipios de cada una de las provincias afectadas que representen, al menos, la mayoría del censo electoral de cada una de ellas y dicha iniciativa sea ratificada mediante referéndum por el voto afirmativo de la mayoría absoluta de los electores de cada provincia en los términos que establezca una ley orgánica.

2. En el supuesto previsto en el apartado anterior, el procedimiento para la elaboración del Estatuto será el siguiente:

1.º El Gobierno convocará a todos los Diputados y Senadores elegidos en las circunscripciones comprendidas en el ámbito territorial que pretenda acceder al autogobierno, para que se constituyan en Asamblea, a los solos efectos de elaborar el correspondiente proyecto de Estatuto de autonomía, mediante el acuerdo de la mayoría absoluta de sus miembros.

2.º Aprobado el proyecto de Estatuto por la Asamblea de Parlamentarios, se remitirá a la Comisión Constitucional del Congreso, la cual, dentro del plazo de dos meses, lo examinará con el concurso y asistencia de una delegación de la Asamblea proponente para determinar de común acuerdo su formulación definitiva.

3.º Si se alcanzare dicho acuerdo, el texto resultante será sometido a referéndum del cuerpo electoral de las provincias comprendidas en el ámbito territorial del proyectado Estatuto.

4.º Si el proyecto de Estatuto es aprobado en cada provincia por la mayoría de los votos válidamente emitidos, será elevado a las Cortes Generales. Los Plenos de ambas Cámaras decidirán sobre el texto mediante un voto de ratificación. Aprobado el Estatuto, el Rey lo sancionará y lo promulgará como ley.

5.º De no alcanzarse el acuerdo a que se refiere el apartado 2.º de este número, el proyecto de Estatuto será tramitado como proyecto de ley ante las Cortes Generales. El texto aprobado por éstas será sometido a referéndum del cuerpo electoral de las provincias comprendidas en el ámbito territorial del proyectado Estatuto. En caso de ser aprobado por la mayoría de los votos válidamente emitidos en cada provincia, procederá su promulgación en los términos del párrafo anterior.

3. En los casos de los párrafos 4.º y 5.º del apartado anterior, la no aprobación del proyecto de Estatuto por una o varias provincias, no impedirá la constitución entre las restantes de la Comunidad Autónoma proyectada, en la forma que establezca la ley orgánica prevista en el apartado 1 de este artículo.

#### Artículo 152.

1. En los Estatutos aprobados por el procedimiento a que se refiere el artículo anterior, la organización institucional autonómica se basará en una Asamblea Legislativa elegida por sufragio universal con arreglo a un sistema de representación proporcional que asegure, además, la representación de las diversas zonas del territorio; un Consejo de Gobierno con funciones ejecutivas y administrativas, y un Presidente, elegido por la Asamblea, de entre sus miembros, y nombrado por el Rey, al que corresponde la dirección del Consejo de Gobierno, la suprema representación de la respectiva Comunidad y la ordinaria del Estado en aquélla. El Presidente y los miembros del Consejo de Gobierno serán políticamente responsables ante la Asamblea.

Un Tribunal Superior de Justicia, sin perjuicio de la jurisdicción que corresponde al Tribunal Supremo, culminará la organización judicial en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma. En los Estatutos de las Comunidades Autónomas podrán establecerse los supuestos y las formas de participación de aquéllas en la organización de las demarcaciones judiciales del territorio. Todo ello de conformidad con lo previsto en la ley orgánica del poder judicial y dentro de la unidad e independencia de éste.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 123, las sucesivas instancias procesales, en su caso, se agotarán ante órganos judiciales radicados en el mismo territorio de la Comunidad Autónoma en que esté el órgano competente en primera instancia.

2. Una vez sancionados y promulgados los respectivos Estatutos, solamente podrán ser modificados mediante los procedimientos en ellos establecidos y con referéndum entre los electores inscritos en los censos correspondientes.

3. Mediante la agrupación de municipios limítrofes, los Estatutos podrán establecer circunscripciones territoriales propias que gozarán de plena personalidad jurídica.

#### Artículo 153.

El control de la actividad de los órganos de las Comunidades Autónomas se ejercerá:

a) Por el Tribunal Constitucional, el relativo a la constitucionalidad de sus disposiciones normativas con fuerza de ley.

b) Por el Gobierno, previo dictamen del Consejo de Estado, el del ejercicio de funciones delegadas a que se refiere el apartado 2 del artículo 150.

c) Por la jurisdicción contencioso-administrativa, el de la administración autónoma y sus normas reglamentarias.

d) Por el Tribunal de Cuentas, el económico y presupuestario.

#### Artículo 154.

Un delegado nombrado por el Gobierno dirigirá la administración del Estado en el territorio de la Comunidad Autónoma y la coordinará, cuando proceda, con la administración propia de la Comunidad.

#### Artículo 155.

1. Si una Comunidad Autónoma no cumpliera las obligaciones que la Constitución u otras leyes le impongan, o actuare de forma que atente gravemente al interés general de España, el Gobierno, previo requerimiento al Presidente de la Comunidad Autónoma y, en el caso de no ser atendido, con la aprobación por mayoría absoluta del Senado, podrá adoptar las medidas necesarias para obligar a aquélla al cumplimiento forzoso de dichas obligaciones o para la protección del mencionado interés general.

2. Para la ejecución de las medidas previstas en el apartado anterior, el Gobierno podrá dar instrucciones a todas las autoridades de las Comunidades Autónomas.

#### Artículo 156.

1. Las Comunidades Autónomas gozarán de autonomía financiera para el desarrollo y ejecución de sus competencias con arreglo a los principios de coordinación con la Hacienda estatal y de solidaridad entre todos los españoles.

2. Las Comunidades Autónomas podrán actuar como delegados o colaboradores del Estado para la recaudación, la gestión y la liquidación de los recursos tributarios de aquél, de acuerdo con las leyes y los Estatutos.

## Artículo 157.

1. Los recursos de las Comunidades Autónomas estarán constituidos por:
  - a) Impuestos cedidos total o parcialmente por el Estado; recargos sobre impuestos estatales y otras participaciones en los ingresos del Estado.
  - b) Sus propios impuestos, tasas y contribuciones especiales.
  - c) Transferencias de un fondo de compensación interterritorial y otras asignaciones con cargo a los Presupuestos Generales del Estado.
  - d) Rendimientos procedentes de su patrimonio e ingresos de derecho privado.
  - e) El producto de las operaciones de crédito.
2. Las Comunidades Autónomas no podrán en ningún caso adoptar medidas tributarias sobre bienes situados fuera de su territorio o que supongan obstáculo para la libre circulación de mercancías o servicios.
3. Mediante ley orgánica podrá regularse el ejercicio de las competencias financieras enumeradas en el precedente apartado 1, las normas para resolver los conflictos que pudieran surgir y las posibles formas de colaboración financiera entre las Comunidades Autónomas y el Estado.

## Artículo 158.

1. En los Presupuestos Generales del Estado podrá establecerse una asignación a las Comunidades Autónomas en función del volumen de los servicios y actividades estatales que hayan asumido y de la garantía de un nivel mínimo en la prestación de los servicios públicos fundamentales en todo el territorio español.
2. Con el fin de corregir desequilibrios económicos interterritoriales y hacer efectivo el principio de solidaridad se constituirá un Fondo de Compensación con destino a gastos de inversión, cuyos recursos serán distribuidos por las Cortes Generales entre las Comunidades Autónomas y provincias, en su caso.

## TITULO IX

**Del Tribunal Constitucional**

## Artículo 159.

1. El Tribunal Constitucional se compone de 12 miembros nombrados por el Rey; de ellos, cuatro a propuesta del Congreso por mayoría de tres quintos de sus miembros; cuatro a propuesta del Senado, con idéntica mayoría; dos a propuesta del Gobierno y dos a propuesta del Consejo General del Poder Judicial.
2. Los miembros del Tribunal Constitucional deberán ser nombrados entre Magistrados y Fiscales, Profesores de Universidad, funcionarios públicos y abogados, todos ellos juristas de reconocida competencia con más de quince años de ejercicio profesional.

3. Los miembros del Tribunal Constitucional serán designados por un período de nueve años y se renovarán por terceras partes cada tres.

4. La condición de miembro del Tribunal Constitucional es incompatible: con todo mandato representativo; con los cargos políticos o administrativos; con el desempeño de funciones directivas en un partido político o en un sindicato y con el empleo al servicio de los mismos; con el ejercicio de las carreras judicial y fiscal; y con cualquier actividad profesional o mercantil.

En lo demás, los miembros del Tribunal Constitucional tendrán las incompatibilidades propias de los miembros del poder judicial.

5. Los miembros del Tribunal Constitucional serán independientes e inamovibles en el ejercicio de su mandato.

#### Artículo 160.

El Presidente del Tribunal Constitucional será nombrado entre sus miembros por el Rey, a propuesta del mismo Tribunal en pleno y por un período de tres años.

#### Artículo 161.

1. El Tribunal Constitucional tiene jurisdicción en todo el territorio español y es competente para conocer.

a) Del recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley. La declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de ley, interpretada por la jurisprudencia, afectará a ésta, si bien la sentencia o sentencias recaídas no, perderán el valor de cosa juzgada.

b) Del recurso de amparo por violación de los derechos y libertades referidos en el artículo 53, 2 de esta Constitución, en los casos y formas que la ley establezca.

c) De los conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas o de los de éstas entre sí.

d) De las demás materias que le atribuyan la Constitución o las leyes orgánicas.

2. El Gobierno podrá impugnar ante el Tribunal Constitucional las disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las Comunidades Autónomas. La impugnación producirá la suspensión de la disposición o resolución recurrida, pero el Tribunal, en su caso, deberá ratificarla o levantarla en un plazo no superior a cinco meses.

#### Artículo 162.

1. Están legitimados:

a) Para interponer el recurso de inconstitucionalidad, el Presidente del Gobierno, el Defensor del Pueblo, cincuenta Diputados, cincuenta Senadores, los órganos colegiados ejecutivos de las Comunidades Autónomas y, en su caso, las Asambleas de las mismas.

b) Para interponer el recurso de amparo, toda persona natural o jurídica que invoque un interés legítimo, así como el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal.

2. En los de más casos, la ley orgánica determinará las personas y órganos legitimados.

#### Artículo 163.

Cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la ley, que en ningún caso serán suspensivos.

#### Artículo 164.

1. Las sentencias del Tribunal Constitucional se publicarán en el «Boletín Oficial del Estado» con los votos particulares, si los hubiere. Tienen el valor de cosa juzgada a partir del día siguiente de su publicación y no cabe recurso alguno contra ellas. Las que declaren la inconstitucionalidad de una ley o de una norma con fuerza de ley y todas las que no se limiten a la estimación subjetiva de un derecho, tienen plenos efectos frente a todos.

2. Salvo que en el fallo se disponga otra cosa, subsistirá la vigencia de la ley en la parte no afectada por la inconstitucionalidad.

#### Artículo 165.

Una ley orgánica regulará el funcionamiento del Tribunal Constitucional, el estatuto de sus miembros, el procedimiento ante el mismo y las condiciones para el ejercicio de las acciones.

## TITULO X

### De la reforma constitucional

#### Artículo 166.

La iniciativa de reforma constitucional se ejercerá en los términos previstos en los apartados 1 y 2 del artículo 87.

#### Artículo 167.

1. Los proyectos de reforma constitucional deberán ser aprobados por una mayoría de tres quintos de cada una de las Cámaras. Si no hubiera acuerdo entre ambas, se intentará obtenerlo mediante la creación de una Comisión de composición paritaria de Diputados y Senadores, que presentará un texto que será votado por el Congreso y el Senado.

2. De no lograrse la aprobación mediante el procedimiento del apartado anterior, y siempre que el texto hubiere obtenido el voto favorable de la mayoría absoluta del Senado, el Congreso por mayoría de dos tercios podrá aprobar la reforma.

3. Aprobada la reforma por las Cortes Generales, será sometida a referéndum para su ratificación cuando así lo soliciten, dentro de los quince días siguientes a su aprobación, una décima parte de los miembros de cualquiera de las Cámaras.

#### Artículo 168.

1. Cuando se propusiere la revisión total de la Constitución o una parcial que afecte al Título Preliminar, al Capítulo Segundo, Sección 1.ª del Título I, o al Título II, se procederá a la aprobación del principio por mayoría de dos tercios de cada Cámara y a la disolución inmediata de las Cortes.

2. Las Cámaras elegidas deberán ratificar la decisión y proceder al estudio del nuevo texto constitucional, que deberá ser aprobado por mayoría de dos tercios de ambas Cámaras.

3. Aprobada la reforma por las Cortes Generales, será sometida a referéndum para su ratificación.

#### Artículo 169.

No podrá iniciarse la reforma constitucional en tiempo de guerra o de vigencia de alguno de los estados previstos en el artículo 116.

### DISPOSICIONES ADICIONALES

#### Primera.

La Constitución ampara y respeta los derechos históricos de los territorios forales.

La actualización general de dicho régimen foral se llevará a cabo, en su caso, en el marco de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía.

#### Segunda.

La declaración de mayoría de edad contenida en el artículo 12 de esta Constitución no perjudica las situaciones amparadas por los derechos forales en el ámbito del Derecho privado.

#### Tercera.

La modificación del régimen económico y fiscal del archipiélago canario requerirá informe previo de la Comunidad Autónoma o, en su caso, del órgano provisional autonómico.

Cuarta.

En las Comunidades Autónomas donde tengan su sede más de una Audiencia Territorial, los Estatutos de Autonomía respectivos podrán mantener las existentes, distribuyendo las competencias entre ellas, siempre de conformidad con lo previsto en la ley orgánica del poder judicial y dentro de la unidad e independencia de éste.

#### DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Primera.

En los territorios dotados de un régimen provisional de autonomía, sus órganos colegiados superiores, mediante acuerdo adoptado por la mayoría absoluta de sus miembros, podrán sustituir la iniciativa que el apartado 2 del artículo 143 atribuye a las Diputaciones Provinciales o a los órganos interinsulares correspondientes.

Segunda.

Los territorios que en el pasado hubiesen plebiscitado afirmativamente proyectos de Estatuto de autonomía y cuenten, al tiempo de promulgarse esta Constitución, con regímenes provisionales de autonomía podrán proceder inmediatamente en la forma que se prevé en el apartado 2 del artículo 148, cuando así lo acordaren, por mayoría absoluta, sus órganos preautonómicos colegiados superiores, comunicándolo al Gobierno. El proyecto de Estatuto será elaborado de acuerdo con lo establecido en el artículo 151, 2, a convocatoria del órgano colegiado preautonómico.

Tercera.

La iniciativa del proceso autonómico por parte de las Corporaciones locales o de sus miembros, prevista en el apartado 2 del artículo 143, se entiende diferida, con todos sus efectos, hasta la celebración de las primeras elecciones locales una vez vigente la Constitución.

Cuarta.

1. En el caso de Navarra, y a efectos de su incorporación al Consejo General Vasco o al régimen autonómico vasco que le sustituya, en lugar de lo que establece el artículo 143 de la Constitución, la iniciativa corresponde al Órgano Foral competente, el cual adoptará su decisión por mayoría de los miembros que lo componen. Para la validez de dicha iniciativa será preciso, además, que la decisión del Órgano Foral competente sea ratificada por referéndum expresamente convocado al efecto, y aprobado por mayoría de los votos válidos emitidos.

2. Si la iniciativa no prospera, solamente se podrá reproducir la misma en distinto período de mandato del Órgano Foral competente, y en todo caso cuando haya transcurrido el plazo mínimo que establece el artículo 143.

Quinta.

Las ciudades de Ceuta y Melilla podrán constituirse en Comunidades Autónomas si así lo deciden sus respectivos Ayuntamientos, mediante acuerdo adoptado por la mayoría absoluta de sus miembros y así lo autorizan las Cortes Generales, mediante una ley orgánica, en los términos previstos en el artículo 144.

Sexta.

Quando se remitieran a la Comisión de Constitución del Congreso varios proyectos de estatuto, se dictaminarán por el orden de entrada en aquélla, y el plazo de dos meses a que se refiere el artículo 151 empezará a contar desde que la Comisión termine el estudio del proyecto o proyectos de que sucesivamente haya conocido.

Séptima.

Los organismos provisionales autonómicos se considerarán disueltos en los siguientes casos:

- a) Una vez constituidos los órganos que establezcan los Estatutos de autonomía aprobados conforme a esta Constitución.
- b) En el supuesto de que la iniciativa del proceso autonómico no llegara a prosperar por no cumplir los requisitos previstos en el artículo 143.
- c) Si el organismo no hubiera ejercido el derecho que le reconoce la disposición transitoria primera en el plazo de tres años.

Octava.

1. Las Cámaras que han aprobado la presente Constitución asumirán, tras la entrada en vigor de la misma, las funciones y competencias que en ella se señalan, respectivamente, para el Congreso y el Senado, sin que en ningún caso su mandato se extienda más allá del 15 de junio de 1981.

2. A los efectos de lo establecido en el artículo 99, la promulgación de la Constitución se considerará como supuesto constitucional en el que procede su aplicación. A tal efecto, a partir de la citada promulgación se abrirá un período de treinta días para la aplicación de lo dispuesto en dicho artículo.

Durante este período, el actual Presidente del Gobierno, que asumirá las funciones y competencias que para dicho cargo establece la Constitución, podrá optar por utilizar la facultad que le reconoce el artículo 115 o dar paso, mediante la dimisión, a la aplicación de lo establecido en el artículo 99, quedando en este último caso en la situación prevista en el apartado 2 del artículo 101.

3. En caso de disolución, de acuerdo con lo previsto en el artículo 115 y, si no se hubiera desarrollado legalmente lo previsto en los artículos 68 y 69, serán de aplicación en las elecciones las normas vigentes con anterioridad, con las solas excepciones de que en lo referente a inelegibilidades e incompatibilidades se aplicará directamente lo previsto en el inciso segundo de la letra b) del apartado 1 del artículo 70 de la Constitución, así como lo dispuesto en la misma respecto a la edad para el votor y lo establecido en el artículo 69, 3.

Novena.

A los tres años de la elección por vez primera de los miembros del Tribunal Constitucional se procederá por sorteo para la designación de un grupo de cuatro miembros de la misma procedencia electiva que haya de cesar y renovarse. A estos solos efectos se entenderán agrupados como miembros de la misma procedencia a los dos designados a propuesta del Gobierno y a los dos que proceden de la formulada por el Consejo General del poder judicial. Del mismo modo se procederá transcurridos otros tres años entre los dos grupos no afectados por el sorteo anterior. A partir de entonces se estará a lo establecido en el número 3 del artículo 159.

#### DISPOSICION DEROGATORIA

1. Queda derogada la Ley 1/1977, de 4 de enero, para la Reforma Política, así como, en tanto en cuanto no estuvieran ya derogadas por la anteriormente mencionada ley, la de Principios Fundamentales del Movimiento de 17 de mayo de 1958, el Fuero de los Españoles de 17 de julio de 1945, el del Trabajo de 9 de marzo de 1938, la Ley Constitutiva de las Cortes de 17 de julio de 1942, la Ley de Sucesión en la Jefatura del Estado de 26 de julio de 1947, todas ellas modificadas por la Ley Orgánica del Estado de 10 de enero de 1967 y en los mismos términos esta última y la de Referéndum Nacional de 22 de octubre de 1945.

2. En tanto en cuanto pudiera conservar alguna vigencia, se considera definitivamente derogado el Real Decreto de 25 de octubre de 1839 en lo que pudiera afectar a las provincias de Alava, Guipúzcoa y Vizcaya.

En los mismos términos se considera definitivamente derogada la Ley de 21 de julio de 1876.

3. Asimismo quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en esta Constitución.

#### DISPOSICION FINAL

Esta Constitución entrará en vigor el mismo día de la publicación de su texto oficial en el «Boletín Oficial del Estado». Se publicará también en las demás lenguas de España.

---

---

NOTA.—Con relación a la disposición derogatoria cabe recoger:

CONSULTA NUMERO 1/1979, DEL FISCAL GENERAL DEL ESTADO, SOBRE  
ADECUACION DEL ORDENAMIENTO JURIDICO A LAS NORMAS  
CONSTITUCIONALES

Contesto a la consulta de V. E. de 21 de diciembre, recibida el 29, agradeciéndole su preocupación por algunos de los muchos problemas de concordancia, adecuación y reforma de normas legales que se han de derivar de la promulgación del nuevo texto constitucional.

Respecto de los que plantea en su comunicación, no se le oculta a V. E. que en tanto no se atribuya la competencia y se articule el procedimiento judicial para la detención y expulsión de extranjeros indeseables, así como para la sanción de las infracciones de contrabando, materias regidas hoy por el Decreto de Extranjería 522/74, de 14 de febrero, y por el de Contrabando, 2.166/64, de 16 de julio, las normas de ambas disposiciones habrán de mantener su plena vigencia, pues de otra forma se crearía un vacío legal inadmisibles en un Estado de Derecho.

Los efectos derogatorios de la Constitución son terminantes y absolutos respecto de las leyes que específicamente menciona en sus disposiciones derogatorias y con tan rigurosa eficacia que alcanza, también, a las normas que hubieren reglamentado, desarrollado, complementado o de cualquier otra manera traigan causa de las leyes expresamente derogadas.

Pero la fórmula general e indeterminada que contiene la cláusula 3 de tales disposiciones derogatorias y a la que V. E. se refiere en su exposición, no puede entenderse que siempre y en todo caso confiera a las normas constitucionales efecto derogatorio inmediato sobre los ordenamientos legales que estén o parezca que estén, a juicio del intérprete, en oposición con los principios que la Constitución establece.

Cuando el texto constitucional regula de modo completo una materia, sea en su parte dogmática o en la orgánica, claro es que su aplicación y fuerza derogatoria son inmediatas. Pero no es así cuando, como en los casos que V. E. consulta, la Constitución sienta principios rectores cuya inserción en ordenamientos tan complejos como el de extranjería y el de contrabando a que V. E. se refiere, así como en términos análogos aparecen el del procedimiento de extradición, tutela de menores, internamientos o aislamientos sanitarios y tantos otros que se deducen de la consideración del texto constitucional que, por evidentes razones de seguridad jurídica requieren en cada caso un ulterior desarrollo legislativo que habrá que esperar y al que habrá de estarse.

Es sabido que esta tarea revisora se halla en avanzado estado de preparación por los Departamentos competentes para dictar o formular los proyectos de la copiosísima serie de disposiciones necesarias a fin de acomodar el ordenamiento jurídico a los preceptos y principios constitucionales.

En las materias que son objeto de su consulta y en las demás de carácter análogo y habrá de esperarse a la tarea revisora y estar a sus resultados.

*REAL DECRETO-LEY 3/1979, de 26 de enero, sobre protección de la seguridad ciudadana.* («B. O. del Estado» de 1 de febrero de 1978.)

La lucha mantenida por la sociedad y los poderes públicos en su afán de conservación del Estado de Derecho y de los bienes jurídicos esenciales, exige en el momento presente una adecuada respuesta al fenómeno del terrorismo y a otras formas de delincuencia que, por su frecuencia, alteran la seguridad ciudadana y el clima de paz y convivencia a que la sociedad y los individuos tienen derecho.

Las presentes normas llevan a cabo la tipificación penal de ciertas conductas de apología o preparación de actos terroristas, refundiendo y actualizando otras anteriores.

Junto a ello, se prevé una agilización procesal en el enjuiciamiento de este tipo de delitos, mediante la generalización del procedimiento de urgencia ya previsto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, así como evitando al máximo las posibles dilaciones en el proceso.

Se articulan medidas cautelares para el eficaz control y aseguramiento de los delincuentes habituales, así como para la prevención de determinados tipos de delito. Todas las disposiciones cuentan con precedentes, y lo único que se hace es precisar el alcance de las ya vigentes o renovar algunos obstáculos que se han hecho patentes en los últimos tiempos, como en el caso de las relativas a la seguridad de determinados establecimientos comerciales.

Con todo ello se evita la posible indefensión de la sociedad frente a la delincuencia hasta la adopción, en desarrollo de la Constitución, de los nuevos textos del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En su virtud, previo acuerdo del Consejo de Ministros en su reunión del día veintiséis de enero de mil novecientos setenta y nueve, en uso de la facultad prevista en el artículo ochenta y seis de la Constitución,

**DISPONGO:**

*Artículo primero.*

La apología pública, oral o escrita o por medio de la imprenta u otro procedimiento de difusión, de las conductas y actividades de las personas a que se refiere el número primero del artículo tercero del presente Real Decreto-ley será castigada con la pena de prisión menor.

*Artículo segundo.*

El que recabe o facilite de cualquier modo informaciones o realice cualesquiera otros actos de colaboración que favorezcan la comisión de los delitos previstos en el número uno del artículo tercero de este Real Decreto-ley será castigado con la pena de prisión menor, salvo cuando correspondiere la imposición de pena más grave por aplicación de cualquier otra norma penal.

*Artículo tercero.*

Las normas de procedimiento establecidas en el título III del libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Criminal serán de aplicación, en todo caso, al enjuiciamiento de los siguientes delitos.

Uno. Todos los cometidos por persona o personas integradas en grupos o bandas organizados y armados y sus conexos.

Dos. Los previstos en los artículos primero y segundo del presente Real Decreto-ley.

Tres. Los comprendidos en el artículo quinientos del Código Penal.

Cuatro. Los comprendidos en el artículo quinientos dieciséis bis del Código Penal.

Cinco. Los comprendidos en los dos últimos párrafos del artículo cuatrocientos noventa y seis y en el cuatrocientos noventa y seis bis del Código Penal.

Seis. Los previstos en el artículo cuatrocientos ochenta y uno bis del Código Penal.

En todos estos casos el plazo para instrucción y calificación será común para todas las partes acusadoras, así como el de calificación para las partes acusadas.

*Artículo cuarto.*

Sin perjuicio de lo dispuesto en el Real Decreto-ley uno/mil novecientos setenta y siete, de cuatro de enero, corresponderá a los Juzgados Centrales y a la Audiencia Nacional la competencia para el conocimiento, instrucción y fallo, en sus respectivos casos, de las cuales seguidas por los delitos previstos en los números uno, dos y seis del artículo anterior.

*Artículo quinto.*

Los Jueces de Instrucción o Centrales a cuya disposición fuere puesta una persona detenida como presunto autor, cómplice o encubridor de cualquier delito, recabarán inmediatamente por vía telegráfica del Registro Central de Penados y Rebeldes información de antecedentes penales de la misma y de si se halla declarada rebelde por algún Juzgado o Tribunal.

El Juez de Instrucción o Central, atendidas las circunstancias del caso y los antecedentes del inculpado, *podrá decretar* la prisión provisional incondicional, aunque el delito tenga señalada pena inferior a la de presidio o prisión mayores.

*Artículo sexto.*

Contra los autos y providencias que dicten los Jueces de Instrucción o Centrales en las causas seguidas por los delitos comprendidos en el presente Real Decreto-ley no procederá recurso alguno, salvo el de apelación directamente y en un solo efecto, en los casos específicamente previstos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y contra las resoluciones que acordaran

la libertad condicional, que deberá ser interpuesto en el plazo de veinticuatro horas.

No se llevará a cabo la excarcelación de los presos o detenidos cuya libertad se hubiese acordado, en tanto la resolución no sea firme, cuando el recurrente fuese el Ministerio Fiscal y se trate de los delitos previstos en el número uno del artículo tercero.

*Artículo séptimo.*

Serán especialmente indemnizables por el Estado los daños y perjuicios que se causaren a las personas con ocasión de las actividades delictivas a que se refiere el número uno del artículo tercero de este Real Decreto-ley.

El Gobierno determinará el alcance y condiciones de dicha indemnización.

*Artículo octavo.*

Todas las personas naturales o jurídicas que vendan o arrienden viviendas o locales de cualquier clase estarán obligadas a facilitar a los servicios de seguridad ciudadana los datos de identificación de los contratantes y del local, en los casos y en la forma que determine el Ministerio del Interior.

El incumplimiento de dicha obligación será considerado como actos que alteran la seguridad pública y, en consecuencia, podrá ser sancionado en la forma y cuantía que la legislación de orden público establezca.

*Artículo noveno.*

Se considerarán actos que alteran la seguridad pública el incumplimiento de las normas de seguridad impuesta reglamentariamente a las Empresas para prevenir la comisión de actos delictivos. Tales actos podrán ser sancionados en la forma y cuantía que la legislación del orden público establezca o con el cierre del establecimiento.

*Artículo décimo.*

Las Fuerzas de Seguridad que tienen atribuida la vigilancia exterior de los establecimientos penitenciarios podrán acceder al interior e intervenir con los medios adecuados para el restablecimiento de la normalidad, cuando se produzcan desórdenes graves; sin perjuicio de las tareas de vigilancia, custodia interior y mantenimiento del orden de establecimientos penitenciarios o departamentos especiales de los mismos que, por razones de seguridad pública, sean atribuidas a las Fuerzas de Seguridad del Estado.

*Artículo undécimo.*

Los Bancos, Cajas de Ahorro y demás Entidades de Crédito sólo vendrán obligados a pagar en efectivo los talones o cheques a su cargo hasta el límite de quinientas mil pesetas.

Las cantidades que excedan de dicho límite podrán ser pagadas mediante talón, cheque bancario, abono en cuenta corriente u otra modalidad que no suponga movilización inmediata de efectivo, a elección del tenedor.

Lo dispuesto en el presente artículo no será de aplicación al Banco de España.

Los pagos efectuados por cualquiera de las modalidades previstas en este artículo podrán directamente a cargo de la Entidad de Crédito librada la obligación dineraria de que se trate, sin perjuicio, en ningún caso, de lo dispuesto en el artículo mil ciento setenta del Código Civil.

#### DISPOSICION TRANSITORIA

Las causas que se hallaren en trámite a la entrada en vigor del presente Real Decreto-ley se ajustarán a las normas de tramitación que les sean aplicables conforme al mismo desde el comienzo de dicha vigencia.

#### DISPOSICION DEROGATORIA

Queda derogado en su integridad el Decreto-ley diez/mil novecientos setenta y cinco, de veintiséis de agosto.

#### DISPOSICION FINAL

Este Real Decreto-ley entrará en vigor el mismo día de la publicación de su texto en el «Boletín Oficial del Estado».

*Circular de 12 de diciembre de 1978 (Tribunal Económico Administrativo Central). CONTRABANDO. Normas relativas a la sanción subsidiaria de prisión por infracciones. («Boletín Oficial de Hacienda», de 25 de enero, número 3.)*

La Constitución aprobada por Referéndum de la Nación celebrado el día 6 del mes en curso establece en su artículo 25.3) lo siguiente: «La Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad.» En la disposición derogatoria, apartado 3, se dice: «Asimismo quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en esta Constitución.» Y, en su disposición final, establece: «Esta Constitución entrará en vigor el mismo día de la publicación de su texto oficial en el "Boletín Oficial del Estado".»

Como es sabido, en la vigente Ley de Contrabando de 16 de julio de 1964 se halla establecida la sanción subsidiaria de prisión por insolvencia del inculcado para pago de la multa, en la forma y límites que se determinan en su artículo 24.4), que se impone por la jurisdicción encargada de conocer de las infracciones de contrabando, de carácter exclusivamente administrativo, conforme a lo dispuesto en el artículo 51 de dicha Ley.

Trasladando, por tanto, los preceptos antes citados de la Constitución a

las normas por las que se rige esta jurisdicción, ha de llegarse a la conclusión de que, cuando se publique aquélla en el «Boletín Oficial del Estado», no se podrá imponer la sanción subsidiaria de prisión, ni podrá seguir manteniéndose en los supuestos en que se estuviera ya cumpliendo, dado el carácter retroactivo que tienen las disposiciones que, en materia punitiva, favorezcan a los sancionados.

En consecuencia,

Este Tribunal Económico Administrativo Central, constituido en Pleno para la materia de contrabando, ha acordado dirigirse a los Tribunales de Contrabando para instruirles de que, a partir de la publicación de la Constitución en el «Boletín Oficial del Estado», deberán abstenerse de imponer la sanción subsidiaria de prisión establecida en el artículo 24,4), de la Ley de Contrabando y acordar la inmediata puesta en libertad de los sancionados que la estuvieren cumpliendo (\*).

---

(\*) Esta Circular contradice gravemente el artículo 163 de la Constitución, que prohíbe que ningún órgano judicial se pronuncie en ningún proceso sobre la inconstitucionalidad de una norma con rango de ley, y contradice, asimismo, las normas más elementales de exégesis legislativa correctamente expuestas en la Consulta núm. 1/1979, de 12 de enero, por el Fiscal general del Estado a propósito de la interpretación de la cláusula 3 de las disposiciones derogatorias del texto constitucional, en la que expresamente se menciona la Ley de Contrabando, entre las que se hallan necesitadas de un ulterior desarrollo legislativo. Pudiera, incluso, estimarse que hay una arrogación de facultades legislativas al dejar sin efecto lo prevenido en el artículo 24,4) de la Ley de Contrabando «y acordar la inmediata puesta en libertad de los sancionados» que estuvieren cumpliendo sanciones subsidiarias de prisión por infracciones de esta clase impuestas por sentencia firme. Es necesaria, ciertamente, una urgente revisión de la ley mencionada, devolviendo su carácter penal a las infracciones más graves, pero en modo alguno dejando prácticamente impunes tales hechos. R. D.

## Jurisprudencia penal

ALFONSO SERRANO GOMEZ

Profesor Agregado interino de Derecho penal (Criminología) en la  
Universidad a Distancia

### **Artículo 3.º. Delito consumado y agotado.**

Sustraídas en Madrid, las botellas de whisky de autos, fueron recuperadas en las proximidades de Valencia, lugar donde las había transportado el agente para su venta, sosteniendo dicho agente, a través del único motivo de su recurso, que desde el momento en que no llegó a enajenar las susodichas botellas ni a obtener de ellas lucro alguno, su comportamiento debió subsumirse en el párrafo segundo del artículo 3 del Código penal. Empero, esta tesis, confunde el delito **consumado** con el **agotado**, el cual es concepto distinto que requiere que, el delincuente, obtenga la plena satisfacción de la finalidad concreta que pretendía lograr con la perpetración del hecho punible de que se trate; y, en el caso ahora enjuiciado, si bien el delito de hurto no se agotó, sí que se consumó o perfeccionó puesto que, el procesado, no sólo tomó o se apoderó de las botellas de whisky ajenas, sino que las separó del lugar donde se hallaban, privando de su posesión al titular de las mismas y transportándolas hasta las proximidades de Valencia, ciudad distante de Madrid, según es notorio, unos trescientos cincuenta kilómetros, teniendo, por tanto, la disponibilidad de las citadas botellas al menos durante las horas que tuvo que invertir en el recorrido. (S. 19 enero 1979.)

### **Artículo 8.º, 1.º. Trastorno mental transitorio.**

En el recurso se denuncia la indebida aplicación de la circunstancia 1.º del artículo 8.º del Código penal—eximente de trastorno mental transitorio—, pues, como tiene declarado reiteradamente esta Sala, las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal han de estar tan probadas como el hecho mismo, y los hechos en que el recurrente pretende basar su aplicación, o en su defecto como eximente incompleta, compatible con la ya apreciada como incompleta de enajenación mental y superpuesta a ella, no aparecen en la relación fáctica ni pueden presumirse, son suposiciones y conjeturas hechas como fundamento o apoyo del motivo que no admite el

tenor de los hechos probados, que no dan base para admitir como explicación de la comisión del delito—como pretende el recurrente—la ausencia de razón en el momento en que los hechos se cometieron. (S. 20 diciembre 1978.)

**Artículo 8.º, 4.º. Legítima defensa (en riña).**

No es posible apreciar la concurrencia de la eximente de legítima defensa ni como completa ni como incompleta, en las situaciones de riña mutuamente aceptada, que resulta innecesario citarlas y la aplicación al caso de autos de la doctrina en ellas contenida conduce a la conclusión, dado que, del resultado de hechos probados, aparece que el procesado y la víctima, que venían sosteniendo varias discusiones e insultándose recíprocamente, en una de ellas, entablaron una reyerta, aceptada por ambos, en el curso de la cual, el procesado asestó al ofendido las puñaladas que le ocasionaron la muerte; pero a mayor abundamiento, la situación de riesgo, esencial para que se pueda apreciar esta eximente en cualquiera de sus grados, ya no existía en el momento en el que se produjo el ataque lesivo, ya que, del propio relato histórico aparece, que el procesado, inesperadamente esgrimió una navaja automática y asestó las puñaladas a su contrincante en el momento en que un inspector de policía se encontraba separándolos. (S. 1 febrero 1979.)

**Artículo 8.º, 4.º. Legítima defensa.**

Estima el recurrente que debió aplicarse la circunstancia eximente de la responsabilidad de legítima defensa, que alegada en la instancia fue desestimada por la Sala al entender que faltaba el segundo requisito de los exigidos por dicho precepto, ya que ante la agresión verbal del lesionado, el procesado pudo perfectamente ausentarse; motivo de casación que ha de prosperar, porque en la premisa de «facto» se ofrecen con toda evidencia los elementos o requisitos que constituyen la eximente de legítima defensa del derecho al patrimonio del honor, cuya autodefensa viene admitiéndose por la doctrina de esta Sala—Sentencias de 1 de mayo de 1958, 18 de enero de 1960, 12 de febrero y 20 de mayo de 1963, 15 de diciembre de 1970, 20 de junio de 1972 y 26 de marzo de 1976—, cuando se reacciona inmediata y violentamente frente los ataques a ese patrimonio, del honor, pues de otra suerte—dice la sentencia citada en último lugar— esta importante parcela de los derechos inherentes a la persona humana y que constituyen su patrimonio moral quedaría sin la cobertura de la defensa privada, ya se entienda ésta como subsidiaria de la pública, ya se estime fundada, con mejor técnica, en el principio del interés preponderante, según el cual siempre debe prevalecer el interés legítimo del que se defiende sobre el interés ilegítimo del injusto agresor. (S. 12 febrero 1979.)

**Artículo 9.º, 5.º. Provocación.**

La circunstancia de provocación no puede apreciarse cuando medie un estado de riña entre los sujetos, pero además, es de observar que en el desarrollo de los hechos, tal como aparece del relato fáctico de la sentencia recurrida, cabe distinguir no dos etapas, como se dice por el recurrente, sino tres: una, la correspondiente al incidente ocurrido dentro del bar; otra, la que tuvo lugar fuera cuando al salir el procesado se encontró con la víctima que habiendo salido primero estaba esperándole, enzarzándose de nuevo en una discusión e intercambiándose empujones y golpes y una tercera, cuando el procesado, que ya había entrado en un taxi para marcharse, volvió a salir y «atacar de nuevo» entablándose una pelea, en el curso de la cual, es cuando se produjeron las puñaladas, por lo que, a la vista de tales hechos es claro que no puede estimarse que haya concurrido la invocada provocación. (S. 1 febrero 1979.)

**Artículo 9.º, 8.º. Arrebato u obcecación.**

La atenuante de arrebato u obcecación del núm. 8.º, del artículo 9.º, del Código penal, de acuerdo con las sentencias de esta Sala, de 18 de marzo, 6 de abril, 4 de mayo, 16 de junio y 11 de noviembre de 1978, requiere para que pueda ser apreciada: 1) la existencia de unos estímulos o incitaciones producidos por causas inherentes o derivadas del sujeto pasivo del delito y susceptibles de ser calificados de poderosos, tanto por su intensidad como por su conexión temporal y espacial; 2) que estos estímulos produzcan, en la psiquis del autor de la infracción un estado anímico emocional, creador de una situación de furor o cólera pasajera—arrebato—o de una situación de ofuscación o turbación persistente—obcecación—, capaces de disminuir su intelecto y su voluntad, y 3) que por el entorno social en que se desenvuelve la vida o dinámica del delito, estos estímulos sean aceptados o considerados como éticos, lícitos y morales, es decir, conciliables con el sentir y con la norma social y jurídica del grupo humano en que tiene lugar la infracción legal punitiva. Del examen de los hechos que se declaran como probados se desprende que la idea de dar muerte surgió en el procesado, Gabriel G. R., para quien se aprecia esta atenuante, ante una situación de odio hacia la víctima, originada por celos, que se agravaron cuando se enteró que el dinero que adquiriría la mujer con la que realizaba actos sexuales, se lo entregaba la misma, y que estos celos nacen en el ámbito de las diversas relaciones sexuales que una mujer tiene con tres hombres que no convivían con ella. Y de la proyección de los requisitos que se han expuesto sobre estos supuestos fácticos, se desprende que los estímulos, aunque son susceptibles de producir el estado anímico de la obcecación, no gozan del carácter ético, lícito y moral que la misma requiere para tener su encaje en la atenuante que se ha estudiado. (S. 15 diciembre 1978.)

En cuanto a la aplicación de la atenuante de arrebató y obcecación es preciso tener en cuenta la doctrina reiterada de esta Sala que los hechos, base nutricia de las circunstancias, tienen que estar tan probados como los mismos hechos que se enjuician, y la personal estimación de un individuo de temperamento irritable de haber sido insultado no justifican el proceder violento y agresivo del agente cerrando el paso del taxi, descendiendo del vehículo, sacando a la fuerza a su conductor y golpeándole de la brutal forma que lo hizo y a la que después se hará referencia, pues al insulto podía reaccionarse con «animus retorquendi», insultando; pero nada justifica una agresión de la calidad de la que se incrimina por un insulto verbal cuya **calidad y entidad no consta para poder apreciar si podía o no producir**, como estímulo tan poderoso para provocar el arrebató y obcecación y la grave agresión subsiguiente. (S. 13 diciembre 1979.)

#### **Artículo 9.º, 9.ª. Arrepentimiento espontáneo.**

Aunque la diligencia de presentación del inculpado en la Comisaría de Policía tuviera el carácter de documento auténtico, ni desvirtuarían los hechos consignados en el correspondiente resultado fáctico de la impugnada ni probaría que el móvil de su conducta fuera el de contricción, sentimiento de pesar por lo efectuado y no el conocimiento que tenía de que los dueños de la Casa habían efectuado una denuncia por sustracción del hilo que implicaba la apertura de un procedimiento judicial en el que probablemente se vería encartado, así como la posibilidad de exculparse si se creía en su declaración de que el hilo lo había cargado por error en el camión, con lo cual la declaración no sería veraz, según lo consignado en el primer resultado de la resolución recurrida, única verdad oficial, y carecería de los efectos atenuantes pretendidos. (S. 22 diciembre 1978.)

Para que la existencia y apreciación de la circunstancia atenuante de responsabilidad penal de arrepentimiento espontáneo, núm. 9, del artículo 9.º, del Código penal, se precisa como previo e indispensable requisito que el impulso del actuar del culpable sea el arrepentimiento propio e íntimo manifestado por el pesar causado por la sola contemplación del acto o hecho ilícito, que le induzca y le fuerce antes de conocer la existencia de procedimiento alguno, a tomar una o varias de las directrices objetivas que el precepto punitivo señala de reparar o disminuir los efectos del delito, a dar satisfacción al ofendido o a confesar a las autoridades la infracción, pero siendo condición insoslayable el que existan los impulsos de arrepentimiento espontáneo, que constituyen el elemento subjetivo, base sustentadora de atenuante de tan profunda inspiración moral y elevados fines, que obligan a los Tribunales a tamizar su aplicación y evitar que una premeditada o utilitaria actuación induzca a considerar como tal arrepentimiento la sola presencia a la autoridad, exigiendo que venga justificada por otros hechos que pongan al descubierto los verdaderos móviles del inculpado, sin que del relato probatorio puedan deducirse los elementos fácticos necesarios para

hacer aplicación de la circunstancia examinada, puesto que el procesado que realizó los hechos imputados el 30 de mayo de 1976, tan pronto consiguió cobrar los talones sustraídos y tener en su poder el importe de los mismos, huyó al extranjero, regresando a Barcelona el 21 de julio siguiente, donde se presentó en la Comisaría de Policía, confesando los hechos y haciendo entrega de 14.000 pesetas y algunos efectos personales adquiridos con parte de lo sustraído, lo que en forma alguna acredita su arrepentimiento, al que ninguna alusión se hace en el contexto de la Sentencia, que no puede suplirse con conjeturas alegadas subjetivamente con fines parciales interesados, tratando defensivamente de dar vida a esta atenuante desconectada del primordial elemento interno en el que radica su razón de existencia, pudiendo agregarse finalmente que aun en el supuesto de que pudiera prosperar como simple circunstancia genérica, sería irrelevante a los efectos postulados de atenuación de la penalidad, que habiendo sido impuesta en el «mínimum» de su grado inferior, hace ineficaz la regla 1.ª del artículo 61 del Código penal. (S. 20 febrero 1979.)

#### **Artículo 9.º, 10. Atenuante por analogía.**

El motivo del recurso considera que la sentencia dejó de aplicar indebidamente la atenuante de analogía del núm. 10, del artículo 9.º, del Código penal, en relación con la eximente incompleta de enajenación y trastorno mental transitorio, en cuanto que la procesada no es una persona absolutamente normal al estar dotada de «factores psíquicos de carácter inestable e inmaduro» con «dificultades de adaptación social», pero como en los hechos que se relatan como probados, se dice además de estas frases que la procesada no tiene enfermedad mental alguna ni lesión cerebral y que, aunque «en algunas ocasiones ha padecido baches depresivos, nada de lo cual afecta a su conocimiento ni a su voluntad ni siquiera en tono que puedan disminuir dichas facultades», y además, al concretar la conducta tipificadora de la infracción delictiva, se hace constar que «las anomalías que presenta su carácter» no influyeron lo más «mínimo en tal concreto obrar», es por lo que las irregularidades vivenciales que se detallan están entroncadas en la afectividad de la persona, sin disminución en las facultades intelectivas y volitivas, con lo que la Sala tiene que reconocer que la procesada goza de una personalidad psicopática, porque sus desviaciones anormales solamente afectan al carácter y declarar que el tratamiento jurídico, bajo el punto de vista de la responsabilidad penal, es el determinar, en cada caso, la posibilidad de influir estas desviaciones como cargas que impulsan al obrar del agente, según la naturaleza y caracteres del delito cometido, y como de los supuestos fácticos se deriva que las alteraciones que padece la procesada no influyeron en sus facultades mentales, procede desestimar este tercer motivo del recurso, de acuerdo con la técnica interpretativa de esta Sala sobre la apreciación de las anomalías de naturaleza psicopática, de no apreciarlas, como causas que modifiquen la responsabilidad, en sentido atenuatorio, más que en casos específicos y determinantes en los que

influyan y penetren en el intelecto y voluntad del sujeto activo de la conducta punitiva. (S. 8 febrero 1979.)

#### **Artículo 10, 1.ª. Alevosía.**

La doctrina interpretativa de la norma penal reguladora de la circunstancia 1.ª, del artículo 10, del Código penal—alevosía—, y que su concurrencia, en la conducta destructora de la vida humana, determina el delito de asesinato, a tenor del artículo 406 del mismo Código, se orienta hacia el hallazgo armónico y compatible de sus caracteres objetivos y subjetivos y fundamenta la mayor responsabilidad del sujeto activo de la infracción delictiva, tanto en la existencia de una mayor antijuricidad como en la de un plus de culpabilidad—Sentencias de 13 de abril y 6 de mayo de 1978—, por lo que se puede declarar que los elementos de esta circunstancia agravatoria están integrados: a) por el **empleo**, en la realización o comisión de los delitos contra las personas, de medios, modos o formas que impliquen, por sí solos, el aseguramiento de la acción delictiva y la eliminación del riesgo que puede surgir de la reacción defensiva del ofendido; b) por la aparición o existencia en el agente, en forma conjunta, del **doble fin** del aseguramiento o afianzamiento de la acción delictiva y de la eliminación o exclusión defensiva de la víctima, doble finalidad que constituye el ánimo tendencial de la alevosía, reclamando el tratamiento jurídico adecuado y difícil que requiere el elemento subjetivo de lo injusto, y c) por una **valoración o formación de juicio** de los dos elementos anteriores, a través de cuantas circunstancias y condición concurren en el caso o supuesto sometido a enjuiciamiento, analizadas de acuerdo con las normas de vida humana, con el fin de concretar la mayor antijuricidad y culpabilidad determinantes de esta agravación de la responsabilidad.

Del análisis de los supuestos fácticos de la sentencia se desprende, en forma indubitada, que entre la procesada y la víctima se «entabló una discusión que degeneró en riña» y durante la cual y cuando ésta última se encontraba encima de aquélla, la citada procesada dio un golpe a su contrincante con «un objeto contundente» en la región parietal superior, dejándole sin conocimiento, en cuya situación, con dos calcetines atados, le dio muerte por estrangulación, colocándoselos alrededor del cuello y apretándolos fuertemente, lo que evidencia la existencia de una lucha previa a la acción o conducta concreta y específica de la destrucción de la vida humana y esta contienda da lugar a que el nacimiento de la agravante de alevosía no tenga lugar, por no surgir inequívocamente el requisito tendencial o subjetivo, que ha sido expuesto en el anterior Considerando como necesario para su existencia, en cuanto que durante la riña queda eliminado el aseguramiento de la conducta delictiva y la posible defensa que hubiere podido realizar el ofendido, con lo que una vez más esta Sala no debe apreciar la agravante de alevosía, de acuerdo con el criterio de las Sentencias de 10 de abril de 1975, 18 de marzo, 22 de abril y 2 de mayo de 1977, en las que no se tiene en cuenta por existir una contienda o lucha previa al acto

de la muerte, ya que ésta puede determinarse como una fase de la resolución, que en el agente puede nacer incluso durante la misma fase preliminar de la agresividad. (S. 21 febrero 1979.)

#### **Artículo 10, núm. 13. Nocturnidad y despoblado.**

En la realización de los expresados delitos han concurrido las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, agravante de nocturnidad y despoblado, núm. 13, del artículo 10, del Código penal, ya que una y otra fueron buscadas de propósito para la más fácil realización de los hechos, teniendo la primera su «ratio assendi» en buscar el auxilio idóneo de la oscuridad para conseguir mayor facilidad y libertad ejecutiva, en la infracción criminal, dando prueba de mayor peligrosidad personal y caracterizándose el despoblado por tratarse de un lugar solitario, alejado de núcleos de población y vías de comunicación raramente transitadas circunstancias que se dan en el presente caso, en que se trata de una explanada cercana a un camino de monte que da acceso a diferentes campos de labor, no existiendo en los alrededores ningún tipo de edificación (S. 22 enero 1979.)

#### **Artículo 10, núm. 14. Reiteración.**

El único motivo del recurso propugna la indebida aplicación de la agravante 14.ª del artículo 10 del Código penal por no constar en el *factum* la índole y cuantía de las penas impuestas al procesado en las condenas sufridas con anterioridad por el mismo; pero es lo cierto que sí se dice en la declaración probatoria que el procesado fue ejecutoriamente condenado, entre 1946 y 1953, tres veces por delito de receptación y una vez por atentado, aparte las faltas que también se expresan, hay bases más que suficiente para dar vida a la agravante aplicada, la cual, como es sabido, implica que el culpable haya sido castigado por delito al que la Ley señale igual o mayor pena, **o por dos o más delitos a que aquélla señale pena menor**; de suerte que si el recurrente, al delinquir en 9 de julio de 1977, había sido antes condenado por tres delitos de receptación, y una vez por atentado, incidió en la agravante de reiteración, en cuanto tanto la receptación, como el atentado no pueden ser más que delitos en nuestro ordenamiento jurídico-penal: El primero introducido como tal delito por Ley de 9 de mayo de 1950, que lo incorporó al Código penal bajo los artículos 546 bis a) y siguientes, los que han permanecido intocados hasta el momento actual, salvo en la cuantía de las multas conminadas en dichos preceptos; y el segundo definido en el Código vigente—como en los anteriores—, en su artículo 231 y castigado, siempre como delito, en los artículos siguientes, según la importancia del atentado; por lo que siendo estos así, se cumplen con exceso los requisitos exigidos por el número 14 del artículo 10, puesto que no son sólo dos, sino cuatro, los delitos por los que fue condenado anteriormente el procesado, lo que hace ya inútil constatar la cuantía de la pena inherente a cada uno de aquéllos. (S. 21 febrero 1979.)

**Artículo 14. Autoría.**

La distinción entre autoría y complicidad no es nimia ni meramente especulativa, puesto que en el sistema punitivo español se castiga con mayor rigor a los autores del artículo 14 del Código penal que a los cómplices del artículo 16 del mismo cuerpo legal; y, abstracción hecha de las exageraciones de la teoría subjetiva según la cual es el especial «animus» que matiza la actuación de los agentes el trascendente y determinante a la hora de distinguir ambas figuras, de tal modo que si obran con «animus auctoris» se les reputará autores y cómplices si actúan con «animus socii», acudiendo a la teoría objetiva, que es generalmente la prevalente, la complicidad, a tenor del concepto que de ella da el citado artículo 16, se distingue del **encubrimiento** porque la intervención del cómplice es anterior o coetánea a la de los autores, mientras que el encubridor actúa «a posteriori», de la **autoría del número 1 del artículo 14**, porque el autor directo y material realiza actos de ejecución—aunque comisiva—constitutivas del comportamiento típico, y, por tanto nucleares, fundamentales, capitales, decisivos o esenciales, mientras que los del cómplice son puramente periféricos e integrantes de cooperación, ayuda o auxilio respecto a acciones típicas perpetradas por otros, de la **inducción**—artículo 14, 2.º—, gracias a tratarse de una colaboración material y positiva, y no meramente moral, formal o psicológica, y, finalmente, de la **cooperación necesaria**—14, 3.º—, porque en ésta, el agente contribuye a la perpetración del delito de un modo «sine qua non», es decir, con actos imprescindibles o indispensables y absolutamente necesarios, sin los cuales el delito no se hubiera cometido, mientras que la aportación del cómplice al esfuerzo común es secundaria o accesoria y no imprescindible para la perpetración del hecho punible, el cual, con la participación del mismo o sin ella, se hubiera llevado a cabo igualmente. (S. 5 febrero 1979.)

**Artículo 61, 6.ª. Determinación de la pena.**

Se alega infringida por aplicación indebida, la regla 6.ª del artículo 61 del Código penal, por cuanto si bien constaba en el Resultando de hechos probados de la Sentencia impugnada, que el procesado al realizar el día 4 de mayo de 1976 el delito de robo que se reseña en aquéllos, había sido ejecutoriamente condenado con anterioridad en Sentencia de 11 de diciembre de 1973 por un delito de apropiación indebida y por Sentencia de 25 de noviembre de 1975 por un delito de estafa, no se hacía constar en la primera de dichas Sentencias la cuantía de la apropiación, que habiendo sufrido modificación por la Ley de 28 de noviembre de 1974, pudiera haber convertido la condena por delito en la fecha indicada en una simple falta, que impediría la aplicación de la regla 6.ª, al no haber reincidencia doble, sino en todo caso simple, a tenor del párrafo primero de la circunstancia 15.ª del artículo 10 del indicado cuerpo legal punitivo, alegación carente de consistencia dialéctica en razón a que fuera cualquiera la cuantía apropiada, en-

traba necesariamente en la exigida para ser estimada como delictiva, conforme al artículo 535 en relación con la escala de los tres primeros números del artículo 528 establecida por la Ley de 8 de abril de 1967, vigente al cometer y ser juzgado el primero de los delitos reseñados, y aun cuando la cuantía hubiera sido modificada por la invocada Ley de 28 de noviembre de 1974, la apreciación de la doble reincidencia venía imperativamente ordenada por aplicación del párrafo segundo de la disposición transitoria de esta propia Ley, que literalmente ordena que, «las Sentencias ya ejecutadas, no se rectificarán, a efectos de antecedentes penales, por razón de las variaciones de cuantías que para la calificación de ciertos delitos se establecen en esta Ley», lo que ineludiblemente conduce a rechazar por su manifiesta improcedencia, el motivo contemplado, si bien esta Sala, por las circunstancias expresadas en el tercero de los Considerandos de la Sentencia recurrida, muestra su conformidad a la propuesta del Tribunal de Instancia a fin de reducir la pena impuesta por la vía graciable del párrafo segundo del artículo 2 del Código penal, por justificados motivos de equidad. (S. 13 febrero 1979.)

#### **Artículo 69. Delito continuado.**

La construcción dogmática del delito continuado, una vez abandonada su fundamentación por razones de piedad y de apreciación o captación de los hechos sometidos al proceso, tiene su razón de ser en la existencia de una realidad ontológica, apreciada antes que nadie por los moralistas que vieron a la suma de actividades como entidad o ser en sí misma, determinante de la inmoralidad que encierra, y hoy día por la doctrina penalista en la de una realidad jurídica basada en la existencia de una resolución que abarca una serie de acciones homogéneas que atacan a un mismo bien jurídicamente protegido, y ante lo cual la reiterada doctrina jurisprudencial—Sentencias de 4 de octubre de 1976, 20 de enero y 10 de junio de 1977 y 24 de octubre de 1978—indica como requisitos del mismo: 1) una unidad de resolución que sirve de base a las diversas conductas, sin perjuicio de las múltiples resoluciones que surgen en cada actuación, ya que actúa como causa originaria de todo el obrar; 2) una serie o sucesión de actos de naturaleza homogénea por tener encaje dentro del mismo tipo penal con la debida conexión espacial y temporal, aunque independientes, pues si existiese dependencia de todas ellas con una común o genérica surgida el llamado «delito masa», y 3) una desaprobación o repulsa del ente social por el total del resultado de las acciones al valorar la intensidad del daño inferido en atención al fin del sujeto activo y no al del número de perjudicados, por lo que poniendo de relieve que la recurrente realizó sus diversas actuaciones con el único designio de apoderarse de las cantidades dinerarias que pudiese del Instituto Nacional de Previsión a través de diversas presentaciones de recetas acompañadas de sus cupones que no se despacharon en la forma que se hizo, es evidente que se dan los requisitos del concurso de acciones que engendran el delito continuado. (S. 13 diciembre 1978.)

De acuerdo con la doctrina reiterada de esta Sala, el delito continuado, fruto o culminación de una realidad jurídica, que abandona el fundamento de su existencia por razones de piedad y prácticas de enjuiciamiento, requiere, para su apreciación, la existencia de los elementos o requisitos siguientes: a) la unidad de dolo o de propósito en la elaboración de la idea resolutoria, como causa originaria de la conducta del agente, que si bien no desaparece por la existencia de otras resoluciones específicas cuando éstas se derivan y dependen de ella, no tiene operatividad cuando las ideaciones posteriores no guardan relación entre sí, dada la naturaleza de su contenido y su separación cronológica; b) dos o más acciones o conductas sucesivas de naturaleza homogénea, determinada esta homogeneidad por estar dentro de la misma tipología penal, sin tener una actividad común engendradora del delito masa, y c) una desaprobación por el ente o grupo social, en el que tiene vivencias el delito, de acuerdo con el resultado y no en atención al número de perjudicados.

A luz de la anterior doctrina, el único motivo del presente recurso, interpuesto por el Fiscal, ha de ser estimado, porque el procesado, según se desprende de los hechos que la sentencia recurrida declara como probados, realizó las actividades, que fueron calificadas como constitutivas de un delito de abusos deshonestos, en fechas diferentes y claramente separadas, una de ellas en los primeros días del mes de julio de 1977 y la otra el 14 del mismo mes, por lo que aunque cronológicamente las acciones homogéneas no privarían el carácter de la unidad delictiva, hay que reconocer que no existe el requisito del dolo único, por no obedecer la actividad que engendra la conducta libidinosa del agente, dada la naturaleza y efectos del resultado, a una sola resolución originadora de los dos actos realizados, criterio éste que ha sido reconocido en la sentencia de esta Sala de 25 de junio de 1977, al establecer que los delitos «se desdoblaron o multiplican al compás de las ocasiones en que los actos impúdicos se lleven a cabo», sin que la mera existencia de la identidad del móvil sea suficiente para tener en cuenta la unidad de resolución o de designio que requiere el elemento culpabilístico del delito continuado. (S. 29 enero 1979.)

Doctrinal y jurisprudencialmente se concibe el «delito continuado» como una entidad delictiva con vida propia y autónoma, que responde a supuestos claros y precisos, favorables o adversos al reo, en que se comete, real y verdaderamente, un solo delito, pero a base de una ideación criminosa única, específica y unitaria, con proyección de futuro, con finalidad también única, y con desenvolvimiento ejecutivo a través de una serie de manifestaciones que se realizan en determinado límite de tiempo y de espacio, pero todo ello con perfecta conexión de propósito criminoso, precepto jurídico violado, homogénea forma de ejecución, de ordinario con comunidad de sujeto pasivo, aunque ello no es de rigor exigible, cual ocurre, entre otros supuestos en la modalidad del «delito continuado masa» en que todo es consecuencia de la antedicha ideación criminosa, única posteriormente realizada, a través de sucesivos actos de ejecución de lo inicialmente proyectado. Este es el caso, claro y diáfano, que aquí se enjuicia, en que el acusado, prevaliéndose de su calidad de cobrador, concibió la idea de irse apoderando

en propio beneficio y en perjuicio de la empresa comitente, del importe de determinadas facturas que cobraba, pero no abonaba a la empresa, hecho que fue repitiendo a través del tiempo y en el que incluso se da la singular circunstancia, también contraria a la tesis recurrente, de que no constan las fechas en que fueron cobradas las facturas apropiadas; pues una cosa es conocer las facturas, circunstancia que consta documentalmente acreditada en autos, y otra muy distinta que estuvieran determinadas las fechas de los sucesivos y repetidos apoderamientos; constando y apareciendo sólo que en el amplio plazo que la sentencia señala, esto es, desde 1973 hasta 1977 se apoderó de un total de 453.656 peséas, cantidad que había recibido por y para la empresa, a la que debió abonárselo, pero que con desviación del destino pactado incorporó indebida e ilegítimamente a su propio matrimonio; dándose por último la circunstancia no esencial, pero sí frecuente en el delito continuado de que el sujeto pasivo perjudicado con las repetidas apropiaciones fue únicamente la entidad denunciante; esto es, que hubo también identidad de sujeto pasivo. (S. 6 febrero 1979.)

#### **Artículo 69. Delito continuado (diferencia con el permanente).**

El «delito permanente» se diferencia sustancialmente del «continuado», pues así como en el primero se da una sola acción antijurídica que se distingue en el tiempo de manera ininterrumpida, de modo que sobreviene una única infracción legal que cesa por voluntad del autor, en el segundo se da una pluralidad de acciones perfectas y consumadas en el tiempo, que originan, por ende, otras tantas violaciones del mismo tipo penal, reducidas a unidad jurídica a virtud de diversas conexiones —subjetivas y objetivas— que actúa a modo de abrazaderas o enganches; siendo por lo demás posible que un solo delito permanente —tal el de rapto— sirva de medio de comisión a una pluralidad de delitos situados en la misma línea de ataque a la honestidad —violaciones, estupro—, los cuales, a su vez, podrán o no estar en continuación, si concurren los requisitos exigidos para esta construcción jurídica, de modo que existirá concurso ideal o teleológico entre un delito permanente y uno o varios delitos instantáneos.

En conexión con lo antes expuesto, se plantea la ardua cuestión de si es posible una «pluralidad de sujetos activos» en el delito continuado, cuestión que, en principio, es preciso resolver, de acuerdo con la moderna doctrina, en sentido afirmativo, a condición de que se dé al menos un codeincente o culpable común, autor de las sucesivas infracciones, a las que vayan cooperando diversos partícipes, pues si cada acción es puesta por un autor directo y principal distinto, resulta obvio que cada una de tales acciones delictivas responde a una resolución también distinta, con lo que se rompe la unidad de culpabilidad, alma y fundamento del delito continuado en la dogmática y doctrina jurisprudencial actuales; dificultad que sube de punto hasta hacer imposible la continuación cuando los distintos ataques se perpetran contra «bienes altamente personales», los cuales, como viene declarando esta Sala, no son susceptibles de lesión gradual (como por el

contrario ocurre con los bienes patrimoniales); esto es, no son acumulables, en cuanto unidos entrañablemente a la persona, como ocurre con la «libertad», ya se considere ésta «in genere» o en el plano concreto de la «libertad sexual» atacada de manera plenaria en el delito de «violación»; lo que ha llevado a la jurisprudencia a estimar siempre la pluralidad de delitos en esta materia. (S. 22 enero 1979.)

#### **Artículo 279. Sustitución de placa de matrícula.**

La «ratio essendi» del precepto consignado en el comentado artículo 279<sup>4</sup> del Código penal es la peligrosidad que supone el que el agente, con infracción de las disposiciones administrativas penalizadas proceda a realizar una mutación de la verdad objetiva, lo que no puede tener otra justificación o finalidad que la de impedir la individualización o identificación del vehículo, de manera que, por un lado, al ser un delito de mera actividad, se consuma en cuanto se ejecutan los hechos descritos en el tipo y por otro tanto se comete si las placas por las que se sustituyen las legítimas son totalmente imaginarias o corresponden a otro vehículo, siendo igualmente intrascendente o carente de relevancia el que en el último caso las placas pertenezcan a un vehículo propiedad del agente, ya que el argumento del recurrente de que en tal supuesto desaparece la razón teleológica del precepto, puesto que es patente la posibilidad de localizar al propietario, es totalmente sofisticado, ya que la perseguida desorientación en orden a la identificación tanto se logra colocando a un vehículo las placas correspondientes a otro sea quien fuere el propietario de éste, ya que de ser el agente el propietario del vehículo al que legalmente corresponden las placas, le cabría, precisamente, la coartada de decir que alguien había suplantado las placas de su propio vehículo, resultando sumamente fácil el identificar al propietario del vehículo al que legítimamente correspondían las placas, pero mucho más difícil la identificación de quien fuera el autor del posterior delito. (Sentencia 29 enero 1979.)

#### **Artículos 303 y 529. Falsedad y estafa.**

El acusado realizó los siguientes hechos: apoderarse de la tarjeta de crédito extraviada por su legítimo titular (número 2.º del artículo 514); disponerse a usarlo defraudatoriamente falsificando en 93 talones de compra la firma del verdadero titular, por cuyo medio logró adquirir con el engaño y fingimiento del crédito que la tarjeta de tal clase suponía 607.991 pesetas de géneros así ilícitamente adquiridos de los que posteriormente devolvió hasta quedar reducido lo defraudado en perjuicio de «Unicuenta» a 207.385 pesetas. Estas falsificaciones de documentos mercantiles se encuadran en el artículo 303 y representaron una «continuidad delictiva» en relación de medio a fin que generó un «delito compuesto» de falsedad para estafar del artículo 71 párrafos 1.º y 2.º del propio Código que bien pudo haber provo-

cado una calificación fiscal y acusatoria de hurto, y falsedad para estafar, sancionable en el grado máximo de la estafa del 529 número 1.º en relación con el 528 número 1.º, pues es así que cada vez que exhibió la tarjeta, aunque con continuidad delictual, engañó fingiendo un crédito del que carecía y del que no era titular y del que se prevalió falseando las firmas de su cierto titular. Ciertamente por la prohibición de la «reformatio in peius» no es posible agravar con calificación más pertinente la punición del acusado, pero lo que sí aparece claro y evidente es que engañó defraudatoriamente de forma continuada y constante utilizando uno de los supuestos previstos en el número 1.º del artículo 529, esto es, aparentando un crédito que no le correspondía y del que una y otra vez, falsamente, se fingió titular, circunstancia que a sensu contrario excluye la aplicación del artículo 533. (S. 19 diciembre 1978.)

#### **Artículos 344. Salud pública.**

Los delitos contra la salud pública se conciben en nuestra legislación como delitos de «peligro abstracto» por un lado, y de «peligro común» por otra, con lo que basta la posibilidad de que se produzca un resultado dañoso para la colectividad, en su faceta de incolumidad general o pública, para que dichos delitos se tengan por consumados; doctrina proclamada de antiguo y que encontró formal expresividad en la reforma penal de 8 de abril de 1967 al intitular el capítulo II del título V, libro segundo del Código penal, «De los delitos de riesgo en general» e incluir como sección segunda de dicho capítulo a los delitos contra la salud pública, lo que venía así a subrayar la consumación anticipada de estas infracciones por la existencia de un riesgo «in genere» y que se ha hecho más evidente con la reforma punitiva de 15 de noviembre de 1971, al mencionar en el artículo 344 del Código penal todos los actos del ciclo económico y jurídico que precede al consumo de las drogas tóxicas o estupefacientes, incluida la simple «tenencia» unida al ánimo o propósito de destinar dichas sustancias al tráfico en cualquiera de sus modalidades para que surja el delito, según viene interpretando esta Sala; doctrina que debe predicarse con mayor motivo respecto del acto de «transporte» que, tal como es entendido en el artículo primero del Convenio único de 30 de marzo de 1961, ratificado por España en 1.º de marzo de 1966 y que provocó la última de dichas reformas penales, implica ya un acto de tráfico ilícito, puesto que éste no es sino el transporte material de estupefacientes de un Estado a otro o de un territorio a otro del mismo Estado. (S. 22 diciembre 1978.)

#### **Artículo 374. Prolongación de funciones.**

Al ser la condición de colegiado requisito indispensable para el ejercicio del cargo de Decano-Presidente del Colegio Central de Economistas, según exigencia del Estatuto Unificado de los Colegios de Economistas de España aprobado por Orden de 11 de septiembre de 1972, si a causa de expediente

disciplinario seguido contra quien lo desempeñe se acuerda su expulsión del Colegio y su baja en el ejercicio profesional —sanción, la primera, inmediatamente ejecutable, de acuerdo con lo que dispone el artículo 46 del referido Estatuto—, la continuación en el ejercicio, después de ser compelido a cesar en él, constituye el delito de prolongación de funciones públicas tipificado y sancionado en el artículo 374 del vigente Código penal, lo que pone de manifiesto que la Sala sentenciadora, que así lo entendió, no ha cometido los errores de derecho que en el recurso se citan, puesto que el impugnante, que desempeñaba el cargo referido, perdió su condición de colegiado y se resistió a cesar en sus funciones, continuando en su ejercicio a conciencia de que no podía hacerlo, y si esto es así es indudable que no pueden prosperar ninguna de las alegaciones que formula en defensa de su tesis de que no tenía obligación de cesar, por no ser ejecutiva la orden que recibió al efecto, y de que, en todo caso, había obrado, al continuar en su ejercicio, en la convicción de que podía hacerlo por entender recurrible y por lo tanto no firme la resolución de su cese, porque, respecto de la primera, no es posible dudar de la validez y legitimidad de la orden de cese, que era, desde luego, legalmente ejecutiva en el orden corporativo, ni de la voluntad rebelde y maliciosa de su destinatario a cumplirla en sus términos y, en cuanto a la segunda, por su manifiesta improcedencia, pues quien desempeña el cargo de Decano-Presidente de un Colegio de Economistas, ni puede alegar desconocimiento de las normas que lo rigen ni acogerse a interpretaciones parciales de las mismas en abierta contradicción con su finalidad y espíritu. (S. 26 enero 1979.)

#### **Artículo 394, 3.º Malversación de caudales públicos.**

Es doctrina reiterada de esta Sala, como se desprende de la Sentencia de 15 de enero de 1966, que «los conceptos penales no precisan ajustarse exactamente a los administrativos formales», debido a la diversa finalidad que persiguen sus ordenamientos jurídicos y a la independencia de su actividad, lo que permite construir la idea de caudales o fondos públicos con independencia de los elementos formales que requiere la Hacienda Pública y seguir los propios principios inspiradores de la norma punitiva de mayor ámbito de aplicación, como se desprende del artículo 399 del Código penal que amplía, en determinados supuestos, la consideración de malversación delictiva a bienes de pertenencia particular, incluso sin tener el agente la condición de funcionario público, complementando estos principios de naturaleza penal con las disposiciones administrativas correspondientes que incidan en la determinación de la naturaleza de la actividad que son objeto los bienes sustraídos, y bajo esta óptica, y siguiendo criterios que se recogieron, además de la anterior sentencia, en las de 11 de abril de 1964 y 28 del mismo mes y año 1966, se puede afirmar que el concepto de caudales públicos, a efectos del delito de malversación, está integrado: a) por la incorporación de los bienes a las actividades que la Administración realiza, no solamente como función intrínseca de su propia naturaleza, sino también las que efectúa a través de la organización institucional del servicio público;

b) por la vinculación de estos mismos bienes a la conducta del agente obligado a su custodia y vigilancia, debido a las funciones públicas que le están encomendadas, y c) por la relación de responsabilidad que asume la Administración, a causa del deber que tiene del cumplimiento y vigilancia de su normal funcionamiento.

Del examen del relato sobre hechos probados, que contiene la sentencia impugnada a través del presente recurso, se deriva: que el dinero objeto de sustracción fue incorporado al servicio público de Correos, dependiente de la Administración del Estado, en cuanto que se trata de cantidades depositadas para ser trasladadas a diferentes lugares, mediante el procedimiento denominado giro postal; que el funcionario que llevó a efecto la sustracción tuvo el dinero objeto de la misma bajo su custodia y vigilancia, ya que fue realizada por el cartero encargado de verificar la entrega a los destinatarios, y que se trata de un servicio público en el que la Administración del Estado asume la responsabilidad durante el traslado del numerario entregado con las formalidades que exige el envío por giro postal, de acuerdo con el artículo 11 del Decreto del 12 de marzo de 1964, que reglamenta su servicio. Por ello esta Sala considera: que los supuestos fácticos comprenden los elementos suficientes para apreciar los caracteres de caudales o fondos públicos al dinero objeto de los giros postales. (S. 12 febrero 1979.)

#### **Artículo 406, 2.º Asesinato.**

La agravante de precio, recogida como circunstancia genérica en el número 2.º del artículo 10 del Código penal y como específica en el número 2.º del artículo 106 del mismo Código, requiere para su existencia: a) en cuanto a la actividad, el recibimiento de una merced de tipo económico por parte de la persona que interviene en la ejecución de la acción tipificada, como lo evidencian las frases utilizadas por la Ley para su apreciación de «ejecutar el hecho **mediante** precio» y «de matar a una persona **por** precio»; b) en cuanto a la culpabilidad que la merced influya como iniciador o como impulsador del delito, mediante «el pactum aceleris» remuneratorio, afectándole tanto a los que la promaten como a los que la exigen o reciben, en virtud de las proyecciones reciprocas que tiene la codelinuencia, por sus inducciones expresas y tácitas, y c) en cuanto a la antijuricidad que tenga la suficiente intensidad o entidad para ser repudiada por el ente social, en virtud de la inmoralidad y la falta de escrúpulo que encierra. De la narración fáctica, si bien es cierto que se pone de relieve la existencia de la merced de 25.000 pesetas, también hay que reconocer que no consta, «de forma indubitada», si el receptor, procesado Pedro P. S., lo hiciese para una cooperación necesaria o meramente auxiliadora, ya que en el acuerdo previo determinante de la resolución de llevar a efecto el delito no se especifica la clase de participación de este procesado, quien por otra parte su intervención se limitó a acompañarle tres veces en automóvil para vigilar los movimientos de la víctima y una vez más el día de los hechos, en el que después de dejar al ejecutor material, procesado Gabriel, con la víctima,

se marchó sin que «conociese el plan de ejecución». Los anteriores supuestos fácticos no recogen «de manera clara» la existencia del primer requisito que se ha desarrollado en el apartado a) para la apreciación de la agravante de precio, en cuanto que no se concerta indubitadamente la participación. (S. 15 diciembre 1978.)

#### **Artículo 407. Homicidio.**

Fundamenta el procesado su recurso en el reproche de culpabilidad negligente al equipo médico que atendió a la víctima, a la que teniendo en cuenta que ésta había estado ingiriendo alcohol, en manera alguna debió de serle aplicada anestesia general para seguidamente someterla a una intervención quirúrgica, siendo ello —según sigue afirmando el recurrente— la única y exclusiva causa de la muerte.

Esa acusación al equipo médico, del resultado de muerte, con la que pretende detener el recurrente su responsabilidad en el momento en que irrumpe la intervención médica, interfiriendo —según él— el curso causal y rompiendo por esta condición sobrevenida el nexo de causalidad entre su acto inicial ilícito y el resultado de muerte, quedando limitada su responsabilidad a un delito de lesiones menos graves, cuando aquéllos ni fueron acusados ni, por consiguiente, parte en el proceso, en el que de sostenerse la tesis acusatoria que ahora viene sosteniendo el procesado, bien pudo actuar, no sólo defensivamente, sino acusatoriamente contra ellos, en cuyo momento procesal pudo ser discutido con toda amplitud contradictoriamente, carece por completo de fundamento válido, en primer término porque esa tesis se construye hipotéticamente sobre extremos de los que no hay constancia alguna en la sentencia recurrida, cuales son el grado de intoxicación etílica, que no se ha determinado, ni el tiempo transcurrido desde el acto agresivo al de iniciación de la intervención quirúrgica —dato de suma importancia por ser una de las bases del recurso y ser sabido que el transcurso del tiempo hace desaparecer la concentración de alcohol en el organismo —que no se practicó inmediatamente al tener, al menos, que visitar o verle primero el médico de la localidad y trasladarlo después al lesionado de población, y en segundo lugar, porque los hechos probados sientan la afirmación esencial de que al serle aplicada correctamente la anestesia general para la correspondiente intervención quirúrgica se le presentó un síncope secundario bulbar con paro cardíaco y consiguiente fallecimiento, intervención quirúrgica que era necesaria por la naturaleza de las lesiones, como se agrega con indudable sentido fáctico en el Considerando primero de la sentencia y, además, de necesaria, grave y urgente, como se desprende de la descripción que de las lesiones se hace en el relato histórico y del objeto contundente con que se produjeron, pues aparte de la poca importancia que pudiera tener la lesión del ojo derecho, sólo poniendo a la vista las cavidades nasales, se podía diagnosticar con seguridad si había rotura de órganos vitales, cómo la lamina cribosa que pondría en comunicación la nariz con el cerebro con resultado probablemente mortal, por ello la intervención médica, en todo caso urgente y necesaria, en la

que se aplicó correctamente la anestesia, lo que quiere decir tanto en cuanto se refiere a las reglas del arte o ciencia como al estado del paciente receptor, no puede calificarse de accidente extraño que rompa el nexo de causalidad entre la acción y el resultado final; pues el proceso causal sobrevenido al aplicarle correctamente la anestesia pudo ser debido a la idiosincrasia del paciente, al azar, enfermedades nerviosas o de otros varios factores imposible de determinar en terreno tan inseguro como el orgánico en el que no rige la causalidad lógica o matemática, con causas precedentes o concomitantes que no alteran la relación de causalidad. (S. 19 febrero 1979.)

#### **Artículo 420. Lesiones graves.**

Las lesiones concebidas como infracciones punibles determinadas por el resultado y carentes de una definición auténtica en el Código penal, que las comprende y tipifica en el capítulo IV, del título VIII de su libro 2.º, en su denominación legal y sentido amplio, se refieren a los ataques dirigidos a los bienes jurídicos representados por la salud e integridad personal, puesto que la expresa mención en el párrafo primero del artículo 420, al herir, golpear o maltratar, se efectúa para señalar o indicar los medios externos y dinámicos de su generación, pero no sus efectos mismos, que han de buscarse en el reflejo casuístico de sus diversos apartados siguientes, por lo que las lesiones se han venido entendiendo en su acepción corriente del lenguaje ordinario como cualquier daño en la integridad corporal o en la salud de las personas, si bien con mejor concepción la doctrina científica, prescindiendo del casuismo de las normas punitivas que las reseñan, las definen como toda acción u omisión que ocasiona una pérdida o disminución de la integridad corporal humana, o de su capacidad laboral, o que determinan una perturbación de la incolumidad o bienestar personal sin menoscabo de la salud misma, o que por último origine cualquier clase de alteración de la salud en el sentido o aspecto más amplio, inclusión de las lesiones que se expresa típicamente en los números 3.º y 4.º del artículo 420 citado, al emplear de forma disyuntiva la enfermedad o la incapacidad para el trabajo, haciendo equivalentes ambos resultados, pudiendo sintetizar como requisitos generales de las lesiones graves comprendidas en el número 3.º, al que se contrae el caso planteado en el recurso los siguientes: a) que el ofendido hubiera quedado deforme; b) o que hubiera perdido un miembro no principal; c) o que hubiera quedado inutilizado de miembro no principal, y d) que hubiera estado incapacitado para su trabajo habitual o enfermo por más de noventa días, habiendo de acreditarse el nexo o relación causal directa entre la conducta del inculpado y el resultado perjudicial conseguido, juntamente con el dolo genérico de lesionar, dirigido a atacar la integridad personal o causar el daño o mal logrado. (S. 26 enero 1979.)

**Artículo 420, 3.º. Lesiones.**

Con motivo de una riña sostenida entre Francisco y el procesado Vicente, terció la esposa de aquél, María, a la que en tal momento el procesado propinó un puntapié en la boca, causándole lesiones de las que curó a los trece días de asistencia e impedimento, «**habiéndole quedado como secuela la pérdida de un diente incisivo y otro canino del maxilar inferior**», relato complementado en el primer Considerando con la apostilla fáctica de que tal agresión a la perjudicada «le causó lesiones determinantes de deformidad», de cuya transcripción se desprenden inequívocamente resultados determinantes de las lesiones graves tipificadas en el número tercero del artículo 420 citado, careciendo de consistencia fáctica y legal la alegación defensiva literalmente consistente «en la pérdida de los dos dientes a que se refiere el Resultando de hechos probados no pueden considerarse ni siquiera como miembros no principales, puesto que en sí no constituyen un miembro del cuerpo humano, sino de parte de la dentadura de dicho cuerpo, que es el miembro a que puede referirse concretamente el artículo 420, número tercero, aplicado», alegación inacogible por cuanto el fundamento de la calificación penal cuestionada e impugnada, se sustenta tanto en la pérdida de las piezas dentales expresadas, a la que la doctrina de esta Sala en numerosas resoluciones ha reputado miembros no principales (Sentencias de 1 de marzo de 1949, 5 de diciembre de 1952, 16 de mayo de 1953, 10 de junio de 1960, 2 de diciembre de 1972 y 22 de diciembre de 1975, entre otras), como que dicha pérdida presupone y generó deformidad en la persona afectada, máxime siendo mujer la perjudicada. (S. 21 diciembre 1978.)

El procesado, deseando golpear al árbitro de un partido de balompié con el cual había entablado contienda verbal que degeneró en riña, propinó un «fortísimo puñetazo» en el rostro de uno de los jugadores que, tratando, parece ser, de separarlos, se interpuso entre ambos, sufriendo, dicho jugador, a consecuencia del puñetazo, fractura nasal y epitaxis, lesiones, de las que, tras dos intervenciones quirúrgicas, curó a los 106 días de asistencia facultativa. Siendo evidente, a la luz de lo antes expuesto, que como, el procesado, tal como ponen de manifiesto sus actos, deseaba golpear a una persona y lesionarla, es inescencial e irrelevante a efectos del indispensable dolo que, por interposición «in extremis» de un tercero o por error direccional del golpe, fuera éste y no aquélla el alcanzado y lesionado. (S. 22 enero 1979.)

**Artículo 429. Violación (coautoría).**

El único motivo del recurso del Ministerio Fiscal, se hace preciso acogerlo en cuanto postula la existencia de, al menos, tres delitos de violación perpetrados sobre la misma ofendida por los seis procesados, puesto que tres de tales inculpados yacieron sucesivamente y por la fuerza con la joven María Josefa, de modo que mientras se llevaba a cabo cada uno de dichos accesos carnales (que, en realidad, fueron cuatro, pues uno de los atacantes realizó

dos veces el coito), los demás co-reos sujetaban a la mujer de brazos y piernas hasta inmovilizarla; síntesis fáctica que no puede calificarse de un sólo delito de violación como pretende la Sala de instancia arguyendo con la permanencia de la situación y lesión del mismo bien jurídico en ese contexto único dentro del cual se desarrollaron los hechos; pues es cierto que así como el **delito de rapto** de la mujer que procedió a las sucesivas cópulas violentas es, en verdad, un **delito permanente**, puesto que el mismo se fue consumando mientras permaneció en poder de sus raptos desde las 23,30 horas hasta la 1,30 horas de la madrugada siguiente, las conjunciones carnales de tres de los procesados con la misma violentada constituyen cada una de ellas un delito **per se**, sin que tal pluralidad puedan considerarse tampoco en continuación, puesto que, de acuerdo con lo dicho en doctrina, lo impide en primer lugar la pluralidad de sujetos activos, en el sentido de que fue un procesado distinto el que llevó a cabo uno de los yacimientos con la cooperación necesaria en cada caso del resto de los partícipes, y, sobre todo, porque tratándose de diversos atentados a la libertad sexual, en su forma más grave, no cabe aglutinar las distintas acciones en un solo delito o unidad jurídica, puesto que el bien atacado, por ser eminentemente personal, no es acumulable, de suerte que faltando la conexidad subjetiva, por causa de pluralidad de resoluciones inherentes a cada autor directo, y faltando igualmente la conexidad objetiva, por impedirlo el bien jurídico ofendido se está en el caso de apreciar tres delitos de violación del que son autores los seis procesados, tres de ellos por autoría del núm. 1.º del artículo 14, del Código penal, y los restantes por cooperación necesaria del número 3.º del mismo precepto, en cuyo sentido se casa la sentencia recurrida por el Ministerio Fiscal. (S. 22 enero 1979.)

#### **Artículo 431, 2.º. Escándalo público.**

El bien jurídico protegido en el artículo 431 del Código penal obliga a poner la exhibición erótica efectuada en revistas y prensa periódica en relación con circunstancias de lugar, tiempo, personas a las que alcanza, difusión indiscriminada de la misma y tantas otras que vienen a ser el *substratum* en que descansa la moral sexual colectiva y en que se basa el tipo penal aplicado cuya esencia es la publicidad o trascendencia del ataque al pudor o las buenas costumbres, siendo, por otra parte, igualmente decisivo el móvil que impulsó a realizar la propagación de la estampa o publicación; de suerte que si se obtiene la convicción de que para mejor servir el propósito o ánimo de lucro que comúnmente guía a cualquier empresa periodística, cuyo objetivo es la mayor difusión de su tirada, se insertaron, previa selección, aquellas fotografías en color de desnudos femeninos que, por otra parte, descubren íntegramente su anatomía, y que, por otra parte, se hace adoptar a las figuras representadas actitudes que tienden a «excitar la lubricidad de las gentes», entonces no puede haber duda de que ha quedado ampliamente rebasado el móvil puramente artístico y aun erótico, para caer dentro del francamente pornográfico, tal como este es entendido en la doctrina y en la praxis (Sentencias de 28 de noviembre de 1973, 18 de marzo de 1976

y 30 de mayo de 1978, entre otras). En la revista objeto de las actuaciones figuran una serie de fotografías de mujeres desnudas en posturas, gestos y actitudes procaces y sugerentes, de alcance pornográfico, sin otro fin que excitar la lascivia, aparecen las condiciones básicas de tipicidad expuestas en el precedente Considerando para incardinar tales hechos en el precepto penal aplicado, máxime al ser insertada en una publicación de venta totalmente libre, con lo que se coloca al alcance de menores de ambos sexos, con todas las consecuencias que en su formación moral les ha de producir en tan temprana edad, por lo que se hallan más necesitados de protección jurídico-penal, como lo demuestra el párrafo 2.º del artículo 431. (S. 22 diciembre 1978.)

#### **Artículo 452 bis b). Prostitución.**

La esencia del delito contemplado en el artículo 452 bis b) del Código penal, es una conducta o dinámica comisiva, tendente a promover, favorecer o facilitar la prostitución o corrupción de persona menor de veintitrés años. Por tanto, la finalidad de la norma es proteger el sentido moral, la honestidad de las personas, contra la perversión de los instintos y los sentimientos naturales de honestidad. Estas personas protegidas son las menores de veintitrés años, aunque quieran y deseen realizar toda la gama de actividades impúdicas que supone la prostitución—entrega carnal por precio—o la corrupción—viciar su sentido moral—pervertir sus instintos porque la Ley les considere incapaces de consentir a estos fines. Así fijada la finalidad del precepto, el delito lo constituye toda actividad que suponga promover—iniciar o principiar—,favorecer, proteger, estimular, progresar en el vicio y facilitar-brindar oportunidades, medios, hacer más asequible la prostitución o la corrupción de los menores de veintitrés años cuya edad se presume conocida por el culpable y no necesita de presunción alguna cuando de manera manifiesta, la edad es muy inferior a la señalada por la Ley. (S. 22 enero 1979.)

#### **Artículo 458, 2.º. Injurias graves.**

El delito de injurias exige, para su perfección, la conjunción o confluencia de un requisito **objetivo** consistente en una idónea dinámica comisiva—expresión, oral o escrita, acción u omisión, y otro tipo de conducta que lleve implícito el agravio—, con otro **subjetivo**, el denominado «animus injuriandi», elemento subjetivo del injusto o intención específica de vejar, humillar, escarnecer o vilipendiar al sujeto pasivo, tratando de desacreditarle, menospreciarle o deshonrarle; requisito, este último, que perteneciendo a la esfera de lo psíquico o psicológico y permaneciendo—como todo lo volitivo—en lo más recóndito e impenetrable del intelecto humano, sólo puede inferirse acudiendo a los actos exteriorizativos de la presunta intención del agente y, muy especialmente, a las circunstancias personales del ofensor y ofendido, a las de tiempo, modo y lugar, a la forma concreta de comisión, a la naturaleza y significación de las frases, expresiones o actos mediante

los cuales el sujeto activo vertió o plasmó, en el mundo exterior, el propósito que se trata de indagar y de calificar, y, finalmente, a cualquier dato o indicio que, aureolando y circundando al «modus operandi» del agente, pueda contribuir a esclarecer tan fundamental punto.

En el caso presente, las expresiones presuntamente injuriosas fueron proferidas por escrito, lo que, por lo pronto, revela no la fugacidad de lo verbal u oral —«*verba volunt*»— que puede ser improvisado, acalorado y carente, por tanto, de verdadera intención ofensiva o infamante, sino la meditación, reflexión y reposo que por lo general acompaña a lo que se redacta, firma, fecha y dirige, y que, por su carácter duradero y permanente —«*scripta manent*» o «*quod scripsit, scripsit*»— evoca, de ordinario, la idea de vejación y mortificación, para el destinatario o sujeto pasivo de lo escrito, pensada y valorada por el agente, el cual, conociendo el alcance de sus actos, desea vilipendiar y zaherir a dicho sujeto pasivo; pero, además, la misma de autos no fue dirigida tan sólo al querellante, sino que, con evidente propósito difamatorio, el procesado trasladó sendas copias de la misma al Alcalde y a la Comisión Municipal de la localidad, y, por otra parte, las propias expresiones dedicadas al sujeto pasivo —falsario, ladrón, farsante, sinvergüenza, cacique y carente de honor— tienen, en sí mismas, la suficiente carga vejatoria y mortificante como para que se pueda pensar, con fundamento racional que le fueron dirigidas sin propósito de escarnio y de ludibrio, y tan sólo con la intención en el agente, de patentizar su disgusto y su repulsa por la actuación de aquél y de reforzar la obtención de una pretensión que juzgaba legítima; sin que, por lo demás, sirva de exculpación ni la rusticidad e incultura del acusado —improbada en autos— ni el invocado «*animus criticandi*» o de censura, excluyente del «*animus injuriandi*» según la tesis del recurrente, cuyo ánimo de censura ni aflora ni se percibe claramente en el escrito de autos, ni podría superponerse ni predominar sobre el citado «*injuriandi*», toda vez que los groseros insultos antecitados eran completamente innecesarios e inconducentes, demostrándose así que no se pretendía realmente conseguir, por vías legales, la rectificación de un criterio que se estimaba nocivo, sino tan sólo, o además (pues cabe coexistencia entre ambos «*animus*»), ofender gravemente al destinatario atribuyéndole falta de moralidad y cualidades negativas que le perjudicaran en su buena fama y en su crédito. (S. 29 enero 1979.)

#### **Artículo 487. Abandono de familia.**

Este delito exige la concurrencia de los siguientes requisitos: a) la previa existencia de matrimonio, filiación o constitución del organismo tutelar, generantes de los correspondientes deberes consecutivos o inherentes a la posición familiar de que se trate; b) que cualquiera de los cónyuges, el padre, la madre o el tutor —es dudosa la posibilidad de extender el precepto al protutor o a los miembros del consejo de familia—, dejen de cumplir los «deberes legales de asistencia» correspondientes al matrimonio, a la patria potestad o a la tutela, siendo de destacar al respecto que, por más que ciertos sectores doctrinales entienden por deberes de asistencia

sólo los económicos y materiales como alimentos y similares, entendiéndose recusable lo que reputan interpretación analógica, repudiada y proscrita por el Derecho penal, la jurisprudencia, representada por numerosas sentencias, entre las cuales figuran las de 4 de junio de 1945, 25 de marzo de 1947, 9 de febrero y 12, 19 y 22 de abril de 1965, 14 de febrero de 1974 y 9 de mayo de 1975, ha sostenido que el mencionado incumplimiento puede referirse a cualquier clase de deberes u obligaciones tanto materiales y económicos como éticos, espirituales o morales con tal de que estén declarados e impuestos por la Ley, y que, por tanto, se comete el delito no sólo negando alimentos al cónyuge, a los hijos o al pupilo, sino no teniéndolos en la propia compañía, no instruyéndolos o educándolos, en su caso, o no cumpliendo incluso el deber de fidelidad, como sostuvo la sentencia de este Tribunal de 8 de febrero de 1965, o ropiendo, en fin, de un modo u otro, la convivencia e interdependencia familiar; c) que el cumplimiento de los deberes asistenciales «sea posible» para el agente, habiendo declarado este Tribunal reiteradamente que se presume, salvo prueba en contrario, dicha posibilidad en quien ha contraído matrimonio, procreado hijos o aceptado el cargo de tutor; d) que, como destacaron las sentencias de este Tribunal de 7 y 30 de abril de 1976, el incumplimiento de los deberes asistenciales ha de ser «total», o al menos, en lo «fundamental o esencial», sin que integre el delito el cumplimiento meramente moroso, retardado o incompleto, con regateos o mermas nimias o intrascendentes que no supongan la imposición de carencias o privaciones; e) que el referido incumplimiento ha de ser acompañado también por la nota de «permanencia o continuidad», prolongándose por cierto espacio temporal y no siendo meramente esporádico, transitorio, circunstancial o intermitente, a menos que el lapso de tiempo durante el cual se incumplieron los deberes haya sido tan dilatado que equivalga a omisión permanente, y f) que esa dejación o abdicación del cumplimiento de los deberes familiares tenga como motor generador, origen o causa —y con mayor motivo si operan conjuntamente—, bien el «abandono malicioso» del domicilio familiar, bien la «conducta desordenada» del agente; significando abandono malicioso la ruptura permanente de la convivencia familiar por ausencia, fuga o desaparición del hogar, residencia habitual o sede de la familia, realizada con «animus derelinquendi», es decir, llevada a cabo de modo intencional o volitivo que tanto vale como injustificado o sin motivo conocido que pudiera servir de excusa, explicación o paliativo, habiendo declarado este Tribunal en sentencias de 26 de septiembre de 1960, 27 de mayo de 1968, 8 de octubre de 1970, 28 de enero y 3 de abril de 1971, 7 de marzo, 18 de mayo, 23 de abril y 13 y 25 de septiembre de 1973, 14 de febrero de 1974, 9 de mayo de 1975 y 7 de febrero y 26 de abril de 1976, que obra en contra del reo la presunción de voluntariedad establecida en el párrafo segundo del artículo 1 del Código penal, y que, en consecuencia, todo abandono permanente y duradero del domicilio familiar se reputará malicioso, salvo que pudiera justificarse y motivarse, de modo plausible y convincente, aportando una explicación legitimadora o exonerativa apoyada en desavenencia o inarmonías familiares, altercados o reyertas constantes, mal trato, presencia de parientes de grado más lejano e indeseables o incómodos u otras razones diferentes al mero deseo o inten-

ción de sustraerse, mediante la ausencia o el ignorado paradero, al cumplimiento de los deberes legales ya mencionados; debiéndose entender por conducta desordenada, conforme al Diccionario, la que «sale de las buenas costumbres o de la Ley moral», concepto que, sin circunscribirse exclusivamente al ámbito de lo sexual, tanto vale como comportamiento depravado, libertino, licencioso o disoluto, relaciones sexuales extramatrimoniales de carácter permanente, vagancia, absentismo laboral o falta de aplicación a un trabajo remunerado, digno y honesto que se procura eludir con ceses voluntarios o con cambios constantes de ocupación interludiados con períodos frecuentes de paro también voluntario o, finalmente, dedicación al juego, al alcohol o a la ingestión de estupefacientes. (S. 14 diciembre 1978.)

#### Artículo 501, 1.º. Robo con homicidio.

El delito de robo con homicidio es un complejo delictivo en el que el legislador ha reunido el robo por un lado y el homicidio por otro, castigando tal conjunción con pena más severa que si se contemplasen separadamente ambos factores de criminalidad, haciéndose con ello eco de una realidad criminológica insoslayable, tan antigua como el nombre de **latrocinio** con que se la reconoce de antiguo y caracterizada por el hecho de planearse el robo con la **posibilidad de matar**; razón teleológica de severidad que explica a su vez que en este delito complejo, como en los demás de robo con resultado lesivo, el artículo 512 del Código penal haya establecido una regla de consumación anticipada, una vez que se haya producido el atentado para la vida o integridad física, aunque no se haya perfeccionado el delito patrimonial.

La misma **mens legis** debe estar presente, para el caso inverso de que se lograra el propósito lucrativo y se frustrara el violento, concretamente el homicidio, si de este complejo delictivo se trata, o de que se frustraran tanto la muerte como el apoderamiento, en cuyos supuestos, siguiendo igual técnica de severidad debe mantenerse el complejo, de modo que habrá robo homicida en grado de frustración, siempre, naturalmente, que se acredite el dolo de muerte, ya en su forma de dolo directo, ya en la modalidad de dolo eventual, tan típica en estos casos de complejidad; solución que sólo debe ceder en los supuestos en que la punición del grado ejecutivo del delito contra las personas sea más grave, pues entonces, tal pena debe servir de medida a la responsabilidad criminal, tal como tuvo ocasión de señalar esta Sala en su Sentencia de 15 de enero de 1934 y había ya aceptado el Código penal de 1870 (artículo 519), al señalar pena propia para el delito con homicidio, en grado de tentativa o frustración, con la salvedad de que el homicidio perpetrado la mereciera mayor; criterio el expuesto que no es en modo alguno arbitrario, sino que es el propio del Código vigente, no sólo por la exégesis antes aludida del artículo 512, sino también por virtud del artículo 68, que obliga a preferir en caso de concurso de normas la alternativa de mayor rango punitivo, de suerte que entrando en conflicto las normas de frustración del complejo o la de sus elementos componentes se aplicaran unas u otras de acuerdo con tales preceptos.

**Artículo 501, p. último. Robo.**

El último párrafo del artículo 501 del Código penal, se le puede atribuir la naturaleza de un subtipo o tipo secundario caracterizado por la perpetración de cualquiera de las modalidades de robo con violencia o intimidación en las personas enunciadas en los cinco números de dicho artículo cuando, además, el delincuente, **hiciera uso de armas** u otros medios peligrosos que llevare, sea al cometer el delito o para proteger la huida; en cuya hipótesis (la de reputarle subtipo), caso de codevincuencia, cada uno de los partícipes, independientemente de que él, personalmente, hubiera o no usado armas, sería responsable de la perpetración del referido tipo secundario, siempre y cuando, claro está, que la figura primaria se hubiera cometido usando armas alguno de los consortes, bien para efectuar el hecho punible, bien para tutelar la consecutiva fuga; pero si, en beneficio del reo, se estimará, como en opinión dominante, que en la referida hipótesis, regulada por el último párrafo del artículo 501 del Código penal, se trata de una agravación específica, su naturaleza puramente circunstancial obliga, en los casos de codevincuencia, a indagar, para cada copartícipe, si concurre dicha agravación específica o si le es comunicable o extendible aunque él concretamente no hubiere usado armas; siendo preciso, en este último caso, acudir al artículo 60 del Código penal, el cual, distinguiendo entre circunstancias subjetivas y circunstancias objetivas, y reputando a estas últimas, como las que consistieren en la ejecución material o en los medios empleados para realizarla, entiende que son operantes respecto únicamente de los partícipes que tuvieran **conocimiento** de ellas en el momento de la acción o de su cooperación para el delito. (S. 27 diciembre 1978.)

**Artículo 501, 5.º. Robo.**

El artículo 500 del Código penal vigente, al establecer que el delito de robo se comete apoderándose de las cosas muebles ajenas con violencia o intimidación en las personas o empleando fuerza en las cosas, admite como medios de realizar el evento punible tanto la violencia física o fuerza material ejercitada con tal fin sobre las personas o las cosas, como la violencia moral vía compulsiva o intimidación causada a las víctimas; equiparando ambas formas de violencia personal (fuerza o intimidación) en el tratamiento penal dado a los supuestos contenidos en el texto del artículo 501 del mentado cuerpo legal, en cuyo número 5, se encuentra comprendido el de autos, ya que una y otra conductas, vician la voluntad del sujeto pasivo determinándolo a ejecutar bajo la presión de un temor inspirado por los golpes y las amenazas actuales, un acto de ilícita desposesión del objeto que sin tales maniobras no se hubiera realizado, siendo por tanto los dos medios subsumibles o compatibles entre sí, siempre que se pruebe su producción intencional y unívoca por parte del sujeto activo y que se hallen en relación causal con la conducta de la víctima que ha de venir provocada por los mismos; por lo que en el caso que nos ocupa, apareciendo consignado

como probado en el resultando fáctico de la resolución impugnada, que el procesado, hoy recurrente, se dirigió a la víctima tirándole a la cabeza una estatua de cerámica y amenazándole con que le arrojaría una lámpara si no le entregaba inmediatamente el reloj y el dinero que llevase, «atemorizándole» y «consiguiendo así» —dice la sentencia de Instancia—, o sea, a través de tal proceder, apoderarse de los objetos allí reseñados, no puede existir duda alguna sobre la existencia del nexo de causalidad entre el medio finalísticamente empleado y la consecución del resultado perseguido, que ha de ser considerado delictivo en cuanto constituye un ataque típico al bien jurídico protegido, a través de la constatación de que el intimidado no entregó libremente los bienes, sino que fue constreñido a ello, bajo la presión o el temor que le fue inspirado por el proceder violento o intimidativo del acusado, y con el fin de evitar ser maltratado, golpeado o incluso muerto, por la conducta anunciada, continuación de la violencia ya iniciada, lo que prueba que la intimidación resultó bastante para el apoderamiento. (S. 4 diciembre 1978.)

#### **Artículo 504, 1.º. Robo (escalamiento).**

El delito de robo con fuerza en las cosas viene caracterizado por las circunstancias que se tipifican en el artículo 504 del Código penal, como significativas de actividades operativas en la ejecución del hecho para llevar a efecto la sustracción burlando los obstáculos protectores de la propiedad, y que entre ellas se encuentra, en su número 1.º, la de escalamiento, como significativo de entrada al lugar por vía no destinada al efecto, significación que, aunque suprimida de los cuerpos legislativos a partir del Código de 1932, viene informando a la doctrina jurisprudencial, como lo evidencia entre otras, las sentencias de esta Sala de 15 de febrero y 10 de mayo de 1978, por lo que siempre que se penetra en el sitio por el modo que no se destina normalmente a tal fin, sin respetar los medios que denotan la protección de los objetos de apoderamiento, se debe de apreciar la existencia de esta circunstancia que determina la existencia del delito de robo. (S. 7 febrero 1979.)

#### **Artículo 505, 3.º. Robo.**

En el recurso se denuncia la aplicación del núm. 3.º del 505 y la inaplicación del núm. 2.º del mismo Código penal, es desestimable porque lo robado fue un coche, que valía 150.000 pesetas, aunque las piezas que después se desmontaron y apropiaron valieran 49.000 pesetas, pues lo que comprende el artículo 505 es el apoderamiento de una cosa que vale más de 50.000 pesetas y si el hecho ocurrió en la noche del 16 al 19 de marzo, procediendo a desmontarlo el 18 y abandonándolo después en Basauri se advierte que lo sustraído, en parte desmontado, y después abandonado excede de 50.000 pesetas. (S. 9 febrero 1979.)

**Artículo 506, 2.º. Robo (edificio destinado al culto).**

El único motivo del recurso se basa en que el hecho sancionado se realizó en edificio no destinado al culto, ya que, según se afirma, carece de tal consideración la Capilla en la que se encontraba la imagen de la «Santina de Curia», de la que se apoderó el inculpado, dado su carácter de propiedad privada y de no celebrarse en ella, de manera continua y permanente, oficios religiosos; manifestaciones que, sin embargo, aún siendo ciertas, procede, desde luego, rechazar, porque a más de hacer incurrir al motivo en la causa de inadmisión 3.ª del artículo 884 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por no acatar la santidad del hecho probado que dice expresamente lo contrario —lo que la convierte en este trámite en causa de desestimación, conforme a constante doctrina de esta Sala—, sí por edificio destinado al culto se entiende todo aquel, cualquiera que sea su titularidad dominical (pública o privada) y su denominación (templo, iglesia, capilla, oratorio, etcétera), que se encuentra adscrito al menester de celebrar ceremonias religiosas con independencia de su periodicidad, por tal ha de tenerse al local en que se realizó el hecho que en la presente causa se enjuicia al no poderse dar otra distinta significación que esa a las palabras empleadas por el propio Tribunal sentenciador en el «factum» de la resolución recurrida, y si bien se consignan en él las frases de que el edificio era «propiedad de Elisa Villamil y Fernández Combarro», y de que «la Capilla en cuestión está abierta al culto, durante tres días al año, en los meses de febrero y marzo», ninguna trascendencia puede derivarse de ellas a los fines punitivos agravatorios del número segundo del artículo 506 del Código penal, porque, aparte de no ser exigencias de la Ley, es claro que ni la titularidad dominical pública o privada del inmueble, ni la mayor o menor frecuencia de los actos de culto que en él se celebren, ni que haya sido consagrado o no, lo desvinculan de su finalidad de prestar homenaje de amor y devoción a la Divinidad cuando a dicho menester se adscribe, único requisito, por otra parte, que en el precepto de referencia se impone. (S. 3 enero 1979.)

**Artículo 514. Hurto.**

La ignorancia por parte del procesado de quién sea el dueño o propietario de la cartera de la que se apropió con ánimo de haberla como suya, no priva a su conducta de la ilicitud que sanciona el artículo 515 en relación con el 514, ambos del Código penal, y, en segundo término, porque, aun admitiendo que se tratase en este caso de una cosa perdida o extraviada, la circunstancia de adueñarse de ella con intención de lucro, la incardina en el último de los dos preceptos citados con las consecuencias que, respecto a su represión, establece el primero de los que se mencionan en relación con la estimación económica del perjuicio y consiguiente aprovechamiento producido, lo que tanto quiere decir como que, en el supuesto actual, igual daba sancionar al inculpado por la vía del artículo 514 número primero en relación con el 515, tercero, del ya referido Código penal, como hacerlo por

la del 514, número segundo, en relación con el 515, tercero, del indicado ordenamiento sustantivo, puesto que, en cualquiera de los dos aspectos que se mire, la pena a imponer sería exactamente la misma. (S. 22 enero 1979.)

#### **Artículo 516, 2.º. Hurto.**

La circunstancia agravatoria de la punibilidad, con mandato imperativo de imponer la pena superior en grado a la correspondiente al delito, está recogida, con frase lacónica, en los delitos de hurto, en el núm. 2, del artículo 516, del Código penal, al declarar su concurrencia cuando «interviniere abuso de confianza», por lo que la Jurisprudencia de esta Sala se ha visto en la necesidad de perfilar su doctrina interpretativa, declarando, de forma reiterada—Sentencias de 21 de marzo y 26 de junio de 1978—, que para su apreciación es necesario, además de los elementos de culpabilidad y antijuricidad, la concurrencia de los siguientes requisitos: a) la existencia de unas relaciones de amistad, familiaridad, compañerismo, sociales, morales o jurídicas que sean base o fundamento de esperar la no realización de determinadas conductas, en virtud de la lealtad y buena fe que las mismas contienen; b), que estas relaciones, no solamente se dan entre el agente de la conducta delictiva y el titular dominical del bien lesionado o víctima del delito, sino también, con el poseedor, depositario o guardián del mismo; c) un quebrantamiento de estas relaciones, por incumplimiento de las obligaciones que se derivan de las mismas, ya que implica un comportamiento carente de valor ético, y d) que el autor de los hechos se aproveche de las facilidades que tiene para poder realizar la actividad delictiva, dadas las posibilidades que le ofrece su situación o estado. Y teniendo en cuenta que, en el «factum» de la sentencia impugnada se hace constar que los tres condenados recurrentes realizaron los hechos «aprovechando que prestaban sus servicios como empleados de la Compañía Iberia en el aeropuerto y la facilidad que ello les proporcionaba de tener acceso a todas las mercancías que llegaban en los distintos aviones», es evidente que se dan los requisitos que la doctrina jurisprudencial exige para la apreciación de la agravante de abuso de confianza, ya que se han infringido los deberes basados en la confianza que exige la relación laboral de los procesados y la custodia de los objetos sustraídos, y se pone de manifiesto que éstos procesados se aprovecharon de las condiciones derivadas de estas relaciones para llevar a efecto su conducta criminal. (S. 8 febrero 1979.)

#### **Artículo 529. Estafa.**

El delito definido en el artículo 529 del Código penal se comete, interviniendo engaño, no sólo cuando éste está constituido por alguna actividad por parte del agente de cualquiera de las clases que enumera tal precepto, sino también cuando motivos racionales o fundados, inducen a error al sujeto pasivo, con abuso de su buena fe en perjuicio de sus intereses, y en este sentido es indiscutible que el hecho de presentarse un individuo en una

agencia destinada al alquiler de vehículos de motor para arrendar uno de ellos en la modalidad de «sin conductor», induce racionalmente al propietario o encargado de la misma a la creencia de que posee los recursos económicos necesarios para hacer frente a los gastos derivados de su uso y disfrute, y al no ser éstos satisfechos, sin justificar una insolvencia fortuita posterior, la existencia de la figura penal de que se hecho mérito resulta irrefutable a todas luces. (S. 18 diciembre 1978.)

#### **Artículo 535. Apropiación indebida.**

El contrato de sociedad puede constituir uno de los títulos posesorios comprendidos en la fórmula genérica del artículo 535 del Código penal (Sentencias de 20-10-1954, 11-5-1955 y 28-10-1958) y servir de base para la incriminación del delito de apropiación indebida, y si bien es cierto que, en determinados supuestos, se pueden ofrecer dudas respecto a si concurre o no el elemento normativo de la ajeneidad de la cosa, tales dudas quedan completamente disipadas cuando a la mentada relación contractual se yuxtapone otra de carácter periférico de las expresamente nominadas en el mencionado artículo, como claramente ocurre en el caso de autos, ya que el hecho relatado en el resultando de hechos probados de que el procesado, conforme a lo contractualmente convenido, vino siendo el encargado de comprar los géneros, hacer el pago de los pedidos, llevar el movimiento bancario, a cuyo fin acudía semanalmente al local en el que se hallaba instalado el negocio, recogiendo el importe de lo recaudado y las hojas de caja que reflejaban las operaciones realizadas, es demostrativo del carácter de administrador-gestor que el procesado desempeñaba y que en atención a dicha condición se le hacía entrega de la recaudación y no a la de dueño, como inexactamente se dice por el recurrente. La afirmación de que las cantidades recibidas las aplicó a finalidades y pagos del negocio contradice abiertamente el hecho que se declara probado respecto a la existencia de beneficios ascendentes a la cantidad que numéricamente se fija en la sentencia, de donde resulta que sólo a parte de dichas cantidades les dio el destino debido. (S. 7 diciembre 1978.)

La acepción o significación académica, coincidente con la común del lenguaje ordinario, del verbo transitorio «apropiar», no es otra que la de hacer propia de alguno cualquier cosa, apoderarse de ella o tomarla para sí, conducta y actuación que al ser tipificada como reprochable por el Código penal la adiciona con el adjetivo de indebida, equivalente a ilícita en el ámbito del derecho, que tanto puede referirse y concurrir en el ordenamiento jurídico civil, como en el penal, pero cuya distinción la determina el texto auténtico del artículo 535 del citado Cuerpo legal punitivo, al señalar que su incardinación en la jurisdicción criminal, surge cuando el agente o sujeto activo se apropia, distrae o niega la devolución de dinero, efectos o cualquier cosa mueble recibida en virtud de título, causa, o concepto que presupone necesariamente obligación de devolver o entregar lo recibido a un fin taxativamente fijado o preordenado, de ahí que el dolo característico de la apropiación penal que marca más ostensiblemente la línea separatoria entre lo

ilícito civil y lo antijurídico penal, venga constituido por el propósito intencional inspirador del abuso de confianza, elemento subjetivo de lo injusto en que el culpable incurre y del que se prevale para cambiar o transmutar la posesión o tenencia de lo que recibe y detenta con licitud pero con carácter transitorio y accidental, con finalidad concreta y precisada, en propiedad ilegítima personal, con ánimo de lucro propio o ajeno, atribuyéndose o haciendo uso de facultad dispositiva sobre lo recibido, que es inherente y propia del dominio que exclusivamente compete al legítimo dueño, que por ello resulta perjudicado en su derecho como titular dominical, y a cuya tutela responde el bien jurídico protegido por la figura delictiva contemplada, como delito de resultado material y de enriquecimiento injusto, cuya integración se logra acrecentando el patrimonio del inculpaado a costa del detrimento y daño del perjudicado como sujeto pasivo. (S. 8 febrero 1979.)

#### **Artículo 546 bis. Receptación.**

El delito autónomo de encubrimiento con ánimo de lucro, más conocido por receptación, configurado en las varias modalidades señaladas en el artículo 546 bis del Código penal, dirigidas al sancionamiento del que sin intervenir o cooperar en la comisión inicial del delito contra los bienes, se beneficia «a posteriori» de sus efectos, la prevista bajo el epígrafe a) constituye el tipo básico, que se integra a tenor del texto legal que la criminaliza por la concurrencia de un elemento de índole subjetiva o intelectual centrado en el conocimiento de la perpetración de un delito contra la propiedad, y de otro de carácter objetivo y dinámico, representado por el aprovechamiento personal del dinero, efectos o cosas muebles obtenidas mediante aquél, requisito éste que a su vez lleva inherente por el empleo y utilización del verbo intransitivo «aprovechar» y por imperativo del epígrafe del capítulo y título en que el delito se incardina, el ánimo de lucro, «ratio essendi» de su sustantividad y en el que se asienta la característica finalista de culpabilidad, o sea, causa de la independencia del mismo de la tradicional forma de codelincuencia del encubrimiento simple o genérico del artículo 17 número primero del propio Cuerpo legal punitivo, cuyo ánimo de lucro no lo determina exclusivamente el aprovechamiento material y valuable conseguido, sino también cualquier ventaja, satisfacción e incluso goce obtenido con la tenencia de la cosa o efectos procedentes de la sustracción ilícita, por lo que para la perfección del delito no es preciso determinar la cuantía de la utilidad alcanzada. (S. 19 diciembre 1978.)

#### **Artículo 565. Imprudencia.**

Como viene declarando con reiteración esta Sala, la mensuración de la culpa —imprudencia punible en el lenguaje legal— podrá lograrse conjugando la entidad de los dos factores que la integran: el «psicológico» u omisión anímica del poder de previsión, de mayor o menor gravedad a compás del riesgo desatado por el culpable con su acto, peligro que no es sino la

posibilidad cognoscitiva de la producción del resultado dañoso y que podrá tornarse en probabilidad a tenor de todo el cúmulo de circunstancias que constelan y preceden a dicho resultado; y el «elemento normativo» constituido por la infracción del deber objetivo de cuidado, ya encarne éste en una norma de común experiencia, ya en una norma reglamentaria destinada a gobernar la concreta actividad desplegada, disciplina reglamentista que, tratándose de la circulación de vehículos de motor, alcanza prácticamente a todos los actos de la misma, ya de forma genérica, estableciendo verdaderos principios generales circulatorios, ya de forma específica, detallando las prescripciones a que se sujetan cada una de las maniobras y emergencias implicadas en el tráfico. (S. 20 diciembre 1978.)

#### **Artículo 565, p. primero. Imprudencia temeraria.**

El procesado conducía el turismo «Seat 850» que le había sido confiado para una pequeña reparación, adentrándose en una vía balizada con bloques de paja, angosta y sinuosa, preparada anteriormente para una prueba deportiva de vehículos Kartz, circuito cerrado y dispuesto con violentas curvas y contracurvas; no obstante, lo cual el procesado se adentró en él a «alta velocidad», tratando de sortear las balizas que se ofrecían a su paso, lo que no pudo lograr por estar proyectada la pista para vehículos de muy distintas características, de reducido tamaño y amplia capacidad de maniobra, por lo que perdió el control del turismo que fue derrapando y oscilando a derecha e izquierda, hasta salir despedido en uno de estos movimientos el joven acompañante del procesado, quien cayó al suelo de cabeza y recibió tan graves heridas que determinaron su fallecimiento al día siguiente, además de resultar con daños el automóvil en cuantía de 36.000 pesetas; de modo que la calificación de imprudencia temeraria aplicada por la Sala de instancia a la descrita conducta es perfectamente válida por darse la irreflexión e inexperiencia en su grado máximo no menos que el olvido de las normas reglamentarias que ya conocemos, hasta el punto de que la actuación del inculpado está notoriamente dentro de la llamada «culpa consciente» o previsión del evento en espera de que no se produzca y aún roza los mismos límites del dolo eventual, como también apunta la resolución de los jueces provinciales, puesto que el reo más de confiar en su propia destreza para evitar el resultado tan claramente perceptible, había de encomendarse al puro azar, mezquina y problemática barrera para evitar el daño que se presentaba como altamente probable; ante cuyos razonamientos carecen de entidad los argüidos por el recurrente, al estimar que no se detallan suficientemente en la resolución impugnada las cautelas que omitió el procesado para calificar de imprudencia temeraria. (S. 20 diciembre 1978.)

Toda la actividad impugnatoria del presente recurso se centra y dirige a desviar la responsabilidad del recurrente tratando de atribuirle a los técnicos de grado superior, que ni fueron acusados ni han sido parte en el proceso, y nadie vedaba al impugnante haber actuado no sólo defensivamente, sino acusatoriamente contra las personas que ahora tardía y extemporáneamente trata de responsabilizar, incidiendo en una motivación «enteramente

nueva» que ni se planteó en la instancia ni pudo por tanto ser en ella discutida, ni surge de los hechos probados ni de parte alguna de la sentencia discutida; pero es más, inexplicablemente cita el artículo 10 de la Orden de 9 de marzo de 1971, pero prescinde del artículo 9, que se preocupa de señalar cuáles son las obligaciones que en materia de seguridad en el trabajo incumbían al contradictor que era vigilante de seguridad, como olvida también el recurrente todas las disposiciones que han venido regulando la materia de seguridad en el trabajo en términos generales y concretamente en los trabajos de la construcción, deduciéndose que en vigencia actual el vigilante y encargado de obras tenía el deber de cumplir personalmente y hacer cumplir las precauciones que reglamentariamente están establecidas de seguridad en el trabajo de carácter peligroso, y así se afirma que era encargado de obra y vigilante de aquella donde ocurrió el hecho que se incrimina, es indudable que si antes de ausentarse de la obra no inspeccionó si el andamio en que trabajaba el oficial fallecido estaba provisto de barandilla, rodapiés y sujetas las tablas para impedir el movimiento basculante y en general cumplir todas las normas reglamentarias, tales como ganchos y barandillas de protección y uso de cascos protectores, es indudable que éste vigilante, que omisivamente permitió que el trabajo se realizara sin adoptar ninguna de las precauciones que están legalmente establecidas, incidió en grave imprudencia acertadamente tenida en cuenta por la Sala de Instancia que con afirmaciones igualmente fácticas destaca que fue la ausencia del procesado la motivadora del luctuoso hecho que se enjuicia. Estas razones enervan las extemporáneas alegaciones del discrepante, tratando de desviar responsabilidades a terceras personas que no constan que no hubieran dado las normas necesarias para la realización del trabajo. (S. 22 febrero 1979.)

#### **Artículo 565, p. segundo. Imprudencia.**

Respecto a la procedencia o improcedencia de los motivos primero y segundo del mismo recurso, ejercitados por infracción de ley y en los que se citan como infringidos el artículo 565 del Código penal y los 1.º, 2.º y 3.º del Decreto de 19 de febrero de 1971 sobre la competencia de los arquitectos técnicos, el primero por aplicación indebida y los segundos por inaplicación, como normas sustantivas necesarias para la delimitación y concreción de la responsabilidad penal, se hace necesario no olvidar que aún cuando en el citado Decreto se establece en el número 3 de su artículo 1.º, como cometido o función del arquitecto técnico, la obligación de «controlar las instalaciones provisionales, los medios auxiliares de la construcción y los sistemas de protección, exigiendo el cumplimiento de las disposiciones vigentes sobre la seguridad en el trabajo», es lo cierto que al mismo sólo le corresponde velar y ordenar la puesta en práctica de éstas, quedando por tanto liberado de responsabilidad en aquellos casos en que se pruebe o demuestre, haber dado las oportunas órdenes al respecto que no fueron ejecutadas o lo fueron tardíamente, ya que entonces su responsabilidad debe ser transferida al encargado de ejecutarlas, por lo que en el caso que nos ocupa,

constando como consta en el acta del juicio oral, que ha sido examinada por esta Sala en uso de la facultad que le otorga el artículo 899 de la invocada Ley de Trámites la declaración del aparejador o arquitecto técnico, en la que éste asegura que había dado órdenes sobre la rampa y que visitaba la obra todos los días, afirmación corroborada con la declaración del mismo procesado, que no negó tales afirmaciones, resulta evidente que fue éste el que dio lugar al luctuoso resultado con su negligente conducta y debe ser considerado como único responsable del mismo. (S. 25 enero 1979.)

**Artículo 85. Real Decreto Ley 18 marzo 1977. Abandono de mesa electoral.**

El dolo como elemento de la culpabilidad penal y el error de Derecho punitivo, el análisis de la narración histórica de la sentencia presenta: a) la existencia de unos móviles, en la actividad del procesado, que originaron los hechos objeto de enjuiciamiento, constituidos y alimentados por creencias de tipo o carácter religioso, debido a ser «cristiano Testigo de Jehová», tendentes a la no intervención en un acto que estimaba político y prohibido por la religión a que pertenece, móviles que, por sí solos, no tienen operatividad para eliminar el dolo que la infracción criminal, en cuanto que el actuar contra los deberes y cargas que las leyes imponen a los ciudadanos no se justifica por exigencias de naturaleza religiosa, mientras estas propias leyes no reconozcan la justificación del incumplimiento de estos deberes y cargas; b) la no intervención en el acto electoral de presidir la mesa para lo que había presentado la correspondiente excusa, que fue desatendida, en debida forma, por la correspondiente Junta Electoral, acto que de haberse realizado implicaría el ejercicio de determinada función pública, que el procesado estimaba de carácter político y que su no realización engendra una conducta delictiva, tipificada en el artículo 85 del Real Decreto-Ley de 18 de marzo de 1977, al considerar como delito electoral la no concurrencia a desempeñar las funciones y el abandono de las mismas sin causa legítima, y c) la presencia en la mesa electoral, unos minutos antes de constituirse, para hacer constar su propósito de no intervenir en el acto electoral, y ante lo cual «se hizo cargo de la repetida mesa electoral su vicepresidente», lo que permite apreciar a la Sala, en el presente caso, la ausencia de dolo, en cuanto que el significado de la conducta del procesado y el alcance de la misma no ponen de relieve, de forma clara y terminante, la antijuricidad material que daría lugar a la reprochabilidad penal del acto, al no constar de forma indubitada el que el procesado tuviera conocimiento de la significación antijurídica de carácter penal, por lo que se debe desestimar el único motivo del recurso. (S. 30 enero 1978.)

**HIGUERA GUIMERA, Juan Felipe: "El delito de coacciones". Editorial Bosch. Barcelona, 1978. 316 págs.**

Este libro recoge lo fundamental de la tesis doctoral de J. F. Higuera (dirigida por el profesor doctor don José Cerezo Mir y leída en Zaragoza en 1977) y en él "se pretende realizar un estudio del delito de coacciones... siguiendo el método sistemático del finalismo" (pág. 1).

Después de presentar una visión histórica del tema, se aborda uno de los problemas más arduos de este delito: el del bien jurídico tutelado. No se olvide que el artículo 496 está encuadrado en el título XII del libro II del C. P. y que, como certeramente afirma con palabras de Rodríguez Devesa, "posiblemente no hay zona en el Código donde sea mayor la falta de precisión concerniente al bien jurídico protegido" (página 29). Sostiene que es la libertad de la voluntad entendida en forma relativa y únicamente como libertad del comportamiento exterior. El proceso formativo de la voluntad consta de tres momentos diferenciados: la libre formación, la libre decisión y la libre actuación de la misma. Pues bien, "el delito de coacciones incide sobre la capacidad o libertad de formación de la voluntad" y "también en la actuación o ejercicio en concreto de la misma", pero "la incidencia exclusiva sobre la decisión pertenece a las amenazas" (pág. 43).

En lo que atañe a los sujetos, es de destacar la opinión de que el recién nacido puede ser sujeto pasivo de coacciones (pág. 77), aseveración que inexactamente también atribuye a Rodríguez Devesa en una no muy rigurosa cita (pág. 76, n. 23).

El examen del tipo objetivo comienza con la distinción entre coacción y amenazas, señalando la diferente configuración que impera en el C. P. alemán, donde los medios de la coacción son la amenaza y la violencia. A continuación, Higuera Guimerá se adentra en el estudio del concepto de violencia en relación con el artículo 496. Defiende la tesis de que "es suficiente y basta, en mi opinión, con que el sujeto pasivo sienta físicamente, de forma indirecta, el medio coactivo violento, no siendo preciso que su cuerpo quede afectado directamente" (pág. 106). En los supuestos en que la violencia se mezcla con la intimidación, la calificación de amenaza habrá de ser preferible, puesto que el artículo 493 establece pena superior a la del artículo 496, pero agudamente observa que esto solamente será correcto en los casos en los que el mal con que se amenaza sea constitutivo de delito, porque si no lo es, la norma presuntamente aplicable sería el artículo 494, que señala pena de arresto mayor sin la multa que además impone el artículo 496. Ahora bien, esta idea no parece ser compatible con la afirmación anterior de que cuando la voluntad se motiva, es decir, el ataque lo es a la libre decisión de la voluntad,

se está en el ámbito de las amenazas. Muy interesantes son las líneas que dedica a la violencia en ciertos comportamientos del tráfico automovilístico. La coacción es un delito de resultado concretado en el “impedir hacer lo que la Ley no prohíbe” (“por dura que sea la conclusión, al impedir hacer a otro lo que cualquier Ley prohíbe, es conducta atípica” —pág. 150—) y compeler a efectuar lo que no quiera, sea justo o injusto”, en cuyo análisis y comparación se detiene. Admite la posibilidad de una conducta omisiva coactiva si el sujeto asume la posición de garante.

Dentro del tipo subjetivo (recordemos su planteamiento sistemático), afirma la existencia de un elemento subjetivo del injusto, pues “el concepto de violencia encierra una necesaria dimensión finalista” (pág. 171).

Ya en la antijuridicidad, y para la determinación de lo injusto en las coacciones, “una referencia a las normas de comportamiento de la ética social es inevitable” (pág. 183). La adecuación social es concebida como causa de exclusión del tipo y no como causa de justificación que concedería a un permiso especial o autorización para realizar acciones típicas; por el contrario, “en la adecuación social también existe una libertad de acción, pero es de carácter general” (pág. 190). En todo ello, la influencia de Welzel es notoria, así como al adherirse más adelante a la teoría de la culpabilidad estricta. Para Higuera la cláusula “sin estar legítimamente autorizado” implica una remisión a “todas las causas de justificación”.

El autor trata los temas de la participación, el grado de ejecución, las consecuencias jurídicas (es de resaltar la importancia que concede al artículo 67, pues “se trata de una verdadera medida de seguridad, que debería imponerse juntamente con la pena... en los casos en que pueda apreciarse una probabilidad de que el delincuente vuelva a delinquir” —pág. 247—), la distinción entre el delito y la falta de coacciones, los tipos especiales y la relación con otras figuras delictivas. Asimismo, estudia con detenimiento los tipos cualificados de los párrafos segundo y tercero del artículo 496 (coacciones laborales). En cambio, la fecha de publicación de la obra no le permite sino consignar como Proyecto de Ley lo que hoy, en virtud del artículo 10 de la Ley 82/1978, de 28 de diciembre (“B. O. E.” 12-1-1979), integra el nuevo artículo 496 bis, que tipifica el supuesto en que las amenazas o coacciones “se cometieren con el propósito de atemorizar a los habitantes de una población”.

Por último, se extraen las consecuencias sugeridas a lo largo del trabajo en treinta y seis puntos de clara y concisa redacción, para acabar con una amplia reseña bibliográfica.

JESÚS PRÓSPER PALACIOS

**INSTITUTO DE ESTUDIOS DE POLICIA.—Disposiciones e informes sobre estupefacientes y sicotrópicos, Madrid, 1978, 270 págs.**

Nos encontramos ante una segunda edición, muy ampliada, de una obra que se ocupa de materias legislativas sobre estupefacientes. Sin

embargo, la tercera parte del libro, dedicado a informes y difusiones, ofrece especial interés desde el punto de vista criminológico, ya que se hace una exposición general de la problemática en España de todo lo relacionado con los estupefacientes. También hay algunas referencias a otros países.

La prohibición del cultivo de la adormidera y del opio en Turquía, así como la retirada de las tropas americanas de Vietnam —al finalizar la guerra—, zona que era muy importante para el tráfico de heroína, hizo necesario para los traficantes buscar nuevos mercados, que se fijaron en Europa, especialmente en Alemania, Francia, Bélgica, etc. Amsterdam se convirtió en la ciudad de mayor distribución de estupefacientes para Europa. El tráfico de heroína se hizo frecuente a partir de 1973, como consecuencia de la suavidad de muchas legislaciones y la falta de un aparato coactivo bien organizado por parte de los Estados. A este respecto cabe señalar la importancia que tuvo en España la creación de la Brigada Especial de Investigación de Estupefacientes, en 1967, así como la reforma del artículo 344 del Código penal en 1971, con una notable agravación de las penas. Aunque las penas de este artículo nos parecen excesiva en algunos casos, así como la amplitud de su contenido, sin embargo, esto permitió que muchos laboratorios clandestinos montados por franceses en territorio español —cerca de la frontera— se desmontaran, pues había una policía especial que perseguía y unas leyes realmente severas; esto nos demuestra cómo a veces la severidad de las leyes tienen efecto preventivo en el terreno de la delincuencia internacional.

Se recoge también los nuevos sistemas utilizados por los traficantes para el transporte del hachich líquido, cannabis, heroína, sicotrópicos, cocaína, etc., así como el notable incremento del consumo de estupefacientes en España. También tiene interés la referencia que se hace al aumento de robos en farmacias para la consecución de estupefacientes, colocándose Madrid a la cabeza de las ciudades europeas, registrándose en el año 1977 un total de 718, mientras que en toda Italia fueron 528 y en Francia 750. Termina esta parte con una serie de datos sobre los síntomas que se dan en los consumidores de drogas, especialmente desde el punto de vista del comportamiento y a nivel físico y mental; también se recoge un breve vocabulario del “argot” utilizado por algunos consumidores.

Hay una última parte de la obra que se ocupa de jurisprudencia y del número de detenidos y aprehensiones de drogas.

ALFONSO SERRANO GÓMEZ

**NOVOA MONREAL, Eduardo:** “La evolución del Derecho penal en el presente siglo”. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1977. 77 págs.

El contenido de este pequeño libro es la ponencia presentada por su autor al Coloquio Internacional sobre “LXXV Años de Evolución Jurídica en el Mundo”, que se celebró en Méjico del 20 al 25 de septiembre

de 1976 (y al que concurrió también el profesor Juan Córdoba Roda, con la ponencia "Evolución jurídica y ciencia penal", publicada en el fascículo correspondiente al primer cuatrimestre de 1978 de este ANUARIO).

Los primeros seis capítulos llevan a cabo una revisión crítica de los puntos fundamentales objeto de la dogmática jurídico-penal, teniendo en cuenta los diversos y necesarios enfoques multidisciplinarios que pueden y deben darse al tema de los delitos y de las penas para tratar de desentrañar su compleja problemática.

El siglo XX se abre con la presencia de la Criminología, como ciencia antropológica y social, que enriquece el conocimiento de los hechos criminales que puede suministrar la Ciencia del Derecho penal y que se asienta sólidamente en este propósito y en el de protección de la sociedad contra la delincuencia, gracias a la obra de la Escuela positiva italiana, la Escuela sociológica de Von Liszt y la Unión Internacional de Derecho Penal, STOOS, THYREN, la *Terza Scuola* y DORADO MONTERO, Junto a los conceptos de imputabilidad, delito y pena, arraigan definitivamente los de peligrosidad y medidas de seguridad, sin perjuicio de tomar conciencia de que ni las penas ni las citadas medidas son suficientes para contener la criminalidad sin una vasta serie de medidas, de carácter preventivo, que enlazan la política criminal con la política social general. En nuestros días "se acepta que la eliminación o disminución de la criminalidad desborda absolutamente las posibilidades de una pura rama jurídica y se convierte en problema de nivel nacional que supone una reestructuración de la sociedad sobre bases más apropiadas" y la Escuela de la Nueva Defensa Social subordinada manifiestamente el Derecho penal a la Política criminal, de la que es un instrumento.

El concepto jurídico de delito, elaborado con las sucesivas aportaciones doctrinales desde Carrara a Mezger, ha sido objeto de numerosas críticas a sus diversos elementos analíticos, que han culminado en la teoría finalista de Welzel y en las críticas a esta teoría desde dentro y fuera del finalismo, habiendo destruido "el sistema unitario, bien sistemático y fácilmente comprensible que utiliza la corriente causalista" sin dar, en cambio, por otra parte, "la impresión de algo definitivo en su elaboración".

Todas las doctrinas penales modernas son, sin embargo, contestes en la necesidad y permanencia del principio de legalidad y su consecuencia técnica, la tipicidad, como garantía de la seguridad del justiciable, que no contraviene la relativa indeterminación e individualización de la pena, que precisa de un amplio marco de arbitrio judicial. Por la misma finalidad, "debe apreciarse como un muy importante principio que resguarda los derechos de la persona humana, la no aplicación de medidas que conlleven restricción de la libertad personal o de otros derechos a quienes no hayan incurrido en una conducta concreta externa que dañe una pacífica convivencia". El profesor Novoa no comparte las tendencias doctrinales que basan la responsabilidad penal en la personalidad, carácter o conducción de vida del sujeto, porque únicamente la responsabilidad por el hecho satisface la necesidad de seguridad jurídica, habiendo puesto de relieve la historia contemporánea los abusos totalitarios a

que puede conducir la elaboración de un "derecho penal de autor". La necesidad de que "las medidas penales hayan de quedar reservadas tan sólo para las más graves y dañosas transgresiones al orden social" no ha de impedir que la acentuación del principio de solidaridad y la conciencia de la obligación de cumplir los deberes sociales, característicos de la sociedad de nuestro tiempo, haya de llevar consigo un aumento de los delitos de omisión, culposos y de peligro.

La eterna cuestión de la unión o separación entre la Moral y el Derecho condujo en el campo de nuestra disciplina a una contraposición entre la responsabilidad moral y la responsabilidad social. La primera, fundada en el libre albedrío, busca la aplicación de un sistema de justicia absoluta mediante una pena proporcionada al mal causado, imposible de conseguir con los toscos instrumentos jurídicos. La segunda, basada en la aptitud de sentir la coacción psíquica, se encamina hacia una finalidad de protección y defensa de la sociedad contra el delincuente y del delincuente contra el peligro de caer o mantenerse en esta situación, que puede desembocar en el riesgo de la inseguridad. Para el profesor Novoa, la objetividad de la postura causalista es un "excelente resguardo de los derechos individuales", que pone en peligro la "etización" del Derecho penal proclamada conscientemente por el finalismo.

En la página 42 de su sugestiva exposición, el autor de esta ponencia penetra en el ineludible tema de la "crisis de la dogmática penal". A su juicio, "la interna polémica entre finalistas y los llamados causalistas ha desgastado a la dogmática penal y ha permitido que muchos descubran su insuficiencia, su desconexión con la realidad social y su estéril exclusivismo". Las consecuencias han sido: oscuridad, esoterismo, bizantinismo, filigranas de pensamiento, distingos conceptuales interminables, carencia de certidumbre en los principios, gimnasia intelectual en el vacío, discusiones tan inútiles como extravagantes... y, lo que es peor, "una ciega y gradual desconexión con la realidad, con deplorables consecuencias por lo que se refiere a alcanzar el verdadero y único fin de un Derecho penal". Comparto íntegramente esta preocupación del profesor Novoa y creo, con Jescheck y con aquél, que "lo decisivo ha de ser siempre la solución de la cuestión de hecho, mientras que las exigencias sistemáticas deben ocupar el segundo plano". Quizá debamos, por ello, postular un Derecho judicial antes que un Derecho de profesores, una "jurisprudencia de problemas" antes que una "jurisprudencia de conceptos", una elaboración de criterios y de instrumentos prácticos antes que la construcción de un sistema formal. Quizá hayamos de dar preferencia al estudio de la pena y el proceso sobre el estudio del delito, y al estudio de la Criminología, la Psicología y la Sociología sobre el Derecho y la Ciencia del Derecho penal de países extranjeros. Por otra parte, postular sin más una preferencia de los "criterios de valoración político-criminal" también puede resultar peligroso para la seguridad jurídica y el respeto de los derechos de personas pertenecientes a grupos o clases distintos de los del intérprete. Lo que sí suscribo sin vacilaciones es que se deben rechazar "las ficciones legales, las afirmaciones apriorísticas y los razonamientos puramente abstractos con olvido de la rea-

lidad humana y social que está dentro de todo problema de carácter criminal” y que “las elaboraciones dogmáticas no deberían ser consideradas jamás como conclusiones absolutas, sino a lo sumo 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” (pág. 47). En todo caso, la justicia y la equidad deben primar sobre la lógica formal, pero *quis custodiet ipsos custodes?* Tampoco podemos aquí responder con un criterio democrático meramente formal.

En el campo de la pena, la evolución doctrinal ha caminado en el sentido de destacar cada vez más los fines preventivos sobre los retributivos, y, dentro de aquéllos, se ha dado preferencia a la enmienda y corrección del delincuente sobre su inculpatización o la defensa social. En este sentido el profesor Novoa hace suyas las profundas observaciones de Hilde Kaufmann sobre la radical imposibilidad de la pena para encauzar una resocialización del delincuente. Pero ello no puede llevarnos a la consecuencia maximalista de suprimir la institución de la pena y dejar a la Sociedad librada al juego de las fuerzas naturales, por razones que sería infantil reproducir aquí. La vía ha de ser, por tanto, la humanización de la pena, el acercamiento de la misma a la vida en libertad, la facilitación de medios para la integración de la persona en el núcleo social, el tratamiento terapéutico voluntario, la inserción más plena posible de la política criminal en la política social. Dentro de las garantías propias de un Derecho penal liberal, a las que no se puede renunciar. Nada de sustituir a los jueces por los “delantales blancos”, por supuesto. Ni en la fase judicial de la aplicación de la pena ni en la fase penitenciaria de su ejecución, aunque en una y otra el juez debe dirigir o controlar con la ayuda de especialistas, y también mejorar en el futuro su formación criminológica y en las Ciencias del hombre. No puede ser buen juez quien se contente con el conocimiento minucioso del Código penal y su interpretación jurisprudencial. Por otra parte, para aplicar la ley y sancionar hay que tener “buena conciencia”, de la misma manera que para exigir el castigo del prójimo hay que estar libre de responsabilidad social (incluso por omisión), y quizá nos hiciera falta la linterna de Diógenes para encontrar un hombre puro. Y pienso que un hombre puro se sentiría motivado preferentemente por el amor.

El profesor Novoa termina con una llamada de alerta a los juristas. La Criminología y la política criminal pretenden sobrepasar al Derecho penal. Lejos de aceptar que el objeto de la Criminología, el delito, sea dado por el Derecho positivo, las modernas corrientes criminológicas (Sociología de la conducta desviada, Teoría del etiquetamiento, Criminología crítica, etc.) elaboran su propio concepto *sustancial* de delito, que ha de servir, además, de patrón para una valoración esencial de la justicia y de la conveniencia o carácter criminógeno de la propia ley penal. La política criminal, por su parte, determina los bienes jurídicos.

que el legislador debe defender y tiende a convertir al Derecho en un instrumento de realización de "la concepción política que fijan los grupos sociales y clases que dominan el Estado". La base de apoyo más firme para la subsistencia del Derecho penal la constituye la necesidad de tipificar las conductas merecedoras de pena, la defensa de la libertad y la dignidad humana ante los posibles excesos técnicos del tratamiento, la adecuada configuración concreta de los bienes jurídicos y valores sociales dignos de la protección estatal.

Sin embargo, las últimas palabras de la ponencia vuelven a poner al penalista "el corazón en un puño". La solución de la delincuencia se halla en la organización de la sociedad sobre bases justas e igualitarias, en inspirar las decisiones sociales en el bien de las grandes mayorías, en considerar los casos de desviación social como un problema que afecta a toda la Sociedad. "Solamente una Sociedad que tenga clara conciencia de la responsabilidad que a ella misma le cabe en la subsistencia de la criminalidad y que está 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" (pág. 75).

Entre los muchos méritos humanos y profesionales del profesor Novoa se encuentra el hecho de que sus palabras nunca son forma sin sustancia. Un lenguaje elegante y sobrio encubre siempre en sus publicaciones un puñado de ideas decisivas. Sus libros hacen pensar y obligan a tomar posición. Lo he dicho en otras ocasiones y lo sigo diciendo en la presente. Como resultado de la lectura (repetida) de esta ponencia, me refiero en mi creencia de la relatividad del Derecho y la humildad del jurista, y en la necesidad de "socializar" (en todos sus sentidos) el Derecho penal y la Ciencia del Derecho penal. Yo también creo, como el personaje de una célebre novela, que "nada debe tomarse como definitivo". También creo, con el poeta, que sólo se hace camino al andar, y que es preciso mancharse las manos. No sé qué pensará un jurista profesional de estos argumentos tan poco dogmáticos. Tampoco sé si, al escribir, se escribe para los demás o para sí mismo. Por supuesto que lo decisivo no es escribir, sino actuar.

FRANCISCO BUENO ARÚS

**SAINZ-PARDO CASANOVA, José Antonio: "El delito de apropiación indebida". Editorial Bosch. Barcelona, 1978. 196 págs.**

La obra, que constituyó originariamente la tesis doctoral del autor, leída en la Universidad de Sevilla en el año 1973, está elogiosamente prologada por el doctor don José María Navarrete Urieta y contiene un estudio analítico del delito tipificado en el artículo 535 de nuestro Código penal.

Tras una breve introducción a la problemática de la apropiación indebida, se dedica el capítulo primero a la evolución histórica y el segundo a su tratamiento en el Derecho comparado, con especial referen-

cia al Derecho francés, alemán, italiano y a los sistemas de incriminación a que éstos dan lugar.

El enfoque del tema desde el punto de vista de nuestro ordenamiento positivo comienza con la constatación primigenia de la autonomía del tipo en su delimitación con figuras afines. Así, con el hurto (señalando la incoherencia legislativa de penar la simple apropiación en el párrafo segundo del artículo 516 más severamente que el artículo 535), la estafa, la malversación y la quiebra, concurso y alzamiento. En cuanto al bien jurídico protegido, se afirma que es el derecho de propiedad.

Sainz-Pardo adopta en su análisis el método del finalismo, lo que le lleva a distinguir entre tipo objetivo y subjetivo. El capítulo quinto, el más extenso del libro, versa sobre el primero de ellos. En lo tocante a la acción, el autor postula la tesis que las expresiones "distraer" y "negar haber recibido" se reconducen al "apropiarse" mediante un acto de disposición de la cosa que es, pues, la acción básica. Su concepción finalista le obliga a incluir como elemento de la acción la voluntad de ocupar la posición de propietario, elemento que tendrá que tratar también dentro del tipo subjetivo. El objeto material es el común denominador de cosa mueble en su acepción jurídico-penal basada en la efectiva material movilidad o transportabilidad misma. Han de ser cosas corporales, valüables objetivamente, ajenas al sujeto activo y estar en su poder por título que produzca obligación de entregarlas o devolverlas. Es la existencia de este título lo que caracteriza al delito y por ello se detiene en un examen pormenorizado de la idoneidad del mismo (págs. 94-127). Por otra parte, la apropiación indebida es un delito de resultado concretado en la apropiación y en el correspondiente perjuicio. Resultado que es temporalmente simultáneo a la acción, aunque conceptualmente (ideológicamente, escribe) distinto a ella, aserto que más adelante utilizará para negar la posibilidad de formas imperfectas de ejecución.

En lo referente al tipo subjetivo, se afirma que el dolo (conocimiento y voluntad de realizar el tipo objetivo) es el componente esencial del mismo y "debería abarcar todos los elementos del tipo objetivo incluyendo, claro está, la acción de apropiarse con sus dos componentes: material y subjetivo" (pág. 139). Como hemos visto, este componente subjetivo de la acción es el "animus rem sibi habendi" o ánimo de apropiarse, distinto del ánimo de lucro, y no concebido, por tanto, como elemento subjetivo del injusto. El autor no considera inherente al delito el abuso de confianza y concede escasa relevancia al ánimo de devolución una vez realizada la disposición.

Dentro de la antijuridicidad se examinan los problemas del derecho de retención, compensación, liquidación de cuenta y consentimiento, echándose en falta una referencia al artículo 337 sobre realización arbitraria del propio derecho.

Consecuencia finalista es la escisión de la teoría del error, tratando dentro del tipo subjetivo el error de tipo (error que si es invencible excluye el dolo, y si es vencible deja también impune la conducta pues no se admite un tipo culposo de apropiación indebida) y dentro de la culpabilidad el error de prohibición, escribiendo que "tampoco me encuentro

con autoridad para intervenir en el tema" (pág. 154) y limitándose a reflejar las distintas orientaciones jurisprudenciales.

Configurada la apropiación indebida como uno de los llamados "delitos especiales", considera Sáinz-Pardo que los problemas de participación de un extraño han de solventarse en el sentido de la imprescindibilidad de una condición considerando el criterio de la escasez de medios y siempre sin ruptura del título de imputación.

El trabajo concluye con sendos capítulos dedicados a la unidad y pluralismo de delitos y a la pena, respectivamente. Por último, se reseña una bibliografía comprensiva de ciento quince títulos.

JESÚS PRÓSPER PALACIOS

VARELA FEIJOO, J.: "La protección de los derechos humanos", Barcelona, 1972, 372 págs.

En la obra se hace un estudio de la Convención de Salvaguarda de los Derechos del Hombre y de la Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, cuyos antecedentes más próximos hay que buscarlos en La Haya, cuando en mayo de 1948 el Congreso de Europa fue convocado a fin de elaborar una Carta de los Derechos Humanos, así como la creación de un Tribunal de justicia que pudiera hacer respetar la carta. Posteriormente, y tras la conferencia de Bruselas de 1949, y la reunión de Londres en mayo del mismo año, en donde diez estados europeos firmaban el Estatuto del Consejo de Europa, la Convención se elaboró en Estrasburgo, siendo firmada finalmente en Roma por trece miembros del Consejo de Europa.

En la Convención solamente se recogen derechos civiles y políticos, no ocupándose de los derechos económicos y sociales, que habrían de formularse en la Carta Social europea, firmada por trece miembros del Consejo de Europa. La situación para los primeros resulta mucho más clara, ya que de una u otra forma se encontraban recogidos en los ordenamientos jurídicos europeos, a la vez que normalmente es el ciudadano quien demanda ser protegido frente a la violación por los poderes públicos; sin embargo, respecto de los derechos económicos y sociales, su realidad varía notablemente entre los países necesitando la intervención estatal en la mayoría de los casos para su efectiva aplicación.

Hace el autor un estudio de los principios fundamentales que se recogen en la Convención como son el derecho a la vida, detenciones ilegales, tortura, libertad y seguridad, etc., derechos que vemos recogidos en nuestra Constitución de 1978. También se ocupa de la jurisprudencia a que ha dado lugar las resoluciones del Tribunal Europeo de los Derechos del Hombre. Desde julio de 1955, fecha en que adquiere la Comisión competencia para conocer de las demandas individuales, hasta septiembre de 1967, se habían presentado más de tres mil recursos, de los que sólo medio centenar reunían los requisitos necesarios para ser admitidos.

La Convención supone un progreso en el campo de los derechos huma-

nos a nivel internacional, máxime si se tiene en cuenta las dificultades que se plantean en el terreno del derecho internacional, pues hay una promoción del individuo en este campo del derecho, cosa hasta entonces prácticamente desconocida, pues no se concebía que una persona estuviera facultada para ejercitar una acción que pudiera llevar a la responsabilidad del Estado en el marco internacional.

ALFONSO SERRANO GÓMEZ

VIVES ANTON, Tomás S.: "Libertad de prensa y responsabilidad criminal (La regulación de la autoría en los delitos cometidos por medio de la imprenta)". Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense. Madrid, 1977. 215 págs.

Nos encontramos ante la publicación de una importante parte de la tesis doctoral del profesor más recientemente incorporado al cuerpo de Agregados de Derecho penal de nuestro país. La obra gira en torno a un tema polémico: cómo interpretar la regulación contenida en los artículos 13 y 15 del Código Penal español. Tradicionalmente se ha venido manteniendo que mientras el artículo 13 limita la responsabilidad por los delitos cometidos por medio de la imprenta a los autores, el 15 extiende este concepto, con lo que quedan incursos en responsabilidad sujetos que de no existir el precepto, ni siquiera serían cómplices. Esta solución, por paradójica, no puede satisfacer. El autor rechaza también aquellas interpretaciones que han tratado de paliar esta antinomia, y prefiere cuestionar el mismo punto de partida: ¿por qué no entender que el artículo 15 tan sólo se propone desarrollar el 13 y no contradecirlo? En ese caso, habría que interpretar que el precepto restringe la responsabilidad a aquellos que, siendo autores por aplicación de las reglas generales, fueran además los que realmente lo hubieran sido del escrito o estampa, o bien directores, editores o impresores, y ello de manera sucesiva y escalonada; pero, de cualquier forma, sólo si fueran autores según las reglas generales del artículo 14. Para indagar las razones de esta reducción del ámbito punible, el profesor Vives adopta un método histórico: sólo éste puede permitirnos captar el significado político de la institución, y con ello su fundamento. Este es, para Vives, expresión profunda del liberalismo: este sistema, al limitar, en principio, la responsabilidad al autor real, concede a éste una gran libertad frente a su empresa, y sabido es que mucho más grave que la censura estatal resulta la de la propia empresa informativa: si el editor sabe que, conociéndose el autor material del escrito, va a verse exento de toda responsabilidad, dejará a éste en libertad, lo que, evidentemente, no sucederá de no existir los artículos 13 y 15. Ello lo demuestra el tortuoso camino recorrido, desde su aparición en 1810, por el sistema en cascadas: si no existe una cláusula que limite la responsabilidad de directores, editores e impresores a aquellos casos en que éstos fueran reputados autores de conformidad con la regla general, habrá ocasiones en que la responsabilidad objetiva

de éstos, de no conocerse el escritor, o no estar éste domiciliado en España o estar exento de responsabilidad criminal, se hará inevitable. Las consecuencias también lo serán: censura interna de la empresa informativa, o búsqueda de una "cabeza de turco" que se interponga en la cadena de responsabilidades. Y esto es lo que sucedió. El Código de 1870 aporta la solución: fundamenta el sistema de cascadas en la autoría: "responderán criminalmente sólo los autores", para añadir "solamente se reputarán autores...". La propia interpretación literal, conjugada con el análisis histórico, avala con suficiencia la interpretación restrictiva. Si a ello añadimos la vigencia de los más elementales principios que deben inspirar toda interpretación penal, habremos de ver con cierto asombro cualquier postura contraria.

Sin embargo, las discusiones históricas sobre el sistema en cascadas han sido innumerables y aparecen ligadas, como pone de manifiesto la obra que comentamos, a la concepción ideológica de cada cual: quien considera que la prensa es un cuarto poder y tienda a conceder mayor importancia al medio difusorio que a los contenidos del mensaje, habrá de poner mil y una cortapisas a la libertad de expresión; justamente lo que hicieron los grupos conservadores, que no dudaron en emplear argumentos pretendidamente progresistas en la defensa de sus tesis conducentes a una legislación especial: si se aplicase el sistema ordinario del Código Penal las calamidades para el escritor serían enormes, pudiendo llegar, en ocasiones, hasta la misma pena de muerte. lo que callaron es que con la legislación especial se puede producir, y se produce, una doble consecuencia: en primer lugar, la desaparición de la libertad de expresión; en segundo, la aplicación del Código además de la de la legislación especial, en base al argumento de que una cosa es la infracción de imprenta y otra muy distinta el delito común por medio de ella cometido. Para éste además, dirán, no rige la responsabilidad en cascada, sino las normas generales del Código. Los grupos progresistas, por el contrario, darán menor importancia al medio, someterán la imprenta al Código Penal y, eso sí, introducirán en el sistema de responsabilidad en cascada la ya comentada modificación, hoy recogida en el artículo 13: sólo responderán los autores, y sólo si se es autor entra en juego el artículo 15: es posible ser impresor, por ejemplo, y no ser responsable, pese a que tampoco lo sean escritor, director ni editor.

El paso del Estado Liberal de Derecho al Estado Social de Derecho no puede suponer la dejación de las, a veces despectivamente, denominadas "libertades formales", entre las que se encuentra la de imprenta. Ello hace que en nuestros días, y piénsese en la definición del artículo 1.º de la Constitución, la interpretación propuesta en la obra que comentamos, se haga más ineludible; lo que hasta hace poco era preciso por la ausencia de un marco general de libertades, lo que es hoy la imperativa vigencia de una norma que declara dicho marco: es preciso interpretar en favor de la libertad.

Pero no queda con ello resuelta toda la problemática planteada por los artículos 13 y 15 del Código Penal: el primer eslabón de la cadena de responsabilidades lo constituyen los autores *reales* del texto, escrito

o estampa publicados o difundidos. Y este término puede ser interpretado de muy diversas maneras. Vives Antón adopta la hoy casi periclitada teoría objetivo-formal: son autores reales los que "toman parte en la ejecución del hecho", de conformidad con lo que reza en el número primero del artículo 14 del Código Penal. Para ello se ve obligado Vives a oponerse a los razonamientos que pretendidamente han contradicho la teoría objetivo-formal y que fundamentalmente pueden resumirse en dos: su incapacidad para explicar la autoría mediata y la inclusión de la doctrina de la autoría como un apéndice de la teoría del tipo.

La incapacidad de la teoría objetivo-formal para explicar la autoría mediata puede negarse, y la niega Vives, en base a tres órdenes de consideraciones: en primer lugar, es pacífica la idea de que la actuación del autor mediato sobre el instrumento puede constituir ya tentativa, y ésta es definida por el Código como "el principio de ejecución del delito *directamente* por hechos exteriores". Por tanto, el autor mediato puede dar principio a la ejecución directamente; el autor mediato puede ejecutar. Vives Antón explica también en la obra cómo no pueden considerarse antinómicos los términos *autoría mediata* y *ejecución directa*. En segundo lugar, la supuesta incapacidad de la teoría objetivo-formal para explicar la autoría mediata nace de la confusión entre acto ejecutivo y acto consumativo. La realización del delito no se produce, normalmente, con un solo acto, sino a través de todo un proceso, del recorrido del *iter criminis*. Y si es obvio que el autor mediato no puede recorrer todo el camino, porque dejaría de ser mediato, no lo es menos que nada le impide empezar a recorrerlo y ceder el testigo a quien luego completará la conducta típica. En tercer lugar, y en base a lo hasta ahora dicho, razona Vives Antón que no existen actos preparatorios por naturaleza y actos ejecutivos por naturaleza; no se puede, a la hora de trazar la frontera, prescindir del plan del autor. De la misma manera que hay actos normalmente ejecutivos que, en realidad, pueden ser sólo preparatorios en un caso determinado: apuntar con una pistola a la víctima... para comprobar la precisión del sistema de puntería, hay actos normalmente preparatorios que pueden devenir ejecutivos en un caso determinado: así, la instigación a un tercero inimputable, o el artículo de prensa provocando a la comisión de delitos, dado que es bien fácil que caiga en manos de un inimputable que se apreste a la realización efectiva de lo provocado. Aquí, instigación y provocación ponen ya directamente en peligro el bien jurídico, y justifican la represión penal. Por todo ello, la argumentación de que la teoría objetivo-formal es incapaz de explicar la autoría mediata es rebatida por Vives Antón.

La segunda de las argumentaciones pretendidamente superadoras de la teoría objetivo-formal proviene de la concepción de la doctrina de la autoría como un apéndice de la teoría del tipo, lo que vendría a significar que la autoría ha de ser deducida directamente de los tipos penales, y autor en sentido estricto sería el que realizara la totalidad del tipo, puesto que sólo esa autoría puede ser subsumida directamente el tipo. A partir de ahí, se dirá que la teoría objetivo-formal peca por exceso, porque según ella el coejecutor es autor en sentido estricto, y sin

embargo su conducta no puede ser directamente subsumida en el tipo, y peca por defecto, porque, de conformidad con ella, y si el autor mediato realiza el tipo sólo parcialmente, tampoco su conducta puede subsumirse directamente en él, y por tanto, no puede ser entendido como tal autor en sentido estricto. Para evitar tales conclusiones se hace preciso, dicen, abandonar la teoría objetivo-formal y afirmar que el autor mediato realiza la totalidad del tipo, distinguiendo la *realización* de la *ejecución*. Vives rechaza esta postura por dos grupos de razones; referidas unas al sentido en que técnicamente cabe entender que la autoría es un apéndice de la teoría del tipo, y referidas las otras al articulado del Código Penal español y sus diferencias con el alemán, punto de partida de los seguidores de esta concepción. Distingue Vives Antón entre el tipo, formulado en una determinada proposición normativa, y su realización. El *sujeto activo* es una categoría conceptual mediante la que se analiza el tipo; forma parte, por tanto, de la teoría del tipo. En cambio, el concepto de *autor* sirve para analizar la realización del tipo, que no se identifica con él ni pertenece a su teoría, aunque, por supuesto, sea incomprendible sin él. Se concluye que la concepción de que la autoría pertenece a la teoría del tipo no es, desde luego, necesaria: autor será aquel a quien pueda atribuirse como propia la realización del tipo; y puede ser autor aquel que sólo haya realizado *parcialmente* el tipo. Por lo que respecta a la legislación española, en opinión de Vives, viene a reforzar dicha posición, incluso con carácter imperativo: el número primero del artículo 14 engloba tanto los supuestos de ejecución parcial cuanto total; la expresión "tomar parte" incluye a los que realizan totalmente el hecho. Al margen de ello, y por lo que respecta a la legislación de imprenta, el artículo 15 del Código refuerza la interpretación restrictiva de su ámbito de aplicación por el uso del adverbio *sola-*  
*mente*, como quedó dicho al principio.

La obra que comentamos aborda otras cuestiones y contiene un comentario crítico al Real Decreto-Ley 24/1977, de 1 de abril, sobre libertad de expresión, pero creo que lo hasta aquí expuesto resulta suficientemente indicativo: estamos ante un libro, cuyo autor no ha tenido miedo al disenso, y ha puesto de relieve las contradicciones en que la doctrina había venido incurriendo. También eso va en favor de la libertad de expresión, como sutilmente sugiere el profesor Cobo del Rosal en el prólogo a la obra comentada. Por otra parte, el trabajo propugna una interpretación acorde con el contexto en que nos encontramos.

Al margen de su indudable profundidad jurídica, se aprecia en la obra y en su autor una decidida vocación por la libertad.

JUAN CARLOS CARBONELL MATEU

**REVUE DE SCIENCE CRIMINELLE ET DE DROIT PENAL  
COMPARE**

**Año 1978. Número 3, julio-setiembre**

**AUDIER, Jacques: "Le 'biais' de la peine justifié". Págs. 553-570.**

Este trabajo tiene por objeto poner de relieve la interpretación que el autor considera adecuada del artículo 598 del Código de procedimiento criminal, por medio de mostrar las insuficiencias que se derivan de la que viene haciendo la Sala Criminal de la Corte de Casación francesa, recientemente contradicha por la Sentencia de 30 de octubre de 1975.

Audier entiende que conforme a una interpretación histórica, dicho artículo solamente cierra el camino del recurso de casación en los casos en que la pena impuesta es la que corresponde en Derecho, es decir, está justificada, pero existe un "lapsus calami" a la hora de citar el precepto aplicado. Y considera que el fundamento del mismo hay que verlo en que no existiendo interés procesal ni de fondo por parte del demandado en la casación, no debe otorgársele la acción correspondiente.

Sin embargo, la Corte de Casación ha realizado una interpretación, por la que rehúsa el recurso de casación siempre que la pena impuesta sea igual a la que según la ley corresponde a los hechos delictivos enjuiciados, aunque exista error en la calificación legal, en la responsabilidad del agente, o en la aplicación de la pena.

La imposibilidad de considerar fundado el artículo 598 del Código de procedimiento criminal en la falta de interés del procesado en los casos a que lo extiende la jurisprudencia francesa, las dificultades que tal interpretación conlleva a la hora de individualizar la pena según la personalidad del delincuente; y los problemas que surgen en los supuestos de concurso de delitos, llevan al autor a concluir la necesidad de que la Sala Criminal de la Corte de casación abandone tal interpretación, y se atenga a la literal.

**McCLINTOCK, F. H.: "La violence à l'intérieur de la famille. Problèmes de justice pénale et de politique criminelle". Págs. 571-591.**

El profesor McClintock se centra en el estudio de la violencia criminal en el interior de la familia, referida especialmente a Inglaterra, País de Gales y Escocia.

En primer lugar, con el fin de conocer el aumento de la misma, en

que viene insistiéndose, la estudia en comparación con la violencia criminal en general. A su juicio, de los datos obtenidos en los tres países citados parece concluirse que "el aumento de disputas domésticas que llevan a violencia criminal sigue el modelo general de otras formas de violencia delictiva". Es decir, su aumento es paralelo al seguido por otras clases de actividades delictivas violentas.

Posteriormente, basado en los estudios realizados en Inglaterra y País de Gales expone la morfología de la violencia familiar criminal en estas diez notas: las tres cuartas partes de las víctimas son mujeres; en los dos tercios de los casos, el conflicto surge entre los esposos o cohabitantes; se presenta en la mayoría de los casos en zonas urbanas, social y económicamente pobres; sus causas son extremadamente variadas; se produce en los momentos de mayor convivencia familiar, fines de semana y últimas horas del día; las zonas urbanas de mayor número de habitantes de color, en Inglaterra tienen una mayor proporción de casos (se ve claramente la relación con las circunstancias sociales y económicas); no hay especial "modus operandi" en la ejecución; el resultado de la violencia en quien la sufre es muy variado, desde la muerte (el 4 por 100) a las heridas insignificantes (el 60 por 100); entre esposos es más frecuente de los veinte a los treinta años, y al fin de la década de los treinta y comienzo de los cuarenta; los antecedentes del culpable no parecen tener influencia en la propensión a la violencia doméstica; los hechos tienen lugar normalmente en la residencia familiar.

Destaca el autor la coincidencia existente con la violencia familiar en Escocia, donde puede apreciarse como divergencias la mayor incidencia del alcohol en delincuente y víctima, y la mayor utilización de armas, aunque éstas sean objetos cualquiera de la casa, lo que conlleva una mayor gravedad de las lesiones producidas.

Por último, estudia el control que la justicia criminal ejerce en esta materia. Subraya el alto grado de casos que en Inglaterra y País de Gales no llegan a ser condenados por iniciativa de la misma policía y Tribunales. Asimismo analiza las penas, generalmente muy atemperadas, que eligen los Tribunales con el fin de que tengan consecuencias perjudiciales para la misma víctima.

La sección "Etudes et varietes" recoge, como es habitual, dos trabajos:

Gassin, Raymond: "A propos de 'Criminologie et Science Pénitentiaire' de M. Jacques Léauté. Quelques considérations". (págs. 503-660), que es una recensión del citado Manual de Criminología.

Doleisch, Wolfgang: "L'interruption de l'isolement par la prison au moyen des permissions de sortir. (Les tendances dans les Etats membres du Conseil de l'Europe)". (págs. 601-615). El autor con el fin de que se apliquen tales medidas en Austria, estudia el estado de la cuestión en la normativa de tres importantes miembros del Consejo de Europa que las han adoptado: Italia, Francia e Inglaterra, y posteriormente la propia de Suecia. Posteriormente analiza a la vista de las citadas reglamentaciones las tendencias de evolución en estos cuatro puntos: tipos de salidas que existen, detenidos a que se les dan posibilidades de beneficiarse

con ellos, instancias que las autorizan, y límites de tiempo establecidos.

La "Chronique pénitentiaire" presenta el artículo de Fize, Michel: "L'accueil des enfants (1) à la maison d'arrêt de Fleury - Merogis. Une structure originale: le Centre d'accueil. Description et première analyse". (págs. 679-685). En él Fize pone de relieve las ventajas que en un centro penitenciario de grandes dimensiones, como el que se cita, tiene el Centro de ayuda, pues permite una mayor eficacia administrativa, y conocer mejor a los ingresados en prisión.

La "Chronique de criminologie et des sciences de l'homme" viene completada con el trabajo de Pinatel, Jean: "Trois moments de l'histoire de la pensée criminologique: Rome, le Christianisme et la Renaissance". (páginas 687-692).

En la sección "Chronique de police" Susine, Jean, escribe "Enquête Interrogatoire - Aveu (Première partie: Les racines)" (págs. 693-710).

La "Chronique du parquet et de l'instruction" está ocupada por el artículo de Goulesque, Jacques-Michaud, Jean: "La carrière du juge d'instruction" (págs. 711-714).

Filippo Gramatica ocupa la sección "Chronique de défense social" con su trabajo "Le 'droit' de l'individu à être social" (págs. 715-721).

JUAN I. ECHANO

---

(1) Conforme al sentido del artículo el título del mismo está equivocado y ha de cambiarse la palabra "enfants" por "entrants".

# INDICE GENERAL DEL TOMO XXXII

## AÑO 1979

### TOMO XXXII - FASCICULO I - ENERO - ABRIL

	<u>Páginas</u>
<b>SECCION DOCTRINAL</b>	
<i>El Derecho comparado como método de política criminal</i> , por José María Rodríguez Devesa ... ..	5
<i>La ejecución de las penas privativas de libertad bajo la intervención judicial</i> , por Enrique Ruiz Vadillo ... ..	15
<i>La frontera entre el concurso de leyes y el concurso ideal de delitos: la función de la normativa concursal (I)</i> , por Joaquín Cuello Contreras ... ..	45
<i>«La atenuante de obrar por motivos morales, altruistas o patrióticos de notoria importancia»</i> , por José Luis Díez Ripollés ... ..	93
<i>Las cárceles en Méjico y su evolución</i> , por María Josefina Cámara Bolio ... ..	141.
 <b>CRONICAS EXTRANJERAS</b>	
1) <i>Bélgica</i> . 2) <i>Bolivia</i> ... ..	173.
3) <i>Colombia</i> ... ..	174.
4) <i>Francia</i> ... ..	175.
5) <i>Congresos</i> ... ..	177.
<i>El nuevo sistema de penas. Ideas y propuestas</i> . Introducción: José Cerezo Mir. Traducción: José Luis Díez Ripollés ... ..	179.
 <b>SECCION LEGISLATIVA</b>	
<i>Constitución española</i> ... ..	223.
<i>Real Decreto-Ley 3/1979, de 26 de enero, sobre protección de la seguridad ciudadana</i> . («B. O. del E.» de 1 de febrero de 1978.) ...	274.
<i>Circular de 12 de diciembre de 1978 (Tribunal Económico Administrativo Central). Contrabando. Normas relativas a la sanción subsidiaria de prisión por infracciones</i> . («Boletín Oficial de Hacienda» de 25 de enero, número 3.) ... ..	277
 <b>SECCION DE JURISPRUDENCIA</b>	
<i>Jurisprudencia penal</i> , por Alfonso Serrano Gómez ... ..	279.
 <b>REVISTA DE LIBROS</b> ... ..	 311
 <b>REVISTA DE REVISTAS</b> ... ..	 324.

«La atenuante de obrar por motivos morales, altruistas o patrióticos de notoria importancia», por José Luis Díez Ripollés ... ..	93
Las cárceles en Méjico y su evolución, por María Josefina Cámara Bolio.	141

### Crónicas Extranjeras

1) Bélgica. 2) Bolivia ... ..	173
3) Colombia ... ..	174
4) Francia ... ..	175
5) Congresos ... ..	177
El nuevo sistema de penas. Ideas y propuestas. Introducción; José Ce-rezo Mir. Traducción: José Luis Díez Ripollés ... ..	179

### Sección Legislativa

Constitución española ... ..	223
Real Decreto-Ley 3/1979, de 26 de enero, sobre protección de la seguridad ciudadana. («B. O. del Estado» de 1 de febrero de 1978.) ... ..	274
Circular de 12 de diciembre de 1978 (Tribunal Económico Administrativo Central). Contrabando. Normas relativas a la sanción subsidiaria de prisión por infracciones. («Boletín Oficial de Hacienda» de 25 de enero, número 3.) ... ..	277

### Sección de Jurisprudencia

Jurisprudencia penal, por Alfonso Serrano Gómez ... ..	279
--	-----

Revista de Libros ... ..	311
--------------------------	-----

Revista de Revistas... ..	324
---------------------------	-----

Suscripción anual: España, 2.250 pesetas  
Extranjero, 2.400 pesetas

Número suelto, España, 900 pesetas  
Extranjero, 1.100 pesetas