

ANUARIO
DE
DERECHO PENAL
Y
CIENCIAS PENALES

TOMO XXXII
FASCICULO II



MAYO-AGOSTO
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 DÈVESA

Catedrático de Derecho penal de la Universidad Complutense

Redactor-Jefe:

DIEGO MOSQUETE MARTIN

Profesor Adjunto de Derecho penal

Secretario:

ALFONSO SERRANO GOMEZ

Profesor Adjunto de Derecho penal de la Universidad a Distancia

Consejo de Redacción:

JOSE ANTON ONECA

Catedrático jubilado de Derecho penal

MIGUEL BAJO FERNANDEZ

Profesor Agregado de Derecho penal de la Universidad Autónoma de Madrid

ANTONIO BERISTAIN IPIÑA

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de San Sebastián

BERNARDO FR. CASTRO PEREZ

Magistrado de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo

JOSE CEREZO MIR

Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Zaragoza

MANUEL COBO

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

JUAN CORDOBA RODA

Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Barcelona

FERNANDO DIAZ PALOS

Magistrado del Tribunal Supremo

JOSE MARIA GONZALEZ SERRANO

Teniente Fiscal del Tribunal Supremo

ADOLFO DE MIGUEL GARCÍ-LOPEZ

Presidente de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo

HORACIO OLIVA GARCIA

Profesor Agregado de Derecho penal de la Universidad Complutense

GONZALO RODRIGUEZ MOURULLO

Catedrático de Derecho penal de la Universidad Autónoma de Madrid

JOSE ANTONIO SAINZ CANTERO

Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Granada

JOSE MARIA STAMPA BRAUN

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad a Distancia

RODRIGO FABIO SUAREZ MONTES

Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Oviedo

ANGEL TORIO LOPEZ

Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Valladolid

INDICE

	Páginas
Sección Doctrinal	
<i>La aplicación del Código penal de 1822, por José Ramón Casado Ruiz</i>	333
<i>La pena de interdicción civil, por José Luis Manzanares Samaniego</i>	345

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: Enero-abril 1979.

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 II**



**MAYO-AGOSTO
MCMLXXVIX**

Es propiedad. Queda hecho el depósito y la inscripción en el registro que marca la Ley. Reservados todos los derechos.

I. S. S. N. 0210-3001
Depósito Legal, M. 126.—1958

La aplicación del Código penal de 1822*

JOSE RAMON CASABO RUIZ

Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Valencia

Resulta sorprendente el escaso conocimiento que se tiene de nuestra codificación penal, pese a que su desarrollo y consagración se produce en el siglo pasado. La influencia enorme de las doctrinas extranjeras en la ciencia penal española, junto con cierto desprecio hacia el Derecho positivo —recordemos que a Groizard reiteradamente se le ha calificado de «leguleyo» y no digamos a Viada—, posiblemente haya conducido a la despreocupación por las fuentes de donde manan las ideas, instituciones y preceptos hoy vigentes y que, en definitiva, sirven para explicarlos y mejor comprenderlos. Por desgracia sólo algunos penalistas actuales, entre los que sobresale el profesor Antón Oneca, han dedicado su atención al estudio de la realidad penal inmediata, origen de la actual.

El primer Código penal español, promulgado como tal, es el de 1822 (1), pero en la doctrina reiteradamente se ha suscitado la duda de si efectivamente ha llegado a aplicarse; algunos incluso niegan que tuviera vigencia real. Esta es la cuestión objeto del presente trabajo.

Como manifiesta la edición oficial del Código, este fue «decretado por las Cortes en 8 de junio, sancionado por el Rey, y mandado promulgar en 9 de julio de 1822». Con la promulgación del texto se habían completado todos los requisitos formales necesarios para su entrada en vigor, sin embargo, estimó el Gobierno por una serie de razones, que en el presente caso no debía ser así, y publicó una Real Orden aplazando la vigencia para la Península e islas adyacentes hasta el 1.º de enero de 1823. El ejemplar de la R. O. que se ha utilizado es el remitido oficialmente por el Gobierno a

* Este trabajo se envió en su momento como colaboración al libro homenaje al profesor Antón Oneca.

(1) Vid.: ANTÓN ONECA, José, *Historia del Código Penal de 1822*. ADPCP, 1965, págs. 263 y ss.; SAINZ CANTERO, José A., *El Informe de la Universidad de Granada sobre el Proyecto que dio lugar al Código penal de 1822*. ADPCP, 1967, págs. 509 y ss.; CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *Análisis de un informe anónimo aparecido en Sevilla sobre el proyecto de Código penal de 1822*. ADCPC, 1977, págs. 83 y ss.; CASABO RUIZ, José R., *El Código penal de 1822*. Valencia, 1968, tesis doctoral inédita, de la que se publicó un breve extracto.

la Audiencia Territorial de Valencia y lleva como fecha el 28 de septiembre de 1822.

Para justificar el retraso se dice en la mencionada disposición, que el volumen del Código «impide que circule y comunique con la celeridad que otras leyes», que por su importancia era necesario conceder cierto tiempo para que pudieran instruirse en él las autoridades encargadas de su cumplimiento y, además, que era conveniente su entrada en ejecución al mismo tiempo; por último señala la inexistencia del jurado. En consecuencia establece, en primer lugar, que el Código debe comenzar a observarse en la Península e islas adyacentes a partir del primer día del mes de enero de 1823; que en las provincias de ultramar lo sea sesenta días después de su publicación en la capital de cada una de ellas; y en tercer lugar que hasta que se establezca el jurado previsto en el artículo 101 del Código, continúen los jueces de derecho como hasta entonces «y en los términos prevenidos en el mismo respecto de las causas exceptuadas» (2).

Este aplazamiento de la vigencia no parecía significar una extralimitación de las facultades del Gobierno, pues el artículo 170 de la Constitución de 1812 disponía que «la potestad de hacer ejecutar las leyes reside exclusivamente en el Rey...». Y así lo entendieron las Cortes al aprobar en la sesión del 3 de diciembre un informe en el que se dice: «que la pretensión del auditor sobre que se declaren vigentes ciertos capítulos del Código penal, está al alcance de las atribuciones del Gobierno», por lo que decide devolver el expediente al Gobierno para que lo resuelva según sus facultades (3).

Con posterioridad a la R. O. de 28 de septiembre antes citada, no se encuentra disposición alguna que suponga un nuevo aplazamiento en la aplicación del Código penal. Por tanto, desde el punto de vista formal, el Código entró en vigor el 1.º de enero de 1823 (4).

Pese a la inexistencia de norma alguna por la que se dejara en suspenso la vigencia del Código, la doctrina se ha planteado la cuestión de si realmente llegó a aplicarse o si, por el contrario, quedó en mero intento sin éxito.

Uno de los primeros en suscitar la duda fue Luis Silvela en su discurso de recepción en la Academia de Ciencias Morales y Políticas donde al referirse a nuestro primer Código penal dice: «Es dudoso que llegase a aplicarse efectivamente, dadas las difi-

(2) También lo recoge: ALONSO Y ALONSO, José M., *De la vigencia y aplicación del Código penal de 1822*. Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios. Febrero 1946, págs. 10 y s.

(3) *Diario de las Sesiones de Cortes. Legislatura extraordinaria de 1822-23*. Madrid, 1875. tomo II, pág. 866.

(4) En este mismo sentido, ANTÓN ONECA, *Historia del Código...*, cit., página 275.

«cultades que desde luego se presentaron» (5). Lo que constituía interrogante se elevó a afirmación por Alonso y Alonso en un artículo especialmente dedicado al tema de la aplicación del Código de 1822 (6).

En apoyo de su tesis de que el Código no alcanzó vigencia real, cita Alonso una consulta formulada por el Tribunal Supremo y trasladada por el Gobierno a las Cortes en la que se referían las dificultades que se encontraban para poner en práctica el Código penal sancionado y publicado. De esta consulta se dio cuenta a las Cortes en la sesión del día 26 de diciembre de 1822, es decir, pocos días antes de la fecha en que debería entrar en vigor el nuevo Código penal. El órgano legislativo mandó que se pasase la consulta a la comisión de procedimientos (7). En la sesión de 1.º de enero de 1823 se mandó imprimir el dictamen de esta comisión, «en el que se manifiesta la imposibilidad o graves dificultades que se presentan para que, como está mandado, se ponga desde este día en ejecución el Código penal» (8). El dictamen comenzó a debatirse en la sesión del día 4 de aquel mismo mes de enero y de lo discutido parece desprenderse que la comisión fundamenta su opinión en la inexistencia del jurado y en la falta de casas de corrección y de castigo, de establecimientos para obras públicas y de trabajos perpetuos para la imposición de estas penas (9). En la discusión se reproducen las posturas ya manifestadas en el momento en que se planteó el problema de si debía pasarse de modo inmediato el proyecto a la sanción real (10). En efecto, desde el momento en que acabó prácticamente la discusión del articulado se suscitaron una serie de inconvenientes para que el texto siguiera adelante y se aplicara. Aun cuando se esgrimían argumentos sustantivos y referidos a las dificultades existentes, el hecho de que en las votaciones se delimitaran claramente dos grupos, parece suponer la existencia de motivos políticos. Es más, hay que destacar que quienes se oponen a la vigencia son los liberales llamados exaltados. La razón de tal oposición parece que es la de evitar el castigo de las llamadas asonadas y motines contra el Gobierno que por venir reguladas en una pragmática de la época de Carlos III, en la práctica no se aplicaba (11). Alcalá Galiano al hacerse eco en sus memorias de

(5) SILVELA, Luis, *Bentham: sus trabajos sobre asuntos españoles: expositor de su sistema en España*. En *Discursos de recepción y de contestación leídos ante la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*. Tomo VII, Madrid, 1908, pág. 41.

(6) ALONSO Y ALONSO, *De la vigencia...*, cit. Rev. Esc. Est. Penitenc. Febrero 1946, págs. 2 y ss., especialmente pág. 10.

(7) *Diario sesiones. Legisl. extraord. 1822-23*, cit. T. II, pág. 1133.

(8) *Diario sesiones. Legisl. extraord. 1822-23*, cit. T. II, pág. 1205.

(9) *Diario sesiones. Legisl. extraord. 1822-23*, cit. T. II, pág. 1236.

(10) *Diario de sesiones. Legislatura de 1822*. Madrid, 1872, tomo II, página 916.

(11) Así se desprende de lo dicho, entre otros, por GARELLY, *Diario de las discusiones y actas de las Cortes extraordinarias de 1821. Discusión*

estos sucesos manifiesta que tal suposición «si no enteramente falsa» sólo era fundada en parte y relativamente a pocos (12). Aun sin negar el importante valor que como testimonio tienen las afirmaciones de Alcalá Galiano, debe notarse que, en la época, él se conducía siempre entre los exaltados y que a lo largo de las Memorias se nota cierto aire justificativo de todas sus acciones anteriores. Por tanto, no puede rechazarse la idea de que el motivo principal de la oposición de los exaltados al Código penal estuviera en el castigo de los motines, sin que quepa descartar la crítica a la severidad de algunas penas (13). En lo que no cabe duda alguna es en el interés de los moderados y del Gobierno en la pronta vigencia del Código. En pocos días fue sancionado por el Rey, pese a que previamente debió ser dictaminado por el Consejo de Estado a tenor de lo dispuesto en el artículo 236 de la Constitución.

A la vista de lo expuesto, no resulta extraño, como se desprende de las afirmaciones de Argüelles en la sesión del 4 de enero de 1823, que el Gobierno estuviera dispuesto a allanar las dificultades presentadas por el Tribunal Supremo como obstáculos para la entrada en vigor del Código (14).

Frente a los inconvenientes suscitados por los liberales exaltados, los moderados repiten los mismos argumentos que en ocasiones anteriores. Así se dice que no es imprescindible la previa aprobación del Código de procedimientos, que el problema del jurado había sido resuelto por la R. O. de 28 de septiembre y que la creación de los establecimientos penales adecuados constituye obligación que sólo incumbe al Gobierno a tenor de lo dispuesto en el artículo 171 de la Constitución (15). Dado el punto por suficientemente discutido, el día 5 de enero presentó la comisión informante su dictamen reformado en estos términos: «Que se suspenda por ahora la observancia del Código penal hasta que se publique el de procedimientos, en cuyo intermedio el Gobierno tendrá preparados del mejor modo posible los establecimientos de castigo y corrección que son indispensables para la aplicación y clasificación de las penas que el mismo Código establece» (16). Sometida a votación nominal, resultó rechazada esta propuesta por 72 votos contra 59 (17), repitiéndose los nombres de quienes sistemática-

del proyecto de Código penal. Madrid, 1822, tomo III, págs. 481 y s. Vid. también ANTON ONECA, *Historia del Código...*, citado, págs. 273 y s.

(12) *Memorias de D. Antonio Alcalá Galiano*, publicadas por su hijo. Madrid, 1886, tomo II, pág. 263.

(13) Así se manifiesta, por ejemplo, el diputado ROMERO, *Diario de sesiones*. *Legisl. 1822*, cit. Tomo II, pág. 988.

(14) *Diario sesiones*. *Legisl. extraord. 1822-23*, cit. Tomo II, páginas 1239 y ss.

(15) *Diario sesiones*. *Legisl. extraord. 1822-23*, cit. Tomo II, páginas 1237 y ss., 1246 y ss.

(16) *Diario sesiones*. *Legislat. extraord. 1822-23*, cit. Tomo II, página 1248.

(17) *Diario sesiones*. *Legisl. extraord. 1822-23*, cit. Tomo II, páginas 1248 y s.

mente venían oponiéndose a la entrada en vigor del Código y los de los partidarios de su inmediata vigencia. En la reseña del diario de ese mismo día 5 de enero puede leerse a continuación: «En consecuencia de esta resolución acordaron las Cortes que el dictamen volviese a la comisión». El miembro de la comisión de procedimientos, el conocido utilitarista Toribio Núñez, manifestó seguidamente la conveniencia de que «se nombrase una comisión especial para que informase sobre este negocio, pues si había de hacerla que estaba encargada del Código de procedimiento criminal, necesitaría para ello más tiempo que para presentar el expresado Código». Sobre esta indicación nada resolvieron las Cortes (18). Y esta es la última referencia al problema suscitado por la consulta del Tribunal Supremo que aparece en el Diario de sesiones de Cortes.

Para Alonso y Alonso, si bien de la resolución adoptada por las Cortes el día 5 devolviendo a la Comisión de procedimiento criminal su dictamen, podría suponer la puesta en ejecución del Código penal, añade que la nota presentada por Núñez «nos hace entrever un nuevo aplazamiento de la entrada en vigor del cuerpo legal nacido con tan escasas posibilidades de viabilidad» (19). Es más, considera que la suerte del Código penal quedaba unida a la que corriera el de procedimientos «necesario según los comentaristas, para que el primero pudiese tener algún día aplicación por la Justicia».

Aun reconociendo la fuerza del argumento, no puede negarse que desde el punto de vista legal no aparece disposición alguna por la que se declarase su vigencia en suspenso o se aplazase, por lo que el Código debió entrar en vigor el 1.º de enero. Y así se desprende de un escrito dirigido al señor Secretario del Despacho de Gracia y Justicia, cuyo tenor literal es el siguiente:

«Excmo. Señor. El jefe político de la Prov. de Valencia en 1.º del actual me dice lo siguiente:

En el día de ayer se publicó en esta Ciudad con la mayor solemnidad y aparato el código penal, a cuyo acto asistió la Milicia nacional voluntaria de Ynfantería, Caballería y Artillería. La enfermedad de mi antecesor con la preplejidad con que se hallaba de si se publicaría, o no, con motivo de estarse discutiendo en las Cortes este asunto a causa de no haberse sancionado el de procedimientos obligaron al interino a dirigir una consulta a esta Audiencia Territorial en la que ya regia dicho Código desde 1.º de enero último; pero no habiendo recibido contestación, y reclamando de otra parte los Alcaldes consts. de esta Ciudad su publicación, dispuse se verificase en el día de hayer.»

(18) Loc. cit. nota anterior.

(19) ALONSO, *De la vigencia...*, cit., págs. 13 y s.

(20) ALONSO, *De la vigencia...*, cit., pág. 14.

De Rl. orn. lo traslado a V. E. mi. as. Palacio, a 10 de Febrero de 1823» (21).

De acuerdo con el anterior escrito, resulta claro que pese a las dudas suscitadas por la discusión de las Cortes, la Audiencia Territorial no suspendió la entrada en vigor del Código. En este sentido ya había manifestado el Regente de la Audiencia de Valencia con ocasión de la apertura del Tribunal, el día 2 de enero de 1823: «Vamos a entrar en el delicado ensayo del Código penal, que requiere un estudio no interrumpido, y una meditación tanto más detenida cuanto falta el jurado de hecho y el Código de procedimientos» (22).

La aplicación efectiva de nuestro primer Código penal no se desprende únicamente de lo afirmado en las anteriores referencias, ya que existen pruebas irrefutables al respecto.

En el diario de la Ciudad de Valencia de 5 de marzo de 1823 y en su sección *Tribunales* se lee lo siguiente: «En el de 1.^a Instancia del Sr. D. Mateo Miranda, y oficio de Miguel Martínez, su escribano, se comenzaron en 3 de Febrero último, autos criminales contra Tomás Prosper, José Prosper y José Rosell, vecinos de Chirivella, acusados los dos primeros de haber hecho armas (aunque no salieron tiros) a unos milicianos que iban a reunirse en casa de su comandante para salir de ronda en la noche del 26 de Enero próximo, y aprensión al primero de una daga en el acto de hacer uso de ella, y al tercero por habersele hallado al tiempo de reconocerle un cuchillo; y seguidos por todos los trámites, en 28 del mismo Febrero ha recaído definitivo con arreglo a lo prevenido en Código penal, absolviendo a Rosell, y condenado a Tomás Prosper en 8 meses de arresto, y al José en 6 del mismo destino en el castillo de Murviedro o Alicante, con las costas del juicio por mitad mancomunadamente.»

En el «Correo Murciano» de 8 de marzo de 1823, tras hacer relación de varias condenas, manifiesta: «Francisco González no ha sido juzgado por tener 13 años, según se previene en el código penal».

Aunque no mencionan expresamente al Código penal, en los periódicos de la época se recogen condenas a penas propias de este Código. Así el «Diario de la Ciudad de Valencia» del 7 de marzo de 1823 se hace eco de condenas a cuatro años de obras públicas, dos años de obras públicas y de cárcel; y el del 13 del mismo mes recoge una condena por heridas a dos años de obras públicas. Pensamos que referencias análogas se encontrarán en los periódicos de otras ciudades.

Con las citas anteriores creemos que queda palmariamente demostrada la efectiva aplicación del Código de 1822 y que, por consiguiente, las dudas suscitadas al respecto carecen de fundamento.

(21) El subrayado es nuestro. Archivo de la Comisión General de Codificación. Ministerio de Justicia. Legajo preliminar núm. 3.

(22) *Discurso pronunciado por el ciudadano José M. del Busto, Regente de la Audiencia Territorial de Valencia, al tiempo de la apertura del Tribunal en el día 2 de enero de 1823.* Valencia, 1823.

A estas pruebas cabría añadir otros testimonios como el del diputado José Alonso. Al discutirse el Código de 1848, y concretamente en la sesión del 14 de marzo de 1848, dijo: «Veo, señores, que se ha tratado de poner en observancia un Código con penas nuevas y no hay disposición de hacerlo, y no quiero extenderme más aun cuando pudiera hacerlo; creo que debían haberse puesto antes los establecimientos necesarios para las penas que se señalan en el Código, y si no nos va a suceder lo que sucedió cabalmente con el Código penal que se discutió en 1822. Cuatro meses que nos dejaron los facciosos y los nietos de San Luis administrando justicia con arreglo a aquel Código, resultaron en sólo la Audiencia de Zaragoza una porción de sentenciados a trabajos forzados: ¿y dónde los llevamos?, nos preguntábamos unos a otros. No teníamos establecimientos penales donde llevarlos, y así se quedaron en los presidios como antes» (23).

Es más, de la lectura de los documentos de aquella época, es decir, de principios de 1823, la impresión que se obtiene es la de que siempre se parte de la vigencia del Código, como una realidad efectiva que hay que tener en cuenta. Cabe citar en este sentido multitud de leyes de 1823 que expresamente se remiten al Código. Así, la Ordenanza general para reemplazo del Ejército de 3 de febrero de 1823 manifiesta en su artículo 105 que los prófugos sufrirán un aumento en el tiempo de servicio «según lo establecido en el art. 577 del Código penal». También una serie de leyes que llevan fecha de 15 de agosto de 1823, y que obedecen a la situación de guerra en que se hallaba sumido el país, hacen expresa referencia al Código. En este sentido la que establece sanciones para quienes obtengan condecoraciones de los enemigos, cuyo artículo 2.º termina: «...y quedarán sujetos a las demás penas que impone el artículo 74 del Código penal». La que se promulga sobre la reunión de cofradías religiosas, señala en su artículo 1.º: «salvas siempre las disposiciones de los artículos 316, 317 y 318 del Código penal». La ley referente a quienes solicitan cargos del ejército invasor se remite a los artículos 188, 253, 276 y 323 del Código. Otro tanto puede decirse de la ley adicional a la de imprenta, cuyos artículos 2.º, 6.º, 7.º, 18 y 23 se refieren al Código; lo que ocurre asimismo con el artículo 6.º de la ley sobre responsabilidad de los pueblos donde se persiga a los constitucionales. Todas estas leyes de guerra, que llevan fecha de 15 de agosto de 1823, al remitirse al Código penal tácitamente están demostrando su vigencia real, ya que carecería de sentido, dadas las circunstancias, que se refirieran a una ley que estuviese en suspenso.

Por otra parte, hay que mencionar una serie de resoluciones de las Cortes en que se establece la aplicación del Código penal. Así un dictamen de la comisión de Legislación, aprobado en la sesión del día 30 de mayo de 1823, ante una consulta de la Audiencia de Va-

(23) *Diario de las sesiones de Cortes. Congreso de los Diputados. Legisl. 1847-48. Tomo III, Madrid, 1877, pág. 1781.*

lencia sobre la pena aplicable a los alcaldes constitucionales que en el ejercicio de jueces de primera instancia infringen la Constitución, se resolvió que debía imponérseles las penas señaladas en el capítulo II de la ley de 24 de marzo «en los casos anteriores a la publicación del Código penal y desde aquella fecha por el Código» (24). En la sesión extraordinaria del día 31 de julio de 1823 se aprobó otro dictamen de la comisión de Casos de responsabilidad relativa al conde de Cartagena «por su escandalosa defección». La comisión halló en la conducta de éste «el crimen de conspiración contra el sistema constitucional, infringidas las disposiciones del Código penal y ley orgánica del ejército», por lo que entendió que había lugar a exigirle responsabilidad (25).

Junto a las resoluciones acabadas de recoger, los diarios de las sesiones de Cortes reproducen manifestaciones que demuestran la vigencia del Código. En la sesión del día 17 de mayo de 1823, el Secretario de Gracia y Justicia, que a la sazón era Calatrava, dijo: «no podemos desentendernos del Código penal: en este Código se impone a todos los españoles una obligación bajo penas muy severas de no desamparar a la Patria cuando se vea invadida o amenazada por enemigos exteriores»; continuando: «creo que mientras no se derogue el artículo del Código penal que se ha leído —el 249— es indispensable la aprobación de este artículo» (26). El diputado González Alonso en la sesión del 18 de mayo manifiesta: «El Código penal está vigente» (27). Muchas más referencias podrían citarse aquí de cuantas se formularon en los debates parlamentarios, pero para concluir sólo se mencionará la del Secretario de Gracia y Justicia del día 9 de julio al discutirse el informe de la comisión de Hacienda sobre los empleados que no siguieron al Gobierno, quien recuerda que la sanción señalada «era un castigo que se daba gubernativamente, sin perjuicio del cumplimiento de lo que el Código penal prescribe en esta parte» (28).

En el Archivo de las Cortes (29) se hallan unos documentos relativos al problema suscitado por la existencia de presos en Cádiz y en el Puerto de Santa María, cuyas causas se encontraban en Sevilla, ocupada ya por las tropas absolutistas, y en los que se aplica el Código penal. Están constituidos por un informe del Secretario de Gracia y Justicia —Calatrava— y los dictámenes emitidos al respecto por el Tribunal Supremo y el Consejo de Estado. En este último, concretamente en su proposición segunda, puede leerse: «que los que lo estuvieran por delitos graves, cuyas causas deban continuarse cuando se pueda usar de ellas, deben ser completamente indemnizados en las sentencias de los daños y perjui-

(24) *Diario de las sesiones de Cortes celebradas en Sevilla y Cádiz en 1823*. Madrid, 1858, pág. 41.

(25) Loc. cit. nota anterior, pág. 393.

(26) *Diario de las sesiones... Sevilla y Cádiz en 1823*, pág. 126.

(27) Loc. cit. nota anterior, pág. 132.

(28) Loc. cit. nota anterior, p. 314.

(29) Archivo Cortes, legajo 5, núm. 66.

cios que les hayan causado la detención bien sea computándoles el tiempo de ella en la condena que se les imponga observada la proposición que se establece en el artículo 111 del Código penal, o del modo prevenido en el 181 si fueren absolutos». Por su parte, el Secretario de Gracia y Justicia en su escrito dirigido a las Cortes, manifiesta:

«...y aunque S.M. además ha procurado minorar los males ya haciendo a la Audiencia Territorial los más estrechos encargos para que los tenga presentes en las visitas de cárceles, ya indultando algunos de los presos cuando lo han permitido sus causas *anteriores a la época del Código penal*, fácil es conocer que esto no basta si no se agrega otro remedio extraordinario, proporcionado en lo posible a tan extraordinarias circunstancias. Tal considera S.M. que podría ser el que con la autorización de las Cortes se adoptase sustancialmente la propuesta del Consejo de Estado en los términos siguientes: 1.º Que sin perjuicio de que se formen de nuevo las causas que puedan formarse respecto de los presos existentes en país libre cuyos procesos hayan quedado pendientes en el ocupado pueda S.M. por esta vez sola y *sin embargo, de lo dispuesto en el Código penal*, indultar de penas corporales a cualquiera de dichos presos que no lo esté por alguno de los delitos exceptuados en el artículo 160 del mismo Código, previos los informes y noticias posibles, y salvo siempre el derecho de tercero...».

El escrito está firmado en Cádiz el día 3 de agosto de 1823 y en él aparece una nota en la que se hace constar que se leyó en la sesión del 3 de agosto, sin embargo, la noticia no se recoge en el Diario que, en cambio, sí menciona el hecho de que el día 4 de agosto se aprobase la propuesta de la comisión de Legislación.

Otros datos acerca de la vigencia del Código pueden encontrarse en los edictos publicados por los jefes políticos de las provincias, particularmente a raíz de la situación, como es el de Bartolomé Gutiérrez Acuña, Jefe Político superior de la provincia de Cádiz, reproducido en el «Diario de la Ciudad de Valencia» del 26 de febrero de 1823, que dice así: «Considerando mi deber en la actual crisis hacer saber a los ciudadanos las penas en que incurrir los que tal vez por ignorancia de ellas contribuyen a las miras de los malvados, aumentando con su concurrencia a actos ilegales la fuerza de los mismos que pretenden envolvernos en el desorden en la guerra civil, hago saber a todos que el título 3.º, capítulo 2.º, artículo 280 del Código penal decretado por las cortes se previene lo siguiente: ...» (30). De lo afirmado por el edicto se desprende claramente que el Código es aplicable de modo directo e inmediato a tales hechos, con lo que se demuestra la vigencia efectiva del mismo.

Con todo cuanto antecede consideramos que se despeja la duda acerca de si el Código penal de 1822 llegó a realmente aplicarse. Las pruebas entendemos que revisten entidad suficiente como para

(30) Aquí se reproduce el artículo mencionado.

demostrar que nuestro primer Código penal no se quedó en mera esperanza frustrada, sino que constituyó una auténtica realidad, pues se aplicó a partir del primero de enero de 1823 en la península e islas adyacentes. De ahí que la historia de nuestros códigos penales tenga que iniciarse precisamente con el de 1822.

Cuestión distinta es la de si esta aplicación fue uniforme en todo el país. Con anterioridad ya se ha recogido una exposición del Jefe Político de Valencia en la que se da cuenta que la publicación del Código se efectuó el 1.º de febrero. Por otra parte, se encuentran exposiciones en las que se manifiesta la queja por falta de ejemplares del Código, como la remitida al Gobierno por la Audiencia de Mallorca en la que hace eco de la queja formulada por el Colegio de Abogados en el sentido de que no había ejemplares en la isla; junto a la petición de envío de los mismos, manifiesta la Audiencia que pone a su disposición el ejemplar existente en ella (31). En este mismo sentido cabe recoger un oficio dirigido al Secretario de Gracia y Justicia, que dice lo siguiente:

«Excmo. Sr. El Jefe Político de la provincia de Alicante con fecha de 12 de este mes me dice lo que sigue: Rigiendo en la Península desde 1.º de enero de este año el Código penal, y no habiendo llegado todavía a esta capital los ejemplares de él que se decía se pondrían a la venta en la Rl. orden expedida por el Ministro de Gracia y Justicia en 27 de septiembre del año último que V.E. se sirvió comunicarme en 8 de Octubre siguiente, desearía para poderlo circular cuanto antes a esta Provincia que V.E. tuviese la bondad de decirme si está próxima la indicada remesa, o en caso contrario si los hay ya en algún punto más inmediato a esta donde poderlos tomar con el ahorro de su porte con respecto a hacerlo desde Madrid. Y de Rl. orn. lo traslado a V.E. para los efectos correspondientes en el Ministerio de su cargo. Dios gue. a V.E. ms. as.

Alcázar de Sevilla 23 de abril de 1823» (32).

De los escritos anteriores puede sacarse la impresión de que la aplicación del Código sería irregular en las distintas zonas del país, sin embargo no creemos que de por sí sean concluyentes, por dos motivos. Por una parte, porque en los mismos escritos se dice que está vigente, así en el del Jefe Político de Valencia de 1.º de febrero de 1823, transcrito en páginas anteriores, expresamente se dice que en la Audiencia Territorial «ya regía dicho Código desde 1.º de Enero»; y en el Jefe Político de Alicante de 12 de abril se reconoce que está «rigiendo en la Península desde 1.º de Enero de este año». Por otra, no puede olvidarse que lo definitivo, para su aplicación es que hubiera llegado a manos de los jueces, en lo que parece que no hay duda alguna, pues las peticiones van enca-

(31) Archivo de la Comisión General de Codificación. Ministerio de Justicia. Legajo preliminar núm. 3. La exposición lleva fecha de enero de 1823.

(32) Loc. cit. nota anterior.

minadas a lograr una distribución general del texto. De esta manera, de acuerdo con los planteamientos de la época en torno a la publicación de las leyes, pensamos, mientras no se demuestre lo contrario, que el Código comenzó a tener vigencia y aplicación efectivas en la Península e islas adyacentes, a partir del primero de enero de modo uniforme.

Por lo que a su derogación se refiere, no cabe atenerse a la fecha del famoso decreto de Fernando VII promulgado en el Puerto de Santa María el día 1.º de octubre de 1823, en el que expresamente se anulaban todos los actos del Gobierno constitucional, ya que lo lógico es que fueran derogados a medida que triunfaban los absolutistas en las distintas partes del territorio nacional. De este modo no puede hablarse de una fecha única de derogación válida para todo el país, sino que dejaría de aplicarse el Código de acuerdo con el desenvolvimiento de la guerra.

Pero no iba a acabar aquí la historia del Código penal de 1822. Según Antequera (33), en 1.º de septiembre de 1836 se creó una comisión encargada de reformarlo, la que preparó un proyecto de 425 artículos, cuyo primer título contenía las disposiciones generales, el segundo los delitos públicos y el tercero los privados. Este fue remitido al Gobierno con una comunicación de Miguel Antonio de Zumalacárregui el 21 de junio de 1839. El Gobierno lo trasladó a Manuel García Gallardo quien en 1840 emitió un informe poco favorable. Traslado entonces el proyecto y el dictamen al Tribunal Supremo, cuya opinión de fecha 14 de septiembre de 1841 también fue negativa, pues ponía de relieve que la comisión no había cumplido el encargo de examinar el Código penal de 1822, ya que en vez de esto había formado «un nuevo proyecto de Código penal, en el que, sin mejorar el de 1822, lo había mutilado y trastornado casi enteramente», denunciando luego muchos defectos y omisiones. No hay que olvidar que en aquellos momentos el Tribunal Supremo estaba presidido por José M. Calatrava que había tenido decisiva intervención en la redacción del de 1822. Como consecuencia de estos dictámenes, quedó en suspenso la idea de restablecer la aplicación del mismo.

La vigencia que aquí se ha estudiado viene referida a la Península e Islas Adyacentes, es decir, al territorio en que el Código debía entrar en vigor el 1 de enero de 1823, pero no se trata la cuestión en los territorios ultramarinos. Sabemos que ejerció gran influjo en los independientes, como Bolivia, cuyo Código de 1831 es prácticamente reproducción del español de 1822 (34) y en el de

(33) ANTEQUERA, José M., *La codificación moderna en España*. Madrid, 1887, págs. 44 y s.

(34) QUINTANO, *La influencia del Derecho penal español en las legislaciones hispanoamericanas*. Madrid, 1953, págs. 102 y ss.; JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho penal*. Tomo I, 3.ª ed., Buenos Aires, 1964, página 1155 y s. El Código estuvo vigente hasta 1973.

El Salvador de 1826, del que aún se conservan influencias en el de 1904 (35).

Como ha podido comprobarse, nuestro primer Código penal merece plenamente esta denominación, ya que realmente llegó a aplicarse. Las dudas suscitadas en el último tercio del siglo pasado y repetidas en la doctrina posterior, carecen de fundamento. Es posible incluso que la breve duración que alcanzó en la Península, de sólo unos cuantos meses, se viera prolongada en los territorios ultramarinos; al menos nos consta su influencia, en ocasiones decisiva, en algunos de los primeros Códigos penales de las naciones iberoamericanas (36).

(35) JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado...*, cit. Tomo I, 3.^a ed., págs. 1189 y s., y pág. 1154; QUINTANO, *La influencia...*, cit., págs. 118 y s.

(36) Acaba de aparecer un trabajo de ALVAREZ GARCÍA con el título *Contribución al estudio sobre la aplicación del C. P. de 1822*, en Cuadernos de Política Criminal, núm. 5 (1978), págs. 229 y ss., donde cita una Real Cédula de 5 de febrero de 1824 como prueba de la efectiva vigencia del Código.

La pena de interdicción civil

Por JOSE LUIS MANZANARES SAMANIEGO

Doctor en Derecho y Magistrado

SUMARIO: *Origen, evolución en España y Derecho comparado*: A) Origen; B) Evolución en España; C) Derecho comparado.—II. *Naturaleza jurídica*: A) Materialmente: a) Interdicción accesoria de la pena de reclusión mayor (primera parte del artículo 43 y artículo 45; b) La interdicción del párrafo 1.º del artículo 446; c) La privación de derechos del derogado artículo 439 y de los vigentes 452 bis g), 487 y 584-12.º; B) Formalmente.—III. *Ejecución*.—IV. *Efectos de la interdicción*: A) Generalidades; B) Patria potestad; C) Ejercicio de la tutela; D) Administración y disposición de bienes; E) Sociedad de gananciales; F) Testamento; G) Contratos; H) Sometimimiento del interdicto a tutela; I) Otros extremos; J) Capacidad mercantil; K) Efectos procesales.—V. *Actos contrarios a la interdicción*: A) Nulidad: a) Posiciones doctrinales; b) Nuestra postura; B) Tipificación penal de la infracción.—VI. *Duración y cómputo*: A) La interdicción absoluta; B) La interdicción limitada del párrafo 1.º del artículo 446 y las privaciones de derechos de los artículos 487, 452 bis g), y del derogado artículo 439, todos ellos del Código penal; C) Las suspensiones del número 12 del artículo 584.

I. ORIGEN, EVOLUCION EN ESPAÑA Y DERECHO COMPARADO.

A) *Origen*.

La interdicción constituye el último sustitutivo atenuado de la antigua muerte civil, que privaba de capacidad jurídica a los condenados por penas muy graves (1). Su origen se remontaría así a la «capitis diminutio» del Derecho romano, como pérdida de todas o alguna de las tres situaciones o estados —con relación a la libertad, la ciudadanía o la familia— que integraban la plena capacidad romana. De las tres formas de «capitis diminutio», máxima, media

(1) BERNALDO DE QUIRÓS, *Interdicción civil*, en "Enciclopedia Jurídica Española", Seix, T. XXIII, Barcelona, pág. 61.

y mínima, según el «status» afectado, es la «capitis diminutio minima» el antecedente más directo de la institución que ahora examinamos (2). No faltan tampoco quienes prefieren destacar la «aquae et ignis interdictio» como origen de la interdicción civil, pero el efecto de aquella sanción entronca con la «capitis diminutio media», por implicar la pérdida de la ciudadanía romana (3).

En realidad las anteriores consideraciones tienen un valor muy relativo, condicionado a que la referencia se haga a la propia muerte civil o la interdicción civil que ha llegado hasta nuestros días. Con la muerte civil se perdían todos los derechos políticos y civiles, de manera similar a lo que acaece con la muerte física (4). Hoy, por el contrario, sólo encontramos privaciones de determinados derechos.

La interdicción civil española opera fundamentalmente sobre derechos civiles en sentido estricto, con especial referencia a los familiares (5), mientras que las inhabilitaciones y suspensiones recaen sobre derechos políticos, cargos u honores públicos, y actividades profesionales. Groizard (6) celebra que nuestro Código penal de 1870 se mantenga en la línea del de 1848, porque «no confundió, como lo hizo el Código francés, la inhabilitación propiamente dicha con la interdicción civil, ni tampoco ha participado del contagio que luego sufrieron otros Códigos al inspirarse en aquél». En su opinión, el error del Código francés —seguido por los Códigos peruano, portugués, italiano y belga, pero no por el napolitano— se traduce en que los derechos afectados por tal interdicción sean más numerosos que en el Código español, dejándose al arbitrio de los Tribunales la privación total o parcial de aquéllos (7).

B) Evolución en España.

La Ley 2.^a del Título XVIII de la Partida 4.^a, refiriéndose al condenado a muerte civil, dispone que «aunque non sea muerto...

(2) ARIAS RAMOS, *Derecho Romano*, 3.^a edición, "Revista de Derecho Privado", Madrid 1947, pág. 71.

(3) Así, TERUEL CARRALERO, *Interdicción civil*, en "Nueva Enciclopedia Jurídica", Seix, T. XIII, Barcelona 1968, pág. 187. En contra, GROIZARD, *El Código penal de 1870*, T. II, Burgos 1872, pág. 237.

(4) Esta pena estuvo en vigor en Francia hasta la Ley de 5 de mayo de 1854, y fue restablecida en 1945 para los delitos de colaboracionismo.

(5) Aunque no faltan autores que incluyen en los derechos civiles los de ser autor o curador, y la participación en el Consejo de familia (así SILVELA, *El Derecho penal estudiado en sus principios y en la legislación vigente*, Madrid 1874, pág. 323), otros aceptan que sea Derecho civil la concurrencia al Consejo de familia, pero entienden que la tutela y la curatela son cargos o derechos políticos (PACHECO, *Comentarios al Código Penal*, 5.^a edición, T. II, Madrid 1881, pág. 342, y GROIZARD, *ob. cit.*, T. II, pág. 239).

(6) GROIZARD, *ob. cit.*, T. II, pág. 237.

(7) Destacan en la defensa de la interdicción civil española frente a la muerte civil en sentido estricto, que pudiéramos denominar francesa, PACHECO (*ob. cit.*, T. II, págs. 343 y 344) y ALVAREZ Y VIZMANOS (*Comentarios al Código Penal*, I, Madrid 1848, pág. 258).

tienen las Leyes que lo es en cuanto a la honra é a la nobleza é a los fechos de este mundo» (8). Es evidente que la sanción no se limita a los derechos civiles. También resulta de interés la conexión con las penas infamantes. Más tarde la Ley 4.^a de Toro permite ya al condenado a muerte civil —como al condenado a muerte natural— disponer testamentariamente de sus bienes (9). Dicha Ley pasa íntegra a la Novísima Recopilación (10), pero ésta recoge también la Pragmática de 12 de marzo de 1771 (11), que, al poner fin a la perpetuidad de las penas, significa la abolición de la muerte civil.

En los artículos 28 y 70 del Código penal de 1822, se recoge entre las penas una llamada de inhabilitación, por la que el condenado «perderá todos los derechos de ciudadano, no podrá ser acusador sino en causa propia, ni testigo, ni perito, ni albacea, ni tutor, ni curador, sino de sus hijos o descendientes en línea recta, ni árbitro, ni ejercer cargo de hombre bueno, ni servir en el ejército o armada, ni en la milicia nacional, ni tener empleo, comisión, oficio ni cargo alguno» (art. 74). La redacción y la mezcla de derechos recuerdan el artículo 42 del Código penal francés.

La clara distinción entre la pena de interdicción civil, por un lado, y las inhabilitaciones y suspensiones, por otro, se inicia en el Código de 1848-50. He aquí el texto de su artículo 41: «La interdicción civil priva al penado, mientras esté sufriendo, del derecho de patria potestad, de la autoridad marital, de la administración de sus bienes y del derecho de disponer de ellos por actos entre

(8) He aquí el texto completo: “Ciuil muerte es dicha vna manera que y ha de vna pena que fue establecida en las leyes contra aquellos que fazen tal yerro, porque merecen ser juzgados y dañados por auerla. E esta muerte atal, que es llamada ciuil, se departe en dos manera. La vna dellas es, como si diessen juyzio contra alguno para siempre que labrasse las obras del Rey; assi como lauores de sus castillos o para cauar arena, o traerla a sus cuestras, o cauar en las minas de sus metales, o a seruir para siempre a los que han de cauar o detraer; o en otras cosas semejantes destas, e este atal es llamado sieruo de pena. La otra manera es quando destierran a alguno por siempre, e lo embian en algunas islas o en algund otro lugar cierto onde nunca salga; e le toman demas todos los bienes; a este atal es llamado en latin deportatus. E por qualquier destas maneras sobredichas que es alguno juzgado o dañado a esta muerte, que es llamada ciuil, desatase por ella el poder que este atal ha sobre sus fijos; e salen por ende de su poder. E como quier que el que es deportado, non sea muerto naturalmente; tienen las leyes que lo es quanto a la honrra e a la nobleza e a los fechos de este mundo. E por ende non puede fazer testamento e aun si lo ouiesse fecho non valdria”.

(9) Véase el texto: “Mandamos que el condenado por delicto a muerte civil o natural, pueda facer testamento y condicilos o otra cualquier ultima voluntad o dar poder a otro que lo faga por él, como si no fuese condenado: el qual condenado y su comisario pueden disponer de sus bienes, salvo de los que por e tal delicto fueran confiscados, o se ovieren de confiscar o aplicar a nuestra cámara, o a otra persona alguna”.

(10) Como 3.^a del Título 18 del Libro 10.

(11) Pasa a ser la Ley 7.^a del Título 40, del Libro 12.

vivos. Exceptuándose los casos en que la ley limita determinadamente sus efectos». La muerte civil queda así definitivamente atrás.

El Código penal de 1870 sustituye en su artículo 43 la forma verbal «priva» por «privará», e interpola, entre la patria potestad y la autoridad marital, las palabras «tutela, curaduría, participación en el consejo de familia». Groizard acoge positivamente la novedad sobre la participación en el consejo de familia, pero entiende que la tutela y la curatela son cargos políticos, cargas públicas, no derechos familiares, por lo que en relación con los mismos deberían construirse las inhabilitaciones correspondientes. Como quiera que la referencia a la tutela y a la participación en el consejo de familia se encontraban ya en el artículo 364 de 1848 —que pasó a ser el 374 en el Código de 1850, el 466 en el Código de 1870, y el 446 en los Códigos de 1932 y 1944— celebramos con dicho jurista esta corrección del precepto de la Parte General, evitando de este modo que en la Parte Especial se crearan indirectamente penas no establecidas en el Libro I del Código (12).

Una última modificación del Código de 1870 se halla en el siguiente texto «... de la administración de bienes y del derecho de disponer de los propios por actos entre vivos», que difiere ligeramente del anterior.

La redacción del artículo 43 del Código penal de 1870 se repite en el artículo 42 del Código de 1932 y en el artículo 43 del Código de 1944, así como en el texto revisado de 1967 y en el refundido de 1973, sin otra novedad que la lógica marginación de la curatela a partir del Código republicano, consecuencia a su vez de su desaparición en el Código civil de 1889 (13).

El Código de 1928 supuso en esta materia, como en tantas otras, un cambio de orientación frente a los de 1848 y 1870, y por ende también frente al de 1932 y al vigente. Inspirado en el principio de la defensa social, o sea en las direcciones intermedias, en la escuela sociológica o político-criminal alemana y en la «terza scola» italiana (14), el Código de 1928 acoge las medidas de seguridad —ya con ese nombre— y las regula detalladamente.

Entre las medidas de seguridad contenidas en su artículo 90 se encuentra, bajo el número 5, «la privación o incapacitación para el ejercicio de alguno o algunos de los derechos civiles». A tenor del artículo 131: «La privación e incapacitación para el ejercicio de derechos civiles alcanzará en cada caso a los que el Tribunal exprese y durante el tiempo que señale, pudiendo ser aquéllos los de: patria potestad, tutela, protutela, participación en el Consejo de familia, autoridad marital, administración de bienes y disposi-

(12) PACHECO, *ob. cit.*, T. II, pág. 343. GROIZARD, *ob. cit.*, T. I, páginas 238-240.

(13) Ver las disposiciones transitorias 7.^a a 10.^a del Código civil.

(14) CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal español, Parte General, Introducción*, Tecnos, Madrid 1976, pág. 123.

ción de éstos por actos entre vivos. Exceptúanse los casos en que la Ley señale determinados efectos». Aunque sea dentro exclusivamente de los derechos civiles que se enumeran, destaca el amplio arbitrio judicial que, aun respondiendo a la naturaleza de unas sanciones que se configuran como medidas de seguridad, parece volver a conectar con el artículo 42 del Código penal francés.

Si bien el citado artículo 131 se ubica en una sección bajo la rúbrica «De los efectos y extensión de las medidas de seguridad», no ocurre lo mismo con el artículo 117, que, situado en la sección inmediatamente anterior, o sea en la que se ocupa «De la extensión de las penas y de sus efectos según su naturaleza respectiva», contiene el siguiente párrafo 1.º: «La pena de reclusión por más de doce años llevará consigo la inhabilitación civil absoluta del penado durante el tiempo de la condena». Cifándonos ahora a esa incapacitación civil absoluta, que es la verdadera sanción de interdicción civil, hacemos nuestra la opinión de Teruel Carralero, para quien el Código de 1928 recoge ahí de manera casi vergonzante una pena accesoria, cuyos efectos se desarrollan en el Código civil. En definitiva el repetido Código penal establece un sistema dual, en el que la interdicción civil —con otro nombre— será pena si se impone como accesoria de otra, y medida de seguridad cuando se acuerda por razón de un delito concreto, sin limitación temporal a nivel legal (15), (16).

C) Derecho comparado.

Por lo que hace al Derecho comparado, el Código penal francés recoge en el número 2 de su artículo 9.º, como pena en materia correccional, «la interdicción temporal de ciertos derechos políticos, civiles o de familia». El artículo 42 desarrolla esta pena:

«Los Tribunales que juzguen correccionalmente podrán, en ciertos casos, prohibir, total o parcialmente, el ejercicio de los derechos políticos, civiles y de familia siguientes:

-
5. Del voto y del sufragio en las deliberaciones de familia;
 6. De ser tutor o curador, si no fuere de sus propios hijos y ello previo informe de los familiares;
-»

(15) TERUEL CORRALERO, *ob. cit.*, págs. 188-189.

(16) Según la Base 7.ª-8 de la “Exposición y Estudio para un Anteproyecto de Bases del Libro I, del Código Penal —que procede del Código de 1928, como se reconoce expresamente en la “Exposición”— la interdicción civil, como las inhabilitaciones y otras sanciones allí enumeradas, “tendrán la consideración de medidas de seguridad”. Los comentaristas expusieron enseguida su temor de que se preparara sólo un cambio de nombres, porque no es lo mismo ser medida de seguridad que tener la consideración de tal. FAIRÉN GUILLÉN, *Meditaciones sobre una exposición y estudio para un Anteproyecto de Bases del Libro I del Código Penal*, Universidad de Valencia, 1973, págs. 85-88. JORGE BARREIROS, *Las Medidas de Seguridad en el derecho español*, Civitas, S. A., Madrid 1976, págs. 129-130.

Repárese en el carácter facultativo tanto de la pena en sí como de su contenido, siempre que no desborde el marco legal. Los números omitidos del artículo 42 son precisamente los que se refieren a derechos políticos o públicos.

En el Código penal belga de 1867, de clara influencia francesa, «la interdicción de ciertos derechos civiles y políticos» aparece en su artículo 7.º como una de las penas en materia criminal y correccional. Luego, en la Sección V del Capítulo II del Libro I, bajo la rúbrica «De las penas comunes a los crímenes y a los delitos», se encuentran los artículos 31, 32 y 33.

Artículo 31: «Todas las sentencias de pena de muerte o de trabajos forzados comprenderán, contra los condenados, la interdicción perpetua del derecho:

.....
 5.º A formar parte de ningún consejo de familia, ser llamado a las funciones de tutor, subrogado tutor o curador, si no es de sus propios hijos y previa conformidad del consejo de familia, así como a cumplir las funciones de consejero judicial o de administrador provisional;

.....»

Artículo 32: «Las Audiencias podrán prohibir, a título perpetuo o por diez a veinte años y en todo o en parte, los derechos enumerados en el artículo anterior a los condenados a reclusión o a detención».

Artículo 33: «Las Audiencias y Tribunales podrán, en los casos previstos por la Ley, prohibir en todo o en parte, a los condenados, el ejercicio de los derechos enumerados en el artículo 31, por tiempo de cinco a diez años».

Los números no reproducidos del artículo 31 atañen a derechos políticos o públicos. La interdicción del artículo 31 es preceptiva y absoluta, a diferencia de lo que ocurre en la de los artículos 32 y 33, donde predominan las notas del Código penal francés. Subrayemos que, si en los artículos 31 y 32 se arranca de una pena, el artículo 33 conecta la interdicción a los casos concretos previstos por la Ley, o sea a delitos determinados. Tal distinción tiene importancia—como se verá más adelante— en el área de la naturaleza jurídica.

El Código penal italiano de 1930 se ocupa de la interdicción en sus artículos 19, 32, 34 y concordantes.

«19. (Penas accesorias, clases).—Las penas accesorias por delito son:

- 1.º La interdicción de cargos públicos.
- 2.º La interdicción de una profesión o de un arte.
- 3.º La interdicción legal (17).

(17) Mientras Del Rosal y Torío traducen literalmente por “interdicción legal” (ANTOLISEI, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, Traducción de Del Rosal y Torío, Buenos Aires 1960, pág. 521), José León

4.º La pérdida de la capacidad de testar y la nulidad del testamento hecho antes de la condena.

5.º La pérdida o la suspensión del ejercicio de la patria potestad o de la autoridad marital.

.....
Pena accesoria de las faltas es la suspensión del ejercicio de una profesión o de un arte.

Pena accesoria común a los delitos y las faltas es la publicación de la sentencia penal de condena».

«32. (Interdicción legal).—El condenado a ergástolo se halla en situación de interdicción legal.

La condena de ergástolo conlleva también la pérdida de la patria potestad, de la autoridad marital y de la capacidad de testar, y anula el testamento hecho antes de la condena.

El condenado a reclusión por tiempo no inferior a cinco años se halla, durante la pena, en situación de interdicción legal; la condena produce también, durante la pena, la suspensión del ejercicio de la patria potestad y de la autoridad marital, salvo cuando el Juez disponga otra cosa.

Son de aplicación a la interdicción legal, en lo que concierne a la disponibilidad de administración de los bienes, lo mismo que a la representación en los actos relativos a aquéllos, las normas de la Ley civil sobre inhabilitación especial.»

«34. (Pérdida de la patria potestad o de la autoridad marital o suspensión de su ejercicio).—La Ley determina los casos (artículos 541, 562, 564 y 569) en los que la condena comporta la pérdida de la patria potestad o de la autoridad marital.

La condena por delitos cometidos con abuso de la patria potestad o de la autoridad marital comporta la suspensión del ejercicio de las mismas por un período de tiempo igual al doble de la pena impuesta.

La pérdida de la patria potestad o de la autoridad marital entraña también la privación de todo otro derecho que corresponda al padre o marido sobre los bienes del hijo o de la mujer por razón de la patria potestad o de la autoridad marital.

La suspensión de la patria potestad o de la autoridad marital entraña también la incapacidad de ejercer durante su suspensión cualquier derecho que corresponda al padre o marido sobre bienes del hijo o de la mujer en virtud de la patria potestad o autoridad marital».

La interdicción legal no se aplica a los menores de dieciocho años (artículo 98), ni en las hipótesis de delitos culposos (párrafo 1.º del artículo 33).

La amplia cita se justifica por cuanto la normativa italiana es sin duda la más interesante que ofrece el derecho comparado. Los

Pagano prefiere la expresión "inhabilitación legal" (BETTIOL, *Derecho Penal, Parte General*, ed. Temis, Bogotá 1965, traducción del doctor José León Pagano, pág. 687).

cinco números del artículo 19 comprenden tanto sanciones homologables con nuestra interdicción (así los números 3.º, 4.º y 5.º) como otras que, en nuestra terminología, serían inhabilitaciones y suspensiones (números 1.º y 2.º). Sin embargo, en el Código italiano la interdicción de cargo público del número 1.º del artículo 19 incluye los de tutor, curador y cualquier otro relativo a la tutela o curatela (artículo 28), tal y como Groizard desearía para el Derecho español.

La doble forma de accesoriedad presente ya en el Código belga —por la pena y por el delito— se refleja incluso en la terminología, también doble, del Código italiano. Así el número 3.º del artículo 19 y el artículo 32 se refieren a la «interdizione legale», cuyo contenido se expresa en el párrafo 3.º del citado artículo 32, sin perjuicio de extenderlo en sus párrafos 2.º y 3.º a las pérdidas y suspensiones relativas a la capacidad de testar y al ejercicio de la patria potestad o de la autoridad marital. Tal interdicción legal depende de la pena principal impuesta. Por el contrario, la accesoriedad del número 5 del artículo 19, o sea la «pérdida» o «suspensión» del ejercicio de la patria potestad o autoridad marital, como sanción independiente, de la que se ocupa el artículo 34, descansa bien en la condena por los delitos que la Ley señala, bien en la de cualquier delito cometido con abuso de la patria potestad o de la autoridad marital. Si en el derecho francés estas penas accesorias son facultativas, y en el belga preceptivas o facultativas (según la accesoriedad dependa de la pena o del delito), en el italiano son fundamentalmente preceptivas.

La pena accesoria recogida en el número 4 del artículo 19, la referente a los testamentos, carece de desarrollo individualizado, apareciendo sólo en el artículo 32.

La consideración de penas accesorias no impide que la doctrina destaque su acercamiento a las medidas de seguridad, hasta el extremo de confundirse sustancialmente con ellas.

El panorama latinoamericano es muy variado. En el Código penal de El Salvador, de 1904, aparece en su artículo 16, como pena accesoria, la «pérdida o suspensión de ciertos derechos», cuyo contenido, según el artículo 35, comprende tanto los derechos políticos, como los cargos o empleos, profesiones y, por último, «los derechos de patria potestad, tutela, curaduría y participación en el consejo de familia», con lo que la interdicción y la inhabilitación se muestran como modalidades de una pena superior única.

El Código penal mejicano de 1931, al enumerar conjuntamente en su artículo 24 las penas y las medidas de seguridad, distingue entre «suspensión o privación de derechos» e «inhabilitación, destitución o suspensión de funciones o empleos», pero luego en su artículo 46 introduce en la sanción de «suspensión de derechos» no sólo los de carácter civil (tutela, curatela, ser apoderado, defensor, albacea, etc.), sino también los derechos políticos.

Para el Código penal peruano de 1924, según su artículo 32, «la interdicción civil priva al penado del derecho de patria potestad, de la representación marital que le conceden las Leyes y de la administración y disposición de sus bienes». Otros Códigos de raíz hispana, así el argentino de 1921 y el chileno de 1874, prescinden simplemente de la interdicción civil.

Entre las legislaciones extranjeras que regulan esta sanción sitúa Berintain (18) la alemana, y cita los artículos 31 y siguientes del Código de 1871. Lamentamos tener que salir al paso de dicho aserto. Los artículos 31 y siguientes del texto de 1871 se refieren solo a la capacidad para determinados cargos públicos, y a los derechos de sufragio activo y pasivo, literalmente «Verlust der Amtsfähigkeit, der Wählbarkeit und des Stimmrechts». Se trata pues, precisamente, de lo que en castellano denominamos inhabilitaciones. La rúbrica entrecomillada se repite en el vigente artículo 45, tras la redacción de la nueva Parte General por la segunda Ley de Reforma de 1969, dentro de las «Nebenfolgen» o consecuencias de determinadas penas.

II. NATURALEZA JURIDICA.

A) *Materialmente.*

La naturaleza de la interdicción civil, como sanción privativa o restrictiva de derechos, es objeto de vida polémica. Por lo que hace a nuestro ordenamiento positivo —pero dejando al margen su consideración legal— no faltan quienes mantienen su total o parcial naturaleza de medida de seguridad. Quintano Ripollés subraya «lo impropio de que sean tenidas por penas medidas de sentido cautelar tan evidente que no sancionan conductas, sino que proveen a tutelar intereses extraños amenazados» (19), y destaca la chocante anomalía de entender como pena la exoneración de una obligación cuyo incumplimiento puede incluso ser punible, razón suficiente para rebajar estas sanciones a la categoría de medidas de seguridad (20). Ferrer Sama, para quien ya las inhabilitaciones y suspensiones «tienen más de medidas de seguridad que de verdadera pena», estima que «junto al carácter de pena, la interdicción civil se presenta como una medida de prevención establecida en salvaguardia de intereses ajenos, cuales son los de la familia del delincuente» (21). Para Beristain, la interdicción civil en general (artículo 43), la interdicción de los artículos 446 (párrafo 1.º), 452 bis g) y 487 (párrafo 3.º), así como la suspensión del artícu-

(18) BERISTAIN, *Medidas penales*, Reus, S. A., 1974, pág. 175.

(19) QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios al Código Penal*, ed. "Revisita de Derecho Privado", Madrid 1966, pág. 334.

(20) QUINTANO RIPOLLÉS, *ob. cit.*, pág. 331.

(21) FERRER SAMA, *Comentarios al Código Penal*, T. II, Murcia 1947, págs. 198 y 221.

lo 584 (números 5, 6, 8, 10, 11 y 12), poseen con frecuencia más rasgos de medidas que de penas», insistiendo en que «esas sanciones pueden considerarse muchas veces medidas postdelictuales, sobre todo cuando no se imponen automáticamente por la Ley, sino sólo (artículos 452 bis g, 487 y 584) al arbitrio del Tribunal» (22). No son nuevas estas posiciones intermedias. Ya para Groizard «la interdicción participa tanto del carácter de pena como del de previsión establecida en favor de terceras personas» (23), (24).

Siguiendo la opinión general que incluye la interdicción entre las sanciones privativas o restrictivas de derechos, otros autores defienden su naturaleza material de verdadera pena en nuestro Código. Antón Oneca reconoce que la política criminal moderna se inclina por dar a tales privaciones el carácter de medidas preventivas, así como que algunas de estas sanciones encierran un sentido tutelar, y que la interdicción civil aparece ordenada al bien de la familia del condenado e incluso al de éste mismo, «ya que la privación de libertad por largo tiempo le quita la posibilidad de administrar bien sus bienes y de ejercer la potestad que le está encomendada». Con todo, entiende este jurista que en la interdicción de nuestro Código penal «predomina evidentemente sobre toda otra consideración el sentido aflictivo», porque «en la mayoría de los casos se aplican como accesorias a otras penas y la gravedad de las incapacidades está en proporción con las de las principales a que acompaña». En su opinión, «si fueren medidas preventivas, si constituyeran medidas de seguridad, quedarían al arbitrio judicial para señalarlas cuando a través de la infracción se revelara la incapacidad del reo para ejercer determinados derechos» (25). Abundando en esa línea, Casabó Ruiz señala que las privaciones de derechos en nuestro ordenamiento se refieren a la conducta realizada —a través de la clase de pena impuesta, si se trata de sanción accesoria—, y «nunca se establecen mirando al futuro» (26).

(22) Para concluir afirmando que respecto a los artículos 446 (párrafo 1.º), 452 bis g), 487 y 584 (número 12), «convendría que incluyésemos estas sanciones en el epígrafe siguiente de medidas de seguridad». BERISTAÍN, *ob. cit.*, pág. 174.

(23) GROIZARD, *ob. cit.*, pág. 240. Para PACHECO (*ob. cit.*, págs. 343-344) «más que un castigo impuesto a criminales, significan estas penas una protección dispensada a inocentes».

(24) En Italia, ANTOLISEI (*ob. cit.*, pág. 522), refiriéndose a todas las penas accesorias del Código italiano, y no sólo a la interdicción, cree que, dado su escaso carácter retributivo y la prevalencia del preventivo, aquéllas «se acercan a las medidas de seguridad, con las que casi se confunden». PANNAIN (*Le incapacità giuridiche quali effetti, penali o non, delle sentenze penali*, Napoles 1938, pág. 20) entiende que todas las penas accesorias tienen fundamentalmente una finalidad de prevención especial.

(25) ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, T. I, Parte General, Madrid 1949, págs. 536-538.

(26) CASABÓ RUIZ y otros, *Comentarios al Código Penal*, ed. Ariel, T. I., Barcelona 1972, pág. 108.

Pessina (27), a propósito del sistema penal italiano, escribe que, al negar el hombre mediante su delito la igualdad jurídica, atribuyéndose lo que la Ley niega a todos, «puede muy bien realizarse en justa retribución una deficiencia que compense en esa esfera el exceso derivado del abuso de la libertad», y así «la Ley penal puede prohibir el ejercicio de los derechos humanos, ya en la vida pública, ya en la privada, con el carácter de pena» (28). No hay duda de que para este autor estamos en presencia de una pena, tanto por el empleo de dicho vocablo, como por la base retribucionista, pero curiosamente nos parece ver en su razonamiento ciertas resonancias que nos acercan a la medida de seguridad. Años después, cuando los juristas se preocupan por la justificación ética de tales medidas, Welzel (29) dirá que sólo puede participar en forma íntegra en la vida comunitaria quien se deja dirigir por sus normas. Aunque el padre del finalismo trata de justificar con ese argumento la restricción de libertad exterior impuesta a quien por su estado mental, vicios o hábitos perniciosos ha perdido el uso pleno de su libertad interior, pensamos que la cita no es del todo extemporánea.

Volviendo a los intérpretes de nuestro Código penal merece mención aparte la tesis de Teruel Carralero (30), para quien la interdicción no es pena, porque carece de efectos aflictivos o correccionales, ni medida de seguridad, porque sólo defiende los intereses de personas muy concretas. Arrancando de su carácter accesorio, estima que «es por el cumplimiento de la pena principal por lo que la prohibición de realizar determinados actos de la vida civil se impone», y concluye que «la interdicción civil no es, por tanto, pena, pero tampoco es medida de seguridad, porque no soluciona un problema de represión, de tutela o de prevención penal, sino que es un problema civil de capacidad jurídica o de posibilidad de obrar» (31). Citando a Pacheco, estima que su inclu-

(27) PESSINA, *Elementos de Derecho penal*, 4.^a ed., Reus, S. A., Madrid 1936, pág. 613.

(28) BETTIOL (*ob. cit.*, págs. 684-5) entiende que, si las penas accesorias son verdaderas penas, no pueden distinguirse en sustancia de las principales, produciéndose en definitiva una pérdida de la "posición" que el sujeto disfrutaba en la sociedad. Estas penas afectarían al sujeto en su honor jurídico, como suma de posibilidades, de titularidades y de relaciones que el individuo gozaba en la sociedad. Su carácter aflictivo vendría dado por los sufrimientos morales.

(29) WELZEL, *Derecho penal alemán, Parte General*, 11.^a ed., Editorial Jurídica de Chile 1970, pág. 335.

(30) TERUEL CARRALERO, *ob. cit.*, pág. 189.

(31) ALVAREZ Y VIZMANOS (*ob. cit.*, pág. 257) daban ya como uno de los fundamentos de la interdicción la imposibilidad de ejercer físicamente esos derechos mientras se sufre la condena perpetua o temporal. Para SILVELA (*ob. cit.*, pág. 462) se trataría de penas "accesorias y consecuencia de otras principales con las que es incompatible el ejercicio de los derechos que constituyen su materia". PUIG PEÑA, *Compendio de Derecho Civil Español*, T. I., ed. Nauta, S. A., Barcelona 1966, pág. 346, parece coincidir con Borda, al que cita, en que la interdicción civil obedece

sión en el Código penal descansa, como la de la responsabilidad civil, en razones históricas, por tener su origen en una acción delictiva y, además, por ser el Código de 1848 anterior al civil, que es donde en buenos principios deberían regularse las consecuencias todas de una larga condena como hecho jurídico.

Por nuestra parte, y antes de examinar la naturaleza jurídica de la interdicción civil en el vigente Código penal, queremos advertir que una cosa es la mayor o menor idoneidad que una sanción ofrezca para ser utilizada como pena o como medida de seguridad, y otra muy distinta el uso que en concreto haga de ella el legislador, sometiéndola a los principios reguladores de una u otra especie de sanción. El problema se complica, porque, según vieja advertencia de Liszt, las penas y las medidas de seguridad se comportan como círculos secantes, dependiendo la naturaleza de la sanción de que prevalezcan unas u otras de las notas características de dichas especies de sanción. En definitiva, escribe Cerezo (32), para determinar la naturaleza de las consecuencias jurídicas del delito habrá que atender, además de al fin prevalente, a su fundamento. Si éste viene representado por la entidad del injusto y de la culpabilidad, estaremos en presencia de una pena. Si, por el contrario, el fundamento radica en la peligrosidad del reo, se tratará de una medida de seguridad. Así una sanción puede variar de naturaleza a tenor del condicionamiento concreto de su aplicación y duración. Valga de botón de muestra en nuestro ordenamiento la privación del permiso de conducir vehículos de motor, prevista como pena en el Código y como medida de seguridad en la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social. Otro ejemplo —éste extremo y censurable— lo constituye la multa, recogida también como medida de seguridad en la repetida Ley de Peligrosidad, pese a que su eficacia correccional sea mínima y carezca de todo efecto eliminador.

La larga enumeración de derechos afectados por la interdicción civil permite atribuirle un cierto contenido retributivo. De alguna manera la interdicción enlaza también con las penas infamantes, aunque no sea este pensamiento el que predomine en el ánimo del legislador. Sabido es que en otros tiempos las penas privativas de derechos —al menos las que incidían sobre derechos políticos, es decir las inhabilitaciones y suspensiones en sentido estricto— parecían tener como fin la pura y simple deshonra del culpable, por lo que bien merecían ser consideradas como dirigidas contra el honor. Modernamente se entiende, por el contrario, que tales sanciones aspiran a impedir el ejercicio de esos derechos,

a un propósito tuitivo tanto hacia el condenado, que se ve limitado de hecho por la pena principal, como hacia su familia; por eso la Ley mantendría respecto a los interdictados su capacidad para los actos en que la situación de preso no obstaculizara su realización.

(32) CEREZO MIR, *Exposición y estudio para un anteproyecto de bases del Libro I, del Código Penal*, ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES, T. XXV, 1972, pág. 764.

cargos o profesiones por quienes han hecho de los mismos plataforma para delinquir (33).

Si de la retribución pasamos a los fines de prevención especial, observamos que la interdicción civil tiene muy reducida capacidad intimidatoria —como corresponde a su escaso contenido retributivo— y nulos efectos correctivos, reeducadores y resocializadores. Contra lo que pudiera pensarse en un primer momento, creemos que el peso mayor de esta sanción recae con frecuencia en sus efectos de aseguramiento y eliminación. Naturalmente, no nos referimos a una separación física del resto de la comunidad, sino a una marginación jurídica, restringida a determinadas relaciones que a su vez afectan sólo a algunas personas. De esta forma se sale al paso de una peligrosidad concretada precisamente en esas esferas: patria potestad, tutela, etc. En otros casos, como la prohibición de administrar los propios bienes y de disponer de ellos por actos entre vivos, la consideración anterior pierde valor, pero no desaparece por completo. Cualquiera sea el juicio que tales prohibiciones nos merezcan, es lo cierto que, junto a la protección de los propios intereses del condenado, destaca un reforzamiento de las expectativas de tercero —principalmente los herederos forzosos— que podrían peligrar si no recortáramos los derechos del titular del caudal, o al menos su ejercicio.

El resultado obtenido por los razonamientos anteriores ha de ser contrastado con cada especie particular de interdicción. El escaso valor retributivo e intimidatorio que dicha sanción tiene en abstracto se reduce a cero cuando se aplica como accesoria de la reclusión mayor, haciendo coincidir sus respectivas duraciones. El contenido de esta pena gravísima es tal que absorbe en esos dos aspectos cuanto pueda significar la interdicción accesoria. Algo similar —pero en grado inferior— sucede con la marginación jurídica del condenado, porque la propia segregación material de la reclusión conlleva de facto ciertas limitaciones en el ámbito civil. El panorama varía en los supuestos de los artículos 446, 452 bis g), 487 y 584, así como en el derogado 439.

Resumiendo lo dicho y ciñéndonos ya a las diferentes clases de interdicción en nuestro Código penal, he aquí nuestra posición sobre su naturaleza jurídica desde un punto de vista material.

a) Interdicción accesoria de la pena de reclusión mayor (34) (primera parte del artículo 43 y artículo 45).

(33) MANZANARES SAMANIEGO, *Las inhabilitaciones y suspensiones en el Derecho positivo español*, ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES, T. XXVIII, 1975, pág. 176. Para SILVELA (*ob. cit.*, pág. 402) el fundamento de la interdicción “se encuentra, no en la indignidad del reo, sino en que ha demostrado que no sabe ejercitar ciertos derechos”.

(34) Dada la reciente reforma constitucional, prescindimos de la relativa a la pena de muerte no ejecutada.

Como afirma Antón Oneca (35), su duración depende en definitiva de la culpabilidad (y antijuridicidad) del delito cometido, sin que influyan las previsiones de futuro ni la peligrosidad del reo, pero ello no basta, a nuestro entender, para atribuir a dicha interdicción el carácter de pena. Al carecer prácticamente de valor retributivo en este caso, así como de efectos en cuanto a la prevención especial —si se exceptúa el mínimo de marginación jurídica antes aludida—, nos inclinamos por la tesis de Teruel Carralero, rechazando tanto la consideración de pena como la de medida de seguridad.

La nueva Parte General del Código penal alemán ha consagrado el concepto de «Nebenfolgen» o «consecuencias accesorias» (artículos 45, 45 a y 45 b), que incluye en el Título de «Strafen» o «penas», dentro a su vez de la Sección dedicada a las «Rechtsfolgen der Tat» o «consecuencias jurídicas del hecho». Pese a tal ubicación, las «Nebenfolgen», o «consecuencias accesorias» no son penas, ni siquiera accesorias. El repetido título se ocupa, por este orden, de la «Freiheitsstrafe» o «pena privativa de libertad», de la «Geldstrafe» o «multa», de la «Nebenstrafe» o «pena accesoria», y finalmente de las «Nebenfolgen» o «consecuencias accesorias». No hay otra «pena accesoria» que la prohibición de conducir, de imposición facultativa. Las «consecuencias jurídicas» son las pérdidas de capacidad para cargos públicos y de los derechos de sufragio activo y pasivo, que acompañan necesariamente a toda pena de privación de libertad no inferior al año (36).

Maurach, tras recordar que dichas privaciones de derechos públicos constituirían antes de la reforma de 1969 «Nebenstrafen» o «penas accesorias» y señalar que el concepto de «Nebenfolgen» o «consecuencias accesorias» es poco satisfactorio, reconoce que la nueva noción resulta insustituible respecto a aquellas disposiciones judiciales que destacan de las tradicionales categorías de penas y medidas de seguridad (37).

La interdicción civil no aparece en el Código penal alemán, pero pensamos que, de recogerse en él, tendría su lugar —con más razón aún que las mencionadas inhabilitaciones o suspensiones de derechos públicos— dentro de aquellas «consecuencias accesorias» (38).

b) La interdicción del párrafo 1.º del artículo 446.

Pese a que el artículo 43 exceptúa del contenido general de la interdicción civil «los casos en que la Ley limita determinadamen-

(35) ANTÓN ONECA, *ob. cit.*, pág. 536. Idem CASABÚ RUIZ, *ob. cit.*, T. I., pág. 108.

(36) Su accesoriedad no se extiende a la duración, a diferencia de lo que ocurre con nuestro artículo 45.

(37) MAURACH, *Deutsches Strafrecht*, Allg. Teil, 4.ª ed., Karlsruhe 1971, págs. 814-815.

(38) Regresando al ordenamiento español, no hay duda de que son también «consecuencias jurídicas» las imposibilidades para ser tutor o protutor recogidas en el número 3.º del artículo 237 del Código civil.

te sus efectos», sólo en un caso, éste del artículo 446, se emplea en la Parte Especial de nuestro Código la denominación de interdicción. He aquí su texto: «Los comprendidos en el artículo precedente y cualesquiera otros reos de corrupción de menores en interés de tercero serán condenados también a la interdicción del derecho de tutela y del de pertenecer a Consejo de familia». El paralelismo con la interdicción aneja a la reclusión mayor quiebra, sin embargo, porque la accesoriedad del 446 no afecta a la duración. Más adelante volveremos sobre ello, pero conviene subrayar desde ahora que esta interdicción se impone, imperativamente, en razón no de la pena principal, sino de la condena por determinados delitos. La pena básica puede ser incluso la multa del artículo 74.

Se trata aquí de una interdicción cuya duración no guarda proporción alguna con la culpabilidad (y antijuridicidad), y sí, por el contrario, con una peligrosidad en el ámbito de la tutela, presumida legalmente «iuris et de iure», al menos en cuanto al mínimo preciso para su imposición. Esa peligrosidad conlleva la marginación jurídica del reo en la repetida esfera cuasi familiar. Estamos por consiguiente frente a una medida de seguridad (39).

Nuestro Tribunal Supremo entiende en Sentencia de 5 de junio de 1947 (40) que esta interdicción es «una sanción especial establecida para los reos de corrupción de menores en interés de tercero». En un supuesto no muy dispar, el del artículo 487, la sentencia de 22 de junio de 1972 emplea ya el vocablo «medida», pero sin adjetivación alguna.

c) Las privaciones de derechos del derogado artículo 439 y de los vigentes 452 bis g), 487 y 584-12.º.

Veamos los textos legales:

El viejo artículo 439 —reproducido sólo parcialmente en el artículo 452 bis e), fruto de la reforma de 1963— disponía que en determinados casos de corrupción de menores, además de sufrir las penas que se señalan, el reo «perderá la patria potestad o la autoridad marital, si las tuviere, sobre el menor que diere ocasión a la responsabilidad».

El artículo 452 bis g) reza: «Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 445 y 446, el ascendiente, tutor, maestro o cualquiera persona que, con abuso de autoridad o encargo, perpetrare alguno de los delitos comprendidos en este título, será castigado con el grado máximo de la pena señalada al respectivo delito. El Tribunal sentenciador podrá además privar a los culpables de la patria

(39) A favor de la medida de seguridad, RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal español, Parte General*, Madrid 1973, págs. 832-833 (más ambigua es su posición en la Parte Especial, Madrid 1975, págs. 191 y 192). Idem QUINTANO RIPOLLÉS, *ob. cit.*, pág. 815. Otros autores como Puig Feña y Cuello Calón no tocan siquiera el tema.

(40) Rep. Aranzadi, 996.

potestad, tutela, autoridad marital y del derecho de pertenecer a Consejo de familia».

El artículo 487 prevé en su panúltimo párrafo, respecto al delito de abandono de familia, que «en todo caso el Tribunal podrá acordar la privación del hecho de patria potestad o de la tutela o autoridad marital que tuviere el reo».

En el Libro III, el párrafo 2.º del número 12 del artículo 584 dispone que «los padres o tutores mencionados en los números 5.º, 6.º, 8.º, 10 y 11 y 12 del presente artículo, podrán ser suspendidos en el ejercicio de su derecho a la guarda y educación del menor».

Lo que se ha dicho del párrafo 1.º del artículo 446, vale para el 439, tanto más cuanto que en este segundo artículo no se emplea siquiera la palabra interdicción.

Las privaciones de derechos de los artículos 452 bis g) (41) y 487 (42), y la suspensión de su ejercicio en el artículo 584-12.º, se imponen o no a discreción del Tribunal. Aunque quepa, pues, partir también de las consideraciones hechas en el artículo 446, han de hacerse dos advertencias particularmente favorables a la tesis de la medida de seguridad. Por un lado, como en el derogado artículo 439, el enlace formal o terminológico con la calificación de pena al amparo de la previsión final del artículo 43 se rompe, desapareciendo la referencia a la interdicción civil. Por otro, la presunción legal de peligrosidad cede el paso a la apreciación judicial caso por caso, si bien sea dentro de los delitos previstos en el artículo correspondiente.

No es fácil encontrar jurisprudencia en esta materia (43). De ahí la importancia de la sentencia de 22 de junio de 1972 (44), que creemos apoya nuestra exégesis. He aquí su primer razonamiento de derecho:

«Considerando que basta ponderar la razón filosófica de la privación de la patria potestad, y que el delito de abandono de familia por su peculiaridad es de ordinario de tracto sucesivo, de continuidad de efectos y en ocasiones permanente, para comprender que la facultad de privación de los derechos inherentes a la patria potestad que discrecional y potencialmente se confiere a los Tribunales de instancia ni es una pena accesoria ni esta medida está vinculada a la extensión de la pena privativa de libertad, pues si la clara indudable motivación teleológica de esta permisón está

(41) Expresamente a favor del 452 bis g) como medida de seguridad, RODRÍGUEZ DEVESA, *Parte General*, pág. 832.

(42) RODRÍGUEZ DEVESA —*Parte Especial*, pág. 298— estima que en el artículo 487 tenemos uno de los ejemplos de interdicción de efectos limitados a que se refiere el artículo 43.

(43) No hemos podido encontrar una sola sentencia sobre la interdicción civil como pena accesoria de la reclusión mayor o muerte no ejecutada. Del artículo 439 se ocupa la Sentencia de 13 de diciembre de 1958 (Rep. Aranzadi, 3760, Colección Legislativa 1.147), pero sin tocar este punto.

(44) Rep. Aranzadi 3195, Col. Leg. 1.044.

en la conducta penal y socialmente antijurídica del agente incumplidor, en este caso por proceder desordenado de sus primordiales deberes conyugales y paternofiliales, actitud que provoca el excluirle de sus poderes paternos, y cuya privación no puede entenderse lógica y racionalmente cumplida en la finalidad legalmente pretendida por el cumplimiento de la pena impuesta, que incluso dada su extensión es posible que no llegue a cumplirse por concesión de los beneficios de la remisión condicional, pues mientras la postura incumplidora de los deberes eludidos no se modifique, la exclusión debe persistir, máxime si se tiene en cuenta que la patria potestad tiene un contenido primordial de cumplimiento de deberes y que quien incide en su omisión no debe usar las correlativas facultades que se conceden para su adecuado ejercicio y efectividad. No fue, por consiguiente, acertado el utilizar la facultad requerida y limitarla improcedentemente a la duración de la condena, pues incluso hay en la propia Ley elementos expresivos de su alcance, pues en este delito de carácter «semipúblico» que precisa para su persecución del impulso denunciador de la parte perjudicada —artículo 443 del Código penal—, pero que puede extinguirse la acción y en su caso la pena por perdón no sólo expreso sino también tácito, cabe resaltar que para presumirlo exige y requiere la Ley el restablecimiento de la vida conyugal y el cumplimiento de los deberes asistenciales, esto es, que cese la actitud incumplidora, por lo cual sería absurdo rehabilitar en sus poderes paternos a quien persista en su comportamiento omisivo de estos esenciales deberes. Procede en su consecuencia estimar el primer motivo de los articulados por el Ministerio Fiscal.

Obsérvese como resumen que, entendiendo ser medidas de seguridad todos los supuestos de privación de derechos civiles tal y como se regulan en el articulado de la Parte Especial, incluido el párrafo 1.º del artículo 446, la doble solución dada al problema de la naturaleza de las repetidas privaciones se corresponde con las dos formas de privación de derechos civiles recogidas en nuestro Código penal.

La interdicción de la primera parte del artículo 43, de efectos muy amplios y con accesoriadad referida a una pena (la de reclusión mayor, según el artículo 45), tiene así el carácter de «consecuencia jurídica» de dicha pena. La interdicción del párrafo 1.º del artículo 446 y las restantes privaciones de derechos civiles de la Parte Especial, todas ellas de contenido más limitado y con accesoriadad respecto a tipos concretos de infracción criminal, entran por el contrario en el grupo de medidas de seguridad.

La clasificación de que defendemos ofrece una última ventaja no despreciable: La de que en realidad sólo a la interdicción «consecuencia jurídica», es decir la de la primera parte del artículo 43 y del artículo 45 del Código penal, se refiere el número 2.º del artículo 32 del Código civil. De ello nos ocuparemos con extensión más adelante.

B) *Formalmente.*

El estudio de la naturaleza jurídica material de una sanción ha de completarse con el de su naturaleza formal según el propio texto legal. Nuestro Código contiene una serie de normas aplicables precisamente a las penas —así respecto a su ejecución, prescripción, quebrantamiento, etc.— Por lo que interesa saber qué privaciones de derechos civiles tienen para el mismo aquella consideración. Cualquiera que sean nuestras particulares conclusiones en cuanto a la naturaleza material de la interdicción, la regulación penal abarcará a cuantas sanciones se atribuya tal carácter dentro del propio Código.

En dicho sentido es pena la interdicción civil general de la primera parte del artículo 43. Tanto la rúbrica del Título III del Libro I, como las de sus capítulos, no dejan lugar a dudas. El texto inequívoco del artículo 28 y las rúbricas de las tres Secciones del Capítulo III proporcionan nuevos argumentos.

El problema se plantea con los casos excepcionales de interdicción limitada recogidos o previstos en la segunda parte del repetido artículo 43. Como punto de partida parece oportuno aceptar su naturaleza material en tanto no haya serias razones en contra. Creemos que en esa línea sólo el artículo 446 nos ofrece un ejemplo de interdicción limitada como pena formal. No hay ningún otro precepto de la Parte Especial que acoja el vocablo «interdicción». Si la declaración del artículo 43 no ha de quedar mutilada, ningún precepto como el párrafo 1.º del artículo 446 puede completarla (45).

Es cierto que la referencia del artículo 43 se hace en plural, pero pensamos que ello no basta para traer a la penalidad formal lo que materialmente constituye medida de seguridad. Lo menos que cabe exigir al Código en un caso así es que, como en el párrafo 1.º del artículo 446, denomine a la pretendida pena por el nombre que el mismo le da, el de interdicción. En último extremo cabría salvar el escollo de la pluralidad acudiendo al viejo artículo 439, que, además de ser el único de la Parte Especial que acompañaba al 446 en la imposición imperativa, ofrecía una curiosa redacción. En ella, junto a la pérdida de la patria potestad o la autoridad marital, se situaba la «inhabilitación para el ejercicio de cargos de tutela», y no se olvide que las sanciones de inhabilitación son también formalmente para nuestro Código penas recogidas

(45) En este sentido se pronuncia Groizard, para quien el precepto contenido en la última parte del artículo 43 del Código de 1870 —de igual número y texto que en el Código vigente— es justo y oportuno, pero “tiene más de teoría que de aplicación”, porque “al investigar en el Código los casos en que uno o varios derechos civiles de los anotados en la primera parte del artículo 43 se pierden, conservando los restantes, sólo encontramos el artículo 466 (hoy 446), si bien éste se refiere al 465 y 459”. *Ob. cit.* T. II, pág. 244.

en su artículo 27. Recuérdese, por último, que los artículos 487 y 452 bis g) son muy posteriores a esa declaración final del artículo 43, cuyo origen se remonta al Código de 1848 (46) (47).

III. EJECUCION.

Un solo artículo, el 995, dedica la Ley de Enjuiciamiento Criminal a la ejecución de la interdicción civil:

«Cuando la pena impuesta sea la de interdicción civil, cuidará el Juez o Tribunal de que se observen las reglas establecidas en el artículo 4 de la Ley de 18 de junio de 1870, sobre efectos civiles de la interdicción, y de que se inscriba la prohibición de disponer de los bienes en los Registros de la Propiedad de los partidos en que el penado los tuviere».

Desde la promulgación del vigente Código civil la referencia a ese artículo 4 de la Ley de 18 de junio de 1870 ha de entenderse como remisión al mencionado Código, tanto por la disposición derogatoria final de su artículo 1.076, como porque en el mismo

(46) El artículo 487 aparece en el Código de 1944, procedente de la Ley de 12 de marzo de 1942, mientras que el artículo 452 bis g) data de la Ley de 23 de diciembre de 1961, desarrollada por Decreto de 24 de enero de 1963.

(47) No queremos ocultar nuestra resistencia a ver en el párrafo 1.º del artículo 446 del Código penal una pena de interdicción civil, aunque sólo sea en el aspecto formal. Pese a que una exégesis circunscrita al articulado de dicho Código lleva inevitablemente a tal conclusión, quizá el Código civil pudiera proporcionar un argumento contrario. Si, de acuerdo con el artículo 200 de este texto, quedan sujetos a tutela "los que estuvieren sufriendo la pena de interdicción civil" y si, frente a tal declaración, no hay tutela en los supuestos del párrafo 1.º del artículo 446 del Código penal —como no la hay en los de los artículos 452 bis g), 487 y núm. 12 del 584— resulta dudoso que al menos para nuestro ordenamiento jurídico en su totalidad la "interdicción" limitada tenga carácter de pena. De otro lado, el Código civil, al ocuparse de los modos de acabarse la patria potestad —rúbrica del Capítulo IV del Título VII del Libro I—, se refiere a la "interdicción civil" como causa de "suspensión" en su artículo 170, con lo que parece aludir tan sólo a la plena del hoy artículo 45, que era la única sanción de esta clase prevista con claros efectos temporales en el ámbito de los delitos por el Código penal vigente a la promulgación del civil. Obsérvese que el párrafo 1.º del actual artículo 446 no afecta a la patria potestad, mientras que el luego derogado artículo 439 del Código de 1944 recogía no una suspensión, sino una pérdida. Por su parte, los vigentes artículos 452 bis g) y 487 —ambos de reciente creación— utilizan el verbo "privar", que es expresión amplia, y aun confusa, en cuanto a la duración. A tenor del artículo 169 del Código civil "el padre, y en su caso la madre, perderán la potestad sobre sus hijos... cuando por sentencia firme en causa criminal se le imponga como pena la privación de dicha potestad", pero como tal pena, según reconoce MANRESA (*Comentarios al Código Civil español*, 1925, 5.ª ed., T. II, pág. 69), no aparece en el Código penal, se ve dicho autor en la necesidad de acudir... a la Ley sobre protección de niños de 26 de julio de 1878. Ver nota núm. 61.

artículo 4 de aquella Ley se limita su vigencia hasta la publicación de dicho texto.

Es opinión generalizada la de que la sustitución se produce, y agota, en el articulado relativo a la tutela del interdicto. La Ley de 1870 fue el antecedente de la normativa sobre la tutela del interdicto en el proyecto de 1882, cuyos artículos 194 a 196 pasan luego al Código civil. Basta la lectura de aquel artículo 4 para comprobar que toda su regulación gira sobre la mera administración de los bienes del penado, así como sobre el nombramiento de curador. En igual línea se sitúa la inscripción en los Registros de la Propiedad de la prohibición de disponer de los bienes, ordenada en el artículo 995 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. De todo ello se deduce que el repetido precepto de la Ley procesal penal únicamente contempla la interdicción absoluta.

Reproducidos más adelante, en el epígrafe de los efectos de la interdicción civil, los artículos 203, 228 y 293 del Código civil, nos interesa resolver ahora el conflicto entre tal normativa, en especial la de los dos últimos artículos, y la representada por el artículo 985 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, a cuyo tenor «la ejecución de las sentencias en causas por delito corresponde al Tribunal que haya dictado la que sea firme». El Ministerio Fiscal, en circular de 8 de mayo de 1889, se inclinó por la regulación del Código civil. Dicha circular, tras recordar que el artículo 228 impone al Ministerio Público el deber de pedir el nombramiento de tutor para los condenados con la pena de interdicción civil, señala que «los Fiscales de las Audiencias, tan luego como fuese firme una sentencia en que se imponga la pena de interdicción civil a una persona que no estuviese sometida a la patria potestad o ya sujeta a tutela, y a quien por ello deba darse tutor, ordenarán al Fiscal Municipal del domicilio del reo que promueva la formación del Consejo de Familia, a fin de que por éste se constituya la tutela que procediere, ya legítima ya dativa encargándole que le de parte de quedar constituida».

El criterio opuesto es sustentado por Mucius Scaevola (49), para quien, tratándose de una ejecución de sentencia, lo que debe hacer el Ministerio Fiscal, como parte que fue en el juicio —y lo sigue siendo en la ejecutoria— es instar ante la Sala, para que ésta, usando de su propia competencia, ordene al Juzgado Municipal del domicilio del reo la constitución del consejo de familia.

Nosotros preferimos la solución de Mucius Scaevola porque, aunque el Código civil sea posterior a la Ley de Enjuiciamiento Cri-

(48) AGUILERA DE PAZ, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, 2.^a ed., Reus, T. V., Madrid 1924, págs. 657-8. DE CASTRO, *Derecho Civil en España*, T. II, Madrid 1952, pág. 355. CÓRDOBA RODA (y otros), *Comentarios...*, T. II, pág. 184. GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho Procesal Penal*, T. II, 8.^a ed., Madrid 1975, pág. 321. MUCIUS SCAEVOLA, *Código Civil*, T. IV, ed. 5.^a, Reus, Madrid 1943, pág. 580.

(49) MUCIUS SCAEVOLA, *ob. cit.*, T. IV, pág. 581.

minal, nos encontramos ante un caso de regulación específica para el número 4 del artículo 200 del repetido Código. Con todo, no son dos normativas opuestas. El artículo 228 no exige que el Fiscal acuda directamente al Juez municipal y los cuidados provisionales encargados a tales jueces por el artículo 203 tienen sentido cualquiera sea la vida elegida para el nombramiento de tutor. Quizá quepa operar desde ambos ángulos, si bien dando preferencia a la ejecutoria, en la que, en su caso, se integrará lo hecho por la otra vía, como se incorpora a la ejecutoria una indemnización pagada extrajudicialmente.

La inscripción en el Registro de la Propiedad viene recogida también en el número 4 del artículo 2 de la Ley Hipotecaria. Ofrecen igualmente interés los artículos 3,42-5,43, párrafo 3.º, y 73, párrafo 2.º de esta Ley, así como los artículos 10, 55 y 386 a 391 de su Reglamento.

Ha desaparecido en la nueva Ley del Registro Civil de 8 de junio de 1957 la anotación de la interdicción de bienes, por imposición de dicha pena, al margen de la partida de nacimiento, según disponía el número 8 del artículo 60 de la Ley de Registro Civil de 18 de julio de 1870. Hoy sólo a través de la tutela puede entrar la interdicción civil plena en el mencionado Registro.

IV. EFECTOS DE LA INTERDICCION.

A) *Generalidades.*

La interdicción civil constituye una de las causas de modificación de la capacidad de obrar —y no de la personalidad, como incorrectamente declara el texto legal— (50) enumeradas en el párrafo 2.º del artículo 32 del Código civil. He aquí el precepto: «La menor edad, la demencia o imbecilidad, la sordomudez, la prodigalidad y la interdicción civil no son más que restricciones de la personalidad jurídica. Los que se hallaren en algunos de esos estados son susceptibles de derechos, y aun de obligaciones cuando éstas nacen de los hechos o de relaciones entre los bienes del incapacitado y un tercero». Por lo que hace al Código penal, es básico su artículo 43, del que nos hemos ocupado, y ocuparemos, repetidamente.

B) *Patria potestad.*

El artículo 43 del Código penal dispone su privación, en tanto que el artículo 170 del Código civil prefiere hablar de suspensión por interdicción. Recuérdesse que el Código penal sólo acoge la

(50) Cossío, *Instituciones de Derecho Civil*, T. I, Alianza Universidad, Madrid 1975, pág. 84.

«interdicción» de la patria potestad dentro de la interdicción absoluta de la primera parte del tantas veces citado artículo 43. Según el artículo 229 del Código civil, la mujer del penado ejerce la patria potestad sobre los hijos comunes mientras dure la interdicción (51). Es evidente que las causas de pérdida de la patria potestad no extinguen la obligación de alimentos del artículo 143 del Código civil, ni la obligación de respeto por parte de los hijos (52).

C) *Ejercicio de la tutela.*

Como desarrollo del artículo 43 del Código penal declara el Código civil en su artículo 237 que no pueden ser tutores ni protutores los que están sujetos a tutela (número 1.º), y sabido es que en tal situación se hallan los interdictos, según se lee en el número 4.º de su artículo 200 (53). El artículo 298 del Código civil extiende dicha incapacidad al cargo de vocal del consejo de familia. Como se verá más adelante, al exponer la tutela del interdicto, nos movemos dentro de la interdicción absoluta.

D) *Administración y disposición de bienes.*

También aquí el artículo 43 del Código penal encuentra oportuna proyección en el Código civil, siendo el tutor del interdicto el obligado a administrar su caudal con la diligencia de un buen padre de familia (artículo 264.4.º del Código civil). No puede el interdicto disponer de sus bienes inter vivos, pero sí mortis causa.

E) *Sociedad de gananciales.*

La pena de interdicción no disuelve necesariamente la sociedad de gananciales, pero el cónyuge del penado podrá pedir la separación de bienes, y en este caso deberá decretarse así, conforme al artículo 1.433 del Código civil.

Es censurable que la referencia se haga a «una pena que lleve consigo la interdicción civil», en lugar de atenderse directamente a la pena de tal nombre. Esta fórmula, que procede del texto primitivo del Código y se mantuvo en la redacción conforme a la Ley de 24 de abril de 1958, al igual que en la actual, o sea la de la Ley de 2 de mayo de 1975, no tiene otra posible explicación que la de querer abarcar las «pérdidas» de autoridad marital del derogado

(51) Tras la reforma introducida en este artículo por la Ley 14/1975, de 2 de mayo, desapareció su último párrafo, a cuyo tenor la madre «si fuere menor, obrará bajo la dirección del padre y en su caso de su madre, y a falta de ambos, de su tutor».

(52) CASTÁN TOBEÑAS, *La patria potestad*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1960, pág. 337.

(53) Ver infra el apartado sobre sometimiento a tutela del interdicto.

artículo 439 del Código penal de 1944 y como ocurre también con el Código penal de 1932 (artículo 440), es decir un supuesto en que el Código penal no utiliza la palabra «interdicción» y en el que, aunque se entienda que se trataba en definitiva de una interdicción —y de ahí el empleo de tal vocablo en el Código civil— no constituía, al menos materialmente, una pena. Recuérdese, sin embargo, que sólo la interdicción absoluta entronca realmente con la pena principal. Respecto a la pena de interdicción limitada no puede decirse que haya otra pena que la lleve consigo. Como pena accesoria, no puede ir sola, pero quien en verdad la lleva consigo es el propio delito. Hoy, admitida en los artículos 487 y 452 bis g) la posibilidad de privar al reo de su autoridad marital, resulta difícil incluir dicha privación facultativa en el texto del artículo 1.433 del Código civil: ni el Código penal usa el nombre de interdicción civil en este caso, ni la privación descansa en la otra pena —sino en el delito—, ni la pena principal la lleva siempre consigo, sino que puede llevarla, a diferencia de la imposición del derogado artículo 439.

La pregunta es en qué queda esa pérdida de la autoridad marital fuera de la interdicción absoluta del artículo 43 del Código penal, si, de un lado, los efectos de tal pérdida son prácticamente nulos tras la redacción dada a los artículos 58 y concordantes del Código civil por la Ley de 2 de mayo de 1975, y de otro, le negamos efectividad para pedir la disolución de la sociedad de gananciales.

La administración y disposición de los bienes que se adjudiquen al sometido a interdicción corresponderán a su representante o tutor, de acuerdo con su régimen específico (artículo 1.434 del Código civil, párrafo 2.º, redactado conforme a la Ley de 2 de mayo de 1975) (54).

F) *Testamentos.*

Según el número 6 del artículo 681 del Código civil, en la redacción de la Ley de 24 de abril de 1958 (55), no podrán ser testigos en los testamentos «los que estén sufriendo pena de interdicción civil». El Código civil se refiere a la pena de interdicción, sin distinguir entre la absoluta y la relativa. Aunque en la limitada el propio Código penal restringe sus efectos, ello no impide que el ordenamiento civil determine libremente quienes, por una u otra razón, deben ser incapaces para determinados actos jurídicos. Obsérvese además que las restricciones del final del artículo 43 del Código penal operan sobre las privaciones enumeradas en su primera parte, y allí nada se dispone tampoco sobre la incapacidad ahora examinada (56).

(54) Recuérdese la nueva redacción dada por esta misma Ley al artículo 1.436.

(55) En su primera redacción llevaba el núm. 7.

(56) Ver *infra*, sin embargo, cómo en el artículo 200 la «pena de interdicción civil» es sólo la absoluta, lo que no deja de ser un argumento contra nuestra posición.

G) *Contratos.*

De acuerdo con el número 3.º de lartículo 1.700 del Código civil la sociedad civil se extingue por la «interdicción civil» de cualquiera de los socios. No se exige aquí, expresamente, la «pena de interdicción civil», sino sólo «la interdicción civil». Creemos, sin embargo, que en este número sólo cabe en principio la pena de tal nombre, pues el Código penal no emplea dicha denominación si no es precisamente en el ámbito de las penas. Pero hay más, a diferencia de lo razonado respecto a los testigos testamentarios, pensamos que el número 3 del artículo 1.700 comprende únicamente la pena de interdicción absoluta, por no ser extensibles a este caso las consideraciones hechas a propósito del artículo 681.

El número 3.º del artículo 1.732 del Código civil dispone que el mandato se acaba por «interdicción» del mandante o del mandatario. Por los mismos razonamientos hechos acerca de la extinción de la sociedad civil, entendemos que el Código civil se refiere a la pena de interdicción absoluta, tanto más cuanto que en todo caso la extinción se produce también por simple renuncia del mandatario (artículo 1.732, núm. 2.º) y el mandante puede revocar el mandato a su voluntad (artículo 1.734).

H) *Sometimiento del interdicto a tutela.*

Como escribe Teruel (57), el sometimiento a tutela del interdicto es otra consecuencia que completa y remedia las anteriores. Aparece en el número 4 del artículo 200 del Código civil y, según el artículo 230, se defiende por el orden establecido en el artículo 220 para los locos y sordomudos. Se trata en exclusiva de la tutela dativa. Véanse a continuación otros artículos del Código civil sobre esta materia.

Artículo 228:

«Cuando sea firme la sentencia en que se haya impuesto la pena de interdicción, el Ministerio Fiscal pedirá el cumplimiento de los artículos 203 y 293. Si no lo hiciere, será responsable de los daños y perjuicios que sobrevengan.

También pueden pedirlo el cónyuge y los herederos abintestato del penado.»

Artículo 229:

«Esta tutela se limitará a la administración de los bienes y a la representación en juicio del penado.

El tutor del penado está obligado, además, a cuidar de la per-

(57) TERUEL CARRALERO, *ob. cit.*, pág. 190.

sona y bienes de los menores o incapacitados que se hallaren bajo la autoridad del sujeto a interdicción, hasta que se les provea de otro tutor.

La mujer del penado ejerce la patria potestad sobre los hijos comunes mientras dure la interdicción» (58).

Artículo 203:

«Los Jueces municipales del lugar en que residan las personas sujetas a tutela proveerán al cuidado de éstas y de sus bienes muebles hasta el nombramiento de tutor, cuando por la ley no hubiese otras encargadas de esta obligación.

Si no lo hicieren, serán responsables de los daños que por esta causa sobrevengan a los menores o incapacitados.»

Y artículo 293:

«Si el Ministerio Público o el Juez municipal tuvieren conocimiento de que existe en el territorio de su jurisdicción alguna de las personas a que se refiere el artículo 200, pedirá el primero y ordenará el segundo, de oficio o a excitación fiscal, según los casos, la constitución del consejo de familia.

Están obligados a poner en conocimiento del Juez municipal el hecho que da lugar a la tutela en el momento que lo supieren...».

Interesa subrayar que, si bien el artículo 200 del Código civil manifiesta estar sujetos a tutela, entre otros, «los que estuvieren sufriendo la pena de interdicción civil, sin distinguir entre la absoluta y la limitada, sólo a la primera se refiere el precepto. Esta es la doctrina común. Manresa y Mucius Scaevola ponen de relieve, acertadamente, que sólo cuando la interdicción priva al penado de la disposición de sus bienes tiene sentido acudir a una tutela que, aparte de la representación en juicio, únicamente afecta en principio a la administración de aquéllos (59).

Como es natural, y de acuerdo con el artículo 199 del Código civil, no habrá tutela para el interdicto sometido a patria potestad.

I) *Otros extremos.*

De las limitaciones de la capacidad inherentes a la pena de interdicción absoluta se deriva que el interdicto no pueda adoptar (artículo 172 del Código civil), ni pedir la división de la comunidad (artículo 406 del Código civil), ni ser albacea (artículo 893), ni aceptar o repudiar una herencia (artículo 992), ni pedir su partición (artículo 1.052), ni otorgar capitulaciones matrimoniales (artículo

(58) Este artículo contenía un último párrafo que desapareció por la Ley de 2 de mayo de 1975.

(59) MANRESA, *Comentarios al Código Civil español*, 5.^a ed., T. II, Madrid 1925, págs. 195-6. MUCIUS SCAEVOLA, *ob. cit.*, T. IV, pág. 377. COSSÍO, *ob. cit.*, T. II, pág. 858. PUIG PEÑA, *Introducción al Derecho civil español común foral*, 2.^a ed., Bosch, Barcelona 1942, pág. 269.

lo 1.323), ni solicitar la partición de la sociedad civil (artículo 1.708) (60).

La «pena de interdicción civil» es causa de desheredación a tenor del número cuatro del artículo 853 del Código civil. Atendiendo a la razón de ser de estas causas nos inclinamos por incluir aquí la interdicción limitada del párrafo 1.º del artículo 446 del Código penal. Más aun, si se repara en el texto legal —«haber sido condenado por delito que lleve consigo la pena de interdicción civil»—, la duda se traslada a la interdicción plena de la primera parte del artículo 43, pues sólo indirectamente, o sea atendiendo a su gravedad, cabe ver allí delitos que llevan consigo la pena de interdicción civil. En todo caso se tendrán en cuenta las penas tipo previstas a nivel legal (61).

Como causa de separación aparece en el número 6 del artículo 105 del Código civil, no la interdicción absoluta, en sí, sino «la condena del cónyuge a reclusión mayor» (62).

Creemos que la pena de interdicción absoluta —y con mayor razón la limitada— no obsta al reconocimiento de hijos naturales. Como escribe Mucius Scaevola (63), la pena no borra los lazos de sangre. La restricción de capacidad se contrae al ejercicio de la patria potestad, incidiendo así sobre la normativa general del artículo 154 del Código civil, pero sin afectar al reconocimiento mismo.

J) *Capacidad mercantil.*

Además de las repercusiones generales que la incapacitación civil por interdicción absoluta supone en el área de la capacidad mercantil, son de destacar en nuestro Código de Comercio algunos efectos muy concretos.

Al no tener la libre disposición de sus bienes, el interdicto incumple la tercera de las condiciones exigidas en el artículo 4 de dicho Código mercantil para tener capacidad legal en cuanto al ejercicio habitual del comercio. Según su artículo 13, los senten-

(60) CORDOBA RODA, *ob. cit.*, T. I, págs. 183-4. MUCIUS SCAEVOLA, *ob. cit.*, T. IV, págs. 573-4.

(61) Los artículos 854-1.º y 855-2.º recogen como causas de desheredación, no la pena de interdicción civil (como hace el artículo 853-4.º), sino la pena de privación de la patria potestad (art. 169-1.º), olvidando que tal pena no existe en el Código penal. Fuera de dicho texto, Manresa —véase la nota núm. 47— cree encontrarla en la Ley de 26 de julio de 1878, pero en realidad su artículo 1.º sólo dispone que en los casos que enumera «la condena llevará consigo para los tutores o curadores la destitución de la tutela o curaduría, pudiendo los padres ser privados temporal o perpetuamente, a juicio del Tribunal sentenciador, de los derechos de patria potestad».

(62) En la redacción anterior a la Ley de 24 de abril de 1958 se recogía como causa de divorcio la condena del cónyuge a cadena o reclusión perpetua.

(63) MUCIUS SCAEVOLA, *ob. cit.*, T. IV, pág. 573.

ciados a pena de interdicción civil —pensamos que sólo se trata de la absoluta—, mientras no hayan cumplido sus condenas o sido amnistiados o indultados «no podrán ejercer el comercio ni tener cargo ni intervención directa, administrativa o económica en compañías mercantiles o industriales». En el artículo 222 del Código de comercio se dispone la disolución de las compañías colectivas y en comandita (64), por «la demencia u otra causa que produzca la inhabilitación de un socio gestor para administrar bienes», lo que nos reconduce al artículo 43 del Código penal.

K) *Efectos procesales.*

El artículo 229 del Código civil concuerda con el artículo 2.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil (65), a cuyo tenor:

«Sólo podrán comparecer en juicio los que estén en el pleno ejercicio de sus derechos civiles.

Por los que no se hallen en este caso comparecerán sus representantes legítimos, o los que deban suplir su incapacidad con arreglo a derecho.

...».

La personalidad procesal o capacidad para ser parte se corresponde con la personalidad jurídica del derecho civil, lo que nos lleva a los artículos 29 y 30 del Código de Derecho privado. Distinta es la capacidad procesal o capacidad para comparecer en juicio, que se define como capacidad de poder realizar, como demandante o demandado, actos procesales, bien por sí mismo, bien por un representante nombrado por la propia parte, y se corresponde a su vez con la capacidad de derecho civil para el pleno ejercicio de acciones (66). Es a esta capacidad procesal a la que se refieren el párrafo 1.º del artículo 2.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a completar con el artículo 32 del Código civil.

La repetida Ley procesal elimina, no a quien carezca del ejercicio del derecho civil objeto del juicio, sino a quienes no posean el pleno ejercicio de todos los de carácter civil (67). Por eso no puede comparecer el interdicto, pero sí el condenado a inhabilitación, ya que tales penas afectan a los derechos políticos, profesión u oficio, pero no a los derechos civiles. Pese a la referencia al «pleno ejercicio» de los derechos, ningún autor —que nosotros sepamos— ha llegado a negar dicha capacidad a los meramente suspensos del

(64) Pensamos, con Teruel, que en la compañía en comandita estos efectos se limitan a los socios colectivos.

(65) MANRESA, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, 3.ª ed., T. I, Madrid 1910, págs. 38 y 39.

(66) GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho Procesal*, vol. I, Madrid 1949, página 140.

(67) MANRESA, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil...*, T. I, pág. 24.

ejercicio de derechos familiares al margen de la interdicción, cosa natural por cuanto en dichos supuestos no se acude a la institución tutelar.

La representación del interdicto en juicio corresponde a quien tenga sobre él la patria potestad (párrafo 1.º del artículo 155) y en su defecto al tutor (párrafo 1.º del artículo 229 y artículo 262 del Código civil).

La interdicción priva del ejercicio de la acción penal pública del artículo 101 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, salvo los casos mencionados en el párrafo 2.º del artículo 102.

No hay duda de que, cuando el número 1.º de dicho artículo 102 dispone que no podrá ejercitar la acción penal «el que no goce de la plenitud de los derechos civiles», se está remitiendo al párrafo 2.º del artículo 32 del Código civil. Por otro lado, pensamos, con Aguilera de Paz, que todos los comprendidos en los grupos de este último precepto, incluido el condenado a interdicción civil, podrán disfrutar de algunos derechos, pero sin que tengan aquel goce, que es la condición necesaria para la plena capacidad de los mismos. Por la excepción del párrafo 2.º del artículo 102 se les concede, ya que no el ejercicio de la acción popular, sí el de la acción pública particular como ofendidos o perjudicados (68).

V. ACTOS CONTRARIOS A LA INTERDICCION.

A) Nulidad.

a) Posiciones doctrinales.

El problema de la nulidad de los actos realizados por el interdicto en el área de su condena ha encontrado en la doctrina dos opiniones opuestas: La nulidad relativa o anulabilidad, y la nulidad absoluta.

(68) AGUILERA DE PAZ, *ob. cit.*, 2.ª, ed., T. I, Madrid 1923, pág. 532, escribe: "En cuanto a los condenados a interdicción civil, como una consecuencia inmediata de dicha condena es la pérdida del goce de los derechos civiles, necesariamente tienen que quedar incapacitados para comparecer en juicio por sí o en representación ajena, no pudiendo, por lo tanto, ejercitar las acciones que les corresponda, ni menos las pertenecientes a su cónyuge o a alguna otra personal. Por ello se le prohíbe justamente el ejercicio de la acción penal". Ver también JESÚS SÁEZ JIMÉNEZ y EPIFANIO LÓPEZ FERNÁNDEZ DE GAMBOA, *Compendio de Derecho Procesal civil y penal*, T. IV, vol. 1, ed. Santillana, Madrid 1966, páginas 891 y 895. Más matizada es la posición de JIMÉNEZ ASENJO, *Derecho Procesal Penal*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, vol. I, págs. 187-8, para quien al encontrarse el interdicto, como el pródigo, sujeto a tutela restringida, la prohibición o la incapacitación no debe afectarle indiscriminadamente.

La tesis de la nulidad relativa, mantenida ya por De Buen (69), parece ser también la de Puig Peña (70), quien reproduce la posición de Borda, entendiendo que no hay razón alguna para que el penado no pueda confirmar un acto que le convenga, una vez recuperada su libertad.

Más numerosos son los autores que se pronuncian por la nulidad absoluta, acudiendo fundamentalmente a la violación de una prescripción o prohibición legal, fundada en motivos de orden público (artículo 4 del Código civil en la redacción originaria, y artículo 6, núm. 3 en el texto actual).

Para De Castro (71) el dilema entre la anulabilidad del artículo 1.302 y la nulidad del artículo 4 debe resolverse atendiendo al carácter de la incapacitación: «La anulabilidad corresponde a lo que tiene finalidad de protección y no a la resultante de la pena (lo que concuerda con que no se mencione la interdicción en el artículo 1.263). La interdicción es pena accesoria que priva (72) de las facultades dichas; el acto contra lo dispuesto en la ley, prohibido, es nulo «ipso iure» (artículo 4). Además, sería contrario a la finalidad de la condena beneficiar al penado y concederle nuevas facultades (la de impugnar el contrato que le resultó perjudicial) a costa de los demás».

Muy clara es la posición de Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón: «La incapacidad por interdicción no es situación protectora del incapaz, sino una pena que se le impone. En realidad, más que una limitación a su capacidad de obrar se le señala imperativamente una prohibición legal. Por tanto, el actuar contra la misma es causa de nulidad radical, absoluta e insubsanable (artículo 4)» (73).

Cossío insiste en que, «si tenemos en cuenta el carácter penal de esta interdicción, habremos de llegar forzosamente a la conclusión de que la infracción de las condiciones jurídicas impuestas al penado constituye un acto ilegal que afecta al orden público, dando, por tanto, origen a una nulidad radical y absoluta, de conformidad con el artículo 6.º del Código civil» (74).

Para Albaladejo los actos en cuestión serían «nulos, por realizarse contra lo dispuesto en la Ley, y no tener la incapacitación

(69) COLÍN Y CAPITANT, *Curso elemental de Derecho civil*, traducido y anotado por Demófilo de Buen. T. II, vol. I, 2.ª ed., Reus, Madrid 1942, página 384.

(70) PUIG PEÑA, *Compendio...* T. I, pág. 346.

(71) DE CASTRO Y BRAVO, *Compendio de Derecho civil (Introducción y derecho de la persona)*, 5.ª ed., Madrid 1970, págs. 256-258.

(72) En bastardilla en el original.

(73) LUIS DíEZ-PICAZO y ANTONIO GULLÓN, *Instituciones de Derecho civil*, vol. I, Tecnos 1973, Madrid, 1.ª ed., pág. 85. Idem ambos autores en su obra *Sistema de Derecho civil*, vol. I, 2.ª ed., Tecnos, Madrid 1978, págs. 310-311.

(74) COSSÍO, *ob. cit.*, T. I, pág. 93.

por fin proteger al sujeto, en cuyo caso procedería la anulabilidad, establecida en beneficio de éste» (75).

Vallet de Goytisolo, distinguiendo las incapacidades de las prohibiciones —con la consiguiente diferencia de efectos para el acto realizado—, no duda en incluir la interdicción, como el concurso y la quiebra, entre las prohibiciones legales que, según sus palabras, son «las que rozan y penetran dentro de los estados civiles» (76).

Destaca entre los penalistas Teruel Carralero, para quien la no inclusión del interdicto en la enumeración de personas que no pueden, según el artículo 1.263 del Código civil, prestar consentimiento para contratar, no significa, a sensu contrario, que puedan prestarlo, sino que «la prohibición no nace en nuestra ordenación jurídica actual del Código civil», pues lo que ocurre es que el Código penal, al delimitar el alcance de la interdicción civil, dice lo que se prohíbe al interdicto, de forma que su artículo 43 admitiría la siguiente versión: «Se prohíbe al interdicto ejercer la patria potestad, la tutela, la autoridad marital, y administrar y disponer de sus bienes» (77).

b) Nuestra postura.

El panorama doctrinal expuesto más arriba ofrece una solución unitaria, olvidando que la interdicción de nuestro Código penal —utilizando aquella expresión en sentido amplio— se subdivide en figuras cuya naturaleza jurídica varía, como distintos son los efectos de los diferentes casos. Aunque las soluciones coincidan, no ocurrirá lo mismo con los razonamientos. Sólo a la interdicción absoluta de la primera parte del artículo 43 del Código penal se refiere el artículo 32 del Código civil como «restricción de la personalidad jurídica» y aun aquí ha de observarse que la tutela afecta únicamente a la administración de bienes y a la representación en juicio del penado, quedando incólumes los restantes derechos enumerados en el repetido artículo 43.

Distinguiendo los distintos supuestos se alcanzan las siguientes conclusiones:

1) Derechos del sometido a interdicción absoluta del artículo 43 del Código penal no afectados por la tutela.—Son un caso de prohibición, cuya desobediencia conlleva la nulidad radical prevista en el número 3 del artículo 6 del Código civil. Nos encontramos con una pena —al menos formalmente— dirigida como tal contra el reo, al que se le «priva» de determinados derechos, de manera que, aunque no por vía del Código penal, puede hablarse de prohibiciones de cuya infracción se ocupa en el ámbito privado el Có-

(75) ALBALADEJO, *Derecho civil*, T. I, edit. Bosch, 1970, pág. 210.

(76) VALLET DE GOYTISOLO, *Panorama del Derecho civil*, Bosch, Barcelona 1963, pág. 98.

(77) TERUEL CARRALERO, *ob. cit.*, pág. 191.

digo civil. Lo dicho vale igualmente para la interdicción parcial del artículo 446 del Código penal.

2) Derechos del condenado a interdicción absoluta del artículo 43 del Código penal afectados por la tutela.—El sometimiento a tutela apunta, en relación con las restantes «restricciones» incluidas en el artículo 32 del Código civil y con las prescripciones de los artículos 199 y 200 del mismo texto, a la simple capacidad de obrar y, por ende, a una función protectora hacia el propio interdicto. Con todo, nos inclinamos también por la nulidad absoluta del acto contrario, y ello acudiendo de nuevo a la prohibición. Recuérdese que la institución tutelar atiende sólo a un aspecto de la cuestión, es decir, a la proyección que tiene hacia el derecho privado y la capacidad de obrar de una persona la imposición de una pena (78). De ahí que, en cuanto pena que «priva» de unos derechos de administración, este supuesto coincida con el de los restantes derechos enumerados en el artículo 43, y en consecuencia al problema de la falta de capacidad de obrar se superponga el de la prohibición, que hace nulo el acto contrario. Y no se olvide, como se verá en otro epígrafe, que incluso temporalmente este segundo aspecto, el de la privación y prohibición, precede de hecho al nombramiento de tutor y a la constitución del Consejo de familia (79).

3) Privaciones de los artículos 452 bis g) y 487, así como número 12 del artículo 584.—Su común naturaleza, formal y material, de medidas de seguridad refuerzan la apreciación de otras tantas prohibiciones protegidas por el número 3 del artículo 6 del Código civil. También aquí se «priva» en los artículos 452 bis g) y 487 de unos derechos que coinciden con algunos de los comprendidos en el artículo 43. Incluso al actuarse ahora con una medida de seguridad, y no con una pena, parece reforzarse esa protección a tercero que —frente a la incapacidad— es nota destacada de las prohibiciones.

B) *Tipificación penal de la infracción.*

Todo acto realizado contra la interdicción absoluta o general del artículo 43 del Código penal, así como contra la limitada del artículo 446, llena el tipo objetivo del delito de quebrantamiento de condena del párrafo 1.º del artículo 334 del repetido texto. Ambas interdicciones son formalmente penas y en consecuencia —dentro de la congruencia del propio Código— tenemos interdictos sentenciados tanto a la pena principal como a esta accesoria. Se trata, pues, de verdaderos penados a la pena de interdicción, si se nos permite la redundancia.

(78) Nos referimos siempre a su naturaleza según el propio Código penal.

(79) LUIS DíEZ PICAZO y ANTONIO GULLÓN, *Instituciones...*, vol I, página 85. ALBALADEJO, *ob. cit.*, pág. 208.

No existe jurisprudencia sobre este extremo, pero sí una sentencia de 16 de marzo de 1897 por quebrantamiento de la pena de inhabilitación. Por lo demás, no hay razón alguna para extraer de la normativa general las penas privativas o restrictivas de derechos (80).

Más difícil resulta tomar partido cuando se opera con las «privaciones» de los artículos 452 bis g) y 487, o con las «suspensiones» del número 12 del artículo 584. Aquí ni formal ni materialmente puede hablarse de pena. Algunos autores se inclinan por excluir del artículo 334 al vencido en pleito civil, reservando la denominación de «sentenciado» —en palabras de Rodríguez Devesa (81)— «para los penados por haber cometido algún delito o falta», pero otros, como Quintano Ripollés (82), parecen exigir no sólo que el sujeto activo sea un penado, sino que la sanción infringida sea precisamente una pena (83). También se ha pretendido ver en el número 2.º del artículo 30 de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social (84) un argumento para extraer del artículo 334 el quebrantamiento de las medidas de seguridad, que, en su caso, sólo sería subsumible en el favorecimiento de evasión recogido en el artículo 336 (85).

Por nuestra parte, creemos que el mencionado precepto de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social, aparte de agotar su función dentro de la propia Ley especial, ni siquiera excluye la aplicación del artículo 334 respecto al quebrantamiento de sus medidas. La procedencia del juicio de revisión es perfectamente compatible con la comisión del delito de quebrantamiento de condena. Subrayemos, de otro lado, que en los artículos 452 bis g), 487 y 584-12 cabe hablar de sentencia penal y de condena con mayor precisión que en la Ley especial, puesto que las medidas de los mencionados preceptos del Código son necesariamente postdelictuales, integrándose así en la condena de un sentenciado por infracción criminal (86).

(80) Por todos, CUELLO CALÓN, *Derecho Penal*, T. II, vol. I, 14.ª ed., Bosch, Barcelona 1975, pág. 336.

(81) RODRÍGUEZ DEVESA, *ob. cit.*, Parte Especial, pág. 916.

(82) QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso de Derecho penal*, T. II, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid 1963, pág. 583.

(83) Prescindimos ahora del supuesto del preso preventivo.

(84) Según el cual procede el juicio de revisión “por haber quebrantado el peligroso cualesquiera de las medidas a que hubiere sido sometido”.

(85) CUELLO CALÓN, *ob. cit.*, T. II, vol. I, págs. 337 y 339.

(86) El carácter de sanción penal que tiene la medida de seguridad —aunque no sea pena— impide equiparar esa parte de la sentencia con la relativa a las indemnizaciones civiles, que sólo accidentalmente y por razones procesales se incluyen en la resolución penal.

VI.—DURACION Y COMPUTO

Los autores no suelen estudiar separadamente las diversas clases de interdicción y las restantes privaciones de derechos civiles. La posición general consiste en advertir que, de acuerdo con el artículo 31 del Código penal, las interdicciones, como penas accesorias, tienen la duración de la principal. Sin embargo, el problema resulta bastante más complicado porque, como se verá a continuación, lo que es válido para la interdicción absoluta no lo es para los demás supuestos (87). De ahí la conveniencia, una vez más, de desarrollar el tema en distintos apartados.

A) *La interdicción absoluta*

Nuestro Código penal ofrece dos artículos, el 43 y el 45, que mantienen de manera especial para la interdicción absoluta lo ya proclamado por el artículo 31 en cuanto a la duración de las penas accesorias. Nada hay de particular en ello, puesto que dicha interdicción es pena accesoria en el sentido más estricto de la expresión, o sea en cuanto no sólo requiere que haya delito por el que se imponga pena principal, sino que, además, apoya su accesoriidad en esta misma pena. La interdicción absoluta presenta para nosotros la naturaleza de «consecuencia accesoria», bien entendido que tal accesoriidad, aunque en último extremo descansa en el delito, entronca directamente en la pena impuesta. Recordemos cómo, en todo caso, la doctrina hace hincapié en las dificultades prácticas con que tropieza el condenado a reclusión mayor para el ejercicio de los derechos civiles afectados por la interdicción.

La dependencia temporal respecto a la pena privativa de libertad significa que se inicia su cómputo con el de la reclusión mayor, para la que a su vez serán de aplicación los párrafos 1.º y 2.º del artículo 32 (88).

La redención de penas por el trabajo, introducida en nuestro ordenamiento por Decreto de 28 de mayo de 1937 y regulada hoy sustancialmente por el artículo 100 del Código penal y los artículos 65 a 73 del Reglamento de Prisiones de 2 de febrero de 1956, modificado por Decreto de 25 de enero de 1968 y Real Decreto de 29 de julio de 1977, reduce, junto a la pena principal, «las accesorias correspondientes a que se refieren los artículos 45, 46 y 47 del referido cuerpo legal», o sea, el Código penal, como se lee en la Or-

(87) Por todos, PACHECO, *ob. cit.*, T. II, pág. 342.

(88) No es cierto que esta interdicción absoluta se produzca de forma automática con la firmeza de la sentencia, como opinan ALBALADEJO (*ob. cit.*, pág. 73), DE CASTRO (*ob. cit.*, pág. 256), Díez PICAZO y GULLÓN (*Instituciones...*, pág. 85), etc. El artículo 228 del Código civil sólo toma la firmeza de la sentencia como punto de partida para que el Ministerio Fiscal cumpla con los artículos 203 y 293.

den del Ministerio de Justicia de 6 de febrero de 1956, de la que procede el entrecomillado. No hay duda de que la cita del artículo 45 alcanza tanto a la inhabilitación absoluta como a la interdicción civil plena.

Mayores dificultades comporta la libertad condicional, introducida en España por Ley de 23 de julio de 1914 y regulada actualmente por los artículos 98 y 99 del Código penal y los artículos 53 a 64 del Reglamento de Prisiones. Ese cuarto período de libertad condicional forma parte de la ejecución de la pena, por lo que la interdicción continuará acompañándola. Ahora bien, la revocación de la libertad por la comisión de nuevo delito o mala conducta, con el consiguiente reingreso en prisión y en el período penitenciario que corresponda —según se lee en el artículo 99 del Código penal—, puede dar a la pena accesoria una duración mayor de la prevista inicialmente. El dilema consiste en si abonar en la liquidación de la accesoria el tiempo que siguió surtiendo efecto durante la libertad condicional o darlo por perdido al igual que para la pena principal. A favor de la primera solución cuenta que el párrafo 2.º de ese artículo 99 —donde se dispone dicha pérdida— parece referirse sólo a la pena privativa de libertad, que ha sido, además, la única afectada de hecho por el mencionado beneficio. A favor del segundo término del problema opera la dependencia en la duración, evitando que la accesoria acabe cumpliéndose antes que la principal. Nosotros, como en otro trabajo hicimos a propósito de las penas accesorias de suspensión e inhabilitación, nos inclinamos —no sin grandes dudas— por la tesis del abono, como la más favorable al reo (89) (90).

En cuanto al indulto, establece el artículo 6.º de la Ley de 18 de junio de 1870 que «el indulto de la pena principal lleva consigo el de las accesorias que con ella se hubiesen impuesto al penado, a excepción de las de inhabilitación para cargos públicos y derechos políticos y sujeción a la vigilancia de la autoridad, las cuales no se tendrán por comprendidas si de ellas no se hubiera hecho especial mención en la concesión». La extinción de la interdicción civil acompaña, por tanto a la de la reclusión mayor.

B) *La interdicción limitada del párrafo 1.º del artículo 446 y las privaciones de derecho de los artículos 487, 452 bis g) y del derogado artículo 439, todos ellos del Código penal.*

Pese a la diferente naturaleza formal del primer supuesto (pena) por un lado, y de las restantes privaciones (medidas de seguridad) por otro, nos hemos decidido por su estudio conjunto, ya que ma-

(89) MANZANARES SAMANIEGO, *ob. cit.*, pág. 213.

(90) Un problema similar se produce con las inhabilitaciones y suspensiones accesorias a una pena privativa de libertad cuando ésta se remite condicionalmente.

terialmente se trata en todo caso de medidas de seguridad. Coinciden, además, en su dependencia de delitos concretos y no de determinadas penas. Incluso la interdicción del párrafo 1.º del artículo 446 queda excluida de la Sección 3.ª del Capítulo III del Título referido a las penas. La rúbrica de la Sección es muy clara, «Penas que llevan consigo otras accesorias», y todos sus artículos, del 45 al 48 repiten la misma estructura: «la pena de... llevará consigo...». Pues bien, falta la interdicción limitada, precisamente porque ninguna pena la lleva consigo.

Repárese también en que la pena de los delitos comprendidos en los artículos citados puede reducirse, por vía de individualización, a la multa del artículo 74, o sea a la que constituye el último grado de las escalas del artículo 73 (91) Otras veces —así en los delitos de corrupción de menores— habrá pluralidad de penas principales, pudiendo tener mayor duración la privativa o restrictiva de derechos públicos, profesión y oficio que la privativa de libertad, que es, por el contrario, la más grave en la escala general del artículo 27. Aunque, como se expuso en otro lugar, la interdicción parcial no implique el sometimiento del reo a tutela, como tampoco lo conllevan las restantes privaciones de derechos civiles, es lo cierto que ya en sí tales privaciones carecen de sentido cuando se imponen por muy poco tiempo. La insuficiente normativa legal en esta materia no tolera por consiguiente fijar la duración de la interdicción acudiendo a la de una pena principal.

Desde una perspectiva material, que atienda a la diversa finalidad y al distinto fundamento de estas privaciones frente a las que comporta la interdicción absoluta, se confirma la conveniencia, y aun necesidad, de someter su dimensión temporal a regímenes diferentes.

Son los delitos mismos los que descalifican al reo para el disfrute de ciertos derechos. Estamos ante verdaderas prohibiciones recogidas en el Código penal por razones de técnica legislativa, pero que hubieran podido ir igualmente al articulado del Código civil.

Groizard (92) subrayó ya el absurdo de que pueda volver a ser tutor o curador el que prostituyó o corrompió menores. Más modernamente, Antón Oneca (93) escribe que «la pérdida de la patria potestad, cargos de tutela y autoridad marital de los artículos 439, 446 y 487 parecen tener carácter perpetuo» (94). Nosotros nos su-

(91) En teoría cabría ir al arresto sustitutorio total —siempre que se estime preceptivo fijarlo en la sentencia—, pero tal expediente, además de forzado, podría desembocar en periodos ridículamente cortos.

(92) GROIZARD, *ob. cit.*, T. II, pág. 241.

(93) ANTÓN ONECA, *ob. cit.*, Parte General, pág. 539.

(94) Por el contrario, para RODRÍGUEZ DEVESA (*ob. cit.*, T. II, página 298) las privaciones del artículo 487 constituyen una pena accesoria, una interdicción parcial, que “no ha de tener duración mayor que la que tenga la pena privativa de libertad”, añadiendo que, aunque tal vez no haya sido esa la intención del legislador, no cree que la pérdida de tales

mamos a esta opinión, recordando que dicho carácter perpetuo se halla presente no sólo en algunas medidas de seguridad, sino también en determinadas penas, como la pérdida de la nacionalidad española o la privación definitiva del permiso de conducir vehículos de motor.

Nuestra escasa jurisprudencia rechaza la accesoriedad temporal de estas privaciones. A propósito del abandono de familia, la sentencia de 22 de junio de 1972 (95), cuyo primer considerando se reprodujo literalmente en el epígrafe dedicado a la naturaleza de la interdicción, sostiene que la privación del derecho de patria potestad no debe hacerse por el mismo lapso de tiempo de la condena privativa de libertad —como se estimó en la sentencia casada—, sino que debe persistir mientras no se modifique la conducta incumplidora de los deberes de asistencia. La resolución nos satisface en cuanto a la rotura de la accesoriedad, mas no respecto a la temporalidad indeterminada de la privación. Tal criterio, que puede resultar viable en estas situaciones cuya permanencia sólo se rompe jurídicamente a efectos de individualización y punición del delito —si bien la situación misma se prolongue más allá de la sentencia—, resulta inaplicable para los delitos instantáneos contemplados en esos otros artículos que entendemos deben quedar sometidos al mismo régimen del 487 (96).

Recordemos, por lo que hace al derecho comparado, que en las hipótesis de los artículos 541, 562, 564 y 569 del Código penal italiano las pérdidas de la patria potestad o de la autoridad marital son perpetuas y tales derechos sólo se recuperan mediante la rehabilitación (97).

C) *Las suspensiones del núm. 12 del artículo 584.*

No ofrece duda la temporalidad de dichas medidas, si bien el legislador no señala máximo, ni mínimo, ni proporciona orientación alguna para fijar su duración.

derechos tenga carácter definitivo y sea el reo de peor condición que si se le hubiere impuesto una pena que llevase consigo la interdicción civil. QUINTANO RIPOLLÉS estima por su lado (*Comentarios...*, pág. 834) que las privaciones del artículo 452 bis g) son inhabilitaciones parciales, sin señalamiento de tiempo, por lo que tal extremo debe quedar al arbitrio de los Tribunales, sin sujeción a las normas de las inhabilitaciones propiamente dichas.

(95) *Aranzadi...*, Colección legislativa 1.044.

(96) En un caso de estupro incestuoso la Sentencia de 6 de marzo de 1972 (Colección legislativa 332) confirma una posible privación definitiva de la patria potestad por aplicación del artículo 452 bis g). La fórmula de la sentencia recurrida, era en verdad aséptica —“El Tribunal acuerda privar al procesado de la patria potestad”— sin nominar las sanciones, ni insinuar accesoriedad alguna respecto a la pena privativa de libertad, a diferencia de lo que hacía con la suspensión.

(97) BETTIOL, *ob. cit.*, pág. 688.

El artículo 444 del Código penal y el régimen general de la responsabilidad civil derivada del delito

JUAN JOSE GONZALEZ RUS,
Profesor Adjunto Interino de Derecho Penal. Granada

SUMARIO: I) CONSIDERACIONES GENERALES.—II) LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE DELITO: 1) Diferencias con la responsabilidad criminal. 2) Origen. 3) Naturaleza. 4) Concepto. 5) Tratamiento procesal. 6) Su papel en el tratamiento del delito.—III) LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y EL ARTICULO 444 DEL CODIGO PENAL: 1) Antecedentes históricos y legislación extranjera. 2) Sentido del precepto. 3) El artículo 444 como excepción al régimen general de renunciabilidad de la responsabilidad civil.—IV) CONTENIDO DEL ARTICULO 444: CONCEPTOS QUE COMPRENDE: 1) En beneficio de la ofendida: la dote. 2) En beneficio de la prole: A) Reconocimiento.—B) Alimentos.—V) CONCLUSIONES Y CONSIDERACIONES DE LEGE FERENDA.

I. CONSIDERACIONES GENERALES

Resulta sobradamente conocido que la pena no es la única consecuencia jurídica que se deriva de la comisión de un delito. Junto a ella, normalmente que no siempre, se produce un daño —distinto al que encarna la propia lesión al bien jurídico protegido con el tipo penal que se realiza— que ha de ser considerado necesariamente a la hora de precisar la respuesta que el ordenamiento jurídico debe dar al comportamiento delictivo. De no ser así, excusado es advertir que la reacción jurídica sería incompleta, al olvidar algunas de las consecuencias generadas por el hecho punible. La pena, pues, no es por sí sola instrumento suficiente para agotar el contenido lesivo de la conducta: es preciso dar también satisfacción al otro aspecto del daño, que viene a engendrar la llamada responsabilidad civil derivada del delito.

Con ser tan evidente su presencia y existencia, la polémica sobre su naturaleza, características y contenido está muy lejos de haber acabado. Por el contrario, el tema continúa y continuará

sometido a discusión, tanto por penalistas como por civilistas, puesto que en definitiva lo que se debate no es sino la naturaleza de uno y otro ilícito; esto es, la calificación misma de la ilicitud del hecho que genera una y otra responsabilidad, puesto en relación, naturalmente, con la esencia última del concepto de ilícito jurídico (1). Se comprenderá que materia tan delicada no podía escapar a la discusión, más si se observa que de ahí a la cuestión, trascendental por otra parte, de la naturaleza de uno y otro derecho (civil y penal) y las relaciones que deben mediar entre ambos hay tan sólo un pequeño paso (2).

De cualquier forma lo cierto es que, particularmente desde el punto de vista penal, el que la responsabilidad civil esté situada en esa tierra de nadie fronteriza con los dos ordenamientos, explica que la atención que se le ha prestado por la doctrina patria no haya sido todo lo completa que la importancia del tema requiere; especialmente en lo que se refiere a específicos supuestos de responsabilidad civil generada por concretos delitos, como es el caso del artículo 444 que va a ocuparnos.

II. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL DELITO

Responsabilidad criminal y responsabilidad civil nacida de un hecho constitutivo de ilícito penal, con ser realidades conexas, en cuanto que conjugan mutuamente sus cometidos para tratar de dar una completa respuesta a las consecuencias derivadas del hecho punible, son, sin embargo, conceptos esencialmente diversos.

La diferencia fundamental, sobre la que van a girar las demás, se encuentra en la distinta finalidad que persiguen una y otra: la responsabilidad criminal, dirigida a la tutela del interés público; la responsabilidad civil, orientada a la protección del interés privado; intereses ambos que se ven lesionados de consuno con la comisión del hecho punible.

Este distinto cometido va a generar las también distintas características de una y otra:

1.^a La responsabilidad criminal, en defensa de los intereses generales, se sirve de la pena como instrumento fundamental de lucha contra el ilícito punible. La responsabilidad civil, en cambio, persigue la reparación del daño —en sentido amplio— causado por el delito a la persona que se vio perjudicada, patrimonial o moralmente, con su comisión. No puede decirse, sin embargo, que la responsabilidad civil sea totalmente privada. Tan solo parcialmente lo es, en tanto que no tiene un carácter patrimonial puro,

(1) Así enfrentan el tema FENECH, Miguel, *El proceso penal*, 3.^a ed., Madrid, 1978, págs. 7 y sigs., y GÓMEZ ORBANEJA, Emilio - HERCE QUEMADA, Vicente, *Derecho Procesal Penal*, 8.^a ed., Madrid, 1975, pág. 75.

(2) Vid. ampliamente SILVA MELERO, Valentín, *Relaciones entre el Derecho Civil y el Derecho Penal*, en «Anuario», 1945, págs. 246 a 256.

pues caben resarcimientos que se realizan por medio de inscripciones o rectificaciones registrales (artículo 444, 2.º, por ejemplo), o indemnizaciones que no tienen por base un perjuicio patrimonial en sentido estricto, como es el caso de los daños morales (3).

En lo que se refiere a los propios medios que integran una y otra responsabilidad, la pena, tal como hoy es concebida —dirigida a la prevención general, sin perjuicio de sus pretendidas aspiraciones, cada vez más dudosas, a la prevención especial—, es esencialmente retributiva, y de ningún modo puede hablarse de que con su imposición se traten de paliar, en concreto, los efectos dañosos del delito. La reparación, por el contrario, no puede aspirar tampoco a borrar el daño causado por el comportamiento punible, pero sí a despojarlo de su esencia perjudicial, creando una situación idéntica o semejante a la que existiría si no se hubiese producido (4).

2.º La responsabilidad criminal tiene siempre carácter sancionatorio, mientras que la responsabilidad civil tan solo ocasionalmente aparece presidida de esa finalidad. «El fin reparatorio de la responsabilidad civil —observa De Cupis— permite que excepcionalmente pueda prescindirse incluso de la violación de la norma, mientras que el carácter aflictivo de la pena comporta que nunca se pueda aplicar al margen de tal violación» (5).

3.º En la responsabilidad criminal, el baremo con que se hace la medición de la pena es la culpabilidad del sujeto. Por su parte, la responsabilidad civil, y en concreto la reparación, depende, no de la mayor o menor intensidad del dolo o la culpa del autor, sino de la entidad del daño. De esta forma, caben delitos eminentemente intencionales que no generan responsabilidad civil, al estar ausente el daño, y es posible, por el contrario, que delitos con poca carga culpabilística generen una importante responsabilidad de ese orden.

4.º La responsabilidad criminal es eminentemente personal: sólo afecta a aquéllos que intervinieron en el hecho delictivo que la genera. La responsabilidad civil, en cambio, puede recaer sobre personas ajenas a la infracción criminal, como ponen de manifiesto los artículos 20, 21 y 22 del Código penal. Ello provoca las siguientes consecuencias:

(3) GIL ESTELLÉS, Carlos, *La responsabilidad civil derivada de la penal en la doctrina y en la legislación*. Valencia, 1949, pág. 39.

(4) DE CUPIS, Adriano, *El daño (Teoría general de la responsabilidad civil)*. Traducción de la 2.ª ed. italiana y estudio preliminar, por Angel Martínez Sarrión. Barcelona, 1975, pág. 594.

(5) *El daño*, cit., pág. 592. Podría pensarse que lo dicho no sirve a estos efectos, al estar refiriéndonos a una responsabilidad civil que trae su origen de un delito o falta, que obviamente implica *per se* la violación de una norma. No es así, si recordamos que en virtud del artículo 20 del Código penal, por sólo citar un caso, cabe la posibilidad de que sea responsable civil quien no ha efectuado tal violación de la norma.

A) La responsabilidad criminal, dado su carácter personal, no es transmisible. La responsabilidad civil, por contra, a tenor de lo dispuesto en el artículo 105 del Código penal, es transmisible a terceras personas ajenas a la infracción.

B) La responsabilidad civil es susceptible de cumplimiento solidario entre todos los participantes en el delito, característica que es impensable en el caso de la responsabilidad criminal.

Básicamente estas son las diferencias que se vienen señalando por la doctrina entre ambos géneros de responsabilidad (6), sin perjuicio de que ocasionalmente se destaque por algún autor otras notas diferenciales, también dignas de tenerse en cuenta (7), pero de las que en otro momento nos ocuparemos.

Según nuestro derecho, sin embargo, parte de las diferencias que acaban de señalarse se ven bastante difuminadas. En primer lugar, porque en un buen número de supuestos no es tan claro discernir entre una y otra responsabilidad, siendo a veces un simple problema de calificación jurídica el que hace que optemos por una u otra (8). No puede olvidarse, de otro lado, que en la regulación que el Código penal hace de la responsabilidad civil no están ausentes ciertos criterios punitivos de sanción y retribución que, en opinión de Quintano (9), resaltan con singular crudeza en numerosas ocasiones, particularmente en las reglas contenidas en los artículos 20, 21 y 22 del Código penal; hasta el punto de que:

(6) Vid. SÁINZ CANTERO, José Antonio, *Derecho Penal I*, Unidades Didácticas para la UNED. Madrid, 1974, XXXVI/5. GÓMEZ ORBANEJA - HERCE QUEMADA, *Derecho Procesal Penal*, cit., págs. 76-77. ANTÓN ONECA, José, *Derecho Penal*, Tomo I, Parte General, Madrid, 1949, pág. 607. CUELLO CALÓN, Eugenio, *Derecho Penal*, revisado y puesto al día por César Camargo Hernández, Parte General, Tomo I, Volumen II, 16 ed., Barcelona, 1971, pág. 743. LANDROVE DÍAZ, Gerardo, *Las consecuencias jurídicas del delito*, Barcelona, 1976, pág. 158. SANTOS BRIZ, Jaime, *La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y Derecho procesal*. Madrid, 1970, págs. 156 y 157. DE CUPIS, *El daño*, cit., págs. 591 a 594. GIL ESTELLÉS, *La responsabilidad civil derivada de la penal en la doctrina y en la legislación*, cit., págs. 38 y 39. ROGEL VIDE, Carlos, *La responsabilidad civil extracontractual en el Derecho Español*. Madrid, 1977, págs. 27 a 29.

(7) GIL ESTELLÉS, *La responsabilidad civil derivada de la penal en la doctrina y en la legislación*, cit., pág. 39, señala también como característica de la responsabilidad civil la de la contingencia, en el sentido de que al contrario de lo que ocurre con la responsabilidad criminal, que siempre está presente una vez cometido el hecho delictivo, la responsabilidad civil puede faltar si el delito no causara el daño que ha de repararse. Vid. también ROGEL VIDE, *La responsabilidad extracontractual en el Derecho Español*, cit., páginas 28 y 29.

(8) Vid. GARCÍA VALDECASAS, Guillermo, *El problema de la acumulación de la responsabilidad contractual y delictual en el derecho español*, en «Revista de Derecho Privado», 1962, pág. 833. ROGEL VIDE, *La responsabilidad civil extracontractual en el Derecho Español*, cit., pág. 27 («la opción por una u otra es una cuestión relativa históricamente, cambiante, incluso de política legislativa»); vid. también págs. 45 a 48.

(9) La «acción tercera» o «cuasi criminal» propia de la llamada responsabilidad civil dimanante del delito, en «Revista de Derecho Privado», 1946, páginas 937-938. De la misma opinión SANTOS BRIZ, *La responsabilidad civil*, cit., página 157.

en ocasiones es difícil distinguir entre la responsabilidad así determinada y lo que en otros casos aparece en el Código como multa: (artículo 266, por ejemplo). Del mismo modo, tampoco puede afirmarse con rotundidad que el daño sea tenido en cuenta exclusivamente a efectos de resarcimiento y nunca para determinar el grado de la responsabilidad criminal, concretamente la entidad de la pena; ahí están, por ejemplo, todos aquellos casos en que la cuantía de la multa se determina en un tanto o múltiplo del daño o perjuicio causado (10). Todo ello sirve para poner de manifiesto claramente que en nuestro derecho la responsabilidad civil aparece con unas connotaciones particulares, que han de ser tenidas en cuenta a la hora de proceder a su estudio; sin que deba extrañar, por tanto, que algunos autores hablen, al referirse a ella, de «sanciones civiles» (11).

2. Origen

Como hemos visto, tradicionalmente viene entendiéndose que puesto que el delito lesiona tanto los intereses particulares como los generales, su sanción ha de orientarse según ese doble orden de consecuencias, arbitrándose para ello, la pena, para la lesión de los generales, y la responsabilidad civil, para atender a la lesión de los particulares. Se coincide, por tanto, en afirmar que la finalidad de la responsabilidad civil no es otra que la reparación de los efectos del delito (12); finalidad notoriamente diversa de la que corresponde a la pena, como ya hemos tenido ocasión de comprobar.

El procedimiento que se establece para todos estos casos en los que el daño no puede ser prevenido, pues es posterior al hecho productor del mismo, no es otro que, como expone De Cupis (13), el de imponer su reparación a una persona distinta del perjudicado, transfiriendo con ello la carga del daño del sujeto que lo sufre al que realiza la acción productora del mismo; mecanismo que no es otra cosa que el fenómeno jurídico de la responsabilidad civil.

(10) ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, I, PG, cit., págs. 607 y 608.

(11) QUINTANO RIPOLLÉS, *La «acción tercera» o «cuasi criminal» propia de la llamada responsabilidad civil dimanante del delito*, cit., págs. 937 y 938. ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, I, PG, cit., pág. 605 (sanciones civiles de carácter reparador). FERRER SAMA, Antonio, *Comentarios al Código Penal*, Tomo II, Murcia, 1947, pág. 108. MIR PUIG, Santiago, *Introducción a las Bases del Derecho Penal*. Barcelona, 1976, pág. 29. Sobre la doctrina del Tribunal Supremo, vid. RODRÍGUEZ RAMOS, *Doctrina jurisprudencial sobre las medidas del artículo 444 del Código penal*, en «Revista de Derecho Privado», 1977, pág. 197. Entre la más reciente jurisprudencia, vid. Sentencias de 5 y 24 de febrero y 11 de abril de 1977 y 3 de junio de 1978.

(12) DE CUPIS, *El daño*, cit., pág. 580. ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, I, PG, cit., pág. 605. FUENTES PÉREZ, *Conjunción de responsabilidad contractual y extracontractual provenientes de un mismo hecho*, en «Revista de Derecho de la Circulación», 1965, pág. 525. ROGEL VIDE, *La responsabilidad civil extracontractual en el Derecho Español*, cit., pág. 28.

(13) DE CUPIS, *El daño*, cit., págs. 578 y 579.

En lo que se refiere en concreto a la responsabilidad civil derivada de delito, García Valdecasas (14), que la localiza dentro de la categoría general de la responsabilidad extracontractual, entiende que su origen está en el deber general de no causar daño a otro, «deber que nos viene impuesto a todos por un principio supremo de Derecho natural («alterum non laedere») sin el cual sería imposible la convivencia humana. Se trata, pues, no de incumplir una obligación libremente asumida (responsabilidad contractual), sino de violar un deber que la ley nos impone sin contar con nuestra voluntad. No requiriéndose para la responsabilidad delictual la preexistencia de una determinada obligación, el deber de indemnización surge *ex novo* como efecto atribuido por la ley al hecho ilícito, y no por transformación de una obligación anterior contraída libremente».

No hay acuerdo, sin embargo, a la hora de precisar cuál sea el papel que corresponde a la responsabilidad civil en referencia a la responsabilidad criminal, por entenderse en unos casos que se trata de una consecuencia derivada de la penal a la que corresponde, por consiguiente, un papel accesorio y subsidiario de aquella, y en otros que, por el contrario, se trata de una responsabilidad con vida propia y de ninguna manera supeditada, sustancialmente que no procesalmente, a la responsabilidad penal.

En la primera postura, Córdoba Roda (15), entiende, en base al artículo 19 del Código penal, que la responsabilidad civil presupone «necesariamente» la previa comisión de un delito o falta, sin perjuicio de que haya ocasiones (artículo 20, artículo 564, entre otros), en las que la ley penal reconoce explícitamente el nacimiento de responsabilidad civil derivada de un hecho no constitutivo de una infracción merecedora de responsabilidad criminal. Luzón Domingo (16), de la misma opinión, mantiene que la responsabilidad civil no es sino una consecuencia de la responsabilidad dimanante del delito.

Partiendo del mismo lugar, el artículo 19 del Código penal, un segundo grupo de autores llega a consecuencias esencialmente distintas a las anteriores, negando la accesoriedad y afirmando la autonomía e independencia de la responsabilidad civil generada por un delito. En unos casos, por entender que el ilícito penal no es sino un género dentro de la categoría global de acto ilícito, de forma que un hecho injusto lo es esencialmente en su aspecto civil y sólo accesoriamente en la vertiente penal, por lo que la responsabilidad civil derivada del hecho delictivo es anterior a la respon-

(14) GARCÍA VALDECASAS, *El problema de la acumulación de la responsabilidad contractual y delictual en el derecho español*, cit., pág. 832.

(15) CÓRDOBA RODA, Juan - RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *Comentarios al Código Penal*, Tomo I, Barcelona, 1972, págs. 959 a 961.

(16) *Derecho Penal del Tribunal Supremo (Síntesis crítica de la moderna jurisprudencia criminal)*, Parte General, Tomo II, Barcelona, 1964, pág. 215.

sabilidad penal (17). «Esto quiere decir que el delito en cuanto tal no produce otro efecto jurídico que la pena. Pero el acto que lo constituye es a la vez fuente de obligaciones civiles si lesiona derechos subjetivos privados». En todo caso, lo que está condicionado por la responsabilidad penal no es la civil, sino la competencia del juez penal para conocer sobre esta última (18).

A la misma solución de rechazo de la idea de accesoriidad sustancial de la responsabilidad civil respecto a la penal, se llega también en base a argumentos distintos: 1.º porque si todo responsable criminal lo fuera civil, a sensu contrario, todo irresponsable criminal habría de serlo también civil, lo que está muy lejos de ser verdad; y 2.º porque si realmente estuvieran en relación de dependencia, la extinción de la responsabilidad penal provocaría también la desaparición de la civil, consecuencia también de afirmación errónea (19).

En verdad, no parece que, visto el tratamiento que la responsabilidad civil merece en nuestro derecho, sea posible mantener tal idea de accesoriidad o dependencia respecto a la responsabilidad criminal. Ni el artículo 19 del Código penal permite ser interpretado de esa manera, sino que, más bien, viene a señalar todo lo contrario: que todo responsable criminal de un delito o falta lo sea civilmente no quiere decir necesariamente que donde falte aquella responsabilidad, pero exista daño, haya de faltar también la reparación del mismo. No entendido así, carece de sentido el artículo 20 (que declara responsables civiles a personas que no lo son criminalmente), el 21 (que señala «responsables civiles, en defecto de los que lo sean criminalmente»), el 22 (que recoge el mismo principio), el 102, párrafo 2.º (que impone la restitución «aunque la cosa se halle en poder de un tercero y éste la haya adquirido por un medio legal»), el 105 (que declara la transmisibilidad de la obligación de reparar a los herederos del responsable), o, en fin, el artículo 108 (que evidentemente no se está refiriendo a los responsables criminalmente de un delito o falta, pues de ser así el precepto sería claramente innecesario). En el mismo sentido, el que en casos de absolución, en los que falta la responsabilidad criminal, no haya declaración de responsabilidad civil, no indica sino que el Juez penal ha perdido la competencia para pronunciarse sobre la misma, pero en ningún caso que ésta haya de entenderse también extinguida. Claramente lo pone así de manifiesto el artículo 116 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal al declarar abierta para estos casos la reclamación «ante la jurisdicción o por la vía de lo civil que proceda» contra personas que van a ser responsa-

(17) FENECH, *El proceso penal*, cit., págs. 7, 8 y 165.

(18) GÓMEZ ORBANEJA-HERCE QUEMADA, *Derecho Procesal Penal*, cit., págs. 75 y 76. Por otro camino llega a parecidas conclusiones QUINTANO RIPOLLÉS, *La «acción tercera» o «cuasi criminal» propia de la llamada responsabilidad civil dimanante del delito*, cit., págs. 935 a 937.

(19) TERUEL CARRALERO, Domingo, *Infracción penal y responsabilidad civil*, en «Anuario», 1958, págs. 35 y 43.

bles civiles y que no lo son, en cambio, criminales (20). Todo ello sirve para evidenciar la ligereza que se comete al declarar la accesoria de la responsabilidad civil nacida de un delito.

El tratamiento correcto del tema requiere una aclaración previa: que según ponen de manifiesto los artículos 1.092 y 1.093 del Código civil, unas son las obligaciones civiles que nacen de los delitos o faltas, que «se regirán por las disposiciones del Código penal» (artículo 1.092 C. c.) y otras «las que se derivan de actos u omisiones en que intervenga culpa o negligencia no penadas por la ley», que se verán sometidas a la normativa civil. Y que tan sólo las primeras son accesorias de la responsabilidad criminal (21). Distinción que en algunos casos no es ajena a la jurisprudencia (22).

Ello, sin embargo, no permite afirmar, como advierte Gómez Orbaneja (23), que tal distinción signifique diferencias sustanciales entre unas y otras obligaciones; esto es, básicamente iguales son en su esencia y contenido la responsabilidad civil derivada de delito o falta que la que se deriva de culpa o negligencia no punible, pues idéntica es la obligación de resarcir que genera una y otra: las diferencias son tan sólo de tratamiento procesal, de forma que es precisamente esta diversa instrumentación de unas y otras lo que permite afirmar que es accesoria de la penal la responsabilidad civil derivada de hecho punible; aunque conceptualmente la obligación es la misma tanto si el hecho que genera la responsabilidad civil es delictivo como si no lo es. En efecto, la separación que vienen a efectuar los artículos 1.092 y 1.093 del Código civil es más aparente que real, en cuanto que la normativa aplicable para unas y otras obligaciones es la misma, sólo que en un caso, las derivadas de delito, se va a hacer a través de las disposiciones de los artículos 101 y siguientes del Código penal, que no son sino una especificación del régimen general establecido para todas las obligaciones por los artículos 1.902 y siguientes del Código civil. Cuando el artículo 105 del Código penal declara transmisible a los herederos del responsable la obligación de reparar el daño que se produjo como consecuencia de un delito, haciendo responder a quien no

(20) Más ampliamente GÓMEZ ORBANEJA, Emilio, *La acción civil de delito*, en «Revista de Derecho Privado», 1949, págs. 185 a 187, y QUINTANO RIPOLLÉS, La «acción tercera» o «cuasi criminal» propia de la llamada responsabilidad civil dimanante del delito, cit., págs. 936 y 937. En el sentido propuesto, también, REYES MONTERREAL, *Acción y responsabilidad civil derivadas de delitos y faltas*. Madrid, 1955, pág. 36.

(21) Así, MANRESA Y NAVARRO, José María, *Comentarios al Código Civil Español*, Tomo VIII, 4.ª ed., corregida y aumentada, Madrid, 1929, págs. 26 a 34. ALONSO-CORTÉS CONCEJO, Antonio, *Fundamento de la responsabilidad civil delictual*. Valladolid, 1960, págs. 60 y 61. También parece aceptar la distinción GIL ESTELLÉS, *La responsabilidad civil derivada de la penal en la doctrina y en la legislación*, cit., pág. 103. En contra, GALIANA URIARTE, Francisco, *Problemas de la responsabilidad civil delictual*, en «Anuario», 1966, págs. 200 y 201.

(22) DE LA PLAZA, Manuel, *Derecho Procesal Civil Español*, Volumen I, 2.ª ed. corregida y aumentada y puesta al día, Madrid, 1945, págs. 161 y 162.

(23) *La acción civil de delito*, cit., págs. 187 a 189. Vid. también MANRESA, *Comentarios al Código Civil Español*, VIII, cit., págs. 26 a 34.

fue responsable criminal del mismo, no está alterando la sustancia de la obligación, que sigue siendo la misma, aunque con arreglo a los artículos 1.092 y 1.093 del Código civil, está claro que no es una obligación que para ellos nazca de hecho punible. Del mismo modo, no puede mantenerse que cambia el contenido de la obligación por el hecho de que el perjudicado reserve expresamente la acción civil derivada de un delito, para ejercitarla en esa jurisdicción después de terminado el juicio criminal (artículos 111 y 112 L. E. Crim); reclamación que aun siendo originariamente derivada de un delito o falta, será contemplada con arreglo a las disposiciones civiles.

La conclusión de todo ello es que sería incierto pensar que, en virtud de esa distinción apuntada, un hecho, en orden a la responsabilidad civil, empieza a ser ilícito civil cuando deja de serlo penal. Por el contrario, son únicamente diferencias de articulación procesal las que median entre uno y otro tipo de responsabilidad civil, sin que en ningún caso se vea afectada la propia esencia y objeto de la obligación de reparar el daño que surge en uno y otro supuesto. Si acaso, la conclusión habría de ser la contraria y tendríamos que dar la razón a los que pensaban que el ilícito penal es, a estos efectos, un género del ilícito civil y que todo hecho es básicamente un injusto civil y sólo accesoriamente lo es penal. Por esto que mantener la accesoriedad de la responsabilidad civil derivada de un delito no es sino confundir la ordenación procesal del tema con la fuente y el contenido sustantivo de la obligación reparatoria. Por razones procesales, que no sustanciales, es por lo que puede decirse que son accesorias de la penal las responsabilidades civiles que nacen de un delito, aunque básicamente nada las diferencia del resto de las obligaciones extrancontractuales. En lo que se refiere al objeto y contenido, por tanto, la responsabilidad civil es autónoma e independiente de la calificación jurídica de delito o no que corresponda al hecho que la genera. En definitiva, es esencialmente autónoma e independiente de la responsabilidad criminal.

Están justificadas por eso las críticas y reservas con que se admite la frase «responsabilidad civil derivada o dimanante del delito», de uso muy común en nuestra jurisprudencia (24), en cuanto

(24) La jurisprudencia, salvo contadas ocasiones (Sentencias de 21 de junio de 1957 y 22 de octubre de 1962, entre ellas), viene utilizando la nominación referida con gran reiteración, llevándola, además, a sus últimas consecuencias, en el sentido de proclamar la accesoriedad de la responsabilidad civil respecto a la criminal, de tal forma que solamente puede declararse cuando se haya verificado previamente la existencia de un delito, puesto que es consecuencia derivada de él (Sentencias de 28 de abril de 1888, 12 de julio de 1902, 6 de mayo de 1926, 5 de marzo de 1929, 28 de septiembre de 1955, 4 de julio de 1960, 29 de mayo de 1945, 11 de noviembre de 1953, 4 de julio de 1970, 23 de marzo de 1961, 17 de junio de 1961, 13 de diciembre de 1963, 9 de mayo de 1964, 3 de marzo de 1966, 14 de marzo y 7 de mayo de 1969, entre otras). Ver también DEL ROSAL, *Alcance de la relación facticia en la configuración de la responsabilidad penal y civil (comentario a la Sentencia de 6 de febrero de 1958)*, en «Anuario», 1958, págs. 77 a 82. En otros casos

que como queda visto, interpretada literalmente, no responde a la realidad de las cosas (25).

3. *Naturaleza*

Sobre cuál sea la naturaleza de la responsabilidad civil nacida de delito o falta, es obvio que cabe adoptar tres posiciones: que tiene una naturaleza penal, que la tiene civil, o, en fin, que posee unas particularidades propias que le otorgan una sustantividad *sui generis* a caballo entre las dos soluciones anteriores. De hecho, hay defensores para las tres posturas.

En lo que hace a la primera opinión, la responsabilidad nacida del delito tiene naturaleza penal, se dice, «por cuanto en las normas de esta índole encuentra su nacimiento, sus condicionamientos y su ejercicio, y si bien el contenido es meramente civil, su viabilidad se encuentra subordinada a la previa realidad de una infracción punible» (26).

Más numerosos y de mayor convicción son, de otra parte, los argumentos que se esgrimen en defensa de una naturaleza civil para la responsabilidad de este género que tiene su origen en el delito (27). Se empieza por advertir que aunque no dijera nada el artículo 19 del Código penal, sentando la responsabilidad civil de todo responsable criminal, así habría necesariamente de ser, por cuanto las obligaciones civiles nacidas del delito lo son independientemente de su valoración punitiva: es decir, que existirían igualmente aunque el Código penal no se ocupara de ellas, ya que en definitiva lo que éste ha hecho no ha sido sino recoger del Derecho Privado los principios generales sobre la responsabilidad derivada de un hecho lesivo (27).

todavía se es más explícito, declarando la subsidiariedad de la responsabilidad civil (Sentencia de 9 de febrero de 1956) «con absoluta subordinación a la previa resolución que penalmente proceda» (Sentencia de 10 de febrero de 1955).

(25) Se muestran disconformes con tal nominación: TERUEI, CARRALERO, *Infracción penal y responsabilidad civil*, cit., págs. 33 y 34. REYES MONTERREAL, *Acción y responsabilidad civil derivadas de delitos y faltas*, cit., pág. 36, y GIL ESTELLÉS, *La responsabilidad civil derivada de la penal en la doctrina y en la legislación*, cit., pág. 27, este último por motivos algo diferentes a los enunciados. QUINTANO RIPOLLÉS propone el nombre de responsabilidad «cuasi criminal», dados los criterios de sanción y retribución con que viene regulada la responsabilidad civil en el Código penal, que habría de ser exigible de manera exclusiva ante la vía criminal, por motivo de infracciones de carácter penal y que estaría desligada completamente de la civil. Vid. *La «acción tercera» o «cuasi criminal» propia de la llamada responsabilidad civil dimanante del delito*, cit., págs. 937 a 939.

(26) REYES MONTERREAL, *Acción y responsabilidad civil derivadas de delitos y faltas*, cit., pág. 45.

(27) SILVA MELERO, Valentín, *El problema de la responsabilidad civil en el Derecho penal*, separata de la «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», diciembre 1950, pág. 33. Esta es básicamente la fundamentación, más o menos explícita, de quienes mantienen esta postura: FERRER SAMA, *Comentarios al Código Penal*, II, cit., págs. 104 a 108, especialmente pág. 107. CASTÁN

Se piensa, por último, que a la responsabilidad civil nacida del hecho punible le corresponde, en realidad, una naturaleza mixta. Fundamentalmente por dos razones: en primer lugar, porque sustancialmente la responsabilidad civil está compuesta por un conjunto de obligaciones que globalmente es de carácter patrimonial o familiar en su origen, pero penal en su ejercicio y desarrollo: estáticamente considerada, pues, la responsabilidad civil tiene una naturaleza civil; sin embargo, el que su origen se encuentre en los ilícitos de máxima gravedad y, sobre todo, el que su instrumentación se lleve a cabo en el proceso penal, hacen que derivativa y dinámicamente considerada su naturaleza sea penal (28). A la misma conclusión se llega observando que la responsabilidad civil *ex delicto* participa tanto de las características penales como de las civiles, puesto que conserva en muy importantes aspectos su original naturaleza privatista, singularmente en dos: «Uno es el de su renunciabilidad, ya que ante la renuncia expresa y válida de su titular, a quien es preceptivo instruir de los derechos que le atribuye el artículo 109 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la acción perece. Otro, aún más característico, es el de su carácter ultrapersonal, permitiendo exigencias subsidiarias ajenas a la culpabilidad que, en materia estrictamente penal, serían inconcebibles» (29).

En nuestra opinión, la solución correcta está entre las del segundo grupo: la responsabilidad civil *ex delicto* tiene naturaleza privada exclusivamente. En efecto, aunque nada dijera el Código penal, el responsable criminal de un delito o falta, si con su conducta produjo un daño resarcible, debería también atender a las consecuencias lesivas de orden patrimonial o familiar que su comportamiento hubiera provocado. Esto es evidente a tenor de la propia normativa civil, que así lo establece en numerosos preceptos de su articulado: en el artículo 1.089, al señalar las fuentes de las obligaciones (la ley, los contratos, «y de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia»); el 1.101, al imponer la indemnización de daños y perjuicios a los que en el cumplimiento de sus obligaciones «incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquélla»; o, en fin, el propio artículo 1.902 al esta-

TOBEÑAS, José, *Derecho Civil Español*, Tomo IV, 9.ª ed., Madrid, 1969, pág. 866. SILVELA, *El Derecho Penal estudiado en sus principios*, Tomo II, Madrid, 1974, página 300. MIR PUIG, Santiago, *Introducción a las Bases del Derecho Penal*, cit., pág. 29. GÓMEZ ORBANEJA, *La acción civil de delito*, cit., págs. 186 a 188.

(28) GIL ESTELLÉS, *La responsabilidad civil derivada de la penal en la doctrina y en la legislación*, cit., págs. 34 a 36. De la misma opinión, MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios al Código Civil Español*, VIII, cit., págs. 26 a 34, concretamente 30 y 31.

(29) QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso de Derecho Penal*, Parte General, Tomo I, Madrid, 1963, págs. 549 y sigs.; el mismo, *La «acción tercera» o «cuasi criminal» propia de la llamada responsabilidad civil dimanante de delito*, cit., página 939. En los *Comentarios al Código Penal*, 2.ª ed., Madrid, 1969, pág. 291, afirma que la responsabilidad civil derivada de delito tiene su origen en el artículo 1.101 del Código civil, aunque se regula en el Código penal para facilitar la reparación.

blecer que «El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado». Cualquiera de estos preceptos sería base suficiente para apoyar la reclamación de los daños derivados del hecho punible.

Podría objetarse a la tesis mantenida que, a pesar de todo ello, el artículo 1.092 del Código civil envía a la regulación del Código penal para las obligaciones civiles «que nazcan de los delitos o faltas». Con ello pudiera parecer que se está excluyendo del campo privado este género de obligaciones. No es así, sin embargo, como ya quedó visto, pues bastaría con recordar que el Código penal no hace sino establecer las mismas disposiciones que se recogen en los artículos 1.902 y siguientes del Código penal, relativas a las obligaciones que nacen de culpa o negligencia. Pero es que aun en la regulación penal del tema se está poniendo de manifiesto que detrás de ella hay toda una normativa que ha de ser aplicada. No se comprendería, de ser de otra forma, la remisión que hace el artículo 102 del Código penal, en su párrafo 3.º, imposibilitando la restitución en aquellos casos en que «el tercero haya adquirido la cosa en la forma y con los requisitos establecidos por las Leyes para hacerla irreivindicable»; remisión que evidentemente obliga a acudir a los artículos 464, 1.955 y 1.956 del Código civil y el 85, 86, 324, 545-3.º y 547 y siguientes del Código de Comercio. Otro tanto ocurre cuando el artículo 117 del Código penal, al referirse a la extinción de la responsabilidad civil, se ve en la necesidad de declarar que la misma se producirá «de igual modo que las demás obligaciones, con sujeción a las reglas del Derecho civil»; circunstancia que obliga a la aplicación del artículo 1.156 del Código civil y los que lo desarrollan, artículos 1.157 a 1.213, también del mismo cuerpo legal, junto con los relativos a la prescripción, en su caso.

Pero hay más: algunos de los conceptos que integran la responsabilidad civil, según la contempla el Código penal, no son sino institutos civiles perfectamente definidos. Es el caso, por ejemplo, de la restitución, que no es otra cosa que la acción reivindicatoria de los artículos 348 y 349 del Código civil. Del mismo modo, la propia independencia de la responsabilidad civil con respecto a la penal, sirve para aseverar su naturaleza privada: el que la muerte del culpable extinga la responsabilidad criminal (artículo 112 del Código penal), pero no en cambio la civil, que se transmite a los herederos (artículo 105), que habrán de ejercitarla «ante la jurisdicción y por la vía de lo civil (artículo 115 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), aparte de mostrar una vez más la autonomía de la responsabilidad civil *ex delicto*, sirve para poner de manifiesto de nuevo su naturaleza eminentemente privada, puesto que sí parece que es preciso admitir que el simple hecho de que se produzca la muerte del culpable y los herederos se vean en la necesidad de acudir a la vía civil, no cambia la naturaleza de la obligación, que sin esa circunstancia hubiera sido reclamada junto con la responsabilidad

penal. Y lo mismo ocurre en los casos de rebeldía, demencia del inculpado, amnistía o indulto (30).

Por estas mismas causas es que no convence suficientemente la tesis que defiende la naturaleza mixta de la responsabilidad civil que nace del delito; fundamentalmente porque viene a confundir la calificación que corresponde sustancialmente al sentido de la responsabilidad civil *ex delicto* con su articulación procesal, circunstancia puramente aleatoria, dependiente incluso de la misma voluntad del actor (que puede ejercitarla conjuntamente con la penal o reservarla para su actuación posterior), y que para nada altera el carácter de la obligación u obligaciones que integran el contenido de la responsabilidad civil (31).

Es por todo ello que se ha mantenido con reiteración que la materia no debe ser regulada por el Derecho penal, explicando el que actualmente lo sea en el hecho de que la codificación penal fue anterior a la civil (32); cuestión, sin embargo, que habría que examinar cuidadosamente y de la que más adelante nos ocuparemos.

4. Concepto

Una aproximación a la responsabilidad civil derivada del delito, por ligera que sea, estaría incompleta si no contuviera un esbozo de concepto de la misma. El que a continuación ofrecemos quiere tener en cuenta todo lo que sobre ella llevamos visto, comprimido, naturalmente, en el rígido corsé que supone la necesaria brevedad de una formulación definitoria. Así, pues, entendemos la responsabilidad civil nacida del delito o falta, como el *conjunto de obligaciones de naturaleza civil, exigibles a las personas responsables criminalmente del delito o falta generador del daño que vienen a reparar, o por insolvencia de éstas o su intervención lucrativa en*

(30) Sobre el tema, ampliamente, GÓMEZ ORBANEJA, *La acción civil de delito*, cit., págs. 186 a 188 y 204-205. En relación a amnistía e indulto, RODRÍGUEZ RAMOS, *Doctrina jurisprudencial sobre las medidas del artículo 444 del Código Penal*, cit., págs. 197 y 198.

(31) La jurisprudencia, aparte la concepción sobre la vinculación de la responsabilidad civil a la criminal (vid. supra nota 24), en alguna ocasión ha declarado que su naturaleza es eminentemente privada (Sentencia de 27 de febrero de 1978), pues el derecho a la indemnización es un «verdadero derecho patrimonial» (Sentencia de 5 de marzo de 1968). En otros casos, el Tribunal Supremo se limita a declarar que alguna de sus características —particularmente la posibilidad de renuncia— muestra su esencia civil (Sentencias de 7 de febrero de 1956, 16 de enero de 1964, 23 de octubre de 1965, 27 de febrero de 1968 y 7 de mayo de 1969, entre otras).

(32) Así, TERUEL CARRALERO, *Infracción penal y responsabilidad civil*, cit., página 55. GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, Alejandro, *El Código Penal de 1870, concordado y comentado*, Tomo I, Madrid, 1902, pág. 702. GÓMEZ ORBANEJA-HERCE QUEMADA, *Derecho Procesal Penal*, cit., pág. 76. GIL ESTELLÉS, *La responsabilidad civil derivada de la penal en la doctrina y en la legislación*, cit., página 103. DÍAZ VALCÁRCEL, Luis M., *Indemnización*, en Nueva Enciclopedia Jurídica Seix, Tomo XII, 1965, pág. 276.

los efectos del hecho delictivo, a otras ajenas a su comisión señaladas en la ley penal (33).

5. *Tratamiento procesal*

El peculiar tratamiento procesal que recibe en nuestro derecho el ejercicio de la acción civil para la reclamación del resarcimiento de los daños causados por el hecho punible, ha servido en ocasiones para, confundiendo lo que es sustantivo con lo que es adjetivo, negar la naturaleza exclusivamente civil de la responsabilidad a que nos referimos. Sin embargo, como ya quedó suficientemente demostrado, tal opinión es errónea. Incluso desde el punto de vista procesal, acción penal y acción civil aparecen claramente diferenciadas, no obstante proceder ambas de un mismo hecho generador: el delito o falta (34).

Así viene a reconocerlo el artículo 100 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, directamente emparentado con el artículo 19 del Código penal, al proclamar, con más exactitud que el correlativo precepto sustantivo, que «De todo delito o falta nace acción penal... y puede nacer también acción civil». Según nuestro ordenamiento, además, y de aquí surgió la confusión, la acción civil puede ir pareja a la penal, pues «ejercitada sólo la acción penal, se entenderá utilizada también la civil, a no ser que el dañado o perjudicado la renunciase o la reservase expresamente para ejercitarla después de terminado el juicio criminal, si a ello hubiere lugar» (artículo 112 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal); no obstante, no podrá actuarse separadamente la acción civil que se reservó, hasta tanto no haya sido resuelta la acción penal en sentencia firme (artículo 111 Ley de Enjuiciamiento Criminal). Ello viene a demostrar que, efectivamente, la acción civil está supeditada procesalmente a la penal, es accesoria a efectos rituarios, pero de ningún modo permite deducir que lo es también a efectos sustantivos.

El sistema de reclamación conjunta es unánimemente aplaudido, en forma merecida, por la doctrina actual (35); aunque reci-

(33) GIL ESTELLÉS, *La responsabilidad civil derivada de la penal en la doctrina y en la legislación*, cit., pág. 33, da la siguiente definición: «La responsabilidad civil derivada de hecho punible es el conjunto de obligaciones nacidas de los actos y omisiones previstos en el Código Penal (1089 a 1092, Código civil) exigibles a las personas criminalmente responsables de ellos (art. 19, Código penal) o, por insolvencia, subsidiariamente a otras establecidas en la ley (Código penal, arts. 20, 21 y 22) o, por su intervención, a otras —terceros— (Código penal, art. 108), y que comprenden la restitución, la reparación y la indemnización (Código penal, art. 101), o ciertas obligaciones de carácter paterno filial o matrimonial (Código penal, 444 y 479), para resarcir a la víctima y restablecer el orden jurídico alterado por el ilícito, simultáneamente con la imposición de la pena (Ley de Enjuiciamiento Criminal, art. 100).

(34) De esta opinión, REYES MONTERREAL, *Acción y responsabilidad civil derivadas de delitos y faltas*, cit., págs. 40 y 41.

(35) Así, LANDROVE, *Las consecuencias jurídicas del delito*, cit., pág. 158. CUELLO CALÓN, *Derecho Penal*, I, PG, II, cit., pág. 751 (ilógico, pero justo y

bió los reproches de los comentaristas decimonónicos. No cabe duda, sin embargo, que la pretensión civil se ve notoriamente reforzada al ir acompañando a la penal; sin que tal maridaje suponga ningún género de alteración en el objeto y contenido de la responsabilidad civil.

Son muchas y de muy distinto orden las razones que se han dado en apoyo de la reclamación conjunta: se ha dicho que responde al principio de economía procesal (36); que ahorra gastos y molestias a la parte perjudicada, que, de otra forma, se vería obligada a instar un nuevo proceso, una vez terminado el penal, para lograr el resarcimiento de los perjuicios ocasionados con el delito, con lo que ello supone de nuevas perturbaciones, dilaciones e incomodidades (37); que se facilita y asegura el éxito de la reparación, viéndose favorecido, por ello, el perjudicado por el hecho dañoso (38); que la acumulación facilita un mayor arbitrio judicial (39); y que, en fin, hacer así supone dotar a la acción civil de mayor eficacia al no ser ajena a la función intimidatoria (40). Ventajas todas, además, que no impiden que si el sujeto cree que va a beneficiarle más la vía civil pueda optar por ella, reservando la acción; solución que en algún caso se ha estimado como más aconsejable (41).

La jurisprudencia, por su parte, fundamenta la reclamación conjunta en las mismas razones que quedan apuntadas. Si se ejercita la acción civil en la vía penal, a pesar de ser intereses privados los que se defienden, es «por razones de economía procesal y por la íntima relación que guardan con el complejo delictivo en el que se aúnan el interés público que encarna el Estado con el privado que representa el ofendido dueño de la acción civil» (Sentencias de 29 de mayo y 11 de noviembre de 1945 y 1953, respectivamente).

El ejercicio conjunto implica que el Ministerio Fiscal entabla-

humano sistema). MIR PUIG, *Introducción a las Bases del Derecho Penal*, cit., página 29. GÓMEZ ORBANEJA, *La acción civil de delito*, cit., págs. 189 a 192. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español*, Parte General, 5.ª ed., Madrid, 1976, página 857. FENECH, *El proceso penal*, cit., págs. 165 y 166. QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso de Derecho Penal*, PG, cit., pág. 549, y *La «acción tercera» o «cuasi criminal» propia de la llamada responsabilidad civil dimanante del delito*, cit., página 942, y GALIANA URIARTE, *Problemas de la responsabilidad civil delictual*, cit., págs. 200 y 201.

(36) GALIANA URIARTE, *Problemas de la responsabilidad civil delictual*, cit., páginas 200 y 201.

(37) QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso de Derecho Penal*, PG, cit., págs. 549 y sigs. FENECH, *El proceso penal*, cit., págs. 165 y 166. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español*, PG, cit., pág. 857.

(38) GÓMEZ ORBANEJA, *La acción civil de delito*, cit., págs. 189 a 192, especialmente 191 y 192. FENECH, *El proceso penal*, cit., págs. 165 y 166.

(39) GÓMEZ ORBANEJA, *La acción civil de delito*, cit., pág. 192.

(40) MIR PUIG, *Introducción a las Bases del Derecho Penal*, cit., pág. 29.

(41) Sobre el tema, vid. GARCÍA VALDECASAS, *El problema de la acumulación de la responsabilidad contractual y delictual en el Derecho Español*, cit., páginas 834 a 840.

rá simultáneamente ambas acciones, haya o no en la causa acusador particular, salvo, naturalmente, cuando el ofendido haya renunciado expresamente su derecho de restitución, reparación o indemnización; en tal caso, el Fiscal se limitará a pedir el castigo de los culpables (artículo 108 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) (42). Será en el momento de la declaración cuando se instruya al ofendido del derecho que le asiste para intervenir en el proceso o renunciar a los conceptos que integran la responsabilidad civil (artículo 109 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), pudiendo mostrarse parte en él antes de la calificación del delito, sin que la no presentación pueda interpretarse como renuncia a su derecho al resarcimiento, pues ésta ha de ser expresa y terminante (artículo 110 Ley Enjuiciamiento Criminal) (43). Su papel en el proceso

(42) El Tribunal Supremo tiene declarado en este tema que el Ministerio Fiscal «no actúa como representante o sustituto del titular del derecho de resarcimiento, mayor de edad y capaz, sino como subrogado en interés del mismo en nombre del público que defiende a la vez que el privado» (Sentencia de 6 de diciembre de 1965).

(43) El trámite procesal que sigue la reclamación de la responsabilidad civil en el procedimiento ordinario es el siguiente: la acción civil podrá ejercitarse por una o varias personas, pero, en este último caso, la reclamación habrá de hacerse en un mismo proceso y, si fuera posible, bajo una misma dirección y representación, a juicio del Tribunal (art. 113, Ley de Enjuiciamiento Criminal). Para el ejercicio de la acción penal no es preciso que haya precedido el de la civil originaria del mismo delito o falta (art. 114), sin que sea obstáculo para su actuación la sentencia firme absolutoria dictada en el pleito promovido para el ejercicio de la acción civil (art. 117). La pretensión civil goza de importantes garantías, pues cuando del sumario resulten indicios de criminalidad contra una persona, se mandará por el Juez la prestación de fianza suficiente, o, en su defecto, embargo, para cubrir las posibles responsabilidades pecuniarias que pudieran declararse (art. 589); fianza que podrá ser personal, pignoraticia o hipotecaria (art. 591; *vid.*, además, arts. 592 a 614), y que podrá verse ampliada o reducida si durante el transcurso del juicio sobrevinieran motivos bastantes para creer que la cantidad mandada afianzar es superior o inferior a las responsabilidades civiles que pudieran declararse (arts. 611 y 612); siendo de aplicación para todo lo que no esté previsto en el título lo dispuesto en la legislación civil sobre fianzas y embargos (ver artículos 1442 y sigs. de la Ley de Enjuiciamiento Civil y D-L 18/1969, de 20 de octubre, por el que se regula la administración judicial en el embargo de empresas). La realización, caso de que hubiere lugar a ella, se llevará a efecto según lo dispuesto en el artículo 536. Del mismo modo se procederá cuando resultare indicada la responsabilidad civil de un tercero (arts. 615 a 621). Terminado que sea el sumario se notificará el auto de conclusión del mismo al querellante particular si lo hubiere, aun cuando solamente tenga el carácter de actor civil, emplazándoles para que comparezcan ante la Audiencia o Tribunal Supremo, según los casos, en los plazos que se señalan (art. 623). Cuando se mande abrir el juicio oral, se notificará la causa al Fiscal, o al acusador privado, para que procedan a la calificación (art. 649), en la que, en relación a la responsabilidad civil, se expresará la cantidad en que aprecien los daños y perjuicios causados por el delito, o la cosa que haya de ser restituida, la persona o personas que aparezcan responsables de los daños y perjuicios o de la restitución de la cosa, y el hecho en virtud del cual hubieren contraído esta responsabilidad (art. 650, conclusión 5.^a). Las partes podrán presentar dos o más conclusiones en forma alternativa, para que si no resultare del juicio la procedencia de la primera pueda estimarse cualquiera de las demás en la sentencia (art. 653). Si hubiere acuerdo sobre la petición de responsabilidad criminal, pero no sobre la civil, se limitará el

es la de parte meramente adhesiva y coadyuvante, excepto en los casos de delitos perseguibles a instancia privada, en los que es preceptiva la intervención del acusador particular para que, ejercitando la acción penal, se inicie la investigación de estos delitos y, por tanto, se ejercite conjuntamente la acción civil (44).

La pretensión civil debe fundamentarse en los siguientes extremos: los hechos ilícitos que engendraron la responsabilidad de ese género, cuando fueron distintos del hecho delictivo que se enjuicia, y que pueden ser constitutivos de culpa *in negligendo*; la persona a que sea imputable esa responsabilidad, si fuere distinta del procesado o procesados; la existencia real de perjuicios o daños; la relación de causa a efecto que media entre uno y otro concepto, y la cuantía de los mismos (45).

El procedimiento termina con la sentencia. En ella, aparte otros extremos, han de hacerse constar los fundamentos doctrinales y legales de la calificación de los hechos que se hubieren estimado probados y en los que hubieren incurrido los procesados o los

juicio a la prueba y discusión de los puntos relativos a dicha responsabilidad (art. 655), procediéndose en la forma que establecen los artículos 656 y siguientes. Iniciada la fase de prueba, dentro del juicio oral, se preguntará al procesado si se confiesa reo del delito, según la calificación más grave (si no se hubiere conformado con la calificación provisional), y civilmente responsable por la cantidad mayor que se hubiera fijado (art. 689). Del mismo modo se procederá cuando la responsabilidad civil se impusiere a otra persona (art. 692). Si el procesado no confesare su responsabilidad criminal, o confesándola, su representante considerara necesaria la continuación del juicio, el Tribunal mandará proseguir (art. 696); de igual forma se hará cuando el imputado hubiere confesado su responsabilidad criminal, pero no la civil, o aun aceptando ésta, no se conformare con la cantidad fijada en la calificación; pero en este último caso, la discusión y las pruebas se concretarán al extremo relativo a la responsabilidad civil que el procesado no hubiese admitido de conformidad con las conclusiones de la calificación, terminadas las cuales se procederá a dictar sentencia (art. 695). Lo mismo ocurre cuando son varios los procesados y hay disenso con respecto a la responsabilidad civil (art. 700). En los casos en que haya de continuarse el juicio, practicadas que sean las diligencias de prueba, las partes podrán modificar las conclusiones de los escritos de calificación mediante la formulación de unas nuevas que entregarán al Presidente del Tribunal (art. 732). Llegada la hora de informar, Ministerio Fiscal, representante del actor civil, defensores de los procesados y defensores de los responsables civiles, tomarán la palabra, por este orden, en defensa de sus conclusiones, aunque los representantes del actor civil y de los terceros responsables habrán de limitar su intervención a los puntos concernientes a la responsabilidad civil (arts. 734 a 737). Después se dictará sentencia (art. 741). Cuando la responsabilidad civil derive de una falta, el procedimiento se acomodará a lo previsto en los artículos 962 a 982, siendo únicamente digno de resaltar que, en estos supuestos, el Tribunal tiene competencia para decidir sobre la acción civil, cualquiera que sea la cuantía de la misma (art. 973). Para los casos en que haya de seguirse el procedimiento de urgencia, véanse los artículos 779 a 803, particularmente el 779, 780, 783, 784-5.ª y 785-8.ª, apartados b, c, d y h, 790, 791, 793, 794, 796, 797, 800 y 803. Véase, además, la Circular de 16 de junio de 1969, referente a la responsabilidad civil, especialmente su apartado II.

(44) GIL ESTELLÉS, *La responsabilidad civil derivada de la penal en la doctrina y en la legislación*, cit., pág. 74.

(45) FENECH, *El proceso penal*, cit., pág. 139.

terceros, debiendo resolver todas las cuestiones referentes a la misma (artículo 142-4.º y 742 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) (46). La sentencia, sabido es, puede ser condenatoria o absolutoria. En el primer caso, el reconocimiento de la responsabilidad criminal, por un hecho que se califica de delito o falta, lleva necesariamente consigo la declaración de la responsabilidad civil que se deriva del mismo. La sentencia condenatoria es por sí misma título bastante para que el titular proceda a su ejecución; no obstante, la realización del contenido civil de la sentencia debe llevarse a cabo por un procedimiento diverso del que propiamente corresponde a la ejecución penal, ya que es distinta la acción cuya actuación se pide. El primer paso, en este sentido, ha de ser el de proceder a la realización de las fianzas prestadas, por el procedimiento de apremio, según los términos prevenidos en el artículo 536 de la L. E. Criminal, o, en su caso, a la realización forzosa de los bienes embargados, según la forma de ejecución establecida en la Ley de Enjuiciamiento Civil, a la que remite el artículo 614 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y a los artículos 927 y siguientes del mismo cuerpo legal a que se remite el 984 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (47). Deben tenerse en cuenta, sin embargo, antes de proceder a la ejecución, las cantidades líquidas que ya obren en poder del Juzgado como consecuencia de las fianzas y embargos que se realizaron en la fase sumarial (vid. artículos 591, 595, 601 a 603, 605 y 607 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y los artículos 4 y 5 del Decreto-ley 18/1969, de 20 de octubre, por el que se regula la Administración judicial en el embargo de empresas) (48). En todo caso, la distribución del líquido obtenido habrá de hacerse según el orden establecido en el artículo 111 del Código penal, dando preferencia a la reparación del daño e indemnización de perjuicios y, en su caso, en la forma de responsabilidad solidaria y subsidiaria prevista en el artículo 107 del mismo cuerpo legal.

Si la sentencia es absolutoria, puesto que ésta, además, será libre en todos los casos (artículo 144 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), evidentemente no puede contener declaración alguna sobre la responsabilidad civil (49); pero no porque no sea posible

(46) La jurisprudencia tiene declarado que, a pesar de que el Ministerio Fiscal ejercite conjuntamente las acciones civil y penal, si éste no pide nada en el proceso, la sentencia no puede tratar el tema de la responsabilidad civil «que por ser de interés privado ha de ser objeto de rogación expresa» (Sentencias de 21 de junio de 1957 y 22 de octubre de 1962). Para que pueda hacerse tal declaración es preciso que «en tiempo y forma se haya propuesto el problema al Tribunal y acusado a la persona que se estime responsable civil del hecho perseguido» (Sentencia de 31 de enero de 1948).

(47) Vid. artículos 1488 a 1530 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y artículo 130 de la Ley Hipotecaria. Sobre ejecución de sentencias en juicios de faltas, artículos 973, 974 y 984 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

(48) Cfr. FENECH, *El proceso penal*, cit., págs. 450 a 453, y GÓMEZ ORBANEJA - HERCE QUEMADA, *Derecho Procesal Penal*, cit., págs. 322 y 323.

(49) Al ser consecuencia de la penal, si se dicta sentencia absolutoria, por estimar que no hay delito, no hay posibilidad de pronunciarse sobre la res-

que la haya, sino porque falta la competencia del Tribunal para pronunciarse sobre la misma (50). El que pretende el resarcimiento, entonces, habrá de acudir a la vía civil, puesto que, según declaración del artículo 116 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, «la extinción de la acción penal no lleva consigo la de civil, a no ser que la extinción proceda de haberse declarado por sentencia firme que no existió el hecho de que la civil hubiese podido nacer». La ejecución de la sentencia que exculpa al imputado de los hechos que se le atribuían, o de su carácter delictivo, llevará consigo el levantamiento de las fianzas y embargos que cautelarmente hubieran podido adoptarse en la fase sumarial (artículos 144 y 983 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). Si la sentencia absolutoria se ha dictado en un recurso de revisión, los interesados en ella, o sus herederos, podrán reclamar las indemnizaciones que pudieran corresponderles según el derecho común (artículo 960 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

Es posible, por otra parte, que se dé el caso contrario, esto es: que la sentencia no declare responsabilidad criminal y sí la civil. Ocurrirá de esta forma en todos aquellos supuestos en que se den las circunstancias previstas en el artículo 20 del Código penal, o concurra alguna excusa absolutoria; siempre, claro está, que junto a la acción penal se haya estado actuando la civil (51).

Tampoco habrá declaración de responsabilidad civil, por faltar también la de la criminal, en los casos de sobreseimiento (52),

ponsabilidad civil: Sentencias de 30 de diciembre de 1881, 20 de diciembre de 1882, 25 de febrero de 1891, 4 de junio de 1962, 19 de diciembre de 1959, 19 de enero y 21 de junio de 1963, 5 de mayo de 1964 y 26 de junio de 1969.

(50) Así, FENECH, *El proceso penal*, cit., pág. 166, y GÓMEZ ORBANEJA - HERCE QUEMADA, *Derecho Procesal Penal*, cit., pág. 187. RODRÍGUEZ RAMOS, *Doctrina jurisprudencial sobre las medidas del artículo 444 del Código penal*, cit., pág. 202, entiende que de mantenerse en su forma actual el artículo 444 del Código penal sería conveniente plantearse el que el Juez penal se pronunciara sobre el reconocimiento de la prole y el derecho de alimentos, aun en el caso de absolución.

(51) GIL ESTELLÉS, *La responsabilidad civil derivada de la penal en la doctrina y en la legislación*, cit., pág. 92.

(52) El sobreseimiento podrá ser libre o provisional, total o parcial. Si fuere parcial, el juicio continuará respecto a los procesados a quienes no favorezca. Si fuere total, se archivará la causa y piezas de convicción que no tengan dueño conocido (art. 643 de la L.E.Crim.), siguiéndose el procedimiento establecido en el artículo 653. El sobreseimiento será libre cuando concurra alguno de los supuestos del artículo 637. Si, en este caso, fuera procedente, por no ser el hecho constitutivo de delito, pero sí de falta, se remitirá la causa al Juez Municipal competente para la celebración del juicio que corresponda (art. 639), con lo cual la reclamación de la responsabilidad civil podrá hacerse en esa instancia según el procedimiento que queda visto. En los otros dos supuestos del artículo 637 (cuando no existan indicios de haberse realizado el hecho que motivó la causa, o cuando aparezcan exentos de responsabilidad criminal los procesados), no parece que haya inconveniente alguno para acudir a la vía civil —antes de cumplirse el año de la prescripción extintiva de la acción—, puesto que no hay «cosa juzgada», en el caso del número primero, ni el que no haya responsabilidad criminal es óbice para que pueda haberla civil, en el supuesto del número tercero. Si lo procedente es el sobreseimiento provisional (art. 641), cabe, en opinión de GIL ESTELLÉS,

rebeldía (53), enajenación mental del procesado, producida antes de dictarse la sentencia (54), muerte del reo (55), amnistía o indulto.

En estos casos y en aquellos otros en que se haya reservado expresamente la acción, podrá acudirse a la vía civil para la reclamación de la responsabilidad civil a que hubiere lugar, en base a la posibilidad de culpa extracontractual (56). Mas, cuando se haya reservado la acción civil, ésta no podrá ejercitarse hasta tanto no haya sido resuelta, mediante sentencia firme, la acción penal sobre el mismo hecho (artículo 111 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), de forma que será suspendido cualquier pleito, cualquiera que sea el estado en que se halle, que se refiera a los mismos sucesos, hasta que recaiga la necesaria sentencia penal y ésta llegue a ser firme (artículo 114 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) (57).

reanudar el ejercicio de la acción civil antes del año, interrumpiendo la prescripción ante la propia jurisdicción penal por medio de la reapertura del procedimiento. Vid., *La responsabilidad civil derivada de la penal en la doctrina y en la legislación*, cit., págs. 90 y 91 y 82 y 83.

(53) Será declarado rebelde el procesado que en el término fijado en la requisitoria no comparezca, o que no fuese habido, ante el Juez o Tribunal que conozca de la causa (art. 834, L.E.Crim.). La rebeldía, a los efectos que ahora interesan, puede producirse en dos momentos: si la causa está en sumario, se continuará hasta su terminación y se archivará (art. 840, L.E.Crim.); si estuviere pendiente el juicio oral, se suspenderá éste y se archivarán los autos (art. 841). En cualquiera de estos casos se reservará en el auto de suspensión, a la parte ofendida por el delito, la acción que le corresponda para la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios, a fin de que pueda ejercitarla, independientemente de la causa, por la vía civil contra los que fueren responsables; a cuyo efecto no se alzarán los embargos hechos ni se cancelarán las fianzas prestadas (art. 843).

(54) Evidentemente, si la demencia se produce después de dictada la sentencia, ningún problema se ofrece para la ejecución de la misma. En los demás supuestos, si la demencia es anterior a la comisión del delito, recordar únicamente que, aun reconociendo inimputable al enajenado y por tanto ausente de responsabilidad criminal, cabe la posibilidad de apreciar la responsabilidad civil en los términos del artículo 20 del Código penal. Si la demencia se produce después de cometido el delito, pero antes de pronunciarse la sentencia, se mandará archivar la causa hasta que el procesado recobre la salud, procediéndose al internamiento del mismo (art. 383). Es claro que en este caso quedará en suspenso la acción civil que se ejercitaba junto a la penal, por lo que para evitar la prescripción extintiva deberá ser ejercitada ante la jurisdicción civil antes de un año.

(55) La muerte del culpable extingue la acción penal para la persecución del delito, o, en su caso, la responsabilidad criminal. Por eso, si la muerte se produce antes de que se dicte sentencia, subsiste la acción civil (art. 115, L.E.Crim., y 105 del Código penal). Si se produjese después, la sentencia se ejecutará, en lo referente a la responsabilidad civil, sobre los bienes del fallecido.

(56) Sobre el tema de los efectos de la sentencia penal en el posterior pleito civil, cuyo estudio desborda los límites de nuestro trabajo, ver QUINTANO RIPOLLÉS, *La «acción tercera» o «cuasi criminal» propia de la llamada responsabilidad civil dimanante del delito*, cit., págs. 935 a 937. GIL ESTELLÉS, *La responsabilidad civil derivada de delito en la doctrina y en la legislación*, cit., págs. 89 y 90. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil Español*, IV (derecho de obligaciones), cit., pág. 867. IRIBAS, Juan, *La responsabilidad civil derivada de la criminal*, en «Pretor», noviembre 1955, págs. 813 a 823.

(57) Distinto es el caso, naturalmente, de las cuestiones prejudiciales reguladas en los artículos 3 a 7 de la L.E.Crim.

La disposición parece acertada, en evitación de posibles soluciones contradictorias (58), y dados los principios de orden público que sustentan la jurisdicción criminal y la mayor entidad de los intereses que tutela la acción penal (59).

6. Su papel en el tratamiento del delito

Desde antiguo, la doctrina viene lamentándose de la falta de atención que se presta a la reparación del delito y del desamparo en que a menudo quedan las víctimas de los mismos, dada la casi general insolvencia de los autores. Por eso que Dorado Montero (60) pudiera llegar a decir: «El principio de la responsabilidad civil, consignado en los tratadistas que se llaman clásicos y en los Códigos penales que nos rigen, inspirados en éstos, no pasa de ser una declaración platónica y un precepto sin eficacia real». Tal vez la afirmación pueda parecer crítica en exceso, pues no hay que olvidar que en nuestro Código, por ejemplo, el legislador adopta determinadas medidas que, directa o indirectamente, vienen a primar la satisfacción de las indemnizaciones que pudieran corresponder a las víctimas del delito (61); pero, no cabe duda que, en mayor o menor grado, la afirmación recogida tiene un gran fondo de verdad.

Si es cierto que el delito causa un daño social que viene a retribuirse con la pena, tampoco lo es menos que, en definitiva, al perjudicado por el delito, que ha visto imposibilitado el cobro de la indemnización que le permita reparar su coche, que además de robado fue destrozado en un accidente, le sirve de poco consuelo, a la hora de abonar la factura, saber que el autor del hecho se encuentra en la cárcel. Por otra parte, además, como ya señalara Garófalo (62), la falta de reparación de los efectos dañosos producidos por el delito viene a engendrar un deseo de venganza por parte del perjudicado, que ve de alguna forma compensado así su perjuicio, pero que se aviene muy mal con el empeño, cada día más necesario, de un distinto enfoque social de la figura del delincuente.

Desde antiguo también, por todo ello, se han venido proponiendo diversos sistemas para evitar esas consecuencias tan poco satisfactorias. Ferri, en este sentido, reclamaba el compromiso del Estado para proveer a la reparación de los daños causados por aquellos delitos que no había sabido prevenir, mediante el pago

(58) GIL ESTELLÉS, *La responsabilidad civil derivada de la penal en la doctrina y en la legislación*, cit., pág. 77.

(59) FUENTES PÉREZ, *Conjunción de responsabilidad contractual y extracontractual provenientes de un mismo hecho*, cit., págs. 527 y 528.

(60) En estudio crítico a la obra de GARÓFALO, *Indemnización a las víctimas del delito*. Madrid, s/f, pág. 44.

(61) PUIG PEÑA, *Derecho Penal*, II, 5.^a ed., Barcelona, 1963, pág. 429. Véase también ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, I, PG, cit., págs. 606 a 608.

(62) *Indemnización a las víctimas del delito*, cit., págs. 61 y 62.

de las indemnizaciones pertinentes; respecto al delincuente proponía también que se impusiera al condenado la obligación de pagar, si disponía de medios económicos, una determinada cantidad de dinero que iría a engrosar una caja especial que el Estado tendría destinada a estos efectos, aunque el delito no hubiera producido ningún género de daños materiales o morales (63). Garófalo, por su parte, partía de la base de que la misión del Estado debía orientarse en un doble sentido: procurar evitar nuevos delitos y remediar los ya causados. Por eso, cuando no consigue cumplir esa obligación, por la que percibe los impuestos y limita de mil formas distintas la libertad individual, debe hacer algo para reparar el mal que no supo impedir. Entre las soluciones que proponía estaba la de sustituir la propia pena que había de corresponder por el delito cometido, por la reparación del daño, para aquellos delincuentes que por no ser muy peligrosos no necesitan ser eliminados de la sociedad. Su proposición viene a ser la de convertir a la reparación en un sustitutivo penal para determinados delitos, entre los que cita los que se dirigen contra la propiedad, los delitos menores contra las personas y para todos aquellos casos en los que sea notoria la falta de peligrosidad del autor (64). De la misma base, esto es, considerar el tema como una obligación del Estado, parte también Gregoraci. Su solución, sin embargo, en ocasiones enfrentada a la de Garófalo, se orienta en el sentido de que el daño sea considerado como un elemento del delito, cuya entidad ha de ser tenida en cuenta, por consiguiente, a la hora de determinar la pena que ha de corresponder; junto a ello, la legislación del Estado debía orientarse, de una forma decidida, al establecimiento de auténticas garantías de que el perjudicado iba a ver reconocido y realizado su derecho a la reparación (65).

A las tesis expuestas, la principal objeción que se les ha formulado ha sido la de que vienen a confundir la pena con la reparación del delito, lo cual es particularmente claro en algunas ocasiones (66). Argumento cierto, pero que no conviene olvidar pudiera tener, a primera vista, obstáculos que hicieran bastante dudosa su eficacia: uno de ellos podría ser el hecho de que, en los casos en que no se renuncia o se reserva la acción civil, el Ministerio Fiscal ha de ejercitarla conjuntamente con la penal, circunstancia

(63) *Principios de Derecho Criminal*. Madrid, 1933, pág. 710.

(64) Cfr. *Indemnización a las víctimas del delito*, cit., págs. 57 a 62. Muy interesantes también los comentarios de DORADO MONTERO en el estudio crítico a la obra citada, págs. 34 a 37.

(65) *Della riparazione del danno nella funzione punitiva*. Torino, 1903, páginas 8 a 15. Sobre la crítica a Garófalo, págs. 32 a 36. A conclusiones en cierta forma similares a las anteriormente expuestas llegó el XIº Congreso Internacional de Derecho Penal, celebrado en Budapest en 1974, dedicado a «L'indemnisation des victimes de l'infraction pénale». Vid. *Revue Internationale de Droit Penal*, 1973.

(66) Vid. GAROFALO, *Indemnización a las víctimas del delito*, cit., pág. 96, en donde habla de multa en favor del perjudicado y multa en favor del Estado.

que sin duda podría venir en ayuda de esa pretendida equiparación, pena-reparación (67); de otro lado, deben tenerse en cuenta también los acusados caracteres de sanción y retribución con que en ocasiones viene configurada en nuestro derecho la regulación de la responsabilidad civil (68). Todo ello, sin embargo, no es suficiente como para desvirtuar las notables y evidentes diferencias que median entre uno y otro concepto, como ya quedó señalado en otro lugar.

Junto a tal inconveniente se alínean otros de no menos valor: los posibles efectos criminógenos que pudiera traer consigo tal homologación (69); la relatividad que introduciría en la represión de los delitos, puesto que de producirse la confusión, la posición económica de los culpables pasaría a tener una trascendencia fundamental (70); la ruptura con el principio de culpabilidad y la individualización de la pena que puede significar la adopción de semejante proposición (71), son los argumentos que con más fuerza se han esgrimido en contra de la sustitución (72).

Más modernamente se han propuesto soluciones de otro tipo, pero tendentes también a dar satisfacción al mismo propósito de asegurar la reparación, y que giran, básicamente, en torno a dos principios: potenciar, mediante una completa remodelación, la regulación de la responsabilidad civil derivada del delito, y aumentar las posibilidades de cumplimiento, fundamentalmente en base a un distinto tratamiento del trabajo penitenciario y postpenitenciario del delincuente, cuyos frutos habrían de ser asignados prioritariamente a la reparación de los efectos dañosos causados por el hecho punible (73).

(67) GÓMEZ ORBANEJA, *La acción civil de delito*, cit., pág. 189.

(68) ASÍ, QUINTANO RIPOLLÉS, *La «acción tercera» o «cuasi criminal» propia de la llamada responsabilidad civil dimanante del delito*, cit., págs. 937 a 939. SANTOS BRIZ, *La responsabilidad civil*, cit., págs. 157 y 158, destaca que «no deja de haber elementos de pena o expiación en la indemnización de daños ni en concreto sobre los daños no patrimoniales, hasta el punto de que hay autores que fundamentan la reparación del daño no patrimonial en el sentimiento de venganza de la víctima».

(69) Vid. SÁINZ CANTERO, *Derecho Penal*, I, cit., XXXV, págs. 5 y 6.

(70) Vid. atinada crítica en GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, II, Barcelona, 1951, pág. 366, quien señala, además del indicado, el de ser carente de base jurídica e irreconciliable con los postulados de política criminal.

(71) ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, I, PG, cit., pág. 609.

(72) Otras objeciones en CUELLO CALÓN, *Derecho Penal*, I, PG, II, cit., página 743. DÍAZ VALCÁRCEL, *Indemnización*, cit., pág. 279. QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios al Código Penal*, cit., pág. 293, la califica de «peregrina teoría». ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, I, PG, págs. 626 y 628. SÁINZ CANTERO, *Derecho Penal*, I, cit., XXXV, pág. 6.

(73) Sobre el tema puede verse QUINTANO RIPOLLÉS, *La «acción tercera» o «cuasi criminal» propia de la llamada responsabilidad civil dimanante del delito*, cit., págs. 935 a 942. SÁNCHEZ TEJERINA, *Derecho Penal Español*, I, Madrid, 1945, pág. 494. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español*, PG, cit., páginas 857 y 858. DEL VECCHIO, *La lotta contro il delitto e l'obbligo del risarcimento*, en «Estudios Penales», en homenaje al R. P. Julián Pereda, S. J., Bilbao, 1965, págs. 339 a 344, y *Acercas del resarcimiento del daño en relación*

III. LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y EL ARTICULO 444 DEL CODIGO PENAL

1. *Antecedentes históricos y legislación extranjera*

El artículo 444 aparece por primera vez en el Código de 1848, con una formulación prácticamente idéntica a la vigente (74). Así llega el texto refundido de 1944, excepción hecha del Código de 1928, en que no aparece, y de las pequeñas modificaciones que introdujo el de 1932, en el sentido de ampliar el beneficio de la dote a la mujer divorciada; innovación necesaria a causa del nuevo tratamiento dado al matrimonio con la aparición del divorcio. El precepto, pues, es de una acendrada tradición histórica en nuestro derecho.

No es muy frecuente, sin embargo, que las legislaciones extranjeras (salvo, como es lógico, las influenciadas directamente por la codificación hispana) recojan un precepto similar. Dentro de éstas, las directamente condicionadas por los modelos históricos españoles, las previsiones vienen a ser básicamente las mismas del artículo 444, con la adición, en algunos casos, de ciertos matices. En ocasiones, se suele prescindir de la posibilidad de reconocimiento de la prole (75); aunque lo normal es preveerlo, si bien de manera todavía más restringida que el propio ejemplo patrio. Así, el Código cubano (artículo 505, apartados D y E) requiere que sea la propia ofendida quien haga tal solicitud; y lo mismo ocurre con el nicaragüense (artículo 209), que le reconoce efectos tan sólo en relación al derecho de alimentos. En algún otro supuesto, las restricciones se refieren a la dote: el Código de Nicaragua, en el precepto citado, señala una cifra límite máximo que en ningún caso puede verse superada; el de Venezuela (artículo 395) condiciona su existencia a los casos en que no se produzca el matrimonio y la ofendida fuere soltera o viuda honesta; el de El Salvador dispone (artículo 402) que la dote deberá fijarse en atención a la clase de la ofendida y los bienes del ofensor; el portugués, en fin (artículo 400), para los casos de violación por seducción o de una niña

con la pena, en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», 1951, en donde se plantea incluso si el delincuente debe soportar parte de los gastos que la sociedad emplea en el sostenimiento de las instituciones dedicadas al fenómeno delictivo. CUELLO CALÓN, *Derecho Penal*, I, PG, II, cit., pág. 745. JUNOD, Henri-Philippe, *Le droit pénal et la réparation du crimen*, en «Revue Internationale de Criminologie et de Police Technique», 1964, págs. 205 y sigs. IRIBAS, *La responsabilidad civil derivada de la criminal*, cit., págs. 205 a 215. MIR PUIG, *Introducción a las Bases del Derecho Penal*, cit., págs. 26 y sigs.

(74) La única diferencia entre el artículo 362 del Código de 1848 y el 444 actual radica en el n.º 2.º del primer precepto, que al referirse al reconocimiento de la prole lo condicionaba a que «la calidad de su origen no lo impidiera».

(75) Código Peruano (art. 204). También el Chileno parece olvidarse del mismo (art. 370).

virgen, impone la obligación de dotar a la ofendida, incluso en el supuesto de matrimonio con el ofensor.

Tratando de evitar los problemas que en algunos casos puede plantear la atribución de paternidad a la prole, el Código nicaragüense establece la presunción —paralela a la contenida en el artículo 108 de nuestro Código civil— de que el autor del delito sexual es el padre si el nacimiento se produce después de los ciento ochenta días y antes de los trescientos de aquél en que se cometió el delito.

Fuera de estos casos, lo que se hace es elevar la pena señalada al delito cuando como consecuencia de él se produce el embarazo de la mujer (código austriaco), cuando la mujer era virgen (código marroquí, artículo 488) o el delito causa el deshonor de la víctima (código turco, artículos 418 y 424).

Ultimamente, el Código penal tipo para Latinoamérica, en su artículo 23, dentro de los delitos contra la libertad y el pudor personal, contiene un precepto en esencia igual al 444. La indemnización se establece en los mismos términos que en nuestro Derecho, con las precisiones de que la dote se hará en la cuantía que el Juez señale —previsión ciertamente innecesaria— y que el reconocimiento de los hijos los convertirá en naturales, concreción que puede hacer precisa una reforma en aquellos ordenamientos que, como parece va a ser el caso español, se decidan de una vez a no hacer pagar a los hijos los posibles errores de los padres.

2. Sentido del precepto

De la diferente localización sistemática de los preceptos que se ocupan de la responsabilidad civil, surge la primera pregunta que hemos de hacernos en nuestro tema de estudio: si el Código regula con carácter general en los artículos 19 a 22 y 101 a 108 el régimen de la responsabilidad civil derivada de un delito o falta, ¿qué viene a hacer el artículo 444?, ¿quiere decir que a los delitos a que se refiere le es aplicable solamente lo que él dispone y no el sistema común a todos ellos?

Son dos, pues, las cuestiones que suscita el artículo 444: por un lado, encontrar su razón de ser; por otro, precisar su significado dentro de la regulación global de la responsabilidad civil.

En lo que hace a la primera, su presencia está plenamente justificada en cuanto que contempla las específicas consecuencias que pueden derivarse de un delito sexual, tanto desde la perspectiva de la mujer, como en atención a la posible descendencia. A pesar de la amplitud con que viene contemplada la responsabilidad civil *ex delicto* en nuestro derecho y la inclusión del daño moral, que ha hecho en algún caso cuestionar la necesidad del artículo 444 (76),

(76) Es el caso de QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios al Código Penal*, cit., página 812.

es sin duda mucho más conveniente que sea la propia ley la que fije en qué ha de consistir la indemnización en estos delitos, que no dejar al arbitrio de un Tribunal determinar en cada caso cuál debe ser el contenido de la misma. Su presencia es, por tanto, conveniente y acertada (77).

Queda ahora descifrar cuál es el papel que juega dentro del resto de las normas sobre el mismo tema. La cuestión es importante, porque de declarar aplicables también las disposiciones contenidas en el Título IV del Libro I del Código penal, supondría, entre otras consecuencias, que la obligación se trasmite a los herederos, tanto del responsable como del perjudicado (artículo 105), rigiendo también las cuotas y el régimen de cumplimiento de los artículos 106 y 107, e, incluso, el orden de personas responsables recogido en el Capítulo II, Título II del Libro I; excluido, obviamente, el caso del reconocimiento de la prole, dada la naturaleza personal de la obligación de que se deriva.

Por muchas vueltas que se le quiera dar, la solución es muy clara. Por esta vez, el legislador ha dejado bien patente lo que quería decir. Efectivamente, el artículo 101, 3.º, establece que la indemnización de perjuicios es uno de los conceptos que comprende la responsabilidad civil. En qué consiste lo dice el artículo 104, haciéndola radicar, en el aspecto que a nosotros interesa, en los perjuicios materiales y morales que se hubieran irrogado al agraviado como consecuencia del delito. Y aquí es donde hace su entrada el artículo 444: explicando cuáles son esos perjuicios en los casos de los delitos de violación, estupro y raptó, y la respuesta legal que ha de tener cada uno de ellos. Por eso, el artículo 444 es un precepto complementador del régimen general de la responsabilidad civil en lo que se refiere a los precitados delitos (78).

El mismo es el criterio de la jurisprudencia, que lo viene considerando como precepto imperativo de aplicación necesaria, que ha de imponerse ineludiblemente a título de indemnización de perjuicios (79). Se trata, tiene también declarado el Tribunal Supremo, de una «norma especial que ha de prevalecer sobre la general del artículo 19 y demás relativas al mismo tema», que dado este carácter no es preciso sea pedido expresamente por la acusación,

(77) De la misma opinión, TERUEL CARRALERO, *Infracción penal y responsabilidad civil*, cit., pág. 46.

(78) En el mismo sentido: DÍAZ VALCÁRCEL, *Indemnización*, cit., pág. 286. QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios al Código Penal*, cit., pág. 812, y TERUEL CARRALERO, *Infracción penal y responsabilidad civil*, cit., pág. 46. En la jurisprudencia, Sentencias de 5 y 24 de febrero de 1977 y 11 de abril del mismo año.

(79) Vid. Sentencias de 7 de octubre de 1903, 27 de septiembre de 1946, 15 de marzo de 1949, 25 de octubre de 1952, 26 de junio de 1953, 25 de mayo de 1955, 12 de mayo de 1962, 11 de mayo de 1963, 3 de abril de 1964, 24 de noviembre de 1966, 25 de mayo de 1962, 24 de febrero y 11 de abril de 1977. La última jurisprudencia está poniendo en entredicho este carácter; así, la Sentencia de 5 de febrero de 1977 habla de «pseudo-indemnizaciones».

sino que el Tribunal puede aplicarlo aunque el Ministerio Fiscal no lo hubiese solicitado (Sentencia de 25 de mayo de 1955) (80).

Por ello, si la violación fuera acompañada de otros resultados típicos, lesiones, por ejemplo, la responsabilidad civil que puede corresponder por ellos sigue las reglas generales, sin que para nada se interfiera el artículo 444, cuyas indemnizaciones concurren con las de aquél (81). Lo normal, sin embargo, es que el Tribunal Supremo, allí en donde en buena técnica debía apreciar un concurso, prescindiera de él y valore esos otros atentados y resultados a efectos de responsabilidad civil conectada al delito sexual que se cometió (82).

Se discute, por otro lado, cuál es la calificación correcta que le corresponde; esto es, precisar si las medidas contenidas en el artículo 444 lo son a título de indemnización o de reparación. Aparte las dificultades que entraña el cometido de diferenciar uno y otro concepto, la cuestión es más teórica que otra cosa, dada la posibilidad, ampliamente reconocida, de que el régimen general de la responsabilidad civil actúe a modo de normativa complementaria del artículo 444. Las opiniones, empero, están divididas (83). La jurisprudencia más reciente, por su parte, se cuida de destacar que en todo caso se trata de medidas de reparación e indemnización especiales, que no pueden quedar identificadas con los conceptos que se vienen manejando en la teoría general de la responsabilidad civil (84).

De cualquier forma, la diversidad de criterios responde más a diferencias conceptuales entre lo que haya de entenderse por reparación e indemnización, que a propias conclusiones extraídas del mismo artículo 444. En atención a él, sin embargo, no creo pueda

(80) Del mismo tenor, Sentencias de 22 de noviembre de 1967, 7 de diciembre de 1973, 5 y 24 de febrero y 11 de abril de 1977 y 9 de junio de 1978.

(81) Así, CUELLO CALÓN, *Derecho Penal*, II, PE, II, cit., pág. 625. QUINTANO RIPOLLÉS, *Compendio de Derecho Penal*, PE, Madrid, 1958, pág. 259.

(82) Ver CÓRDOBA RODA-RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código Penal*, I, cit., pág. 956.

(83) Le asignan el carácter de reparación: GROIZARD, *El Código Penal de 1870, concordado y comentado*, V, Salamanca, 1893, pág. 275. SÁNCHEZ TEJERINA, *Derecho Penal Español*, II, PE, cit., pág. 330. PUIG PEÑA, *Derecho Penal*, IV, PE, II, 5.ª ed., Barcelona, 1959, pág. 83. LANGLE RUBIO, *La mujer en el Derecho Penal*, Madrid, 1911, pág. 113. TERUEL CARRALERO, *Infracción penal y responsabilidad civil*, cit., pág. 46. GIL ESTELLÉS, *La responsabilidad civil derivada de la penal en la doctrina y en la jurisprudencia*, cit., págs. 60 y 61 y 123-124 (reparaciones de carácter irregular). GÓMEZ ORBANEJA, *La acción civil de delito*, cit., pág. 204 (relativo al reconocimiento: reparación en especie). FERRER SAMA, *Comentarios al Código Penal*, II, cit., págs. 377 y 378. CUELLO CALÓN, *Derecho Penal*, I, PG, II, cit., págs. 765 y 766. Le aprecian carácter de indemnización: DÍAZ VALCÁRCEL, *Indemnización*, cit., pág. 286. CÓRDOBA RODA-RODRÍGUEZ MOURULLO-DEL TORO-CASABÓ RUIZ, *Comentarios al Código Penal*, II, Barcelona, 1972, pág. 576, en cuanto entiende CÓRDOBA que la reparación sólo es posible respecto a cosas.

(84) Sentencias de 5 de febrero de 1977 («pseudo-indemnizaciones») y 24 de febrero del mismo año («reparaciones especiales»). Del mismo tenor, las de 6 de marzo, 7 y 11 de abril y 3 y 9 de junio de 1978.

darse una calificación uniforme a los tres apartados del precepto; estimo, por el contrario, que es preciso discriminar entre la dote, que se corresponde mejor con la calificación de indemnización, y el reconocimiento y la obligación de mantener a la prole en que posiblemente pudiera hablarse con más propiedad de reparaciones específicas (85).

3. *El artículo 444 como excepción al régimen general de renuncia-bilidad de la responsabilidad civil*

Según disposición del artículo 117 del Código penal, la responsabilidad civil *ex delicto*, como obligación civil que es, se extingue del mismo modo que ellas; esto es, según los modos previstos en el artículo 1.156 del Código civil. Medios a los que, naturalmente, hay que añadir la ejecución de la sentencia condenatoria que vino a reconocerla y, aunque lo omita el precitado precepto civil, la prescripción (86).

Entre los medios que producen efecto extintivo de la responsabilidad a que nos referimos, reconoce la ley civil la condonación, a la que nosotros, prescindiendo de los matices técnicos que diferencian los conceptos (87), vamos a llamar renuncia y de la que nos ocuparemos especialmente por ser la de más aplicación en el tema que nos ocupa. La licencia, por otra parte, no es gratuita, pues el mismo Código penal equipara ambos términos al disponer en el artículo 25 que «la responsabilidad civil, en cuanto al interés del *condonante*, se extingue por su *renuncia expresa*».

Hasta tal punto es la renuncia la que con mucho tiene más vi-

(85) Así, Sentencia de 9 de junio de 1978. La de 5 de febrero de 1977 hace la salvedad de que el término indemnización no está empleado en sentido técnico jurídico, pues su contenido no se identifica con la usual indemnización civil patrimonial, sino con la concesión de derechos familiares de naturaleza especial. Igual, la de 24 de febrero de 1977.

(86) La jurisprudencia tiene declarado también, como no podía menos de ocurrir, que en cuanto a la extinción, la normativa penal debe quedar supe-ditada a la civil: Sentencias de 29 de mayo de 1945, 11 de febrero de 1953, 27 de febrero, 5 de marzo y 26 de diciembre de 1968 y 19 de diciembre de 1969. En tema de prescripción, en cambio, la Sentencia de 25 de abril de 1956, declara que la de la acción civil corre paralela a la de la penal, por lo que habrá de computarse según la forma prevista en los artículos 113 y 114 del Código penal.

(87) La diferencia fundamental entre uno y otro concepto se viene en-cuntrando por la doctrina civilista en el carácter unilateral de una (renuncia) y el bilateral de la otra (condonación), con lo que de ello se deriva en orden a la necesidad o no de aceptación por la otra parte. Sobre la cuestión, ver: CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil Español*, Tomo III: Derecho de obligaciones, 10.ª ed., corregida y aumentada, Madrid, 1967, págs. 328 y 329, y Tomo I: In-troducción y Parte General, 11.ª ed., con adiciones de José Luis de los Mozos, Madrid, 1971, págs. 82 y 83. ESPÍN CÁNOVAS, Diego, *Manual de Derecho Civil Español*, Volumen I, Parte General, 3.ª ed., revisada y ampliada, Madrid, 1968, página 367. FUENTES PÉREZ, Antonio, *Conjunción de responsabilidad contrac-tual y extracontractual provenientes de un mismo hecho*, cit., págs. 547 y 548. SANTOS BRIZ, *La renuncia de derechos y sus aspectos penal y procesal penal*, en «Revista de Derecho de la Circulación», septiembre 1965, pág. 543.

gencia en lo que hace a la extinción de la responsabilidad civil, que tradicionalmente se ha venido señalando la posibilidad de ejercicio de la misma como su dato más característico, pues ante la renuncia válida de su titular la acción penal perece (88). Había, además, apoyo legal en que sustentar esa opinión. Dentro del Código penal, el ya citado artículo 25. En la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el artículo 106: «La acción penal por delito o falta que da lugar a procedimiento de oficio, no se extingue por la renuncia de la persona ofendida. Pero se extinguen por esta causa las que nacen de delito o falta que no pueden ser perseguidos sino a instancia de parte, y las civiles, cualquiera que sea el delito o falta de que procedan» (89).

Ahora bien, esto debe ser puesto en entredicho a la vista del contenido del artículo 444. Del mismo, resulta que se reconocen dos distintos beneficiarios de la responsabilidad civil que establece: la mujer ofendida, si fuere soltera o viuda, en lo que se refiere a la dote; y la prole, en lo que concierne al reconocimiento de la misma y a los alimentos. No es ésta la opinión doctrinalmente compartida, pero, a pesar de ello, nos parece que es la única posible dada la naturaleza de las obligaciones previstas en el artículo que examinamos. Sólo impropiamente puede decirse que el titular del derecho al reconocimiento de la prole es la madre; y lo mismo ocurre con los alimentos establecidos en su beneficio. Por otra parte, la peculiar naturaleza de las relaciones pertenecientes al derecho de familia, en el que los poderes que de ellas se derivan son instrumentales y se atribuyen a su titular para que mediante su ejercicio se puedan cumplir los fines a que van dirigidas, hacen que la libertad individual se halle más limitada que en otros campos (90). Se trata en estos casos, más que en ninguno en el de reconocimiento de la posible descendencia, de derechos que se aproximan más a tener naturaleza pública o social que privada, ya que suponen el reconocimiento judicial de una relación de filiación consanguínea que entra de lleno dentro de las cuestiones referentes al estado civil y que como tales están sustraídas a la disponibilidad privada. Y es que comúnmente se viene admitiendo

(88) Hacen así: LUZÓN DOMINGO, *Derecho Penal del Tribunal Supremo*, PG, II, cit., págs. 368 y sigs., con amplia reseña jurisprudencial. ZUGALDÍA ESPINAR, *Los delitos de raptó en el Código Penal Español*, Tesis Doctoral. Inédita, Granada, 1977, págs. 769 y sigs. QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso de Derecho Penal*, I, PG, Madrid, 1963, pág. 550. GIL ESTELLÉS, *La responsabilidad civil derivada de la penal en la doctrina y en la legislación*, cit., pág. 35. DE CUPIS, *El daño*, cit., página 596. GÓMEZ ORBANEJA - HERCE QUEMADA, *Derecho Procesal Penal*, cit., página 75. CÓRDOBA RODA-RODRÍGUEZ MOURULLO-DEL TORO-CASABÓ, *Comentarios al Código Penal*, II, cit., pág. 584. GALIANA URTIARTE, *Problemas de la responsabilidad civil delictual*, cit., pág. 201. LANDROVE, *Las consecuencias jurídicas del delito*, cit., pág. 158.

(89) Ténganse en cuenta también los artículos 107, 108, 109, 110, 112, 116 y 117 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y el 1.813 del Código civil.

(90) Cfr. Díez PICAZO - GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho Civil*, Volumen IV: Derecho de familia. Derecho de sucesiones. Madrid, 1978, páginas 45 a 49.

que son irrenunciables los derechos inherentes a la persona humana y los que al mismo tiempo constituyen una obligación, como sucede, según hemos visto, en la mayoría de los derechos de familia (91).

Así, la cuestión adquiere nuevas dimensiones: si bien es cierto que los derechos privados pueden ser renunciados por su titular, no ocurre lo mismo cuando la dejación voluntaria del derecho puede afectar al interés público o a terceros. De esta forma lo dispone, en primer lugar, el artículo 6-2.º del Título preliminar del Código civil: «La exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos solamente serán válidas cuando no contrarién el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros». Y precisamente son contrarias al orden público las renunciaciones a las leyes que regulan el estado y capacidad de las personas y las del derecho de familia puro (92). Del mismo modo, en lo concerniente a cuestiones relativas al estado civil, el artículo 1.814 del Código civil establece una prohibición terminante de disponibilidad: «No se puede transigir sobre el estado civil de las personas, ni sobre las cuestiones matrimoniales, ni sobre alimentos futuros». Es decir, ni sobre el número 2, ni sobre el número 3 del artículo 444 puede resultar válida la renuncia de la ofendida, lo que hace que la renunciabilidad general, que es característica de la responsabilidad civil, no sea aplicable a los preceptos citados anteriormente (93).

La posibilidad de renuncia, por consiguiente, queda limitada exclusivamente a la dote. Así, el acto de voluntad traslativo en que consiste la renuncia (94), extingue la acción civil o la obligación que integra la responsabilidad de este tipo (95); sin que la misma encuentre más limitación que las que impusiere la voluntad del sujeto que la realiza (96). Es preciso, en todo caso, que el

(91) Las medidas de este género, dice la Sentencia de 26 de septiembre de 1978, constituyen «un a modo de *tertium genus* que no constituye pena, pero que tampoco tiene la naturaleza de mera responsabilidad civil». En términos parecidos se manifiestan las de 5 de febrero de 1977, 7 y 11 de abril y 3 de junio de 1978.

(92) CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil Español*, I, cit., págs. 84 y 85. También Sentencias de 24 de febrero y 11 de abril de 1977.

(93) De la misma opinión: RODRÍGUEZ RAMOS, *Doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre las medidas del artículo 444 del Código Penal*, cit., páginas 198 y 199. FENECH, *El proceso penal*, cit., págs. 290 y 291, más estricto, amplía la irrenunciabilidad incluso a la dote. Vid. también, especialmente interesante, Sentencia de 24 de febrero de 1977.

(94) El Tribunal Supremo la califica indistintamente de «pacto innominado» (Sentencias de 29 de septiembre de 1961 y 19 de diciembre de 1969) o de «declaración unilateral abdicativa de un derecho de crédito» (Sentencias de 18 de diciembre de 1965, 12 de febrero de 1969 y 24 de febrero de 1977). En ocasiones habla sólo de «acto de disposición» (29 de diciembre de 1969).

(95) Sentencias de 29 de mayo de 1945, 2 de junio de 1948, 11 de noviembre de 1953, 7 de febrero de 1956, 29 de septiembre de 1961, 12 de enero de 1963, 23 de octubre y 6 de diciembre de 1965 y 5 de marzo de 1968.

(96) Sentencia de 2 de junio de 1948.

renunciante sea el titular del derecho que se abandona, del que ha de poseer, además, la libre disposición. Ha de ser clara, expresa y terminante (97) y «requiere como todos los negocios jurídicos su validez por razón de capacidad, artículo 109 de la Ley procesal, ausencia de vicio en la manifestación de voluntad y en especial las reglas sobre negocios jurídicos afectas al patrimonio en el derecho de familia» (98). Los Tribunales, por eso, están obligados a investigar sobre las condiciones en que se renuncian las acciones y sobre la validez o invalidez de la misma (99). Es absolutamente nula cuando perjudiquen a tercero, vayan contra el orden público o si el que la hace no tiene capacidad para ello (100). No puede renunciar, por tanto, el Ministerio Fiscal (101); ni la madre la indemnización otorgada o que pudiera otorgarse en favor de sus hijos, si no media la preceptiva autorización judicial (102); ni el tutor, aunque exista la autorización del Consejo de familia (103); pues los menores adquieren un derecho de crédito que pasa directamente a su peculio (104). Sin embargo, si el ascendiente era también perjudicado, su renuncia es válida y vinculante para él, no afectando a los otros; pero la cantidad que haya recibido se tendrá en cuenta a efectos de ejecución de sentencia para que sea detrída (105). Una vez hecha, la renuncia no admite retractación (106), a no ser que hayan cambiado sustancialmente las circunstancias concurrentes en el momento de ser concedida (107).

(97) Sentencias de 29 de mayo de 1945, 10 de diciembre de 1947, 2 de junio de 1948, 3 de diciembre de 1952, 7 de febrero de 1956, 23 de diciembre de 1960 y 29 de diciembre de 1969, entre otras muchas.

(98) Sentencia de 21 de junio de 1967. Entre la última jurisprudencia, Sentencias de 24 de febrero de 1977 y 19 de junio de 1978. Sobre sus requisitos, más ampliamente: FUENTES PÉREZ, *Conjunción de responsabilidad contractual y extracontractual provenientes de un mismo hecho*, cit., pág. 551. RODRÍGUEZ RAMOS, *Doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre las medidas del artículo 444 del Código penal*, cit., pág. 199. SANTOS BRIZ, *La renuncia de derechos y sus aspectos penal y procesal penal*, cit., pág. 291, y CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil Español*, I, cit., págs. 83 y 84.

(99) Sentencias de 12 de enero de 1963, 27 de febrero de 1968 («aun de oficio») y 12 de febrero y 19 de diciembre de 1969 (el Ministerio Fiscal).

(100) Sentencia de 20 de marzo de 1954. Ver también GONZÁLEZ PEÓN, *La renuncia a la indemnización civil derivada de delito*, en «Revista de Derecho de la Circulación», 1964, págs. 543 y sigs.

(101) Sentencia de 6 de diciembre de 1965.

(102) Sentencias de 29 de septiembre de 1961, 20 de mayo de 1964, 6 de julio de 1967, 12 de febrero de 1969, 5 de junio y 29 de septiembre de 1973, 11 de junio de 1974, 23 de septiembre de 1975 y 24 de febrero de 1977. En algún caso la ha aceptado, por entender el Tribunal que la renuncia había sido hecha a cambio de una contraprestación suficiente (Sentencia de 22 de diciembre de 1969).

(103) Sentencia de 20 de marzo de 1954.

(104) Sentencia de 21 de junio de 1967.

(105) Sentencia de 12 de febrero de 1969.

(106) Sentencias de 29 de mayo de 1945 y de 26 de diciembre de 1968.

(107) Sentencias de 29 de diciembre de 1969 y de 29 de marzo de 1977. Ver también FUENTES PÉREZ, *Conjunción de responsabilidad contractual y extracontractual provenientes de un mismo hecho*, cit., págs. 550 y 551.

En los casos de renuncia a la dote que pudiera corresponder a la menor hecha por sus padres, o tutor, habrán de ser tenidos en cuenta, por consiguiente, las disposiciones contenidas en los artículos 159 a 169 y 1.809 a 1.819 del Código civil, relativas a los efectos de la patria potestad sobre los bienes de los hijos y a la transacción, respectivamente.

La última jurisprudencia, por su parte, después de señalar el carácter *sui generis* de estas medidas, viene manteniendo el criterio señalado, entendiendo irrenunciables el reconocimiento de la prole y su mantenimiento, pero no la dote (108), ya que: 1.º se renuncia un derecho propio de la mujer; y 2.º el derecho renunciado no afecta al interés y al orden público, ni es una cuestión de estado civil. Razones ambas que, a *contrario sensu*, abonan la irrenunciabilidad de los otros dos, derechos que, como dice la Sentencia de 11 de abril de 1977, «si no son propiamente penalidad, al menos constituyen sanciones, siquiera sean de carácter civil». Consecuencia de esta condición es que con excepción del matrimonio en que es claro que se satisfacen los propósitos del artículo 444, el perdón expreso no hace desaparecer la obligación de reconocer y mantener la prole.

De cualquier forma, sí es cierto que las renunciaciones hechas en la fase sumarial suelen serlo en unas condiciones en que no es raro el aprovechamiento de los momentos de dolor moral en que se encuentra la mujer, en los cuales, destaca la Sentencia de 10 de diciembre de 1947, «falta, especialmente en las personas de escasa cultura, la serenidad de espíritu necesaria para advertir la importancia de todo documento relacionado con aquello, o lo que es más censurable la renuncia se logra aprovechándose de la angustiosa necesidad, de verdadero estado de necesidad, que sigue en muchas ocasiones a una desgracia». Es por eso que se haya propuesto el rechazo de las renunciaciones producidas en la fase sumarial, debiendo admitirse únicamente, se dice, las que sean posteriores a la sentencia (109).

IV. CONTENIDO DEL ARTICULO 444: CONCEPTOS QUE COMPRENDE:

1. *En beneficio de la ofendida: la dote*

En el primero de sus números, el artículo 444 dispone que el reo de violación, estupro y raptó será condenado, por vía de indemnización, a dotar a la ofendida si fuere soltera o viuda.

Como ya adelantamos, creemos que se trata de una auténtica

(108) Así, Sentencias de 5 y 24 de febrero, 11 de abril y 26 de septiembre de 1977 y 3 de junio de 1978.

(109) Esta es la opinión de FUENTES PÉREZ, *Conjunción de responsabilidad contractual y extracontractual provenientes de un mismo hecho*, cit., páginas 544 y 549.

indemnización, pues, además de que así lo dice el propio artículo 444, el sentido que a la reparación da el artículo 103 no se corresponde con la naturaleza de las consecuencias derivadas de un delito de este género: porque ni la propia deshonra, ni la infraestimación social causadas por los mismos pueden ser «reparadas» mediante la dote. Por desgracia, la sensibilidad social, aunque muy evolucionada, sigue todavía embotada y contemplando con mirada roma e hipócrita estos sucesos. Sobre todo en los ambientes rurales, mucho más conservadores en lo que se refiere a las concepciones sexuales, a la postre lo que únicamente importa es que, aunque haya sido por la fuerza y contra la voluntad de la mujer o mediante el engaño, ésta ya no puede mostrar a los demás una reputación libre de mancilla que, por más que en muchos casos solamente sea pura fachada, es el criterio definitivo a la hora del respeto social. La víctima de uno de estos delitos ve de esta forma alterado su plan de vida y sus proyectos futuros. En adelante será siempre aquélla de la que, en voz baja, y si se quiere con ignorante buena intención —pero no por eso con menos hipócrita y cruel conmiseración—, se referirá «su desgracia» al aludirla. Se comprenderá que en estos círculos, en donde difícilmente se olvida cualquier circunstancia, particularmente las que pueden perjudicar a las personas, se haga difícil a la mujer encontrar alguien lo suficientemente dispuesto como para enfrentarse con el ambiente, que a buen seguro les agobiará. Las posibilidades de contraer matrimonio —que si no nos dejamos deslumbrar por determinados planteamientos presuntamente feministas se reconocerá sigue siendo la meta de un buen número de nuestras mujeres— se ven casi prácticamente perdidas como consecuencia del delito. Es por esto que el Código, haciendo gala en esta ocasión de un profundo conocimiento de la sociedad a que se dirige, y que en este aspecto es todavía más vieja que su propia ancianidad, establece la obligación de dotar a la mujer, para, de esta forma, consciente también de que el dinero es a veces un poderoso instrumento de cambio en los juicios sobre las personas, facilitarle en lo posible la nueva vida que a raíz del delito se ha abierto para ella.

Mediante la dote, por consiguiente, vienen a contemplarse específicamente las consecuencias negativas que en orden a la posibilidad de contraer matrimonio se derivan para la mujer soltera o viuda como consecuencia del delito (110). No es obstáculo para su concesión, sin embargo, el que con posterioridad a su comisión la mujer contraiga matrimonio (111), pues, como destaca Díaz Valcárcel, el número 1.º del artículo 444, como precepto imperativo que es, viene a sentar una especie de presunción *iuris et de iure*

(110) Así lo ven también BATLLE VÁZQUEZ, *La responsabilidad civil en los delitos de violación, estupro y rapto*, en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», septiembre de 1973, pág. 424, y GROIZARD, *El Código Penal de 1870, concordado y comentado*, V, cit., pág. 255.

• (111) Sentencias de 7 de febrero de 1966 y 1 de abril de 1971.

de que la ofendida en los delitos de violación, estupro y rapto, ha debido sufrir un perjuicio indemnizable, aunque no siempre sea así (112).

Esta es también la razón de que la indemnización se establezca para la mujer soltera o viuda, que será la que con mayor intensidad sufra las consecuencias que comentábamos. La exclusión de la mujer casada ha recibido siempre el aplauso unánime de la doctrina, refiriendo el oprobio que supondría para el marido hablar de dinero en lo que se considera y es una situación notablemente lesiva de su honor. Sin querer dudar de que así pudiera ser, también parece razonable pensar que puesto que originariamente la indemnización prevista en beneficio de la mujer tenía como primordial finalidad facilitarle la posibilidad de contraer matrimonio, es por eso por lo que se establece en favor de las solteras y viudas, y esa misma es la razón también de que se utilice el vocablo «dote», de muy concreto significado histórico y jurídico-civil. Término que, no obstante, no es preciso insistir no está siendo utilizado en su sentido técnico; esto es, entendida como conjunto de bienes destinados al levantamiento de las cargas del matrimonio (114), ya que no es necesario para que se otorgue el que la ofendida se case o profese en religión, únicos supuestos en que podría utilizarse con propiedad tal nominación (115). Parece más exacto entender, por el contrario, que su uso se hace en el sentido gramatical de «señalar bienes», es decir, fijar una cantidad (116).

Esta interpretación de la dote se ve reforzada por la última reforma que en materia de delitos de estupro y rapto ha operado la ley 46/1978, de 7 de octubre, y que, entre otras modificaciones, supone la ampliación al varón del círculo de los posibles sujetos pasivos de los mencionados delitos; delitos a los que, como es sabido, el artículo 444 viene a señalar también la dote. Pues bien, si a pesar de esta ampliación la dote continúa referida exclusivamente a los casos en que la víctima del delito no es un varón, no quiere decir ello que éstos no puedan ver indemnizados los daños sufridos, sino que la vía no es el artículo 444: lo será el 104 del Código penal.

Hoy, sin embargo, cuando la indemnización de los daños morales es un hecho indiscutible (117), cuando la incorporación de la

(112) *Indemnización*, cit., pág. 287.

(113) Ver por todos, GROIZARD, *El Código Penal de 1870, concordado y comentado*, V, cit., pág. 255, y VIADA Y VILASECA, *El Código Penal reformado de 1870*, 4.ª ed., Madrid, 1890, pág. 159.

(114) DÍEZ PICAZO-GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho Civil*, IV, cit., página 251.

(115) BATLLE, *La responsabilidad civil en los delitos de violación, estupro y rapto*, cit., pág. 424. Este sentido, en cambio, parece darle FENECH, *El proceso penal*, cit., pág. 455, al decir que debe establecerse según las reglas del derecho civil y que podrá disponer de ella al tomar estado.

(116) DÍAZ VALCÁRCEL, *Indemnización*, cit., pág. 286.

(117) Sobre qué entiende la jurisprudencia por daños morales en delitos contra la honestidad, ver Sentencias de 20 de junio de 1963, 24 de junio de 1964 y 2 de febrero de 1968.

mujer al mundo del trabajo puede reportarle perjuicios materiales efectivos como consecuencia del delito sexual y, sobre todo, cuando parece que va siendo superado ese calderoniano sentido del honor del esposo (118), es absolutamente rechazable la posibilidad de que la mujer casada haya de quedar excluida de la indemnización.

En rigor, además, señala Batlle, la propia formulación del artículo 444 («serán también condenados por vía de indemnización»), pone claramente de manifiesto que su misión no es la de sustituir los resarcimientos que con carácter general pudieran corresponder a la mujer, sino la de complementar tal régimen (119). La mujer casada, por consiguiente, podrá ver satisfecho su derecho a la indemnización, si no a través del número 1.º del artículo 444, sí por medio del 101 y siguientes.

Del mismo modo, dado el carácter complementario del régimen general de la responsabilidad civil que tiene el apartado a que nos referimos, incluso para las mujeres solteras y viudas, y respetando el sentido y finalidad a que entendemos responde la dote (tratar de facilitar la celebración de matrimonio), en buena técnica habría que indemnizar a través de ella tan sólo estas consecuencias y a través del concepto genérico de indemnización cualesquiera otras de orden material o moral que también pudieran derivarse. En la práctica, no obstante, se muestra más razonable —aun reconociendo que con ello no se respeta el rigor teórico— que para las mujeres solteras y viudas se incluyan en la dote cualquier género de perjuicios que se les hubiera causado con el delito (120).

Con buen criterio, no fija el legislador reglas para determinar la cuantía de la dote. El Tribunal goza de arbitrio absoluto para señalarla, sin que tal facultad tenga ninguna suerte de limitación; ya que, como dijera Pacheco (121), no se trata de una multa, sino de una indemnización. De cualquier forma, deberá fijarse en atención, especialmente, a la fortuna del ofensor, sin olvidar las circunstancias de la mujer y las características del hecho que puedan influir en el mayor o menor daño (122).

(118) Por otra parte, como pone de manifiesto BATLLE, *La responsabilidad civil en los delitos de violación, estupro y rapto*, cit., pág. 422, lo que se da no es una satisfacción al marido, ni es su honor lo que se compensa con la indemnización, sino los daños que se han causado con el delito.

(119) BATLLE, *La responsabilidad civil en los delitos de violación, estupro y rapto*, cit., pág. 423.

(120) En este tema, SANTOS BRIZ, *La responsabilidad civil*, cit., págs. 158 y 159, entiende que la reducción de las expectativas de matrimonio no pueden calificarse de daño patrimonial («sería degradar la institución»), sino de daño moral, aunque en la dote se incluirán unos u otros (pág. 164).

(121) *Código Penal concordado y comentado*, Tomo III, Madrid, 1881, páginas 159 y 160. BATLLE, *La responsabilidad civil en los delitos de violación, estupro y rapto*, cit., pág. 425, por su parte, estima que sólo debe tenerse en cuenta la propia situación de la mujer ofendida y los daños materiales y morales.

(122) Así hace, en un supuesto similar, el propio Código en el artículo 479, cuando obliga al contrayente doloso a dotar «según su posibilidad»

El Tribunal Supremo, por su parte, tiene declarado que se trata de una indemnización pecuniaria (123), que debe imponerse aunque el delito no se haya consumado (124) y aunque la mujer contraiga posteriormente matrimonio (125). El Tribunal tiene completo arbitrio para fijarla (127), según las circunstancias que puedan servir para precisarla (128). En este sentido, la Sentencia de 13 de junio de 1973, declara que como quiera que la ley, al establecer la dote, no hace otro distingo que el de ser soltera o viuda la ofendida, «la condición moral de la víctima podrá ser tenida en cuenta para regular el «quantum» de los perjuicios de esa índole moral mentados en el artículo 104, pero no para denegar la responsabilidad civil *in totum*. La virtualidad de la doctrina sentada adquiere en cierta forma mayor relevancia si se tiene en cuenta que la víctima era una prostituta que perdonaba a uno de los partícipes a cambio de la cantidad de 30.000 pesetas, que, en cambio, no habían satisfecho los otros y que por eso resultan condenados al no beneficiarles la exención de responsabilidad.

El artículo 444 es, según la doctrina jurisprudencial, un precepto complementador del régimen general de la responsabilidad civil, como lo muestra el hecho de que si cambia la calificación del delito y al nuevo que se imputa no puede corresponder la fijación de dote, cabe señalar la misma cantidad que antes se pedía en ese concepto bajo el título general de indemnización (129). En todo caso, la cantidad a que asciende será fijada en la sentencia, sin que quepa hacer tal declaración cuando proceda la absolución (130).

En los casos de coparticipación deberán observarse las reglas previstas en los artículos 106 y 107 (131), teniendo efecto, por

a la mujer que hubiere contraído matrimonio de buena fe. Por lo demás, esta es la opinión doctrinalmente compartida: PACHECO, *Código Penal concordado y comentado*, III, cit., págs. 159 y 160. GROIZARD, *El Código Penal de 1870, concordado y comentado*, cit., pág. 225. VIZMANOS, *Comentarios al nuevo Código penal*, Tomo II, Madrid, 1853, págs. 395 y 396. VIADA, *El Código Penal reformado de 1870*, cit., pág. 99. SÁNCHEZ TEJERINA, *Derecho Penal Español*, II, PE, cit., pág. 330. PUIG PEÑA, *Derecho Penal*, IV, PE, II, cit., pág. 83. LANGLE RUBIO, *La mujer en el Derecho Penal*, cit., pág. 113.

(123) Pero no en su sentido estricto de indemnización civil patrimonial (Sentencia de 5 de febrero de 1977, confirmada por las de 11 de abril del mismo año y 6 de marzo y 8 de junio de 1978).

(124) Sentencia de 29 de diciembre de 1959.

(125) Sentencias de 7 de febrero de 1966 y 1 de abril de 1971.

(126) Sentencia de 1 de abril de 1977.

(127) Sentencias de 26 de enero de 1918, 19 de enero de 1928, 29 de octubre de 1956, 1 de abril de 1971 y 5 de febrero de 1977.

(128) Sentencias de 7 de diciembre de 1973 y 5 de febrero de 1977.

(129) Sentencias de 19 de enero de 1928, 12 de mayo de 1962, 2 de febrero de 1968 y 19 de junio de 1974.

(130) Sentencia de 2 de abril de 1872.

(131) La jurisprudencia entiende que las cuotas señaladas a cada partícipe no son revisables en casación: Sentencias de 10 de octubre de 1953, 17 de junio de 1956, 10 de marzo de 1964 y 15 de octubre del mismo año. En contra, Sentencia de 2 de noviembre de 1963.

tanto, los sistemas de responsabilidad solidaria entre los miembros de cada categoría de partícipes y subsidiaria entre ellos. Por tratarse de un derecho cuyo único titular es la mujer puede renunciarse a la misma.

A la vista de lo expuesto, de *lege ferenda*, sería deseable hacer desaparecer del artículo 444 la mención expresa a la dote, puesto que de cualquier forma vendría en aplicación el régimen general de la responsabilidad civil, para atender el resarcimiento de los daños causados al sujeto pasivo de un delito de violación, estupro o raptó (132).

2. En beneficio de la prole:

A) El reconocimiento

El número segundo del artículo 444 manda que los reos de violación, estupro y raptó sean también condenados a «reconocer la prole si la ley civil no lo impidiere». Se establece, pues, un reconocimiento limitado, ya que sólo será posible cuando se den las circunstancias que según el ordenamiento privado lo hagan factible. En él, el artículo 135 del Código civil, que indica en qué casos el padre está obligado a reconocer al hijo natural, establece que «en los casos de violación, estupro y raptó se estará a lo dispuesto en el Código penal en cuanto al reconocimiento de la prole»; es decir, nada nuevo, por lo que no cabe otra cosa que volver al principio y partir de ahí; esto es, averiguar cuándo es posible el reconocimiento de un hijo con arreglo a las disposiciones civiles.

El tema, previamente, requiere una precisión terminológica: ¿qué hay que entender por «reconocer»? Como pone de relieve Batllé (133), en sentido amplio «reconocer es establecer la paternidad a todos los efectos más o menos restringidos que la ley determine, cualquiera que sea la condición de los padres y la legalidad o ilegalidad de la unión que da vida al hijo». Este es, por ejemplo, el sentido con que implícitamente se utiliza el término en el número 3.º del artículo: «en todo caso a mantener la prole». Está claro que si al condenado se le obliga a mantener la prole es porque se le considera padre de la descendencia surgida como consecuencia del delito. En el número segundo, sin embargo, el reconocimiento se está conectando con la creación de una filiación dentro del status familiar; esto es, la posibilidad de que la descendencia pueda o no ser reconocida como hijo; ello, sin perjuicio de que en ambos entendimientos la paternidad sea en última instancia el soporte de la responsabilidad. En este momento, excusado es:

(132) De la misma opinión, RODRÍGUEZ RAMOS, *Doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre las medidas del artículo 444 del Código penal*, cit., página 201, y QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso de Derecho Penal*, II, cit., pág. 342.

(133) BATLLE, *La responsabilidad civil derivada de los delitos de violación, estupro y raptó*, cit., págs. 426 y 427.

advertir que al sentido que nos estamos refiriendo es precisamente al segundo.

Con excepción de Zugaldía Espinar (134), la doctrina que se pronuncia sobre el tema reconoce la posibilidad únicamente para los hijos naturales (135), solución a la que la evidencia nos obliga a unirnos. En efecto, examinado el tratamiento jurídico-privado del reconocimiento no es otra la posibilidad que se ofrece. Y es así por las siguientes razones:

1.^a Porque de ese modo lo indica la rúbrica en donde se recogen los preceptos dedicados al mismo (Sección 1.^a, Capítulo IV, Título II, Libro I del Código civil) «Del reconocimiento de los hijos naturales», puesta en conexión con la de la sección siguiente: «De los demás hijos ilegítimos», a los que el artículo 139 les reconoce como único derecho el de exigir alimentos; con lo cual está manifestando claramente la imposibilidad de que sean reconocidos.

2.^a Porque en el artículo 135 del Código civil, que como queda dicho recoge los casos en que el padre viene obligado al reconocimiento, y en donde se menciona expresamente a los delitos de violación, estupro y rapto, éste se halla limitado al hijo natural.

3.^a Porque no supone alteración ninguna, en lo que se refiere a los delitos a que nos referimos, el hecho de que sea posible el reconocimiento separado del hijo natural por el padre o la madre. Es evidente que si el autor del delito es casado o tiene hechos votos religiosos la sentencia no podría obligarle al reconocimiento en cuanto que la ley no lo permite. La única posibilidad que se ofrece como discutible es, entonces, el caso en que la cualidad de no natural procede de la ofendida y no del autor del atentado: es decir, cuando se trate de responsable soltero y de víctima casada o religiosa. Es verdad que la ley admite la posibilidad de que el reconocimiento se haga ocultando la condición real del hijo, con tal de que el que lo inste no dé circunstancia alguna que permita sea reconocido el otro progenitor. Hay, como se aprecia, una presunción en favor de la condición de hijo natural, basada en que así puede serlo dado el estado civil del padre, en este caso, en el

(134) ZUGALDÍA ESPINAR, *Los delitos de rapto en el Código Penal Español*, cit., pág. 777.

(135) ASÍ, PACHECO, *Código Penal concordado y comentado*, III, cit., pág. 160. VIZMANOS, *Comentarios al nuevo Código penal*, II, cit., pág. 396. GROIZARD, *El nuevo Código Penal de 1870, concordado y comentado*, V, cit., págs. 257 y sigs. CASTRO OROZCO y ORTIZ DE ZÚÑIGA, *Código Penal explicado para la común inteligencia y la fácil aplicación de sus disposiciones*. Granada, 1848, pág. 342. VIADA, *El Código Penal reformado de 1870*, cit., pág. 99. SÁNCHEZ TEJERINA, *Derecho Penal Español*, II, PE, cit., pág. 330. PUIG PEÑA, *Derecho Penal*, IV, PE, II, cit., pág. 84. REYES MONTERREAL, *Acción y responsabilidad civil derivadas de delitos y faltas*, cit., pág. 245. BATLLE, *La responsabilidad civil derivada de los delitos de violación, estupro y rapto*, cit., pág. 287. DÍEZ PICAZO-GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho Civil*, IV, cit., pág. 346. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil Español*, IV, cit., pág. 23. MANRESA, *Comentarios al Código Civil Español*, I, cit., pág. 624. Esta es también la opinión del Tribunal Supremo; entre las últimas sentencias, vid. por todas la de 18 de marzo de 1977.

momento de la concepción. Ahora bien, aquí ambos progenitores son conocidos, por lo que no se puede condenar, en base al derecho, a algo que es contrario a él mismo, como se haría si se obliga a reconocer como natural a un hijo que no lo es; entre otras cosas, porque no podría pedirse la ejecución de sentencia, pues en ella constaría que se trata de un hijo adulterino o sacrilego; aparte de que, en todo caso, el reconocimiento sería fácilmente impugnabile (artículo 138 Código civil) (136).

4.^a Porque el mismo artículo 444 está abonando este criterio. Nótese que si todo hijo, cualquiera que fuese su calificación legal, pudiera ser reconocido como hijo natural, no tendría sentido la existencia del número tercero del artículo 444, que les reconoce el derecho de alimentos, en cuanto que esa es una de las prestaciones que lleva implícito el reconocimiento, según establece el artículo 134 del Código civil.

5.^a A mayor abundamiento, porque la misma ordenación del artículo 444 así lo pone de manifiesto si lo relacionamos con el tratamiento civil de los hijos ilegítimos no naturales, ya que en ambos casos el único derecho que se les reconoce es el de alimentos. Parece claro pensar que detrás de la coincidencia de soluciones hay una coincidencia de situaciones. La misma existencia de los números segundo y tercero revelan claramente que la misma ley considera que no todos los hijos pueden acogerse a su número segundo; o lo que es lo mismo, que no todos los hijos pueden reconocerse como naturales (137).

El que defendamos este criterio no significa en modo alguno que lo compartamos. Por el contrario, al mínimo sentido de la justicia le repugna que se hagan pagar a los hijos las culpas de los padres, en este caso la brutalidad de que él es inocente consecuencia. Pero, la disconformidad con la ley no nos es causa suficiente para saltárnosla. En suma, por tanto, más o menos de acuerdo, hemos de insistir en que solamente sobre los hijos naturales puede fundamentarse la condena que obligue al reconocimiento. Y obsérvese bien que hablamos de «condena». Ahora parece que existe en las Cortes un Proyecto de Ley, de cuyo contenido no conocemos nada concreto, pero que se dice va a hacer más justo el tratamiento dado a este tema. Es obvio advertir que lo que se legisle será, en definitiva, lo que defina la solución correcta de la cuestión que examinamos (138).

(136) BATLLE, *La responsabilidad civil derivada de los delitos de violación, estupro y rapto*, cit., pág. 428, de la misma opinión, advierte, además, que este tratamiento perjudica al hijo, pues de no mediar sentencia penal tal vez el progenitor soltero hubiera podido proceder al reconocimiento, que ahora, al constar la ilegitimidad no natural en la sentencia, se hace imposible.

(137) Por vías en cierto modo paralelas llega a la misma conclusión GROIZARD, *El Código Penal de 1870, concordado y comentado*, cit., págs. 256 y siguientes.

(138) La regulación ahora vigente podría declararse derogada por la Constitución de 1978, que en sus artículos 14 y 39-2.º proscribire, entre otras, cual-

En todo lo que queda dicho venimos dando por supuesto que el padre, soltero en el momento del delito (139), es el autor del yacimiento que provocó la concepción. Sin embargo, la cuestión no es tan clara como puede parecer. No ya por aquellos supuestos de mujer casada en que no pudo precisarse de quién es el hijo y en los que jugaría, en todo caso, la presunción de legitimidad de los artículos 108 y 109 del Código civil (140). El problema se planteará en las hipótesis de mujer soltera o viuda que haya tenido relaciones sexuales en la época en que se cometió el delito y, sobre todo, en los supuestos de coautoría en que sean varios los sujetos que efectúan el yacimiento. En estos casos, la investigación de la paternidad se impone (141). Habrá que probar, en primer lugar, que el delito se cometió dentro de los ciento veinte días primeros de los trescientos que precedieron al parto (142); aunque, a pesar de ello, siempre quedará al inculpado la posibilidad de interponer la *exceptio plurium concubentium* (143). Respecto de la madre, como es lógico, el problema no existe, pues ella siempre es conocida, y en todo caso la investigación de la maternidad ofrece márgenes tan amplios que casi es forzosa (144). En este sentido, la sentencia de 26 de septiembre de 1977 señala que solamente mediante y a través del proceso penal podría llegarse a determinaciones de paternidad «que, de no ser así, aparecen, por ahora, vedadas por el Derecho Privado dado el genérico criterio prohibitivo en la materia consagrado en los artículos 135, 140-2.º, 141 y concordantes del Código civil» (145). No obstante, la sentencia puede condenar al reconoci-

quier género de discriminación por razón de «nacimiento». Más concretamente, el artículo 39,2 dispone un tratamiento radicalmente distinto al actualmente establecido en el Código civil, al declarar «la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación». Todo depende evidentemente de la eficacia que sobre el derecho vigente se conceda a las normas constitucionales, teniendo en cuenta, además, que el apartado tercero de la disposición derogatoria proclama la abolición de todas las normas que se opongan a lo establecido en ella, a despecho del procedimiento de inconstitucionalidad regulado en el artículo 163 de la misma; lo que no se salva aún pensando que éste está destinado a las futuras normas. Interpretándolo así es como se han podido entender modificados varios artículos del Código civil, en virtud de Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado, que viene a alterar sustancialmente los mismos. (Ver «BOE» de 30 de diciembre de 1978.)

(139) Cabe el reconocimiento sólo si el padre era soltero en el momento de cometer el delito, aunque fuera casado llegado el del alumbramiento (Sentencias de 12 de noviembre de 1976 y 18 de marzo de 1977).

(140) Así, Sentencia de 17 de junio de 1961.

(141) Vid. MANRESA, *Comentarios al Código Civil*, I, cit., págs. 599, 600 y 623. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil Español*, IV, cit., págs. 22 y 23, y Díez PICAZO-GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho Civil*, IV, cit., págs. 346 y sigs.

(142) Sentencias de 10 de febrero de 1971 y 29 de diciembre de 1976.

(143) Díez PICAZO-GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho Civil*, IV, cit., página 346.

(144) Vid. MANRESA, *Comentarios al Código Civil*, I, cit., págs. 604 y 623, y CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil Español*, IV (derecho de familia), cit., pág. 22.

(145) Del mismo tenor, Sentencias de 10 de febrero de 1971 y 29 de diciembre de 1976.

miento aunque todavía no conste la existencia de prole, entendiéndose esta condena eficaz en el caso de que llegara a haberla (146); a lo que no empece que la aplicación del artículo 444 requiera en todo caso fallo condenatorio.

Puede ocurrir que la sentencia penal establezca la filiación como hecho probado, pero la causa acabe sin condena (por falta de engaño, por ejemplo, en un supuesto estupro). En tales casos, la jurisprudencia ha señalado que no puede alegarse la declaración penal, sentando el hecho de la paternidad, en la vía civil, pues no hay ni escrito indubitado de reconocimiento ni posesión de estado, criterio excesivamente riguroso que quizás conviniera replantearse (147).

Afirmada la existencia de delito y la autoría del imputado, la sentencia contendrá la declaración de reconocimiento y la orden de que se inscriba en el Registro. No son de aplicación los medios especificados en el artículo 131 del Código civil (148), al ser la sentencia título bastante para proceder al mismo. Así, el artículo 189 del Reglamento del Registro civil de 14 de noviembre de 1958, dice: «El reconocimiento de prole impuesto por vía de indemnización, en sentencia dictada en proceso penal, se inscribirá con mención de esta circunstancia» (149).

Hecha que sea la inscripción, el reconocimiento adquiere plenos efectos, derivándose todas las consecuencias que se generan del status de hijo natural. El padre, a tenor del artículo 154 del Código civil, adquiere la patria potestad sobre el hijo que ha reconocido, situación que, sin duda, no deja de ser ciertamente anómala dados los antecedentes que han hecho nacer semejante facultad. Para obviarlas no cabe acudir a la posibilidad que el artículo 171 del Código civil reconoce a los Tribunales ordinarios para privar o suspender su ejercicio, pues tal función es competencia de los Tribunales Tutelares de menores. La única solución, en opinión de Batllé, es la de que solamente la jurisdicción civil o la de menores, a instancia de parte o del Ministerio Fiscal, pueden realizar esa privación (150).

Como ya dijimos, el de reconocer a la prole es un derecho irrenunciable por la mujer, entre otras razones, que ya quedaron vis-

(146) Sentencia de 19 de enero de 1928. Del mismo modo, procede el reconocimiento, aunque no se haya declarado expresamente la paternidad en la sentencia, si consta en ella la realidad del acceso: Sentencias de 7 y 11 de abril de 1978.

(147) Cfr. DÍEZ PICAZO-GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho Civil*, IV, cit., pág. 346. Con el mismo criterio, la Sentencia de 18 de marzo de 1977, reconocida la paternidad, pero no la existencia de delito, declara abierta la vía civil para instar el posible reconocimiento.

(148) DÍAZ VALCÁRCCEL, *Indemnización*, cit., pág. 278, en contra.

(149) Cfr. FENECH, *El proceso penal*, cit., pág. 455, y BATLLE, *La responsabilidad civil derivada de los delitos de violación, estupro y rapto*, cit., pág. 428.

(150) *La responsabilidad civil derivada de los delitos de violación, estupro y rapto*, cit., págs. 428 y 429.

tas, porque titular del mismo es la descendencia; además de que se trata de derechos indisponibles (151).

Dada la naturaleza estrictamente personal del reconocimiento, no cabe, como es natural, el régimen de solidaridad establecido en el artículo 107 del Código penal. Sobre la posibilidad de reconocimiento después de producida la muerte del autor del delito, pero antes de la sentencia, de dudosa eficacia, habrá de estarse en todo caso a lo dispuesto en la normativa civil (artículo 137 del Código civil) (152).

B) Alimentos

En todo caso, dice el número tercero del artículo 444, el reo de violación, estupro o rapto, será condenado a mantener la prole.

Como hace poco hemos visto, el tratamiento legal del tema de la prole es perfectamente coherente con el civil. Como éste, el Código penal se refiere primero a lo más, el reconocimiento como descendencia natural, y después, como último recurso, a lo menos, o mejor, a lo único que puede hacer: declararles el derecho de alimentos que tienen. Ahora, cuando el precepto existe, quizás podamos tacharlo de innecesario, ya que cualquiera que sea la condición jurídica que la descendencia merezca (natural, adulterino, sacrilego, etc.), el derecho de alimentos le viene reconocido por la ley civil (artículo 139 y 140 del Código civil). Sin embargo, si faltara posiblemente surgirían dudas sobre el significado del silencio de la ley penal; silencio, que, en todo caso, impediría que el Tribunal pudiera pronunciarse sobre el particular, quebrando con ello el principio de reclamación conjunta de la acción civil y penal para los casos de hijos ilegítimos no naturales, que habrían de tramitar su reclamación ante la jurisdicción y por la vía civil. Es por eso que no nos parezca conveniente, como en algún caso se ha estimado (153), la desaparición del apartado, que podría suponer en supuestos de imposibilidad de reconocimiento el completo abandono de la prole, como a continuación veremos.

El derecho de alimentos, pues, indemnización complementaria de las establecidas en los dos números anteriores según la jurisprudencia (154), se señalará cualquiera que sea la calidad civil de la descendencia (155). El «en todo caso» es evidentemente innecesario cuando el hijo o hija resultara reconocido como natural, pues tal derecho forma parte de su estatuto jurídico civil; pero sola-

(151) Sentencia de 24 de febrero de 1977.

(152) QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios al Código Penal*, cit., pág. 812, rechaza que sea posible.

(153) RODRÍGUEZ RAMOS, *Doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre las medidas del artículo 444 del Código Penal*, cit., pág. 201.

(154) Sentencia de 25 de octubre de 1952. Vid., infra., nota 84.

(155) Cfr. PACHECO, *Código Penal concordado y comentado*, III, cit., pág. 160. VIZMANOS, *Comentarios al nuevo Código Penal*, II, cit., pág. 396. GROIZARD, *El Código Penal de 1870, concordado y comentado*, V, cit., pág. 260. VIADA, *El Código Penal reformado de 1870*, cit., pág. 100. PUIG PEÑA, *Derecho Penal*, IV, PE, cit., pág. 84.

mente hasta ahí, porque ése no es el único supuesto que puede presentarse. Junto a él, puede también ocurrir que la descendencia merezca, según la ley civil, la calificación de «ilegítima no natural», en cuyo caso, como queda dicho, de no hacerse constar expresamente, la reclamación de alimentos habría de hacerse fuera del proceso penal, con las dificultades y problemas que ello entraña y lo dudoso de su aceptación según la normativa civil. Puede suceder también que el reconocimiento no haya podido producirse de ninguna forma ni bajo ninguna calificación; así ocurrirá en todos aquellos casos en que, por ejemplo, se haya interpuesto la *exceptio plurium concubentium* y no haya sido posible determinar con certeza el hecho de la paternidad. En estas ocasiones, de no hacerse expresa mención penal de la obligatoriedad de señalar alimentos, la descendencia quedaría en el más absoluto abandono por parte del responsable o responsables. De ahí que nos pronunciáramos a favor del mantenimiento del apartado.

Del mismo modo, interesa determinar si el «mantener la prole» de que el Código habla es asimilable al concepto civil de «alimentos entre parientes». Pensamos que así debe ser; pero con una importante matización. Si se observa la regulación civil de la materia, se comprobará cómo se mantiene también a estos efectos una discriminación entre hijos naturales e ilegítimos no naturales notablemente perjudicial para los últimos (artículos 142 y 143, párrafo 3.º), en cuanto que son más amplias las prestaciones que comprenden los alimentos de los primeros. Creemos que la solución debe correr aquí suerte diversa que en el número segundo del artículo. Allí, el propio Código penal distingue, pues así lo hace la normativa a que se somete. No ocurre de esta forma, en cambio, en el número tercero, en que el Código establece su propia regulación sin auxilio del ordenamiento civil. Parece claro que al decir «en todo caso» —aunque como ya comentamos pueda suponer redundancia en algún supuesto—, el precepto está incluyendo a cualquier descendencia, tanto natural como no natural. Y si resulta que no se diferencia entre la prole, no vemos por qué ha de operar la desigualdad establecida en el Código civil. En materia de alimentos, por tanto, toda la prole corre suerte pareja. Ahora bien, ¿qué alimentos han de ser reconocidos, los que corresponden a los naturales o a los no naturales? Puesto que de la condición jurídica de hijo natural se desprende *per se* el derecho de alimentos, digamos en este sentido amplio, y el Código penal lo reconoce así al encomendarse en la materia al civil, la única opción legal no discriminatoria que se ofrece es la de mantener que tal ha de ser el régimen de alimentos aplicables a los hijos ilegítimos no naturales. La base de nuestro razonamiento es muy clara: si el Código penal no distingue, menos puede hacerlo el civil, cuya misión en este caso no es preceptiva, sino meramente indicativa.

El régimen legal que dará contenido a esa obligación de mantener la prole es, por todo ello, el de los artículos 142 a 153 del Cód-

go civil, con la salvedad hecha de que no tendrá efectos la discriminación entre la descendencia, entendiéndose aplicable el que corresponde a los naturales; especialmente habrán de ser tenidos en cuenta los artículos 142, 146, 147 y 149 del Código civil (156).

En concreto, el contenido de los alimentos, utilizando orientativamente los conceptos civiles, habrá de ser el siguiente: 1.º Prestación de sustento, esto es, alimentos y ropas de uso ordinario; 2.º habitación, según los términos prevenidos en el artículo 524 del Código civil; es decir, ocupando en una casa ajena la pieza o piezas que sean necesarias; 3.º prestación sanitaria, ya sean gastos normales o extraordinarios (vid. artículo 1.041 Código civil), y 4.º educación e instrucción (157).

La equivalencia en numerario de las obligaciones que comporta el mantenimiento de la prole «será proporcionada al caudal o medios de quien deba satisfacerlo, y a las necesidades del beneficiario, aumentándose o reduciéndose proporcionalmente según el aumento o disminución que sufran las necesidades del que deba ser mantenido y la fortuna del que está obligado a mantenerlo, según la posición social de la familia» (Sentencia de 25 de octubre de 1952) (158). El Tribunal Supremo, de esta forma, viene a confirmar que en todo caso debe aplicarse el régimen general de los alimentos según lo configura el Código civil. La última jurisprudencia, sin embargo, se remite a la regulación privada en bloque, con lo que indirectamente viene a reconocer que también en materia penal viene a operar la discriminación entre una y otra clase de descendencia (Sentencias de 24 de febrero y 11 de abril de 1977). A causa de esas fluctuaciones en la cuantía, de acuerdo con la posición social de la familia, no es posible fijar en la sentencia una cantidad mensual en concepto de pensión, aunque sí puede serlo de forma «provisional», lo que implica que puede ser alterada (159). Y ello porque la ley obliga a condenar por alimentos, pero no autoriza a los Tribunales para establecer la forma de cumplimiento de esa obligación legal ineludible, y menos a sustituir la fórmula que el ordenamiento jurídico adopta, limitada a que se condene el culpable a mantener la prole, por la condena al pago de una determinada cantidad mensual «porque ni la ley lo exige ni es procedente condicionar la manera de cumplir esa condena específica de esta clase de delitos cuando el obligado puede obedecer al mandato

(156) Así, Sentencia de 25 de octubre de 1952. En sentido contrario, admitiendo la discriminación, Sentencia de 24 de febrero de 1977, confirmada por la de 11 de abril del mismo año.

(157) Cfr. DÍEZ PICAZO GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho Civil*, IV, cit., págs. 60 y 61. Ampliamente, MANRESA, *Comentarios al Código Civil*, I, cit., páginas 623 a 626 y 662 a 667.

(158) La jurisprudencia ha reiterado insistentemente esta posición: Sentencias de 8 de marzo de 1954, 14 de junio de 1955, 30 de junio de 1956, 22 de noviembre de 1957, 2 de febrero de 1961, 12 de mayo de 1962 y 22 de febrero y 2 de mayo de 1963, entre otras.

(159) Sentencias de 18 de febrero de 1962 y 30 de enero de 1970.

legal, impuesto en el fallo, voluntariamente y a satisfacción de la parte agraviada», sin perjuicio de tomar las medidas oportunas cuando en ejecución de sentencia el Tribunal conociera que se está incumpliendo lo señalado (160).

En todo caso, el condenado puede optar, salvo causas justificadas de orden moral, entre pagar la pensión que pueda fijarse en el momento de proceder a la ejecución de sentencia, o recibir y mantener en su propia casa al favorecido por ella (161). Como es natural, la opción no puede darse cuando entra en colisión con otros derechos familiares de naturaleza prioritaria; así pasará, por ejemplo, en los casos en que los hijos se encuentren bajo la patria potestad de la madre y vivan en su compañía (162).

El incumplimiento de la obligación de asistencia no constituye quebrantamiento de condena, aunque sí podría dar lugar, en su caso, a un delito de abandono de familia (163).

Por las razones que ya han sido suficientemente expuestas, se trata de un derecho indisponible por la madre, cuya renuncia, además, se halla expresamente prohibida por el artículo 151 del Código civil: «No es renunciable ni transmisible a un tercero el derecho a los alimentos. Tampoco pueden compensarse con lo que el alimentista debe al que ha de prestarlos». La transmisibilidad a que se refiere el precepto hace referencia evidentemente al beneficiario, pues en lo que concierne al obligado a prestarlos, el artículo 845 del Código civil declara la transmisión a los herederos del mismo de la obligación de satisfacerlos. Del mismo modo, no juega en este caso, al contrario de lo que ocurría en el reconocimiento, la circunstancia que impedía la aplicación del artículo 107 del Código penal, que, por consiguiente, habrá de ser tenido en cuenta cuando fuere pertinente.

V. CONCLUSIONES Y CONSIDERACIONES DE «LEGE FERENDA»

En atención a lo anteriormente expuesto cabe extraer las siguientes conclusiones:

1.^a La responsabilidad civil *ex delicto* tiene una naturaleza

(160) Doctrina también muy reiterada: Sentencias de 25 de octubre de 1952, 8 de marzo de 1954, 14 de junio de 1955, 30 de junio de 1956, 22 de noviembre de 1957, 12 de mayo de 1962, 22 de febrero de 1963, 2 de mayo de 1963, 22 de octubre de 1968 y 30 de enero de 1970.

(161) Sentencias de 18 de febrero y 29 de noviembre de 1962.

(162) Díez PICAZO - GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho Civil*, IV, cit., página 61. En un caso de estupro, la Sentencia de 18 de febrero de 1969 rechaza la posibilidad de opción, sin que se pueda cumplir la condena llevando a la descendencia a su casa, por tratarse de relaciones entre un hombre casado y la mujer que prestaba servicio doméstico en su domicilio.

(163) En el mismo sentido, ZUGALDÍA ESPINAR, *Los delitos de rapto en el Código Penal*, cit., pág. 779. Sobre las consecuencias de orden civil que se derivan del incumplimiento, vid. Díez PICAZO - GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho Civil*, IV, cit., pág. 62.

exclusivamente privada en lo que se refiere a su contenido, sin que tal esencia se vea perturbada por el hecho de que formalmente, esto es, a efectos rituarios, su articulación procesal se halle condicionada y vinculada a la responsabilidad criminal. Es, pues, sustancialmente autónoma, pero procesalmente dependiente de la penal.

2.^a Característica peculiar derivada de su naturaleza es la renunciabilidad de la misma, ya que ante la renuncia expresa y válida de su titular la pretensión civil decae.

3.^a El artículo 444 del Código penal, que viene a concretar algunos de los conceptos que integran la responsabilidad civil derivada de los delitos de violación, estupro y rapto, tiene, sin embargo, características y particularidades propias que le hacen merecedor de un tratamiento jurídico diverso del que corresponde al régimen general de la responsabilidad civil.

4.^a De entre esas notas diferenciales destaca con especial relieve la distinta solución que ha de merecer la renunciabilidad de los derechos recogidos en el artículo 444: por su propia naturaleza son indisponibles y por consiguiente irrenunciables por la mujer, el reconocimiento de la prole y su mantenimiento. Sí lo es, en cambio, la dote.

5.^a Es acertada y conveniente la presencia del artículo 444, en cuanto viene a explicitar y concretar las medidas que han de aplicarse, por vía de indemnización, a los delitos de este género. No obstante, sería conveniente reformar su actual estructura en el sentido siguiente:

A) Debe suprimirse la mención expresa a la dote y señalar, en cambio, el carácter complementario que el precepto desempeña dentro del régimen general de la responsabilidad civil *ex delicto*, indicando claramente que las medidas que se recogen lo son sin perjuicio de las que pudieran corresponder en aplicación de las que son comunes a todos los demás. Hacer así, significaría resolver definitivamente el tema de la indemnización a la mujer casada y, además, hacer más acorde su regulación con el nuevo sentido dado a los delitos de estupro y rapto que, como es sabido, recogen también la posibilidad de que el ofendido con el delito sea un varón y para los que realmente no se ajusta muy bien el concepto de dote.

B) Debe seguir reconociéndose el reconocimiento de la prole y la obligación de mantenerla en todo caso, reforzando aún más el carácter imperativo e ineludible que tienen ambas obligaciones. Respecto a su contenido, parece conveniente, sin embargo, que se siga recurriendo a lo que dispongan las disposiciones civiles sobre el tema.

Delincuencia juvenil en Inglaterra

GABRIEL GARCÍAS PLANAS

Doctor en Derecho

Profesor Adjunto Int. de Derecho penal en la Universidad Balear

SUMARIO: *Introducción.—Extensión de la delincuencia juvenil en la sociedad modernã.—Drogas y delincuencia:* Delitos cometidos bajo la influencia de las drogas: Relación directa. Delitos cometidos para obtener drogas: Relación indirecta. El medio criminal y los toxicómanos. Traficante. Toxicómano.—*Delincuencia juvenil en Inglaterra:* Delitos no-procesables.—*Los tribunales de menores: su evolución en Inglaterra:* Carácter y constitución de los mismos. Competencia y procedimiento. ¿Cómo se incoa el procedimiento?—*Juvenile Liaison:* La detención en este tipo de comisarias. Actuación de los officers en las escuelas. Origen de la Juvenile Liaison. Resultados.—*Establecimientos penitenciarios existentes en Inglaterra:* Procedimiento judicial y no judicial para entrar en ellos. Community Home School. Borstals. Attendance Centre. Los Detention Centres. Recall Centres.—*Conclusiones.—Bibliografía consultada.*

INTRODUCCION

Cuando iniciamos este artículo, encuadrado como indica su título, en un marco concreto, en un país determinado, como es Inglaterra, nos damos cuenta de que sus leyes e instituciones y concretamente las que aquí estudiamos, es decir, las referentes a la delincuencia juvenil, no vienen solamente respaldadas por un número reducido de personas que se dedican al estudio y modificación de tales leyes, sino que es casi podriamos decir «tarea de todos», unos se dedicarán a su estudio mientras que otros realizan obras de beneficencia; moviéndonos desde la vida familiar y pasando por todas las colectividades y sociedades hasta llegar al propio Gobierno. Esto ha hecho que el desarrollo de tales leyes e instituciones haya sido mucho más eficaz y que el mundo juvenil se haya visto mucho más favorecido, ayudado, protegido y respaldado.

En esto, como en muchas otras cosas, los ingleses no lo abandonan todo a la iniciativa del Estado, sino que su preocupación por los menores abandonados o delincuentes, se manifiesta en nume-

rosas tentativas para mejorar su suerte y en continuas asambleas y reuniones en las que pensadores, médicos y legisladores exponen sus ideas e inquietudes. Cada cual desde su esfera aporta su esfuerzo a la obra común y estimula a los demás a proseguir su camino. Así a principios del presente siglo —que coincide, como veremos más tarde, con la aparición de los Tribunales de Menores— vemos cómo junto a aquellos que consagran su vida a dirigir instituciones para menores delincuentes, otros aportan importantes donativos que contribuyen al mantenimiento de dichas obras.

En medio de esta atmósfera tan propicia, y recibiendo constantes estímulos, el Estado no ha permanecido indiferente, sino que ha procurado siempre satisfacer los anhelos sociales dictando leyes especiales, reformándolas cuando la experiencia lo demandaba, suprimiendo instituciones oficiales, inspeccionando las particulares para mayor garantía, subvencionándolas cuando se someten a ciertas condiciones, etc., interviniendo así de una manera tan completa y tan compenetrada con las circunstancias, que el conjunto de todas estas manifestaciones, tanto oficiales como privadas forma un verdadero sistema orgánico de protección de menores, en el cual se reúnen y regulan todos los aspectos de la vida infantil y juvenil, relacionándolos íntimamente entre sí, como partes de un solo problema, cuyo objeto es salvar al menor del abandono, de la miseria, de la ignorancia, del delito; todas las fases en que se desenvuelve la vida de aquél están cuidadosamente previstas y condicionadas; y si consideramos este conjunto desde el punto de vista de la delincuencia hallaremos que las disposiciones relativas a la instrucción escolar, verdadera y eficazmente obligatoria, el auxilio a los abandonados y a los menores en peligro, la protección de los hijos ilegítimos, la educación de los deficientes mentales y otras medidas análogas, forman un sistema preventivo casi completo para la lucha contra la criminalidad juvenil en potencia.

Esta compenetración que observamos entre todas las instituciones inglesas relativas a este objeto, es consecuencia natural del principio universalmente reconocido de que las medidas y procedimientos que se adopten respecto a un menor delincuente, han de tener un carácter protector y de rehabilitación y nunca represivo, con lo cual la situación de dicho menor se equipara a la de cualquier otro que sin haber delinquido, necesita de la Ley.

No es necesario insistir en el hecho de que la mayor parte de las veces la comisión de un delito por un menor es ya originada por condiciones de vida independientes de su voluntad y que sólo a la Ley incumbe evitar por medio de una adecuada disposición protectora, si ésta ha faltado, no por ello debe dejar de ser de idéntico carácter la posición de la Ley, respecto del menor, ya que el haber accedido éste, a la delincuencia, supone una especie de negligencia anterior del Estado, que ahora debe reparar extremando su protección.

Una nueva característica es de observar en el actual sistema inglés de tratamiento de los menores delincuentes: la estricta aplica-

ción a la realidad social y su evolución adaptada a las necesidades prácticas.

En Inglaterra —dice Grimanelli—, la práctica aventaja siempre en el tiempo a la teoría, debido al espíritu pragmático de aquel pueblo, así, por ejemplo, el Borstal System, funcionaba ya antes de que la Prevention of Crime Act de 1908 le diera carácter legal. En primer lugar se ensaya una medida y si se comprueba que tiene éxito, que la experiencia resulta favorable, entonces se generaliza e interviene la Ley institucionalizándola y no sólo se aprovechan las iniciativas surgidas en el propio país y las favorables condiciones de su legislación para resolver el problema de la juventud delincuente, sino que se acude también al ejemplo y resultados obtenidos en instituciones extranjeras, para mejorar las suyas ya existentes o adopar otras nuevas.

En ambos casos se ha impuesto su criterio práctico y al introducir reformas se ha hecho adaptándolas a sus propias condiciones sociales, tan diferentes en algunos aspectos de los del país originario. De este modo se ha alterado la unidad del sistema, lo cual ha contribuido al éxito y a la eficacia de la nueva reforma, que ha adquirido ya un sello peculiar.

Los Estados Unidos ha sido el país a quien más ha debido Inglaterra, a primeros de siglo, en este sentido.

Sin embargo, aunque las leyes lleguen a adquirir un alto grado de perfección, su utilidad y eficacia sería nula (más adelante veremos cómo en su mayoría fracasan), si un celoso interés no velara para que sus prescripciones fueran rigurosamente observadas y respetadas por todos.

En Inglaterra, país donde se tiene, como es sabido, un gran respeto por la Ley, éste se acrecienta en lo que se refiere al ámbito de los menores, existiendo un enorme empeño, por parte de las autoridades en evitar que reine la armonía en el mundo de los jóvenes.

Estas ligeras indicaciones que acabamos de hacer, sobre la actitud de la sociedad inglesa frente a los menores delincuentes nos han parecido oportunas antes de entrar de lleno en el estudio de las leyes e instituciones, pues pueden orientar en la determinación del carácter general del sistema y contribuir a la mejor comprensión de algunos de los extremos del mismo.

EXTENSION DE LA DELINCUENCIA JUVENIL EN LA SOCIEDAD MODERNA

Siempre es difícil delimitar y calcular la importancia y extensión de la delincuencia en cualquier sociedad. Con mayor razón lo ha sido respecto a la delincuencia juvenil.

Ya Walter Scott, en 1812, deploraba la inseguridad existente en Edimburgo, donde grupos de jóvenes de doce a veinte años, se dedicaban por la noche al pillaje y se apoderaban de cuanto llegaba a sus manos.

En Estados Unidos, Butler Hulbert, escribe en 1828, que es lamentable la falta de honestidad, la inclinación al hurto y al robo de la juventud de la época.

Aunque la delincuencia juvenil no ha dejado nunca de ser problema importante en la mayoría de los países, es hoy día cuando, con carácter general, ha adquirido sus más altos porcentajes, en casi todos los países; pese a que es hoy precisamente cuando se intenta abordar el problema con criterios más científicos, requiriéndose la colaboración de psicólogos, sociólogos, pediatras, etc.

Es a todas luces significativo el enorme interés demostrado por gran número de países en la predicción de la delincuencia juvenil.

Los Glueck, señalan que hay signos evidentes de interés despertado en todos los Estados, a fin de identificar prematuramente al criminal en potencia y saberlo distinguir de aquel que no tiene tendencias criminales.

La cita concreta de países que llevan a cabo estudios científicos sobre la extensión e importancia de la delincuencia juvenil, escapa de la finalidad concreta de nuestro trabajo.

Podemos, sin embargo, destacar en Europa el informe del juez Wolf Midendorff en Freiburg y el estudio del profesor Jacques Leaute, del Instituto de Criminología de la Facultad de Derecho de la Universidad de Estrasburgo, realizado en 1958.

En el Japón existe el Departamento de estudios criminológicos, dentro del Ministerio de Justicia, que se ocupa de llevar a cabo investigaciones en torno de la delincuencia juvenil.

En Australia, Estados Unidos, Bélgica, Holanda e Israel y en un gran número de países hispanoamericanos, se ha demostrado un enorme interés en llegar a un conocimiento real y científico de la extensión de la delincuencia juvenil en sus sociedades y de la identificación de tales jóvenes.

La teoría de la predicción de la causalidad de la delincuencia, no puede quedar ya en manos de opiniones particulares e infundadas. La delincuencia juvenil en la sociedad moderna, especialmente como problema jurídico y sociológico, solamente puede ser considerada bajo puntos de vista y métodos científicos, basados en las estadísticas y en las aportaciones de todas las ciencias.

Aunque parece evidente que la delincuencia juvenil es por naturaleza fluctuante, y no podemos esperar su estabilización para conocer su extensión, es indudable su gran aumento en la sociedad moderna, y esto ocurre a pesar de que determinados tipos de delincuencia hayan desaparecido, pero el aumento en otros aspectos de la misma ha sido realmente vertiginoso.

El profesor Manuel López-Rey, expuso ante las Naciones Unidas que los estudios realizados por los distintos países muestran claramente que la delincuencia juvenil es mayor y con tendencia a aumentar, en los países «llamados» muy desarrollados, o altamente desarrollados, en comparación con aquellos otros tecnológicamente menos avanzados.

Expuso asimismo que la existencia de buenos servicios sociales para la juventud en un país, se traducían posiblemente en un aumento de las estadísticas de delincuencia, en comparación con otros países que no disponen de tales servicios y en consecuencia no controlan tanto a la juventud.

Este es un factor a tener en cuenta, cuando se trata de determinar si este aumento citado es real o ficticio.

Las investigaciones de personas como los Glueck, Middendorff y tantos otros dan respuesta en el terreno científico.

DROGAS Y DELINCUENCIA

Los términos delincuencia y uso indebido de drogas no son, evidentemente, entidades homogéneas; comprenden una amplia gama de fenómenos de origen, dinámica y consecuencias diferentes. Además, ambas categorías de fenómenos representan definiciones de la sociedad y evaluaciones y reacciones subjetivas, y no realidades absolutas. Por eso lo que a continuación diremos debe considerarse informativo, esquemático e incompleto.

Delitos cometidos bajo la influencia de las drogas: relación directa

Se ha demostrado que en el opio y los alcaloides (morfina, heroína, etc.) no hay nada que provoque la comisión de delitos, ya que esas drogas tienen un efecto depresor que conduce a un comportamiento pasivo.

El uso de alucinógenos (LSD), científicamente conocido como ácido lisérgico, o de la cánnabis, conduce a un comportamiento asocial y no criminal.

Un estudio brasileño llegó a la conclusión que las actividades criminales de un conjunto de delincuentes consumidores de marihuana, no podían atribuirse al uso de la droga. Tampoco en un estudio realizado en la India, se encontró relación alguna entre la cánnabis y la delincuencia. En un estudio nigeriano, se sugiere que las personas que tienden a utilizar el hachís muestran también tendencia hacia la delincuencia, a causa de sus características sociales y psicológicas primarias.

Sin embargo, hay pruebas de una relación directa, entre el uso indebido de las anfetaminas y comportamientos agresivos como violencia y delincuencia. La relación entre el uso indebido de dosis excesivas de anfetaminas, por vía intravenosa y la comisión de actos delictivos, ha sido demostrada científicamente por autores suecos y norteamericanos. La fenmetrazina, la mentanfetamina, la anfetamina y el metilfenidato, suelen ser los estimulantes del sistema central más utilizados por vía intravenosa, por los toxicómanos. En muchos casos, la falsa energía, la necesidad de actividad y la confianza patológica en sí mismo inducida por la droga, conduce a un comportamiento agresivo y a todas las formas de violencia. Algunos delincuentes afirman que se administran intencionalmente una inyección, con el fin de darse ánimos y seguridad suficientes para cometer un delito. En estados de psicosisparanoide aguda (que se desarrolla como consecuencia del uso intenso y prolongado de anfetaminas), los toxicómanos, presos de pánico, pueden cometer actos peligrosos de diferente naturaleza. Algunas opiniones han expresado, que en muchos casos la influencia de la droga sobre la psicosis paranoide, ha sido un factor importante y a veces dominante, en la génesis del delito.

La cocaína parece tener un efecto análogo, aunque de duración más breve que el de las anfetaminas, aunque el mecanismo puede ser distinto.

Algunas sustancias ampliamente aceptadas, son más nocivas. Se ha dicho que el alcohol es la droga más peligrosa; sin embargo, en la mayoría de los países, se puede obtener con relativa facilidad y su venta y consumo no están legalmente prohibidos, ni se los mira con la misma reprobación moral que trae consigo el uso de las drogas menos usadas socialmente. En algunos países el número de alcohólicos se calcula en millones, y las relaciones entre el abuso de alcohol y los delitos de diferente naturaleza (por ejemplo, delitos de violencia, delitos ocasionales contra la propiedad, violaciones de las normas de la circulación), han recibido considerable atención.

Un aspecto que sólo en raras ocasiones ha recibido la consideración debida es el de los delitos cometidos por negligencia bajo la influencia de las drogas. En la sociedad tecnocrática, moderna, el manejo de máquinas y sistemas mecánicos, ha cobrado importancia particular. Incluso las drogas de efectos débiles tienden a perturbar la coordinación y a dificultar una atención sostenida y, con frecuencia, conducen a actos de negligencia criminal. La necesidad de prestar mayor atención a este problema, ha sido subrayada en reuniones recientes, por participantes del Este y del Oeste. Por ejemplo, en la intervención de Manuel López Rey, en el Congreso Internacional sobre los límites de la represión, celebrado en Bruselas y concretamente en su Universidad Libre, en marzo de 1972.

Delitos cometidos para obtener drogas: relación indirecta.

El uso indebido de drogas conduce a la toxicomanía, y el ansia del toxicómano por obtener la droga, tiene una influencia mayor en el vínculo entre la toxicomanía y la delincuencia que las propiedades farmacológicas de los estupefacientes. Esa ansia, la «necesidad física» de una droga, es un factor importante: el toxicómano está dispuesto a hacer cualquier cosa por obtener la droga.

Por regla general, las drogas deben comprarse u obtenerse ilícitamente. Esa actividad lleva a contactos con el medio criminal y a la perpetración de actos delictivos:

a) En algunos países la frecuencia de robos en las farmacias es proporcional al aumento de los casos de toxicomanía.

b) Los toxicómanos suelen cometer delitos (hurto, robo, falsificación), a fin de obtener dinero para sufragar los gastos del uso indebido de drogas. Un buen ejemplo de esa actividad y de sus efectos sobre la sociedad, es la siguiente descripción contenida en el informe de una misión especial de estudio, preparado por dos miembros del Congreso de los Estados Unidos.

Sobre la base de los cálculos de que existen, por lo menos 250.000 heroínomanos en los Estados Unidos, se necesitarían entre cuatro y cinco toneladas de heroína para hacer frente al consumo de la población heroínomana.

Ahora bien, el costo estimado de la heroína que el toxicómano medio necesita diariamente, oscila entre 30 y 100 dólares por día.

Para financiar el hábito, fuentes fidedignas calculan que el toxicómano debe robar mercaderías de un valor por lo menos cuatro o cinco veces mayor que lo que les cuesta su hábito al año. Si el 75 por 100 de los adictos recurriera a la delincuencia, según las cifras antes citadas, el costo de los delitos cometidos para mantener el hábito, excedería de los 8.000 millones de dólares por año, como mínimo.

Teniendo esto en cuenta, se comprende las observaciones que se han venido haciendo últimamente, diciendo que los estupefacientes habían sido la principal causa del aumento de los delitos cometidos en los últimos años.

El medio criminal y los toxicómanos. Traficante. Toxicómano.

Los toxicómanos que adquieren las drogas ilícitamente, están inevitablemente en contacto periódico con delincuentes. El tráfico ilícito de estupefacientes es por todos sabido y, conocido como el mejor organizado. A través de este contacto, los toxicómanos se convierten con frecuencia en traficantes de drogas y la línea divisoria entre traficante y toxicómano tiende a desaparecer.

El uso indebido de drogas es, a menudo, una manifestación de inadaptación total, como lo es el comportamiento delictivo, y en

algunos países se ven aumentos paralelos, del uso indebido de drogas y la delincuencia, en los mismos grupos o estratos sociales.

Por ejemplo, se comprobó que en Suecia la mayoría de los usuarios de anfetamina por vía intravenosa eran miembros de bandas de delincentes juveniles. En los Estados Unidos, la mayoría de los heroinómanos jóvenes de los «ghetos negros» tienen antecedentes penales anteriores a su heroinomanía. Aunque no hay pruebas de que algunas drogas sean la causa de delitos, en el sentido de que conduzcan inevitablemente a la delincuencia, entre los toxicómanos con un modo de vida delictivo, las drogas parecen ser parte y elemento de otras actividades, entre ellas el delito. En la medida en que el uso de ciertas drogas produce efectos que incapacitan socialmente a los que las usan o perpetúa la calidad de miembro de un grupo asociado o antisocial, este uso plantea también serios problemas a la comunidad en general.

DELINCUENCIA JUVENIL EN INGLATERRA

El término delincuente juvenil comprende en sentido amplio a todos los menores de veintiún años. Y así sucede en Inglaterra; pero con las peculiaridades que a continuación vamos a poner de manifiesto.

En Inglaterra, en la actualidad, la mayoría penal empieza a los diez años (antes fue a los ocho). Aunque se considera delincuente juvenil al menor de diecisiete años, hasta haber cumplido los veintiuno existirá para él una atenuación en la pena, «mitigation». Hay además, dentro del cómputo de edad comprendido entre los diez y diecisiete años, una subdivisión de considerable importancia.

Hasta los catorce años el delincuente es considerado «child» menor, y de los catorce a los diecisiete, la Ley inglesa le considera «young person» —adolescente—.

Esta subdivisión a que acabamos de hacer referencia tendrá su importancia, respecto al lugar de cumplimiento, en caso de condena. Como veremos más adelante existen Community Homes, distintas según la edad del menor.

A partir, pues, de diez años, el menor en Inglaterra es criminalmente responsable, pero hasta los diecisiete años, será siempre juzgado por un Tribunal de Menores —Juvenile Court— y se le protegerá de todos los formalismos que la Ley exige para los adultos.

La actual legislación prevee que, en el futuro, las personas menores de veintiún años no sean normalmente enviadas a prisión —salvo en casos extremadamente graves— sino que cumplan la condena en Borstals.

En Inglaterra, aproximadamente el 50 por 100 de las personas declaradas culpables por delitos procesales, tienen edades que oscilan entre los diez y veintiún años.

Entre los varones, existe un considerable aumento de frecuencia en la comisión de actos delictivos a partir de los diez años, alcanzando generalmente su apogeo a los catorce años, para disminuir luego de modo sensible. Así a los veinticinco años, se suele cometer solo la mitad de los delitos, de los que se cometían a los catorce años.

Por lo que a las chicas se refiere, la incidencia en la edad juega un papel bastante similar, teniendo su apogeo a los catorce años, pero la subsiguiente disminución es menos rápida.

Esa edad de catorce años, tachada de edad cumbre, se justifica con el fin de los estudios y el inicio del trabajo.

Aunque por el cambio en la estructura de la sociedad, ha habido un considerable aumento de la delincuencia femenina, no se cree que sobrepase un 10 por 100 en relación con la de los chicos.

Delitos no-procesables.

En Inglaterra, los delitos se dividen en procesales y no procesables. Los segundos, de menor importancia a priori, tienen un carácter similar a aquellos hechos que en España están sometidos a la Ley de Rehabilitación Social de 4 de agosto de 1970. Así, entre ellos, se citan en Inglaterra como delitos no procesales cometidos con más frecuencia, a los siguientes: embriaguez, conducción de vehículos sin permiso del propietario, conducción temeraria, peligrosa y en estado de embriaguez, prostitución, exhibicionismo y homosexualismo. Respecto a este último se sanciona exclusivamente el hecho de ser importunado por un homosexual.

En comparación con el número de población, los jóvenes están mucho menos representados entre los condenados por delitos no procesables.

Ello es debido al enorme número de infracciones de circulación, que constituyen la mayor proporción de los delitos de esta categoría y que son predominantemente cometidos por adultos. Excluyendo los delitos tipificados en el Código de Circulación, algunos de los otros no procesables, como la embriaguez, en Inglaterra son por lo menos tan frecuentes después de veintiún años, como antes.

En un artículo aparecido en el diario «The Times» el 9 de agosto de 1962, Michael Power, que estudió los problemas de la delincuencia juvenil en el este de Londres, indicó que la práctica de asociar la delincuencia con los delitos procesables, puede resultar ficticia puesto que en algunas de las actividades de los jóvenes que despiertan una mayor preocupación tales como: daños maliciosos sin beneficio propio, conducción de vehículos sin permiso, son considerados en Inglaterra, como delitos no-procesables.

Mientras que los menores de catorce años son responsables, por gran número de pequeños hurtos —lo explica el apogeo de la comisión de delitos procesables a los catorce años— estos otros

tipos de delitos son más corrientes en los adolescentes y explican que sea mayor el número de menores de catorce años que comparezcan ante los Tribunales de Menores que jóvenes de dieciséis.

LOS TRIBUNALES DE MENORES: SU EVOLUCION EN INGLATERRA

La institución de los tribunales especiales para menores, fundamentalmente para el tratamiento de los menores delincuentes y cuya importancia es unánimemente reconocida, se ha desarrollado en Inglaterra paulatinamente y de un modo acomodado a las circunstancias, ello ha permitido que llegara a un grado de perfección que raramente encontraríamos en otros países. Y por juzgarlo de interés haremos un ligero resumen histórico de su evolución, que servirá además de ayuda para la mejor comprensión del lugar que ocupan en el organismo judicial inglés esos tribunales especiales.

Aunque los Tribunales de Menores se crearon por Ley en 1908, La Juvenile Offenders Act de 1874, inició una serie de reformas en la legislación común a favor de los menores delincuentes y su objeto fue sustraer a éstos del procedimiento ordinario del «Common Law», que por su relativa lentitud exponía a los jóvenes al peligro de un largo encarcelamiento. Para ello, atribuyó a los tribunales locales (llamados «Petty Sessional Courts»), el conocimiento de todos los delitos menos graves cometidos por menores de menos de catorce años, además de los leves que ya les corresponden de derecho; podían además, disponer u ordenar la libertad provisional de un menor en los casos en que la prisión no fuera absolutamente necesaria.

Esta Ley fue sustituida en 1879 por la «Summary Jurisdiction Act», que sirvió de base para iniciar la reforma empezada. En efecto, la citada Ley, concedía autonomía a las autoridades locales respecto al poder Central, que les permitía ampliar iniciativas; así, varias ciudades importantes crearon Tribunales de Menores, extendiéndose luego esta institución a otras de inferior población.

Uno de los primeramente fundados en Inglaterra fue el de Birmingham en 1905, bajo la presidencia de mister Courtenay, que se constituyó en el «apóstol» de estos Tribunales, y a quien —según frase de Kleine— se podría llamar con justo título el juez Lindsay del Reino Unido. Esta tendencia fue estimulada por el propio Home Office, que recomendó la adopción de medidas análogas, dando por resultado un visible progreso en el movimiento general en pro de la especialización absoluta de los casos infantiles que se presentaban ante los Tribunales, a pesar de las innumerables dificultades con que había que luchar (insuficiencia de locales, escasez de magistrados, penuria económica, etc.).

En este estado de cosas se promulgó la Children Act, una de

cuyas reformas más interesantes fue el establecimiento con carácter general de los Tribunales de Menores —Juvenil Courts—.

Según dispone en su sección III, «cuando un Tribunal de jurisdicción sumaria haya de entender en una cuestión concerniente a un menor de dieciséis años, celebrará sus sesiones ya en edificio o local distinto de los habituales, en días y horas diferentes de los que se celebran las sesiones ordinarias, tomando entonces el nombre de «juvenile court»; estas sesiones serán a puerta cerrada, permitiéndose nada más la entrada al personal del Tribunal, a las partes interesadas sus abogados, otras personas directamente relacionadas con el caso y a los periodistas.

Carácter y constitución de los mismos.

Como habrá podido observarse, la Ley no dispone la creación de Tribunales distintos de los ordinarios en cuanto a personal y organización; se limita a imponer una modificación de las condiciones en que se celebra el juicio en los casos de menores de edad, permitiendo a los Magistrados una opción en cuanto a los medios, a la vista de circunstancias, variables en sumo grado, que pueden presentarse.

En Inglaterra, estos Tribunales de jurisdicción sumaria, a que se refiere la Ley, son unos Tribunales locales o municipales, encargados de la instrucción de causas, y, además, de juzgar los delitos no procesables (daños menos graves, transgresiones de reglamentos de policía, fraudes alimenticios, prostitución y corrupción de menores, juegos prohibidos); estos Tribunales existentes en toda la extensión del territorio, tienen competencia para juzgar a los menores delincuentes dentro de su jurisdicción. El problema de los Tribunales especiales para menores en localidades pequeñas es, a nuestro juicio, uno de los más importantes que se suscitan en esta materia, aunque en estas localidades el contingente de menores delincuentes sea escaso, no por ello debe abandonarse a éstos a los rigores del procedimiento común; el sistema inglés, como puede observarse, atiende a esa necesidad y logra resolver las necesidades aludidas.

En las grandes poblaciones y en aquellos territorios judiciales en que el contingente criminal es crecido, el caso es muy otro. En tales circunstancias la completa separación y especialización del Tribunal para menores no sólo es conveniente y factible sino que es de todo punto de vista indispensable, tanto en lo que se refiere al local, como en lo relativo al personal, pues es sabido que el éxito del sistema de tratamiento de menores delincuentes depende en mucho de la personalidad y experiencia de los Magistrados encargados de juzgarles.

De ahí que en Inglaterra se les exige a los Magistrados que forman parte de los Tribunales de Menores que tengan conocimientos en psicología infantil y que conozcan en general los problemas de la juventud.

La Juvenile Courts Metropolis Act de 1920, destinada a suplir a la Children Act en su aplicación particular al distrito de Londres, disponía que los Tribunales de Menores, «serán presididos por un Magistrado, elegido por su experiencia en tratamiento de menores delincuentes el cual será auxiliado por dos Jueces vocales, uno de los cuales será una mujer», la última innovación es muy importante, pues asocia a la función judicial a una nueva clase de Magistrados, los femeninos, que a menudo tienen aptitudes eminentes para tratar con menores y cuyas funciones en las «vistas», son en la mayoría de casos insustituibles.

Aunque limitada en un principio esta organización legal al distrito de Londres, fue siendo paulatinamente adoptada por las distintas ciudades y en 1921 habían sido nombrados ya más de cuatrocientas mujeres como Magistrados de este tipo.

Los demás componentes del Tribunal son el secretario «clerk» y los «probation officers» y «school attendance officers» necesarios para la labor del Tribunal, procurándose que su número sea lo más restringido posible.

En cuanto al local, ya hemos visto que se celebran las sesiones en edificios o dependencias completamente separados de los del Tribunal común; el «Home Office» ha expresado en muchas ocasiones la conveniencia de esta separación absoluta y ha recomendado a los Magistrados que usen de todos los medios posibles para conseguirlo y caso de no ser posible procurar que la entrada al local sea distinta de la del Tribunal común y otras precauciones que eviten cualquier contacto entre adultos y menores; la finalidad a que tienden estas medidas se completa con el aspecto interior de la sala de vistas, que generalmente suele ser la sala de juntas de alguna corporación oficial.

Respecto a la publicidad que las sesiones pueden tener al ser reseñadas en los periódicos, es evidente que con la publicación de los nombres de los menores acusados ante los Tribunales se inflige a aquéllos un perjuicio innegable: dicha publicación puede ocasionar la pérdida del empleo del menor y provocar su definitiva caída en la vida criminal y a evitarlo es a lo que tiende la labor del Tribunal.

Sin embargo, una reciente Ley ha prohibido la publicación de nombre de delincuentes menores en la prensa, pudiendo únicamente señalar sus iniciales.

Competencia y procedimiento.

Estos Tribunales entienden en todo lo referente a menores de diecisiete años, ya en los casos de protección (por abandono de los padres, por malos tratos), ya para autorizar el empleo de los menores en determinados trabajos, ya en los casos de infracción de las leyes escolares, etc. Puede decirse, en términos generales, que siempre que un menor haya de comparecer ante un Tribunal por cualquier motivo (excepto si es testigo, o es acusado de un

delito juntamente con un adulto), el Tribunal competente será el «juvenile court»; la Ley inglesa ha adoptado en este punto el criterio en cuanto a la competencia de estos Tribunales, que ya fue proclamado en los Congresos de Tribunales de Menores de 1911, de Protección de la Juventud de 1913 y seguido por la Ley española en 1918.

El menor que acaba de ser detenido, es conducido inmediatamente —en la siguiente sesión— ante el tribunal, ya por la policía, ya por los «school attendance officers» o en último término por el padre del menor, si se le hubiese confiado tras su detención. En la misma audiencia, el Juez, no preocupándose —según palabras de Khan— más que del interés del menor, que se confunde con el interés social, adoptará las medidas necesarias para tratar de asegurar su regeneración y reincorporación a la sociedad.

Mas veamos con detalle cómo transcurre el procedimiento y en que condiciones se verifica ya que de esta actuación ha de salir la decisión que tanta influencia puede llegar a tener, sobre el futuro del menor sometido a ella.

El carácter de los «Juvenile Courts» en Inglaterra se determina más que por la prescripción literal de la Ley, por la actitud del Magistrado, el cual, consciente de la grave responsabilidad moral que sobre él pesa, por depender en gran manera de su modo de proceder las probabilidades de corrección y de mejora de los menores a quienes se juzgan, adopta una aptitud paternal que atrae la confianza de éstos, hablándoles en un tono llano y familiar.

Este aire familiar no excluye sin embargo, cierta solemnidad en el acto del juicio, que aunque no llega a intimidar al menor, le hace comprender que se halla ante una jurisdicción, y cuyas decisiones tendrán que ser estrictamente cumplidas. Para contribuir a este ambiente protector y confidencial, el número de personas presentes en la sala de audiencias es, como se recordará, restringido y limitado a las relaciones directas con el caso.

Los mismos agentes de policía comparecen ante el Tribunal vestidos de paisano, tanto los que prestan el servicio en la sala como los que conducen al menor o a los citados como testigos y aunque la Ley disponga la presencia del padre o tutor en el acto del juicio, siempre que sea posible, el Magistrado suele hablar con éste separadamente (cuando tiene que reprender su negligencia en el cuidado del menor) y aún mandarle retirarse algún rato para que el menor pueda hablar con mayor libertad, sin estar cohibido por la presencia del padre.

El procedimiento que se sigue es el mismo que el de los Tribunales de jurisdicción sumaria, a cuya categoría pertenece el «juvenile court». Estos Tribunales, según indicamos, ya entienden por atribución explícita de la Ley, en todas aquellas infracciones cuyo conocimiento no esté reservado al «common law» y que reciben el nombre de «not indictables» (no procesables).

Los «indictables» (procesables), cometidos por menores de edad,.

son también juzgados por el «juvenile court», en virtud de una disposición de la Ley sobre jurisdicción sumaria que faculta a un Tribunal de esta clase para juzgar directamente, en procedimiento sumario en vez de remitirles ante otros Tribunales regidos por la «common law».

¿Cómo se incoa el procedimiento?

Se incoa por denuncia («information»), que suele ser presentada por el mismo agente que ha detenido al menor; a esta denuncia sigue una citación de comparecencia, en virtud de la cual el menor es conducido ante el Tribunal, procurándose que sea el mismo agente que le detuvo o que intervino en los primeros momentos el que le conduzca.

El juicio es oral, no existiendo fiscal, sino sólo querellantes (los particulares perjudicados o la misma policía). Estos, lo mismo que el menor o sus padres, pueden asistirse de un abogado, aunque no es lo común.

Una vez el menor ante el Tribunal, los querellantes o el mismo agente explican el hecho que ha motivado la comparecencia, añadiendo el agente los informes o datos que ha podido adquirir del menor y de su familia.

Cuando ha terminado esta exposición, el Juez interroga al menor, sobre los hechos que han sido relatados, el juicio continúa, escuchando con atención el Juez las alegaciones de las partes, hasta que ha adquirido un conocimiento exacto de los hechos, de la índole del menor y de sus condiciones de vida.

Para llegar a poseer este conocimiento es indispensable que el Magistrado obtenga una información total y completa acerca de los antecedentes escolares del menor, de sus circunstancias familiares, etc. Para proporcionarse esta información, se dispone comúnmente un aplazamiento del juicio por unos días, a fin de que uno de los ya mencionados auxiliares del Tribunal puedan recoger los datos convenientes y presentar un completo informe al Juez, al ser reanudada la vista. Sin embargo, algunos de estos funcionarios suelen ya practicar sus investigaciones antes del juicio e informan al Juez en la primera sesión, con lo cual se evita a menudo la suspensión y la nueva comparecencia del menor ante el Tribunal.

En muchos casos es posible que el estado físico o mental defectuoso del menor haya contribuido, en parte o de modo absoluto, a que cayese en el mundo de la delincuencia, por lo que el examen médico puede servir de guía en el método del tratamiento correccional y el Magistrado debe conocer la historia clínica del menor que se halla en semejantes condiciones, para deducir las consecuencias correspondientes.

En la mayoría de Tribunales de Menores —sobre todo en los más importantes de Inglaterra— existe un médico especialista ex-

clusivamente para este objeto; en ocasiones son suficientes los antecedentes médicos escolares y en las localidades donde en 1920 existían *Places of Detention* ya se utilizaban ventajosamente los dictámenes que emitían los médicos en estos establecimientos. No obstante el Home Office recomendó a los «juvenile courts» que procuraran, por poco que pudiesen, disponer de un médico especialmente dedicado a las posibles enfermedades mentales de los menores.

JUVENILE LIAISON

Es un tipo de policía preventiva que actúa de dos modos distintos según los casos, a saber:

- a) Con la colaboración de los padres.
- b) Sin la colaboración de los padres.

En el primer caso, llevan a cabo su actuación con menores difíciles o inadaptados, no siempre delincuentes y tratan de conseguir su rehabilitación.

Para ello, tienen establecidos una serie de medios, tales como campos de deporte, salas de juego, cines, visitas a salas de fiestas, etc. De esa forma intentan, y muchas veces lo consiguen (según manifiestan los *Officers*) hacer que aquel predelincente, que era huraño y poco sociable, se vaya volviendo cada vez menos tímido ante la presencia de los demás. Al iniciar los *Officers* una visita con un menor de estas características a un *night-club*, lo hacen con la intención de que no sea para él una intriga y empiece a conocer algo de aquello que solamente antes había oído hablar.

Pese a la eficacia de esta institución (y hablo a efectos de estadísticas), estoy muy poco de acuerdo con esa forma de actuar de una extraña especie de policía, con un cariz un tanto paternalista, y que imagino sentará mucho peor al predelincente de lo que los *officers* expresan. Y tal vez pudiera llegar a ser peligroso para el joven predelincente, ya que podría producirse en él una reacción frente a esa protección.

En el segundo caso, pueden darse distintos supuestos:

1.º Cuando son los mismos jóvenes los que van a pedir ayuda. Es el típico caso de los drogadictos. Entonces *Liaison* tiene para ellos montados servicios médicos de todas las clases.

2.º Cuando se les detiene cometiendo algún delito, entonces la *Juvenile Liaison* puede adoptar tres posturas:

a) *Caution* (advertencia). Consiste, en intentar, mediante una serie de advertencias, que el joven no cometa de nuevo, delito alguno. En muchas ocasiones da buen resultado y de esta forma, se evita que el joven vaya a los tribunales y que no sea necesario su puesta bajo la vigilancia de los *Social Services*.

b) Recurso a los Social Services: En teoría la Juvenile Liaison está obligada, cuando detienen a un menor, a comunicarlo a los Social Services. En algunas ocasiones no lo consideran necesario; en otras, sin embargo, son los Social Services los que no quieren hacerse cargo y consideran que es suficiente con la simple Caution.

En realidad esa inhibición por parte de los Social Services, responde en la mayoría de los casos, a un exceso de trabajo. Tiene lugar cuando el delincuente lo hace por primera vez.

c) Envío a Court: en los casos extremadamente graves, y a juicio de los propios Officers, cuando el delito cometido revista una importancia realmente evidente, a pesar de ser la primera vez, pueden hacer contra el menor una «charge» y enviarlo al Tribunal.

La detención en este tipo de comisarías.

En las comisarías de la Juvenile Liaison, suelen estar los detenidos durante la noche, salvo que ingresen al atardecer; porque entonces los Officers están obligados a formular charge contra el detenido, y pasa luego inevitablemente a la Court.

Cuando existe «charge» —acusación—, los Officers rellenan unos impresos por cuadruplicado. Uno para el interesado, otro para Probation Office y dos para los Officers.

Actuación de los Officers en las escuelas.

Ultimamente, tanto en los colegios de chicos como los de chicas de las nuevas ciudades industriales, existe un servicio perteneciente a la Juvenile Liaison que trabaja en colaboración con los maestros. El Officer no se disimula en el colegio, antes bien, los menores saben su pertenencia al cuerpo de policía. Realizan misión de actuar con los menores «difíciles».

En los últimos tiempos se ha dado en Inglaterra bastante publicidad a esta Institución. Recientemente, en el «Daily Telegraph» de 10 de mayo de 1974, puede leerse un importante artículo dedicado a Juvenile Liaison de Basildon en Essex.

Origen de la Juvenile Liaison.

Como prueba, empezó Juvenile Liaison en 1949, en Liverpool. La policía de esta ciudad hizo un estudio meticoloso sobre la delincuencia juvenil, y puso de manifiesto un curioso hecho: que el número de delitos cometidos por jóvenes eran superiores en un tres por mil a los cometidos por adultos (1,8 % — 5 %).

Otro hecho de gran relevancia que salió a colación, fue, que gran número de delitos cometidos por jóvenes, no fueron denunciados a la policía.

El resultado de esta política, fue que muchos jóvenes continuaron robando hasta que, inevitablemente, caían en manos de la policía, acusados entonces de delitos más graves.

Resultados.

Después de diez años de creación se compararon las estadísticas de Liverpool con las del resto del país.

Los resultados obtenidos fueron francamente satisfactorios después de compararlos con los de otras ciudades.

Mientras que la delincuencia juvenil en Liverpool aumentó en un 37 por 100, en el resto del país lo hizo en un 78 por 100.

ESTABLECIMIENTOS PENITENCIARIOS EXISTENTES EN INGLATERRA

Community Home School. Borstals. Attendance Centre. Detention Centres. Recall Centres

COMMUNITY HOME SCHOOL

Procedimiento judicial y no judicial para entrar en ellos.

Lo que antes había venido llamándose Approved School, desde la aparición del Libro Blanco, se llaman Community Home School. Con este cambio de nombre se le ha querido dar un cariz distinto. Del concepto, de reformatorio de los Approved School, se pasa al de una especie de escuelas con una fuerte disciplina, pero en las que se pretende que la idea docente prevalezca sobre cualquier otra.

El modo de ingresar en una Community Home puede hacerse de dos maneras distintas: por medio de la colaboración de post-padres, o por un Care Order de un Tribunal. En uno y otro caso son los Social Services los encargados del intento de rehabilitación del joven.

Lo que es fundamental para conseguir, o al menos tratar de conseguir «algo positivo», es contar con la colaboración de los padres. Ello no es siempre fácil, pues en muchas ocasiones no colaboran de forma alguna. Para aquellos casos en que los padres deciden colaborar, se celebran semanalmente o mensualmente, reuniones en las Community Homes, dedicadas a la formación de los padres en relación al tratamiento de sus hijos; refiriéndose naturalmente a cada caso concreto.

Cuando un joven comete un delito, como por ejemplo, el robar en tiendas, robar coches, etc., pueden ocurrir dos cosas. La primera

es que los padres reclamen la colaboración y ayuda, de los Social Services, para que hagan con el menor lo que crean oportuno.

Si lo que han cometido son delitos de importancia insignificante, los Social Services, una vez reclamada su ayuda por parte de la familia, visitarán al joven y a su familia una vez por semana para enterarse de lo que estuvo haciendo el menor durante el fin de semana.

Eso no siempre es fácil, porque en la mayoría de casos son hogares de un pésimo Background y, entonces, tal vez los primeros en no acordarse de lo que estuvieron haciendo el pasado fin de semana, sean los propios padres.

Cuando el Social Worker, que va a visitar asiduamente el menor, se da cuenta de la total despreocupación de su familia hacia él, y que el joven sigue cometiendo algunos delitos, aunque sean de poca importancia, propone a los padres la idea de internamiento en una Community Home.

En el caso de no existir colaboración con los padres desde un principio, puede ingresarse en una Community Home por un Care Order del Juvenile Court. El entrar mediante un procedimiento u otro en cuanto al tratamiento del menor en las Community Homes, no tiene importancia alguna. Ahora bien, puesto que en Inglaterra existe la indeterminación del tiempo (dentro de sus límites) de estancia en un establecimiento penitenciario, si el joven entra en una Community Home mediante el Care Order del Tribunal, no podrán los padres solicitar la libertad de su hijo de la misma forma que si hubieran sido los padres los que, voluntariamente, a través de los Social Services, hubieran internado al menor en la Community Home.

En el caso de ingreso en una Community Home por un Care Order del Tribunal, el modo de conseguir la libertad será aquel que a continuación vamos a explicar.

Existen dos tipos de Social Workers. Unos, que trabajan en la Institución Penitenciaria (en este caso Community Home) y otros que trabajan y dependen directamente de la Autoridad Local.

Para discutir o tratar en un determinado momento si a un menor le conviene continuar o no, viviendo en un Community Home, se reúnen una vez por semana los Social Workers dependientes de la Autoridad Local y los de la Institución. Estuve presente en una de estas reuniones y realmente realizan este trabajo con una gran seriedad. Estudian los antecedentes del muchacho desde que cometió su primer delito y la evolución, favorable o no, que ha seguido en la Institución. Por lo general, el punto de vista de estos dos tipos de Social Workers dependientes de diferentes organismos, es distinto. Los dependientes de la Autoridad Local prefieren, pensando tal vez en el mal ambiente familiar, la permanencia del menor en la Institución. Mientras que los Social Workers de la Institución, Community Home, hablan en muchas ocasiones, y repiten con insistencia, la idea de «chance», o sea, de dar una posibilidad al menor de volver a su casa con aquellos conoci-

mientos y formación, tanto moral como profesional, que no tenía antes de entrar en la Community Home. Se analizan realmente todos los pormenores del joven y, en una tarde suele tratarse un solo caso.

Esta es, pues, la única diferencia de entrar en una Community Home por un Care Order de un Tribunal, o con la voluntad directa de los padres. Si éstos llevan al menor a la Community Home School, por carácter extremadamente difícil del menor, por su no asistencia al trabajo o por no haber cometido algún delito, podrán luego plantear directamente la cuestión de libertad de su hijo al Headmaster. En principio pues, si la entrada fue voluntaria o de manera espontánea, puede conseguir la libertad del menor sin acudir a las sesiones entre Social Workers como antes dijimos.

Existen dos clases de Community Homes. Una para menores de diez años a quince años y otra para menores de quince a dieciocho.

Finnat House, ejemplo de la primera, fue visitada por mí en 1974.

El número de menores que había en mayo de 1974 era de 46. La mayor parte de ellos estaban allí por haber robado en tiendas o por haber robado motocicletas.

La organización interior de esta Community Home en su régimen interior podría definirse, como la de un colegio con una disciplina «peculiar», pero no excesivamente severa. Las clases en sus distintos niveles, en este tipo de Community Homes, tienen mucho más importancia que el aprendizaje en trabajos manuales u oficios.

Existen las clases colectivas y los grupos reducidos de cuatro o cinco alumnos. Estos últimos suponen mayor esfuerzo por su deficiente capacidad intelectual.

Los Remedial Teachers, son los encargados de enseñarles a leer y escribir con unos métodos especiales. El Remedial Teacher, viene a ser el maestro para menores de inteligencia muy deficiente.

Aparte de actividades culturales, se da una importancia primordial a las actividades deportivas. Así, cada Community Home tiene un auténtico complejo deportivo, que va desde un campo de fútbol hasta una sala de juegos.

Las habitaciones o salas de estar se hallan muy bien acondicionadas para que en sus «Leisure hours» puedan ver la televisión, jugar, etc.

Estando en el Centro, pueden ser visitados por sus familiares durante los fines de semana. En algunos casos y, según la personalidad de cada menor, se les autoriza a pasar el fin de semana en su propia casa.

BORSTALS

La introducción de los reformatorios para menores (Approved Schools), todavía dejaba un gran número de delincuentes adoles-

centes, mezclados con los delincuentes adultos, en las prisiones normales.

No fue hasta el final del siglo XIX, que algunos experimentos hechos a pequeña escala en algunas Instituciones especiales para niños un poco mayores, condujo al desarrollo del sistema inglés de la idea de los llamados *Borstals*.

La detención en los *Borstals*, fue instituida, formalmente por primera vez, en el Decreto para la Prevención del Delito de 1908, que estableció un sistema de encarcelamiento y formación separado, para jóvenes, como premio a la prisión. Actualmente, los delincuentes de quince a veintiún años, pueden ser mandados a un *Borstal* por haber cometido los mismos delitos, por los que un adulto tendría que ir a la prisión.

A pesar de la introducción del sistema de *Borstals*, pasó mucho tiempo antes de que la idea fuera aceptada por la mayor parte de la sociedad inglesa.

Sin embargo, en la sección tercera del Decreto de Justicia Criminal de 1961, nadie de menos de veintiún años puede ser enviado a la cárcel, a menos que su delito merezca un período de detención de tres años o más.

En la prisión de Wakefield existe una sección especial reservada para jóvenes que están cumpliendo condenas largas.

Los *Borstals* difieren de las prisiones no tanto en las medidas de seguridad (pues la mayoría de los *Borstals* son instituciones «cerradas»), como en la libertad y movilidad de los delincuentes dentro de la Institución. El personal, en su papel educativo procura acercar lo más posible el trato de los jóvenes entre sí a la vez que pretende enseñarles un oficio, mediante instalaciones adecuadas para ellos y, en definitiva, que el aprovechamiento del tiempo sea lo más constructivo posible.

Existen dos clases de *Borstals*, unos en régimen abierto y otros de régimen cerrado, clasificándose de forma muy metódica, los delincuentes a enviar en unos u otros *Borstals* y dentro de los distintos regímenes, se cuida mucho la clasificación del tipo de delincuente.

¿Son positivos o negativos los resultados obtenidos en los Borstals?

Según informes y opiniones obtenidas de *Governors* de *Borstals*, en 1978, el *Borstals* fracasa en un 75 por 100 en la rehabilitación del delincuente.

En Inglaterra, donde se cree poco en los factores disposicionales del delincuente, sino que lo basan prácticamente todo en el «*Environment*» —ambiente—, justifican este fracaso por la vuelta al mismo del joven delincuente. No logran, pues, según ellos, que se aparte del mal ambiente pese a haberles enseñado diversos oficios. Al llegar a sus casas el «*Environment*» les absorbe de nuevo, poniéndose en contacto al poco tiempo con el mundo del delito.

ATTENDANCE CENTRE

Creados por un Decreto de 1948, forman una parte de menor importancia dentro de los establecimientos penales.

Son dirigidos por la policía y pueden albergar a menores de diez hasta veintiún años. Tienen que asistir durante períodos de una o dos horas, hasta un máximo de veintiuna horas, durante su tiempo libre, usualmente los sábados por la tarde.

La razón más frecuente por la que se asiste a una Attendance Centre es por no haber cumplido los requisitos de la libertad vigilada —«Probation»—.

No pueden cumplir este tipo de sanciones en una Attendance Centre, quienes han cometido algún delito grave o aquellos que aunque el delito no sea grave sean reincidentes.

El período máximo de libertad vigilada al que puede ser sometido un menor es de hasta tres años, durante el cual, el menor debe ser visitado por un Probation Officer, llevar una vida regular y de trabajo y obedecer a las condiciones de la «Order».

LOS DETENTION CENTRES

Hoy en día, los «Detention Centres» —Centros de Detención— reciben a más menores delincuentes que los Borstals y que las Community Homes. La mayoría de menores enviados a un «Detention Centre» lo son por los delitos de robo, violencia, delitos de circulación y conducción de vehículos robados.

Para la mayoría de estos jóvenes, el programa, enérgico y organizado, comenzado a las 6,15 de la mañana, con períodos largos de trabajo duro y severamente vigilado y la obligación rígida de regularidad y limpieza, con cambios frecuentes de ropa, inspecciones de ropa de equipo, «paradas» de tipo militar y fregar suelos, era una experiencia totalmente nueva. La mayoría de ellos expresó su resentimiento a la opresión física, la prohibición de fumar y otras limitaciones. Sin embargo, un porcentaje alto llegó a tolerar la rutina e, incluso, disfrutó del ejercicio físico. La pérdida de su libertad era el único aspecto de su castigo, que todos sentían agudamente. En comparación con cualquier demora en la fecha de su libertad, todas las demás medidas disciplinarias se consideraban irrisorias.

El número de condenas anteriores, guardaba poca relación con que un menor encajara en el régimen diario de las Instituciones, o que fuera considerado un buen interno por los instructores.

Es más fácil de soportar la vida en los «Detention Centres» para los que tienen facilidad en la práctica de los deportes y para aquellos que ya tenían experiencia por haber estado en algún otro tipo de institución. Sin embargo, no parece que guarde relación

y no sólo en un Centro de Detención, sino en cualquier institución de carácter penitenciario, el buen comportamiento en el mismo con el de tras su puesta en libertad.

Se ha tachado a los Centros de Detención de instituciones retrógradas, debido a que su propósito sea claramente más punitivo que curativo.

Un ex interno de un Detention Centre describía el régimen como tres meses de victoria del absurdo sobre la razón y mantenía ponderadamente, que el Detention Centres sólo demuestra «el poder de la Ley», tal vez para dar ejemplo y, sin embargo, no se preocupa de la rehabilitación del delincuente.

Según las últimas estadísticas, más de la mitad de los menores enviados a un Detention Centre, vuelven a delinquir en los tres años siguientes a su libertad.

Existe un punto importante, que no hemos comentado hasta ahora. Se trata de que un delincuente juvenil (no ocurre lo mismo con las demás instituciones) sólo puede ser enviado a esta institución una sola vez.

RECALL CENTRES

En realidad es ésta una Institución muy poco conocida. Se reduce exclusivamente a albergar en ella a aquellos delincuentes juveniles que, o cometieron faltas de extrema gravedad en un Bors-tal o se fugaron de él.

El régimen de vida en el Recall Centres es muy duro. Pero, como dije anteriormente, resultan en Inglaterra prácticamente desconocidos, no ya por la población, sino también por el personal adscrito a otras instituciones penitenciarias.

Existen dos en Inglaterra: «Portsmouth» y «Reading».

CONCLUSIONES

Primera: La seria y perfecta organización de los Social Services y de las instituciones creadas para los jóvenes delincuentes existentes en Inglaterra y su constante preocupación, atención y total esmero, nos permiten afirmar que son un modelo de organización. Cuestión distinta es la de la efectividad, de la que hablaremos a continuación.

Las causas de la delincuencia juvenil no pueden ser citadas con precisión individualmente, en virtud de que se encuentran tan íntimamente ligadas unas con otras, en una especie de yuxtaposición, que imposibilita su separación.

En realidad, tanto los factores disposicionales, como los ambientales, se relacionan estrechamente para orienar al joven hacia una conducta antisocial o delictiva.

En países como Inglaterra, objeto de nuestro estudio, se tiene cierto escepticismo por todos aquellos factores que sean los puramente ambientales. Para este país, el ambiente —atmosphere—, es prácticamente el único factor determinante de la delincuencia juvenil, contrariamente a lo expresado por nosotros con anterioridad.

Segunda: A pesar del perfecto funcionamiento, modernas instalaciones, formas de aprendizaje, experto profesorado y un cuadro médico de psicólogos y sociólogos, la triste realidad es que en su mayor parte no ha conducido a otra cosa que al fracaso.

El acomodarse al régimen de la institución no es en modo alguno difícil, por parte de los que allí ingresan. El ambiente es hasta cierto punto llevadero para el joven, pero donde las instituciones se encuentran con mayores dificultades es en conseguir la futura integración del menor en la sociedad. Por eso, cada vez más, se intenta que durante todo el tiempo que se está en la institución, el joven delincuente esté lo más en contacto posible con el mundo exterior.

Se ha llegado a proponer la supresión de este tipo de instituciones siempre que supongan la privación de libertad, creyendo que desde el primer momento debería realizarse una terapéutica en libertad, evitando así el terrible problema que supone la integración a un mundo para los que han sido educados —o al menos lo han intentado— desde fuera.

Tercera: Creo que debería intentarse otro tipo de método o tratamiento, de acuerdo con lo anteriormente expuesto.

En Inglaterra, como ya quedó descrito al hablar de las instituciones penitenciarias, se sigue el método de la privación de libertad para aquellos jóvenes que hubiesen cometido algún delito. Sólo pasada una parte larga de su condena y cumplidos determinados requisitos, se concede a los jóvenes el estar durante el día fuera de la institución, trabajando y obligados exclusivamente a tener que ir a pasar la noche.

Tal vez sería más eficaz la supresión total o en su mayoría de los regímenes de privación de libertad, no limitando el régimen de la misma a quéllos que ya llevasen un cierto tiempo cumpliendo condena, sino que desde el primer momento se tratase a los delincuentes en un régimen de una total libertad con alguna limitación, como podría ser la de tener que pasar la noche en determinadas instituciones. De esa forma se llevará a cabo una educación y tratamiento desde dentro, evitando así la gran dificultad que tiene el joven de integrarse en la sociedad tras haber estado apartado de ella.

Cuarta: Nos declaramos contrarios a la Juvenile Liaison.

Opinamos que sea cuál sea el cariz que se le pretende dar, es un auténtico y durísimo régimen policial.

En su afán de prevención, los miembros integrantes de la Juvenile Liaison —los Officers— se inmiscuyen en la vida incluso de

aquellos jóvenes que nada tienen que ver con el mundo del delito, provocando una tensión entre esos jóvenes, al ver que un Officer quiere entrar en contacto con ellos e intentar conducirlos por una senda que ellos tienen marcada de antemano y pretendiendo que se sientan identificados con la ideología de la Liaison.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

- BANDINI TULLIO - GATTI UBERTO, *Delinquenza Giovanile*. Milano 1974.
 BEVAN, H. K., *The Law Relating to Children*. London 1973.
 CENTRAL OFFICE OF INFORMATION REFERENCE PAMPHLET 129, *Criminal Justice in Britain*. London 1975.
 CENTRAL OFFICE OF INFORMATION REFERENCE PAMPHLET 3, *Social Services in Britain*. London 1973.
 DEPARTMENT OF HEALTH SOCIAL SECURITY, *Intermediate Treatment Project*. London 1973.
 FURTHER STUDIES OF FEMALE OFFENDERS, *Home Office*. London 1976.
 GAZETTE, *Community Schools*. London 1974.
 HOME OFFICE, *Powers of Arrest and Search in Relation to Drug Offences*. London 1970.
 HOME OFFICE, *The Amphetamines and Lysergic Acid Diethylamide (LSD)*. London 1970.
 HOME OFFICE, *A Guide to the Rehabilitation of Offenders, ACT 1974*. London 1975.
 HOME OFFICE, *Criminal Statistics, England and Wales*. London 1972.
 HOME OFFICE, *Children in Trouble*. London 1973.
 HOME OFFICE, *Detention Centres*. London 1970.
 HOME OFFICE, *Girl Offenders Aged 17 to 20 years*. London 1972.
 HOME OFFICE, *Study of the Juvenile Liaison Scheme in West Ham 1961-1965*. London 1971.
 HOME OFFICE, *Youth Treatment Centres*. London 1971.
 HOLDEN, D. A., *Child Legislation 1969*. London 1970.
 MOTT JOY and TAYLOR MARILYN, *Delinquency Amongst Opiate Users*. London 1974.
 MUMFORD GILBERT, H. F. and SELWOOD, T. J., *A Guide to Juvenile Court Law*. London 1974.
 PAT CAWSON, *Community Home: a Study of Residential Staff*. London 1978.
 STRATA ERICA, *The Education of Borstal Boys*. London 1970.
 VEILLARD-CYBULSKY, *Les jeunes Délinquants dans le Monde*. Paris 1963.
 D. J. WEST, *The Young Offender*. London 1974.

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

JOAQUIN CUELLO CONTRERAS
Ayudante de Derecho penal (Sevilla)

En torno al *Principio de legalidad* ha surgido una corriente de opinión filosófica y dogmática tendente a considerarlo como una pura utopía, como un programa difícil de llevar a la práctica. Su carácter formal «parece» decir muy poco al jurista de hoy (153). La estricta deducción de la ley de la concreta decisión judicial, se dice, no es posible en términos absolutos. La búsqueda del Derecho justo ha de hallarse por otro camino. El principio «nulla poena sine lege» corresponde a una concepción dogmática totalmente superada (154). Esta actitud crítica frente al Principio fundamental del Derecho penal moderno se produce desde diversas posiciones filosóficas (155).

El origen del Principio, coincidente con el fenómeno de la «Codificación, está en el convencimiento de juristas y filósofos (Feuerbach, Montesquieu) de que la decisión jurídica podía ser *deducida* de la ley mediante un procedimiento estrictamente lógico. El juez,

(*) Este artículo es continuación del publicado en ANUARIO 1979, fascículo I.

(153) Cfr. H-L SCHREIBER, *Gesetz und Richter*, Frankfurt 1976, especialmente la última parte de la obra: *Die gegenwärtige Auseinandersetzung um die Grundlage und die Konsequenzen des Prinzips*, págs. 209-232, pág. 220.

(154) SCHREIBER, *Gesetz und Richter*, pág. 221.

(15) Como en seguida veremos, la «denuncia» va referida a una *determinada* concepción del principio de legalidad (Cfr. K. ENGISCH, *Einführung in das juristische Denken*, 7. Aufl., Stuttgart 1977, págs. 106-137). Hermenéutica y Filosofía analítica son las dos grandes corrientes que mejor permiten caracterizar el panorama teórico de la Ciencia del Derecho en la actualidad (ver, por ejemplo, H. RÖTTLEUTNER, *Hermeneutik und Jurisprudenz*, en H-J KOCH (Hrg.), *Juristische Methodenlehre*, páginas 27-29). Como recientemente ha puesto de relieve ALEXY, que la aplicación de la ley no sea una subsumción lógica bajo premisas conceptualmente formadas (LARENZ), es uno de los pocos puntos donde en la actualidad reina unanimidad entre las distintas posiciones metodológicas: R. ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation*, Frankfurt 1978, página 17.

según Montesquieu, debía prescindir en su tarea de toda *valoración* propia. En tal vinculación a la ley se vio la máxima garantía del ciudadano frente al aparato penal del Estado.

Poco a poco, sin embargo, se ha ido generalizando la idea de que la «búsqueda» del Derecho por el juez no consiste en un acto de *subsunción*, sino que por el contrario siempre está basada en una *decisión valorativa*. No se trata de una pura deducción lógica, sino de una decisión basada en la ponderación de fines y valoraciones (156). Esta actitud representa la primera reacción frente a la «Jurisprudencia de conceptos» y su «culto a lo lógico», a lo que se opone la idea de *Finalidad*. La tarea del intérprete y de la jurisprudencia no consiste en una operación lógica, sino que por el contrario es el producto de una reflexión sobre la ley, sobre la que aquéllos llevan a cabo una función dadora de sentido. En fin, no es este el lugar adecuado para detenerse a estudiar corrientes metódicas tan significativas como la «Jurisprudencia de intereses» o la «Doctrina del Derecho libre». Sí es importante, sin embargo, señalar cómo las mismas han ido preparando el terreno para que de la mano de corrientes filosóficas contemporáneas podamos partir en el momento actual de una concepción del *Principio de legalidad* radicalmente distinta a la que del mismo se tuvo en sus orígenes.

Pese a la diversidad de puntos de partida utilizados por la doctrina que se ha ocupado del Método jurídico, todos coinciden en afirmar que la búsqueda del Derecho es algo más que la simple aplicación de la ley. Schreiber (157) alude a los siguientes extremos, a título ejemplificativo, en que lo indicado se pone de manifiesto. En primer lugar se encuentran los llamados «conceptos normativos» o «necesitados de valoración» por el juez, como ocurre con los términos «buenas costumbres», «reprochabilidad», «interés público», «móviles viles», «temeridad manifiesta», etc. Algo parecido ocurre en el terreno de las consecuencias jurídicas del delito, donde puede apreciarse el carácter «abierto» y la indeterminación de la pena, como el cada vez más amplio marco de la pena que el legislador pone en manos del juez para que éste pueda concretarla mejor conforme a las circunstancias del caso concreto; la introducción de «causas innominadas de atenuación y agravación»; la sustitución de una pena por otra de forma facultativa no prescriptiva; o, finalmente, la indeterminación de la medida de seguridad. Reconocimiento de circunstancias, en fin, que permiten al juez una valoración de la personalidad del autor.

De la mano de la *Filosofía analítica* (158), y con las conclu-

(156) SCHREIBER, *Gesetz und Richter*, pág. 222.

(157) SCHREIBER, *Gesetz und Richter*, pág. 224.

(158) Un excelente y muy claro estudio de los elementos descriptivos y normativos del tipo en Derecho penal desde presupuestos de análisis del lenguaje: M. HERBENGER, *Die deskriptiven und normativen Tatbestandsmerkmale im Strafrecht*, en KOCH, *Juristische Methodenlehre*, págs. 124-154.

siones a que los juristas se han visto obligados en el tratamiento de los *elementos normativos*, se ha reconocido la opinión de que también los *elementos descriptivos* carecen de *univocidad* lógica absoluta, sustrayéndose por tanto a cualquier operación lógica simple. Los conceptos jurídicos, se señala (159), proceden del *lenguaje natural*, cuya equivocidad y variabilidad producen una borrosidad que impide la formación de conceptos lógicamente unívocos. Las expresiones empleadas por la ley proceden del uso normal del lenguaje, cuyo sentido no es captado de igual forma por todos los individuos que componen la comunidad lingüística, pudiendo cambiar en el transcurso del tiempo (como ocurre con el término «buenas costumbres»). La carencia de univocidad del *lenguaje natural* determina la necesidad de interpretación, basada en definitiva en una comparación valorativa de los distintos significados de las palabras, entre sí y con otros emparentados y opuestos (160).

Tampoco podemos detenernos en el estudio de los diferentes criterios propuestos para salvar esta dificultad, como puedan ser la utilización de un criterio objetivo de interpretación que permita distanciarse al intérprete de la voluntad originaria del legislador (161), u otro basado en una interpretación conforme a la Constitución, es decir, tratando de armonizar la ley penal con los valores supremos recogidos en el texto constitucional (162).

(159) SCHREIBER, *Gesetz und Richter*, pág. 224. Sobre el ámbito de significado de la letra de la ley, R. ZIPPELIUS, *Die Auslegung von Gesetzen*, en KAUFMANN/KÜCHENHOFF/ZIPPELIUS (Hrg.), *Rechtsphilosophie*, Karlsruhe 1976, págs. 112-113.

(160) SCHREIBER, *Gesetz und Richter*, pág. 225. Sobre el carácter científico del lenguaje jurídico: J. SCHMIDT, *Einige Bemerkungen zur Präzision der Rechtssprache*, en *Rechtstheorie als Grundlagenwissenschaft* (Hrg. ALBERT/LUHMAN/MAIHOFFER y WEINBERGEN, *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, tomo II, Düsseldorf 1972, págs. 390-437; A. PODLECH, *Die juristische Fachsprache und die Umgangssprache*, en KOCH, *Juristische Methodenlehre*, págs. 31-52.

(161) SCHREIBER, *Gesetz und Richter*, pág. 225. Sobre la polémica entre defensores de criterios objetivos y subjetivos de interpretación, véase ENGISCH, *Einführung*, págs. 85-105. Hoy puede decirse que predomina la opinión favorable a sostener criterios objetivos de interpretación (véase, sin embargo, W. NAUCKE, *Der Nutzen der subjektiven Auslegung im Strafrecht*, en Fest. f. ENGISCH, Berlín 1969, págs. 274-286). No creo que la solución de este problema básico del quehacer del jurista esté en la contraposición entre la voluntad subjetiva del legislador histórico y la voluntad objetivada de la ley, sino más bien en un entendimiento de los actos de crear e interpretar la ley como un proceso de comunicación entre el autor y el destinatario. En este sentido E. BADEN, *Gesetzgebung und Gesetzesanwendung im Kommunikationsprozess*, Baden-Baden 1977, págs. 124-136 y 197-262, fundamentalmente.

(162) SCHREIBER, *Gesetz und Richter*, pág. 226. Esta es la posición mantenida sobre todo por los constitucionalistas: M. KRIELE, *Theorie der Rechtsgewinnung*, Berlín 1967, pág. 310-316 especialmente (y el epílogo de la 2.ª edición de su obra: Berlín 1976, págs. 310-348); F. MÜLLER, *Arbeitsmethode des Verfassungsrechts*, en *Enzyklopädie der geisteswis-*

Sí nos interesa, sin embargo, dejar claro que la Ciencia del Derecho penal en la actualidad no puede ni quiere prescindir del Principio de legalidad. Partiendo del mandato constitucional de que ningún hecho puede ser penalmente perseguido sin que su punibilidad haya sido legalmente determinada con anterioridad a su realización, se pregunta Schreiber (163): «Welche Bedeutung kann des Gesetz für die Rechtsfindung im Strafrecht haben? Was kann unser Princip sinnvollerweise noch vorschreiben bzw. verbieten?».

La solución de este dilema ha de discurrir necesariamente entre dos extremos, rechazables en su máxima radicalidad. Es imposible una vuelta a la pretensión de Montesquieu de que el juez sea «la boca que pronuncia la ley», mero ejecutor de la misma por el camino de la subsunción. Por otra parte, el Derecho penal no puede prescindir del Principio de legalidad de los delitos y las penas. Sin embargo, hay que expresar muy enérgicamente que la *concreción* o aplicación de la ley (en oposición a subsunción) que se pretende para el Derecho penal no está en contradicción con el Principio de legalidad.

Un análisis *sociopsicológico* de la tarea del juez penal pondría de manifiesto que en su quehacer aquél opera siempre conforme a un *prejuicio* («Vorverständnis»), mediato o inmediato, representado por la ley estricta; con independencia de que en su decisión influyan también otros factores (164). Precisamente la armonización de la tarea del intérprete con la ley penal está asegurada por el hecho de que la formación de *conceptos abstractos* se basa en la *compreensión de lo concreto*. La decisión particular no puede derivarse de una interpretación estricta de la premisa principal; sin embargo, sí puede ser puesta en conexión con ella, de la que representa una aplicación particular. Si aquélla es la medida de una pluralidad de casos, entonces también será posible el procedimiento inverso de poner en conexión el caso particular con la regla general. El camino a seguir, pues, es uno equidistante de la mera subsunción y del puro decisionismo. En esta operación, la premisa mayor o regla general no aparece como un todo cerrado, de tal manera que la regla general y la decisión particular se complementan mutuamente, encontrando aquélla en esta su realización definitiva. La concretización de la decisión particular en el caso

senschaftlichen Arbeitsmethoden, hrg. M. THIEL, vol. 11, München 1972, reeditado en F. MÜLLER, *Rechtsstaatliche Form. Demokratische Politik*, Berlín 1977, págs. 145-211. Críticamente: H-J. KOCH, *Über juristisch-dogmatisches Argumentieren im Staatsrecht*, introducción a la obra: *Seminar: Die juristische Methode im Staatsrecht* (Hrg. H-J KOCH), Frankfurt 1977, págs. 129-133.

(163) SCHREIBER, *Gesetz und Richter*, pág. 228.

(164) Es curioso poder apreciar cómo el Tribunal del Reich (RG), en una época en que el § 2 del StGB contenía la exigencia de aplicar la ley penal por analogía no la tuvo jamás en cuenta: J-M PRIESTER, *Zum Analogieverbot im Strafrecht*, en KOCH (Hrg.) *Juristische Methodenlehre*, págs. 155-185.

cuestionado se realiza siempre vinculada a la regla general. De esta forma ha caracterizado Gadamer (165) la tarea del jurista: «Gewiss meint der Jurist stets das Gesetz selbst. Aber sein normativer Gehalt ist auf den gegebenen Fall hin zu bestimmen, auf den es angewandt werden soll».

La pura subsunción sólo sería posible si el Derecho pudiera reducirse a un lenguaje axiomatizado, matematizado. Con ello no es posible ni deseable, el camino hermenéutico aludido es el único adecuado. Dicha vía, por otra parte, de «orientación a la ley» y consideración de momentos ajenos a la misma, conforma el Principio de legalidad, realizable mediante la exigencia de una precisa determinación de los tipos penales y la prohibición de toda interpretación extralegal por el camino de la costumbre o de la analogía (166).

La delimitación exigida, como el fácil suponer en una estructura interpretativa basada en los caracteres del lenguaje natural, habrá de estar necesariamente situada dentro del límite del «tenor literal» (167). Como han puesto de relieve A. Kaufmann y W. Hassemer (168), el razonamiento jurídico es siempre analógico ya que la aplicación de la ley al caso concreto, según hemos visto, se basa siempre en comparaciones y semejanzas, pues «una exacta igualdad formal no es posible en el terreno del lenguaje» (169). Sin embargo, creemos con Schreiber (170) que ello no impide una diferenciación entre interpretación extensiva (permitida) y la analogía (prohibida) del precepto penal a casos no comprendidos en aquél.

La finalidad para la que se estableció el Principio de legalidad

(165) H-G GADAMER, *Wahrheit und Methode*, 4. Aufl, Tübingen 1975, pág. 309.

(166) SCHREIBER, *Gesetz und Richter*, págs. 228-229.

(167) SCHREIBER, *Gesetz und Richter*, pág. 230.

(168) A. KAUFMANN, *Analogie und "Natur der Sache"* —Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus, en *Rechtsphilosophie im Wandel*, Frankfurt 1972, págs. 272-320; W. HASSEMER, *Tatbestand und Typus. Untersuchungen zur strafrechtlichen Hermeneutik*, Köln 1968, págs. 160-165.

(169) SCHREIBER, *Gesetz und Richter*, pág. 230.

(170) Como recientemente ha puesto de relieve V. KREY, *Studium zum Gesetzesvorbehalt im Strafrecht. Eine Einführung in die Problematik des Analogieverbots*, Berlín 1977, la norma penal constituye un marco de regulación dentro del cual el intérprete puede moverse en libertad (interpretación *secundum legem*) (págs. 113-126). En ese sentido, el intérprete *completa* la norma. Dentro de ese marco operan dos límites: uno formal, constituido por el sentido literal posible (*mögliche Wortsinn*) (págs. 127-172); y material el otro: las decisiones valorativas del legislador (*rechtspolitische Wertentscheidung des Gesetzgeber*) (págs. 173-194). Toda interpretación que se salga del marco constituido por los indicados límites es *praeter legem*, y por tanto prohibida en Derecho penal por contradecir el principio de reserva de ley (págs. 199-214 y 240-245). La prohibición de la analogía más allá del marco de regulación abarca no sólo el presupuesto típico sino también la consecuencia jurídica (página 215-239).

y que ha justificado su mantenimiento en su ya larga historia, sigue siendo la misma hoy en día: «El poder punitivo debe estar vinculado a leyes generales, es decir, a constataciones lingüísticas objetivadoras, para que no dominen la desigualdad y la arbitrariedad, para que la libertad no dependa de las decisiones incontraoladas de quien poseía el poder en un momento u otro... Sólo de esa manera puede alcanzarse un nivel de confianza y seguridad en el Estado que permita a cada cual contar con y preveer las reacciones del poder punitivo y le permita planear su vida» (171).

Por supuesto que hoy en día no puede hablarse de una confianza total en la ley, ni el Derecho penal ha realizado a la perfección la sumisión al Principio de legalidad. La ley no significa la realización de una inteligencia absoluta. Muy por el contrario, el arbitrio y la injusticia pueden tomar forma de ley; experiencias de este tipo hemos tenido en tiempos muy recientes. Sin embargo, es la ley la única posibilidad de alcanzar la necesaria distancia respecto al caso concreto. Como ha precisado Wieacker (172), son tres los elementos de la ley que fundamentan su utilidad social: la participación de todos los ciudadanos en el establecimiento de la norma, lo que contiene un momento democrático y asegura la conformidad de la regla general con las expectativas sociales de la mayoría; el servicio que la ley presta a la validez no arbitraria de los correspondientes mandatos estatales; y, finalmente, la seguridad jurídica conseguida mediante la publicidad (173).

Toda confrontación con el Principio de legalidad en Derecho penal, como venimos haciendo en este apartado, obliga a enfrentarse con el tema de la *interpretación de la ley penal*, ya que en definitiva la concepción que de aquél se tenga determinará que los cánones interpretativos cuya importancia se resalte sean unos u otros. Si hoy predomina la opinión favorable a seguir criterios objetivos de interpretación (174), ello obedece, junto con las peculiaridades del proceso de elaboración de la ley en las democracias occidentales, a una teoría determinada de la interpretación. El juez no será más la boca que pronuncie la ley, mejor: la voluntad del legislador (*interpretación subjetiva*), sino que por el contrario atenderá al contenido de *sentido* objetivo de la misma que,

(171) SCHREIBER, *Gesetz und Richter*, págs. 230-231.

(172) F. WIEACKER, *Zur praktischen Leistung der Rechtsdogmatik*, en *Fest. für GADAMER*, vol. II, Tübingen 1970, pág. 317-318.

(173) De la posibilidad de aplicar el Derecho en conformidad con la ley y en conexión con la exigencia de concreción (*Bestimmtheitsgebot*) y prohibición de la analogía (*Analogieverbot*) deduce SCHREIBER la prohibición de retroactividad de la ley penal (*Rückwirkungsverbot*): SCHREIBER, *Gesetz und Richter*, págs. 230-232. Más extensamente en: *Systematischer Kommentar*, Band I, comentario al § 1 (que regula el principio de legalidad de las penas), págs. 37-39; y *Zur Zulässigkeit der rückwirkenden Verlängerung von Verjährungsfristen früher begangener Delikte*, en *ZStW* (80) 1968, págs. 348-368.

(174) J. CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español*, Parte general, I, Introducción, págs. 51-53.

conforme a los principios que justifican el Derecho penal en el momento actual y conforme a las metas asignadas a su función dentro de la actividad estatal total, será aplicada al caso concreto.

Conocidos son los esfuerzos realizados por Schmidhäuser para elaborar una sistemática teleológica de la teoría del delito, que puede encontrarse en el capítulo sexto de su *Lehrbuch* (175). La justificación última de su tarea es una interpretativa: «Toda interpretación racional es en definitiva una teleológica», pues ha de partir de un entendimiento de la ley como la indicación más racional posible para los órganos del Estado encargados de administrar justicia, es decir: la función de la ley penal determina su interpretación. Tan importante o más que una determinada interpretación esté en armonía con el tenor literal del precepto en cuestión, es que dicho tenor literal esté en armonía con la finalidad perseguida por la ley penal (176).

Este entendimiento de los elementos generales de la teoría del delito que Schmidhäuser propugna como tarea a realizar por la Dogmática, domina ya en la Parte especial. Veamos cómo: «La ley penal indica que frente a un supuesto de hecho (el correspondiente al tipo en cuestión) se reaccione con una consecuencia penal (la prevista). A partir de esta conexión ha de ser comprendido el Derecho penal: *Tipo y consecuencias penales deben corresponderse mutuamente*» (177).

Una razón fundamental justifica la constatación acabada de realizar: la técnica de elaboración de la ley penal (178). El tipo en Derecho penal no tiene su origen sólo en la idea de seguridad jurídica del ciudadano frente al poder punitivo del Estado, sino que también pretende resolver un problema de economía legislativa (simplificación legal, evitación de repeticiones innecesarias, lógica en las decisiones del legislador) (179). Evidentemente, esta técnica ha traído junto con numerosas ventajas considerables dificultades interpretativas. De todos los peligros yo destacaría uno, que no ha pasado desapercibido a Schmidhäuser (180): el *esquematismo*.

Dentro de un mismo tipo, por ejemplo, ya nos encontramos casos en que el legislador no ha acudido a una regla general para tipificar la conducta en cuestión, sino que ha preferido seguir un criterio de *casuística*, es decir, una regla que incluye una pluralidad de casos particulares. Con la ventaja de representar un tipo más gráfico, pero con el defecto de la producción de lagunas en

(175) SCHMIDHAUSER, *Strafrecht*, págs. 139-158; del mismo, *Zur Systematik der Verbrechenlehre*, en RADBRUCH-Gedächtnisschrift, Göttingen 1968, págs. 268-280.

(176) SCHMIDHAUSER, *Strafrecht*, pág. 106.

(177) SCHMIDHAUSER, *Strafrecht*, pág. 107. El subrayado es nuestro.

(178) Véase CUELLO CONTRERAS, *Anuario 1978*, págs. 35-40.

(179) SCHMIDHAUSER, *Strafrecht*, pág. 114.

(180) SCHMIDHAUSER, *Strafrecht*, pág. 115.

supuestos no reducibles a los casos tipificados, lo que no ocurre con la regla general (181). Algo parecido ocurre en el terreno de la consecuencia jurídica, donde el legislador por lo general no fija taxativamente la duración de la pena a imponer, sino un marco más o menos amplio.

Por lo que se refiere a la conexión entre varios tipos, también surgen diversos problemas interpretativos derivados de la técnica legislativa, que se pueden reducir a conexión de especialidad, relación de autonomía o no autonomía, subsidiariedad expresa o tácita y técnica de ejemplificación.

La *relación de especial a general* supone que la ley especial reúne todos los caracteres de la general y, al menos, uno nuevo constitutivo de la especialidad. La consecuencia: *Lex specialis derogat legi generali*. Sólo se aplicará, pues, la ley especial. Figuras de la *especialidad* son los tipos básicos, privilegiados, cualificados y combinados. Ahora bien, «welchen Umfang die Spezialität hat, ist jeweils durch Auslegung teleologisch, d.h., im Hinblick auf die Rechtsfolge zu ermitteln» (182).

La *relación de autonomía (delictum sui generis) o no autonomía* no es tanto un problema de técnica legislativa sino de cómo se entiendan las consecuencias jurídicas a causa de la técnica empleada por el legislador, ya que mientras en la relación de no autonomía el tipo en cuestión aparece conectado con el tipo básico el tipo autónomo, pese a estar conectado con el básico, aparece totalmente independizado en lo que se refiere a la regulación de la consecuencia jurídica. Para Schmidhäuser (183), la autonomía se derivará no de la técnica legal sino de razones materiales.

La *subsidiariedad expresa* hace referencia a la voluntad legal de que un tipo penal sólo será aplicado en el caso de que el tipo preferente no pueda ser tenido en cuenta. La *subsidiariedad tácita*, en cambio, no es producto de la voluntad explícita del legislador sino de la conexión de sentido de los tipos implicados (184).

Por *técnica de la ejemplificación* se entiende un complejo de constelaciones en las que se produce una tensión entre la idea de seguridad jurídica (por lo que se refiere a todos los casos incluidos en el tipo) y de justicia (en atención a cada caso en particular). Se habla de *casuística* cuando el legislador no ha acudido a una regla general para tipificar el injusto sino a la descripción de una serie de casos particulares. Otras veces, el legislador ha pretendido ser «expresivo» mediante la técnica de construir una serie de ejemplos *obligatorios y vinculantes* para el intérprete (por ejemplo en el asesinato). Finalmente, existen supuestos en los que el legisla-

(181) SCHMIDHAUSER, *Strafrecht*, pág. 119.

(182) SCHMIDHAUSER, *Strafrecht*, pág. 120.

(183) SCHMIDHAUSER, *Strafrecht*, pág. 121.

(184) SCHMIDHAUSER, *Strafrecht*, pág. 122.

dor sólo ha querido caracterizar ejemplificativamente qué casos hayan de ser incluidos en el tipo, sin voluntad de ser exhaustivo ni vinculante. La técnica seguida en estos casos es la siguiente: «Los supuestos especialmente graves de tal delito serán castigados con la pena X. Son supuestos especialmente graves: 1..., 2..., 3..., etc.». En este caso los supuestos nominados serán subsumibles en el tipo, salvo que circunstancias especiales induzcan al juez a no estimar la gravedad exigida con carácter general. Por otra parte, serán incluidos supuestos semejantes a los nominados en los que el juez esté convencido de que reúnen los elementos constitutivos de la gravedad exigida. En la actualidad se discute la oportunidad de esta técnica (185).

Poco tenemos que decir en esta ocasión, después de habernos ocupado «in extenso» del *delictum sui generis* al principio de nuestro trabajo. Para nosotros, toda esta serie de distinciones elaboradas por la doctrina en base a la técnica de construcción de los tipos se relativiza en el momento crítico de administrar justicia. Allí, cuando el juez ha constatado los hechos realizados por el inculgado y los ha subsumido en alguno o algunos de los preceptos penales infringidos, al objeto de obtener la pena correspondiente, ninguna «regla» va a exonerarle de examinar la relación en que se encuentran los preceptos infringidos (no sólo los tipos de injusto sino también las consecuencias jurídicas), en el aspecto concreto que se refiere a los hechos realizados. Sólo así tendrá la garantía de que la pena a aplicar sea la justa para el caso concreto.

Por eso, tiene razón Schmidhäuser cuando señala que la especialidad vendrá condicionada por la interpretación de los preceptos en cuestión, incluida la consecuencia jurídica. Ahora bien, siempre que dicha interpretación no se haga globalmente, sino en concreto, atendiendo a la pena resultante de aplicar los preceptos en cuestión, al problema concreto que se enjuicia. La relación de especialidad, o la de autonomía, no se encuentra al principio del proceso de interpretación, sino al final, como su producto (186).

b

Recientemente se ha ocupado P. Bringewat de la base metodológica del *delito continuado* (187). Se ha visto frecuentemente en esta figura un buen ejemplo para el estudio de la problemática

(185) SCHMIDHAUSER, *Strafrecht*, págs. 122-124, nota (37).

(186) CUELLO, *Anuario 1978*, págs. 41-45.

(187) P. BRINGEWAT, *Gewohnheitsrecht und Richtrecht im Strafrecht. Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Fortsetzungszusammenhang*, en ZStW (84) 1972, págs. 585-611. Ya con anterioridad en: *Fortsetzungszusammenhang und "in dubio pro reo"*, en JuS 1970, págs. 329-332.

de la *formación de los conceptos jurídicos*. En esta ocasión no nos interesan tanto las razones de índole dogmática, politicocriminal y de practicabilidad que ls impugnadores de la institución han aducido (188). Ni tampoco las razones que puedan existir para su mantenimiento. Sí, en cambio, el aspecto teórico de su *fundamento jurídico*. Se ha hecho un lugar común la afirmación de que el *delito continuado* es una institución de creación jurisprudencial para resolver satisfactoriamente el problema de la serie sucesiva de actos que lo constituyen, evitando estimar la pluralidad de penas particulares correspondientes a cada uno de los actos constitutivos (189).

Para Bringewat (190), el *delito continuado* es una típica figura de creación jurisprudencial (en este sentido se habla de *Richterrecht* en oposición a *Gesetzrecht*). Dejando a parte el difícil problema de señalar la frontera donde acaba el *Gesetzrecht* y comienza el *Richterrecht*, lo que obviamente dependerá en gran medida de cómo se entiendan las funciones del legislador y del intérprete en el Derecho actual, me interesa resaltar en esta ocasión cuál ha sido la vía que ha conducido a Bringewat a la conclusión en cues-

(188) La afirmación de que el delito continuado sea una *ficción* para evitar los efectos del concurso real de delitos se encuentra en muchas decisiones del RG y del BGH, y ya fue hecha por v. BURI. Una de las razones históricas que explican esta teoría de la ficción ha sido la dificultad que la doctrina ha tenido de distinguir entre el concepto material de acción y el de hecho procesal (D. y U. MANN). Ahora bien, ¿se trata de una ficción en sentido técnico? ¿o de una ficción fingida (valga la redundancia) para evitar la producción de determinados efectos? Para BRINGEWAT, se trata de una ficción en sentido técnico puesto que, como después veremos, el delito continuado no se encuentra previsto en las normas concursales del StGB (BRINGEWAT, *Gewohnheitsrecht und Richterrecht*, págs. 586-588). En segundo lugar, las objeciones de política criminal. Para SCHMIDHAUSER, por ejemplo, existe el peligro de que se castigue por la sospecha de que se ha cometido un delito. BRINGEWAT, como defensor de la figura, contraargumenta señalando que todas estas objeciones se quieren hacer derivar de su carácter ficticio, lo que constituye un círculo vicioso. Las dificultades suscitadas con los elementos constitutivos del concepto no pueden ser utilizadas para invalidar el mismo concepto. Las mismas dificultades aparecen también en otros conceptos penales como la imprudencia, el dolo, la coautoría o el tipo del delito de omisión impropia y, sin embargo, nadie cuestiona su validez (BRINGEWAT, *Gewohnheitsrecht und Richterrecht*, págs. 588-589). Lo mismo cabe decir de la objeción de que los tribunales de instancia no han logrado ni lograrán llenar de contenido los presupuestos establecidos por el BGH para reconocer esta figura, de lo que se quiere derivar su impracticabilidad.

(189) Con razón insiste BRINGEWAT en el doble origen de la figura en la jurisprudencia alemana. Por un lado está un criterio de equidad, que invita a los tribunales a evitar los efectos del concurso real de delitos. Pero por otro, una razón de tipo práctico (¡muy peligrosa!) de ahorrar al juez la comprobación de cada uno de los hechos constitutivos de la serie, al objeto de fijar una pena para cada uno de ellos: BRINGEWAT, *Gewohnheitsrecht und Richterrecht*, págs. 590-592.

(190) Véase la exposición teórica de BRINGEWAT, *Gewohnheitsrecht und Richterrecht*, págs. 592-608.

tión: la interpretación de los términos *hecho* y *acción* en los preceptos reguladores de la concurrencia en el StGB.

En el § 74 (hoy 53) (*concurso real*), el elemento *mehrere Straftaten* admitiría una interpretación que permite incluir a los actos *del delito continuado*. Ahora bien, Bringewat ve una diferencia fundamental entre la pluralidad de actos del *concurso real* y la del *delito continuado* en el *plus* representado por éste de que además dichos actos aparecen unidos (objetivamente mediante la igualdad de los actos de ejecución y subjetivamente mediante un único dolo) (191).

En cambio, el punto de referencia del § 73 (hoy 52) (*concurso ideal*) es el término *dieselbe Handlung*, en oposición al cual es característica del *delito continuado* la pluralidad de actos de ejecución. El *delito continuado* no contiene, pues, una *única acción* en el sentido exigido por el § 73 para el *concurso ideal*, por lo que no es subsumible en aquel párrafo.

La conclusión no podía ser otra: puesto que de por sí la figura del *delito continuado* no es directamente subsumible en ninguna de las modalidades del concurso, «sólo queda para la solución de esta cuestión la aceptación de un concepto jurídico pensado, comprobado y aplicado continuamente por jurisprudencia y doctrina (192).

Vehementemente hemos de subrayar que no compartimos la solución de Bringewat, ni la conclusión ni las premisas. Con su interpretación de los párrafos 72 y 73 distorsiona Bringewat la función de la normativa concursal, ya que con aquéllos el Legislador ha querido solucionar todos los problemas interpretativos que en los casos de pluralidad de acciones y preceptos lesionados puedan plantearse: *tertium non datur*.

Bringewat (193) falsifica la opinión de Stratenwerth, que junto con otros muchos autores estima que la solución dada por la jurisprudencia al *delito continuado* no tiene amparo en la Ley. Pero lo que no dicen estos autores es que tampoco sea subsumible en la norma del *concurso real de delitos* (!). Al contrario, todos coinciden en subrayar que aquélla es la *sede materiae* (194). Sólo una vez aceptada esta premisa, podrá estimarse la conveniencia de someter esta figura a la norma del *concurso ideal de delitos*, más benigna que la del concurso real.

Fue precisamente una *interpretación teleológica de la normativa concursal*, en el sentido propugnado por Schmidhäuser para la Parte general del Derecho penal, la que nos permitió encontrar una solución satisfactoria al árduo problema del *delito continuado* en el Derecho penal español, donde, dada la peculiaridad del

(191) BRINGEWAT, *Gewohnheitsrecht und Richterrecht*, pág. 609.

(192) BRINGEWAT, *Gewohnheitsrecht und Richterrecht*, pág. 610.

(193) BRINGEWAT, *Gewohnheitsrecht und Richterrecht*, página 611, nota (116).

(194) Véase, por todos, SCHMIDHAUSER, *Strafrecht*, págs. 728-729.

sistema de determinación de la pena en los delitos contra la propiedad y el patrimonio, una interpretación «pretendidamente estricta» de la ley permitiría castigar más severamente el supuesto de la unidad de delito que el de la pluralidad de delitos y acciones (concurso real). Precisamente por eso, no tuvimos inconveniente en estimar la norma del concurso ideal de delitos, por ser la que en el *caso concreto* mejor se adapta a la gravedad de los hechos (195).

Todo lo demás es puro *conceptualismo*. Para mí no tiene sentido plantear la existencia de un llamado *Richterrecht* al margen y como complemento del *Gesetzrecht*. El juez, o bien se mueve dentro de los límites que le ha marcado el legislador, en cuyo caso *concretiza* la ley; o bien actúa al margen de las indicaciones que el legislador previamente le ha marcado, lo que en Derecho penal está prohibido (196).

II

Hasta ahora nos hemos confrontado con una serie de cuestiones que creemos fundamentales y constitutivas del *ser* de la concu-

(195) Véase *supra*, págs. 72-73.

(196) Ver *supra*, nota (170).. Por lo que se refiere al límite formal del posible tenor literal (en terminología de KREY), hay que poner de relieve la laboriosa tarea que E. v. SAVIGNY, J. RAHLF y U. NEUMANN, *Juristische Dogmatik und Wissenschaftstheorie*, München 1976, se han propuesto de revisar sentencias del BGH en las que este Tribunal se ha enfrentado con problemas interpretativos en los que el tenor literal del precepto chocaba con la solución justa. En todos estos casos era tan claramente injusta la solución dentro del límite del tenor literal que el Tribunal se veía obligado a salirse del mismo, si bien era a la vez tan grande su temor a infringir aquel límite que trataba de encajar en su seno, forzándolo, interpretaciones que resultarían inaceptables conforme a criterios de uso normal del lenguaje. Ver especialmente los trabajos de E. v. SAVIGNY, *Konflikte zwischen Wortlaut und Billigkeit in der Rechtsprechung des BGH*, págs. 60-78; U. NEUMANN, *Der 'mögliche Wortsmn' als Auslegungsgrenzen in der Rechtsprechung der Strafsenate des BGH*, págs. 42-59 (con una buena bibliografía). Sobre conflictos y orden jerárquico de los distintos cánones interpretativos en la misma jurisprudencia: J. RAHLF, *Die Rangfolge der klassischen juristischen Interpretationsmittel in der Strafrechtswissenschaftlichen Auslegungslehre*, págs. 14-26 (revisión doctrinal); del mismo, *Die Rolle der historischen Auslegungsmethode in der Rechtsprechung des BGH*, págs. 27-41; del mismo, *Offene und verdeckte Konflikte zwischen klassischen juristischen Interpretationsmitteln in der Argumentationspraxis des BGH*, págs. 79-99. La mayoría de los casos estudiados por E. v. SAVIGNY en su artículo ya citado presentan la misma o muy parecida estructura que los estudiados por nosotros bajo el concepto de delito "sui generis". Para este autor, el papel del dogmático consiste precisamente en asegurar la equiparación en el tratamiento de todos los casos concretos a subsumir en la misma norma. Ello se consigue mediante *verificaciones*, en armonía con el significado del precepto, única manera de dejar indemne el tenor literal de aquél (E. v. SAVIGNY, *Hypothesenbildung als Auslegung: Ein Detailanalyse*, págs. 110-119, pág. 119. Cfr. del mismo autor, *Die Überprüfbarkeit der Strafrechtssätze*, München 1967).

rrencia. El concepto de acción a los efectos del concurso, por ejemplo, necesitaba de una revisión tan importante como para trastocar conceptos que parecían inamovibles (y todo ello por partir de una acción a los efectos del concurso conceptualmente concebida). Lógicamente, la pretensión de prescindir de los conceptos de unidad y pluralidad de acciones para estimar una u otra modalidad concursal, y su sustitución por el concepto de *tipo legal* como más idóneo para el tratamiento de los problemas a que se alude con la teoría del concurso, obliga a ordenar la materia de manera distinta a como se ha hecho hasta ahora. Al estudiar cada uno de los problemas esenciales del concurso, hemos puesto de relieve las consecuencias que se derivaban de uno u otro entendimiento del problema para puntos concretos de este apartado de la teoría jurídica del delito. Ahora se hace necesaria una consideración unitaria de la materia. Como se comprenderá, en esta ocasión no podemos ser exhaustivos. Mi intención, por contra, es la de señalar criterios ordenadores conforme a los cuales ha de ser estudiada esta materia, atendiendo sobre todo a una óptima delimitación de las distintas modalidades concursales. Así, por ejemplo, no es mi intención estudiar los conceptos de *especialidad*, *consumación* o *subsidiariedad*, como principios constitutivos del *concurso de leyes* (197), o los requisitos exigidos por jurisprudencia y doctrina para estimar el *delito continuado* (198); más bien nos ha interesado el problema metodológico de cómo ha de proceder el intérprete que tiene que confrontarse con esta materia, pues un punto de partida falso, como ha podido ser a veces el de la distinción entre unidad y pluralidad de acciones como puras categorías de jurisprudencia conceptual, ha podido llevar a «aberraciones jurídicas» de manera semejante a lo ocurrido con el tratamiento del delito «sui generis».

Pretender, con Geerds (199), distinguir entre una *concurrencia inauténtica*, con la que se alude a los problemas subsumidos en el concurso de leyes (y que en realidad no ofrecen cuestión concursal alguna), y otra *auténtica* (concurso ideal y real de delitos) que sí presenta auténticos problemas concursales (dada la pluralidad de normas penales que han de ser tenidas en cuenta para abarcar la totalidad del injusto realizado), no nos parece correcto. Y ello no solamente por la razón de que hay supuestos de difícil delimitación (como ya vimos que no pasó desapercibido a Jescheck (200), sino sobre todo porque ambos temas están implicados, porque la estimación del concurso ideal de delitos está condicionada a que los problemas en cuestión no puedan haber sido previamente re-

(197) Para el estudio de estos problemas nos remitimos al ya citado trabajo de KLUG, *Zum Begriff der Gesetzkonkurrenz*, ZStW (68), páginas 399-416.

(198) Véase por todos, SAMSON, *Systematischer Kommentar I*, páginas 370-374.

(199) GEERDS, *Konkurrenz*, pág. 237.

(200) Ver *supra*, págs. 52-54.

sueltos con los criterios de «especialidad», «consumción» o «subsidiariedad» del concurso de leyes.

Los problemas a que se alude con una y otra expresión (conurrencia auténtica e inauténtica) son cuestiones que surgen a lo largo de un proceso interpretativo que va de los hechos a las normas penales y de éstas, nuevamente, a los hechos. El destino de la conurrencia auténtica y de la inauténtica es el mismo: *ver la necesidad de estimar una u otra modalidad concursal en el proceso de interpretación de la ley penal.*

Yo diría que «fenomenológicamente» el intérprete ha de proceder de la siguiente forma: ¡Si me encuentro ante una «unidad de acción» (identidad), tendré en cuenta y estimaré la norma del concurso ideal de delitos del art. 71 CP *siempre y cuando no se den los presupuestos de «especialidad», «consumción» o «subsidiariedad»,* lo que obligaría a estimar el concurso de leyes del art. 69 y, por tanto, el castigo conforme a una sola de las normas infringidas (concretamente la que imponga la pena más grave)! Ello quiere decir que el estudio del concurso ideal de delitos (conurrencia auténtica en la terminología de Geerds) exige el del concurso de leyes. La aplicación de una u otra norma concursal no es presupuesto de la interpretación, sino consecuencia de la misma (201).

A continuación, trataremos de ver someramente las más importantes constelaciones de casos incluidas en el concurso de leyes:

1. En primer lugar, los supuestos de *unidad típica de acción*, que son los casos que menos problemas presentan. El desarrollo de un tipo de la Parte especial del Código determina la directa aplicación de la sanción prescrita por el mismo, con independencia de que la pluralidad de actos que constituyen el tipo en cuestión sea requisito exigido por el tipo (delitos constituidos por una pluralidad de actos) (202), o sólo admitida por el mismo (el delito puede realizarse mediante una acción, pero la posible pluralidad de acciones no determina un aumento del injusto). Piénsese en el supuesto de las injurias: un único delito de injurias con independencia de que la acción haya consistido en uno o varios insultos o expresiones deshonrosas. Supuesto parecido a los anteriores es el llamado *delito permanente* (203). Aquí estamos ante un delito que comienza con la creación de un estado antijurídico (el momento en que el autor priva de libertad a la víctima en las detenciones ilegales) y abarca todos los actos posteriores encaminados a mantener dicha situación (204).

(201) Véase, *Anuario 1978*, págs. 67-69. De la misma forma procede R. SCHMITT para trazar la frontera entre las distintas modalidades del concurso: R. SCHMITT, *Konkurrenz*, págs. 48, 54 y 55.

(202) R. SCHMITT, *Konkurrenz*, pág. 46.

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

(204) Sobre la figura del *delito permanente*, véase por todos, SAMSON, *Systematischer Kommentar I*, pág. 368.

Es de subrayar cómo aquellos supuestos en que la unidad típica de acción está formada por una pluralidad de actos que a su vez constituyen sendos delitos independientes de la Parte especial del Código, operación que el legislador español ha realizado frecuentemente (205), aquéllos pueden jugar un papel muy importante de Hermenéutica jurídica, condicionando la interpretación del tipo compuesto (casos de esta naturaleza los hemos estudiado de la mano del delito «sui generis») (206), representando un límite mínimo, por debajo del cual el juez no podrá desenvolverse al determinar la pena del delito compuesto ante el que se encuentra. Estos supuestos se presentan muy frecuentemente y dan lugar a conflictos interpretativos en los delitos cualificados por el resultado en relación con los casos en que el resultado se produce dolosamente (207). En mi opinión, la solución justa depende de una interpretación desde el contexto de la totalidad del Ordenamiento jurídico-penal, que permite resolver los equívocos en que inconscientemente (?) ha incidido el legislador (contradicciones «intra legem»). No estoy de acuerdo con aquel sector de la doctrina que no acepta una interpretación contraria a la clara voluntad del legislador, expresada en cada uno de los concretos tipos pena-

(205) Véase *Anuario 1978*, págs. 38-40.

(206) *Anuario 1978*, págs. 62-69.

(207) En efecto, así ha pasado en el Derecho alemán a partir de la reciente reforma, tendente a recoger expresamente que en los casos de delitos cualificados por el resultado, dicho resultado determinante de una pena más severa ha de ser producido al menos imprudentemente, para así respetar el principio de culpabilidad. El problema ha surgido en aquellos casos en los que, como en el § 251 StGB, el legislador castiga con una pena que puede llegar hasta la cadena perpetua el robo con producción del resultado de muerte. El conflicto surge porque el legislador ha exigido *Leichtfertigkeit*, equivalente a nuestra imprudencia temeraria, es decir, aquél no ha exigido que *por lo menos* haya habido imprudencia temeraria, lo que cierra el paso a la estimación de la cualificación cuando el mismo resultado se ha producido *dolosamente*, pues evidentemente dolo y "*Leichtfertigkeit*" se excluyen mutuamente. Produciéndose la paradoja de que en el robo con resultado muerte producido imprudentemente la pena puede ser de cadena perpetua; pena a la que en ningún caso puede llegarse si ese mismo resultado se ha producido dolosamente, siendo así que este caso es más grave que el anterior. RUDOLPHI, *JR 1978*, págs. 73-75, en comentario jurisprudencial, reconociendo lo injusto de la resolución acepta la decisión del BGH, basándose única y exclusivamente en el respeto al "tenor literal" del precepto, que parece claro en este punto. El legislador, y no el intérprete, es quien ha de corregir la situación creada. Mucho más coherente nos parece la opinión de LACKNER, de aplicar la doctrina de la *Sperrwirkung der Mindeststrafe* al § 251, es decir, de no aplicar al robo con homicidio doloso una pena inferior a la que el legislador ha previsto para una modalidad comisiva menos grave, como la de *Leichtfertigkeit* del § 251, razón por la cual el robo con homicidio doloso también podrá ser sancionado con cadena perpetua (LACKNER, *Strafgesetzbuch*, § 251, 4, pág. 810). Véase JESCHECK, *Lehrbuch*, págs. 463-464.

les (208). Esta idea, que procede de Frank (209), ha estado presente en nuestro trabajo desde un principio, y combatirla ha sido una de las razones que lo han justificado. En contra, a parte de los argumentos de carácter interpretativo a que hemos aludido, existe uno de carácter exclusivamente legal, y que aleja cualquier posible duda sobre lo acertado de nuestra tesis, cual es el contenido del propio artículo 68. El artículo 68 del CP no indica que para resolver los casos de conflictos de normas haya que acudir a los criterios de especialidad, subsidiariedad o consumación (tal tipo de prescripción no corresponde al legislador, sino a la doctrina). La Ley señala que en esos casos se aplicará la norma que imponga la sanción más grave, aunque ésta sea la norma general y no la especial, la subsidiaria y no la principal o la consumida y no la que consume. Sobre el argumento de la determinación de la pena, hemos de volver después.

2. Es de señalar en este lugar, que figuras como la *unidad natural de acción* y el *delito continuado* no son problemas que pertenezcan a este apartado, pues aquí se trata de supuestos de pluralidad de actos incluidos en la unidad jurídica constituida por el desarrollo de un único tipo penal, mientras que aquellas figuras realizan una pluralidad de tipos o un único tipo varias veces (en grado de tentativa o consumación). Su lugar adecuado es el estudio de la frontera entre el concurso ideal y real de delitos (210).

Lo mismo cabe decir de la llamada *Klammerwirkung*. La realización del tipo A es, en parte, idéntica a la del tipo B, que, a su vez, lo es a la del tipo C; mientras que A y C no tienen nada en común. En la hipótesis de que B esté menos gravemente sancionado que los otros dos tipos la función de «aglutinación» no se produce (por tanto concurso real), pues no tiene sentido castigar menos severamente a quien además de dos delitos ha cometido un tercero menos grave (211).

3. Hasta ahora hemos tratado de delimitar el concepto de *unidad de acción*, es decir, supuestos en que pese a la realización de una pluralidad de tipos penales no puede hablarse de pluralidad de delitos dada la unidad de acción. La misma acción significa la realización de una pluralidad de delitos. En este caso no puede

(208) R. SCHMITT, por ejemplo, ha defendido enérgicamente esta tesis: R. SCHMITT, *Konkurrenz*, pág. 52: "Auch wenn die Schaffung zweier gleichrangiger Tatbestände zum Schutze desselben Rechtbefehls als gesetzgeberischer Fehler erscheint, ist der Richter nicht befugt, von Gesetz abzuweichen; er muss vielmehr —bis zur Harmonisierung des Gesetzes— beide Tatbestände neben einander anwenden".

(209) R. FRANK, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, 18. Aufl., Tübingen 1931, pág. 233: "In der Tat handelt es sich bei dieser Erscheinung um Fehler des Gesetzgebers, die nicht zum Ausgangspunkt einer allgemeinen Theorie gemacht werden dürfen".

(210) *Infra*, apartado IV.

(211) *Ver infra*, nota (262).

hablarse de concurso real, pues el mismo requiere una pluralidad de acciones (aunque no siempre la pluralidad de acciones significa pluralidad de delitos, pues, como después veremos, existe una concurrencia real inauténtica que en realidad es un supuesto de concurso ideal de delitos). Basta recordar la polémica entre los partidarios de la *Einheit*- y de la *Mehrheitstheorie*, y la pretensión de estos últimos de estimar tantos delitos como resultados producidos. Como ya expusimos en su lugar (212), la unidad de acción impide estimar una pluralidad de delitos, y por tanto la norma del concurso real. Quien coacciona con un acto a una pluralidad de personas no comete una pluralidad de delitos de coacciones, en virtud de la singularidad del bien jurídico protegido (¡También el patrimonio es un bien jurídico personalísimo!). El tenor literal del artículo 71 es bastante claro: «... un solo hecho constituye dos o más delitos». Pensar de otra manera, y pretender aplicar la norma del concurso real de delitos, iría en contra del principio de legalidad. En ese caso, estaríamos ante una interpretación que exceda del límite constituido por el significado natural del contenido lingüístico del precepto (*natürliche Wortbedeutung*), en perjuicio del inculpado (*contra reo*). Con ello se pone de manifiesto cómo los conceptos de unidad y pluralidad de acciones pueden ser relevantes a la hora de solucionar problemas concursales. Es ésta una de las pocas veces en que nos hemos visto obligados a extraer determinadas consecuencias (la necesidad de estimar el concurso ideal y no el real de delitos) del concepto unidad de acción.

Ahora bien, con la afirmación de la unidad de acción no está todo dicho (para poder estimar el concurso ideal de delitos), ya que previamente hay que probar si concurren los presupuestos del llamado *concurso ideal inauténtico*; o dicho de otra manera, si conforme a los diversos criterios de especialidad, subsidiariedad, etcétera, no se excluye la estimación de uno de los tipos penales en conflicto mediante la aplicación del otro, encontrándose, por tanto, en una relación de concurso de leyes.

No nos interesa en esta ocasión hacer un estudio exhaustivo de lógica formal sobre los criterios de exclusividad, especialidad, subsidiariedad, etc. (213). Sí, en cambio, determinados problemas relacionados con sus límites, y en los que se ha podido negar la existencia de una tal relación de especialidad o consumación. La relación de *especialidad* es la más clara, y la que menos problemas ha planteado. Ya al estudiar el delito «sui generis» veíamos algunos casos en los que surgía este problema (214). Como muy acertadamente señala Rudolf Schmitt (215), «aquella (la especialidad) se

(212) Véase *supra*, págs. 64-66.

(213) Para familiarizarse con los conceptos de lógica pura aplicados a la lógica jurídica, me remito a la obra ya clásica de U. KLUG, *Juristische Logik*, 3. Aufl., Berlín 1966, págs. 21-96 especialmente.

(214) *Anuario 1978*, págs. 70-90.

(215) R. SCHMITT, *Konkurrenz*, pág. 49.

produce cuando un tipo aparece necesariamente contenido en otro (igualmente realizado) conforme a sus elementos abstractos, con independencia de que aquel tipo, en relación con el otro, sea un delito básico o un delito autónomo».

Lo que ya no es tan correcto es que a continuación niegue la relación de especialidad en algunos supuestos en que la cualificación añade algún elemento fundamentador (*Grundmerkmal*), es decir, se desvíe en cierto modo del tipo básico. La situación se salvará porque en muchos casos sí cabrá una relación de *consumción*; siendo así que como Klug ha demostrado lógicamente, la *consumción* se reduce a una forma de *subsidiariedad*, que, a su vez, es una modalidad de la *especialidad* (216). El reproche de que pueda llegarse a una interpretación «contra legem» no lo tengo yo por sostenible. A mi entender, se basa en un defecto de «miopía jurídica», de contemplar únicamente lo que el legislador ha dicho al construir un tipo penal concreto, cuando el significado de la voluntad del legislador necesita del contexto legal en que el tipo en cuestión se encuentra.

Como acabamos de poner de relieve, la relación de *consumción* no es específicamente aceptada. La *consumción* no es sino una forma de *subsidiariedad* que abarca una pluralidad de supuestos muy heterogéneos, razón por la cual es difícil dotarla de confines (217). Para Rudolf Schmitt no existe un principio lógico que permita una diferenciación; pues el de la *interferencia* a que alude Klug (218) es común a la *subsidiariedad*. Sí puede haber un significado criminológico, de fenomenología criminal: «Existe por tanto *consumción* si un tipo más severo no se da necesariamente, pero, sin embargo, concurre de manera regular y típica» (219).

En definitiva, a todas las relaciones lógicas que estamos analizando subyace una *valoración* que la lógica formal no puede salvar. Por esta razón, estimo que muchos de los problemas planteados en esta materia son inexistentes. R. Schmitt (220), al formular la regla de la *subsidiariedad tácita*, lo pone de relieve implícitamente: «Si uno de los múltiples tipos realizados abarca ya la totalidad del contenido de injusto, culpabilidad y peligrosidad, entonces los restantes tipos penales serán *subsidiarios*, siempre que no hayan sido excluidos ya por el camino de la *especialidad* o de la *consumción*. La *subsidiariedad* es, por tanto, subsidiaria (en el más amplio sentido de la palabra) frente a las otras dos formas de la concurrencia ideal inauténtica». Por ejemplo, los actos preparatorios de la participación del artículo 4 CP en relación con las propias formas de participación, es decir, la conspiración es una forma subsidiaria

(216) KLUG, *Gesetzkonkurrenz*, págs. 407, 409 y 415.

(217) R. SCHMITT, *Konkurrenz*, pág. 49.

(218) KLUG, *Gesetzkonkurrenz*, pág. 415.

(219) R. SCHMITT, *Konkurrenz*, pág. 50.

(220) R. SCHMITT, *Konkurrenz*, pág. 51.

de la inducción (221). Por diverso camino llega Klug a la misma conclusión (222).

Unanimidad en la doctrina existe en cuanto al rechazo de la relación de *alternatividad* (223), que se produce en los casos «en que la acción realiza dos tipos del mismo rango, mientras que la infracción tiene por contenido el mismo mandato jurídico» (224). En estos supuestos, indica un sector de la doctrina (225), sólo se aplicará un tipo, y en el caso de que establezcan penas distintas el que imponga la más grave. Este parece que es también el criterio del Legislador español en el artículo 68. Frente a esta opinión se han levantado algunas críticas. Según Geerds (226), aunque los dos tipos han sido creados por el legislador para proteger el mismo bien jurídico, el juez no puede contrariar la voluntad de aquél; por el contrario, hasta que se produzca la necesaria corrección de la ley por el legislador vendrá el juez obligado a aplicar ambos tipos, pues ésta ha sido la clara voluntad de la Ley. Un «respeto» tan estricto de la voluntad claramente «equivocada» del legislador no lo tengo yo por exigido.

Para finalizar este apartado, es necesaria una referencia a la consecuencia penal. De la redacción del artículo 68 del Código penal y del propio «ser» del concurso de leyes, se deduce la idea de que la pena habrá de tomarse del tipo penal *predominante*, no estimándose la pena correspondiente al tipo que cede ante el predominio de aquél. Este segundo tipo, se dice, queda *excluido* («ausgeschlossen») (227).

En contra de Geerds (228), que quiere impedir la producción de cualquier efecto del tipo excluido, la doctrina mayoritaria (229), en el caso en que aquél posea un marco penal con el límite inferior más severo que el tipo predominante, o que contenga efectos penales, consecuencias secundarias o medidas de seguridad de las que éste carezca, podrá ser estimada la ley «excluida»; es decir, la pena a imponer no podrá ser inferior a la pena mínima del tipo excluido (*Sperrwirkung des milderer Gesetzes*) (230). El principio de la *absorción* es modificado por el de la *combinación* (231).

(221) Véase, J. CUELLO CONTRERAS, *La conspiración para cometer el delito. Los actos preparatorios de la participación*, Barcelona 1978, páginas 191-192.

(222) KLUG, *Gesetzkonkurrenz*, págs. 414-416.

(223) Véase por todos, JESCHECK, *Lehrbuch*, págs. 600-601.

(224) R. SCHMITT, *Konkurrenz*, pág. 52.

(225) Esta idea ya se encuentra en BINDING. Cfr. FRAK, *Strafgesetzbuch*, pág. 231.

(226) GEERDS, *Konkurrenz*, págs. 224-227.

(227) Por todos, SCHÖNKE-SCHRÖDER-STREE, *StGB Kommentar*, página 576.

(228) GEERDS, *Konkurrenz*, págs. 167 y 231.

(229) SCHÖNKE-SCHRÖDER-STREE, *Kommentar*, pág. 576.

(230) Véase *supra*, nota (133).

(231) Ver por todos, JESCHECK, *Lehrbuch*, pág. 603.

Si el tipo predominante no puede aplicarse porque, por ejemplo, concurre una causa personal de exclusión de la punibilidad, o porque se trate de un delito perseguible a instancia de parte y la víctima no quiere hacer uso de la facultad que la ley le otorga, no habrá inconveniente en castigar al autor en base al tipo *excluido* (232).

Tan sólo en los casos en que el tipo predominante sea un tipo *privilegiado* (233), no producirá efecto alguno el tipo excluido. La razón es la misma que justificaba el efecto del caso anterior, sólo que al revés. Allí se decía para justificar la estimación del tipo *excluido*: es absurdo no castigar al autor por el simple hecho de que también haya realizado algo más grave (234). Aquí, sería injusto perjudicar al autor porque el precepto penal que primariamente debería aplicarse no puede serlo (235). Así, por ejemplo, quien no puede ser castigado como autor de tentativa por haber desistido de ésta (tipo privilegiado), no puede serlo por los actos preparatorios de conspiración, proposición o provocación (236).

Por todas estas razones, se hace difícil hablar de un tipo «excluido» o «penetrado», cuando lo que realmente ocurre es que aquél pasa a un segundo plano, desde el que ejercer una influencia decisiva sobre el tipo «preferente», a los efectos de la determinación de la pena.

Ello representa, por otra parte, un paso más en el acercamiento de las distintas modalidades del concurso, pues con razón indica Rudolf Schmitt (237), «damit ist im Bereich der Straffrage der Unterschied zwischen echter und unechter Idealkonkurrenz beseitigt».

III

Una vez estudiados en el apartado anterior los supuestos típicos del concurso ideal de delitos que limitan con el concurso de leyes, y habiendo de considerar en el siguiente la misma problemática en relación con el concurso real, vamos a centrarnos en este apartado en considerar determinadas cuestiones que surgen en el terreno de la consecuencia jurídica, es decir, la determinación de la pena.

El artículo 71 CP sólo contiene una referencia al límite máximo, que según su tenor literal estará constituido por el grado máximo de la pena correspondiente al delito más grave, es decir, el que

(232) JESCHECK, *Lehrbuch*, pág. 604.

(233) JESCHECK, *Lehrbuch*, pág. 604; SCHÖNKE-SCHRÖDER-STREE, *Kommentar*, pág. 575.

(234) Véase, por ejemplo, la relación hurto-robo que estudiamos en *Anuario 1978*, pág. 69.

(235) JESCHECK, *Lehrbuch*, pág. 604.

(236) CUELLO, *La conspiración*, págs. 208-211.

(237) R. SCHMITT, *Konkurrenz*, pág. 53.

imponga la pena más severa (238). El precepto parece prescribir que ésa será la pena a imponer «necesariamente» en caso de concurso ideal. Y puesto que el mismo párrafo alude al límite representado por la suma de las penas correspondientes a todas las infracciones cometidas, llega Córdoba Roda a afirmar que el artículo 71 contiene dos penalidades distintas, de las que el juez ha de escoger una de ellas, la que más beneficie al reo (239).

No estamos de acuerdo con este entendimiento del problema. El artículo 71 no pretende fijar dos penas, de las que el juez haya de elegir una. La suma de las penas resultantes de castigar cada delito por separado no es un *límite absoluto* de determinación de la pena, sino *relativo*, un criterio de medición de la misma que el legislador ha estimado oportuno formular (240). Con ello queremos decir que no solamente no es una pena alternativa, sino que además el juez ha de evitar en lo posible acercarse a este límite relativo, pues si no desembocaría en el concurso real de delitos, conducta más grave castigada más severamente por el legislador y que éste no ha querido equiparar evidentemente al concurso ideal (241). Así pues, el artículo 71 sólo marca el límite máximo.

(238) Como en seguida se verá, no es lo mismo ver en este precepto la indicación de una pena que *necesariamente* ha de ser impuesta que un límite hasta el cual el juez *puede* llegar. Aparte de las razones de índole material que abogan por esta interpretación, existe una basada en el propio tenor literal del precepto, que es la siguiente: la única manera de que la pena correspondiente al delito más grave en su grado máximo pueda ser más severa que la suma de las penas correspondientes a cada infracción en particular es entender aquélla en abstracto (si el delito más grave es una tentativa, la pena del delito más grave a que alude el artículo 71, II es la de ese mismo delito consumado), pues si la pena del delito más grave se entiende en concreto (la pena de la tentativa) difícilmente la suma total podrá ser inferior a una de sus partes. La única manera de que se plantee el problema a que alude el artículo 71, II es entender en abstracto (delito consumado) la pena correspondiente al delito más grave cometido. Por esta razón, decíamos en la nota (133) que en este precepto el legislador permitía excepcionalmente al intérprete moverse a todo lo largo de la extensión de la pena, es decir, llegar incluso a la pena correspondiente al delito consumado, pese a hallarse ante un delito meramente intentado. El hecho de que el párrafo III aluda en estos casos a la sanción de cada delito por separado no significa una remisión a la norma del concurso real de delitos. Más bien se refiere a la necesidad de determinar *en concreto* la pena unitaria del concurso ideal, que seguirá siendo la correspondiente al delito más grave y que en este caso nunca podrá llegar al límite máximo de su pena en abstracto (sí, por supuesto, de la pena en concreto). Por esa razón, decíamos en la página 86 que el artículo 71, II, III CP contenía un *límite relativo* de determinación de la pena en el concurso ideal, y nada más. Aunque el legislador español no hubiese estimado oportuno o necesario fijar este límite relativo en la Ley, el juez, por un elemental principio de hermenéutica jurídica y de aplicación racional de la pena, habría estado vinculado al mismo.

(239) CORDOBA RODA, *Comentarios* II, pág. 370.

(240) Véase *supra*, pág. 86.

(241) Como el propio CORDOBA parece reconocer: "Por otro lado, aparte del propósito perseguido por el legislador, obsérvese que no puede

del concurso ideal de delitos, con dos criterios: la pena resultante procederá del marco del delito más severamente castigado (a) que en virtud del artículo 71 podrá aplicarse en su grado máximo (b).

El significado de esta alusión en el artículo 71 al grado máximo es más relativa de lo que parece, como ya hemos puesto alguna vez de relieve. Por eso no se le debe dar más importancia de la que tiene.

Para aclarar lo que queremos decir téngase en cuenta lo siguiente. El StGB no contiene una regla tan precisa como nuestro Código penal. Allí sólo hay una referencia genérica en la que se señala que la pena del concurso ideal se tomará de la del delito más grave, con lo que se diferencia al concurso ideal del real, donde se procede a la formación de una *Gesamtstrafe*. Sin embargo, como Jescheck ha puesto de relieve para el concurso ideal homogéneo (242), el hecho de que en el concurso ideal de delitos la misma norma se ha infringido varias veces mediante la misma acción, determinará una agravación dentro del marco de la pena correspondiente al delito más grave. Para fundamentar su toma de posición se basa en el § 46, II del StGB que enumera una serie de criterios de medición de la pena, entre los que se encuentra «la forma de ejecución y los efectos del acto culpablemente producidos», de aplicación en nuestro caso. De manera parecida puede argumentarse en nuestro Código penal, donde al regular el artículo 61 el juego de las circunstancias atenuantes y agravantes en los casos de penas divididas entres grados señala muy claramente en el apartado 4: «Cuando no concurrieran circunstancias atenuantes ni agravantes, los Tribunales, teniendo en cuenta la *mayor o menor gravedad del hecho y la personalidad del delincuente*, impondrán la pena en el grado que estimen conveniente». Que cualquier supuesto del concurso ideal podría subsumirse en este precepto para elevar al grado máximo la pena correspondiente al delito más grave cometido, si no existiese la norma del artículo 71 que expresamente indica la agravación, no puede ser puesto en duda.

Así pues, en conclusión: no puede hablarse de alternatividad entre la pena correspondiente al grado máximo de la del delito más grave y la resultante de la suma de las infracciones cometidas, pues esta última desembocaría en el concurso real de delitos, lo que el legislador no ha podido querer. Muy por el contrario, con el artículo 71 se tratan de evitar los efectos del concurso real (*Gesamtstrafe*), mediante la formación de una pena única: la pro-

corresponder a la finalidad del precepto el que los supuestos del primer párrafo del artículo 71 puedan quedar sometidos a un trato penal más severo que el concurso real regulado en los artículos 69 y 70" (CÓRDOBA RODA, *Comentarios II*, pág. 370). ¡No sólo con la aplicación de un régimen más severo que el del concurso real, sino ya con la equiparación de ambos concursos se traiciona la finalidad del precepto!

(242) JESCHECK, *Lehrbuch*, pág. 591-592; en el mismo sentido, Th. VOGLER, *Leipziger Kommentar*, 10. Aufl. (Hrg. JESCHECK, RUSS, WILMS), 5. Lieferung (§§ 52-55), Berlin 1978, pág. 61, nota marginal 39 al § 52.

cedente del delito más grave, cuyo máximo no puede ser sobrepasado. El legislador, en el artículo 71, quiere evitar los efectos del concurso real de delitos.

Hasta ahora sólo tenemos el límite máximo: el grado máximo de la pena correspondiente al delito más grave. Nos queda por estudiar el límite mínimo y cómo las sanciones o medidas no contenidas en el delito más grave puedan ser tenidas en cuenta.

El límite inferior del marco de la pena a formar para el concurso ideal de delitos lo constituye la pena que posea el límite inferior más severo, al objeto de que el autor no se vea privilegiado de resultas de haber violado junto con esa norma otras (243). Así pues, se ha de seguir el criterio de la *combinación* y no el de la estricta *absorción* (244), aunque la Ley no lo diga expresamente. Y ello por elementales razones de justicia. Seguir en el Derecho español este criterio que proponemos tiene la ventaja de asegurar una determinación de la pena *en concreto* racional y justa (245).

Por las mismas razones acabadas de exponer, el juez podrá o deberá estimar penas accesorias, consecuencias penales y medidas de seguridad siempre que aparezcan prescritas en alguna de las normas en concurso (246).

Sobre los problemas de medición de la pena y los aspectos procesales del concurso ideal no podemos extendernos, y nos remitimos a lo dicho en otros lugares (247).

IV

Mientras que la unidad de acción caracterizadora del concurso ideal de delitos impedía todo intento de atender a la pluralidad de resultados para estimar la norma del concurso real de delitos, sin embargo, la constatación de la «no identidad» de acción del concurso ideal no significa necesariamente *concurrentia* real. Pues al igual que ocurría en el concurso ideal de delitos, puede hablarse también de un *concurso real inauténtico* en oposición al concurso real auténtico, único que se somete a la norma del concurso real. Sin embargo, hay que poner de relieve que la coincidencia con el concurso ideal inauténtico es sólo en la nomenclatura, y no en el contenido. En el concurso real, por ejemplo, no se puede hablar de especialidad (248). Sí, en cambio, de *consumción* y *subsidiariedad* (249). «Si se prescinde de esta última diferencia, simplemente

(243) JESCHECK, *Lehrbuch*, pág. 592.

(244) Véase *supra*, nota (130).

(245) Sobre la medición de la pena en las distintas modalidades del concurso: H-J BRUNS, *Strafzumessungsrecht*, págs. 462-477.

(246) JESCHECK, *Lehrbuch*, pág. 592; VOGLER, *Leipziger Kommentar*, nota 40 al § 52.

(247) Véase *supra* págs. 79 a 85 y 85 a 87.

(248) R. SCHMITT, *Konkurrenz*, pág. 54.

(249) R. SCHMITT, *Konkurrenz*, págs. 54-55.

terminológica, existe en lo esencial unanimidad sobre el repliegue de las acciones de preparación tipificadas frente al delito consumado, de la participación frente a la autoría, del delito de desposesión y aseguramiento frente al de apoderamiento, del delito de peligro concreto frente al de lesión» (250). Otras formas de la concurrencia real inauténtica que carecen de sus correspondientes en la concurrencia ideal inauténtica son el *delito continuado* y la *unidad natural de acción*. Finalmente, es necesaria una referencia a los supuestos incluidos en la llamada *Klammerwirkung*.

«Si en la pluralidad de acciones (= *Nichtidentität*) no existe unidad natural de acción, ni delito continuado ni subsidiariedad (acto posterior impune por ejemplo), se producirá la punición conforme a los parágrafos 74-78 StGB (concurso real)» (251). Con ello tenemos una fórmula para descartar formas de pluralidad de acciones no sometidas a la norma del concurso real de delitos, pero nada más. Pues, mientras los supuestos llamados por R. Schmitt de «subsidiariedad», y por otros (252) de «consumción», pertenecen al concurso de leyes (pese a la pluralidad de acciones), la unidad de acción y el delito continuado pertenecen al concurso ideal de delitos. Una prueba más de que es el tipo como «unidad de aplicación penal», y no el concepto de acción, la clave de un tratamiento satisfactorio del problema concursal.

Sobre la determinación y medición de la pena en el concurso real de delitos (253) no diremos nada en esta parte sistemática de nuestro trabajo, pues excede de la finalidad perseguida. Si nos hemos ocupado del concurso real ha sido en tanto en cuanto era necesario para el estudio de determinadas figuras del concurso de leyes y del ideal que por su naturaleza pertenecen a aquél, o que presentaban problemas delimitativos importantes.

Comencemos por la *consumción*. Para mí, estos supuestos (estoy pensando en los actos previos y posteriores) son una prueba más de que los conceptos de unidad y pluralidad de acciones no sólo son insuficientes para abarcar el problema del concurso, sino que además pueden llevar a resultados desaconsejados. Según R. Schmitt (254), podrá hablarse de unidad de acción cuando los tipos se correspondan desde el comienzo de la tentativa hasta el agotamiento. No, en cambio, cuando la correspondencia indicada sólo se produce en los actos de preparación, pues de otra manera no sólo se recortaría el ámbito de la pluralidad de acciones en beneficio de la unidad, sino que además la frontera entre una y otra se desdibujaría. La delimitación de la correspondencia señalada equivale al ámbito de la tipicidad del comportamiento (255). Para

(250) R. SCHMITT, *Konkurrenz*, pág. 55.

(251) R. SCHMITT, *Konkurrenz*, pág. 55.

(252) GEERDS, *Konkurrenz*, pág. 208.

(253) Ver *supra*, págs. 85-87.

(254) R. SCHMITT, *Konkurrenz*, pág. 57.

(255) También esta materia, como toda la concursal, está condicionada por el ámbito de los tipos en conflicto.

R. Schmitt (256), un supuesto excepcional sólo puede presentarse en la conducta del partícipe, cuya aportación al hecho delictivo sí puede producirse en un momento anterior al comienzo de la ejecución, a la fase de tentativa. La polémica que podría suscitarse en torno a este punto se rebajaría considerablemente con la superación de la distinción unidad-pluralidad de acciones.

Mayor importancia tienen la *unidad natural de acción* y el *delito continuado*. Por razones obvias, no vamos a estudiar aquí estas figuras (257). Tan sólo queremos recalcar su carácter de *pluralidad de acciones* sometidas excepcionalmente al régimen del *concurso ideal de delitos*. Común, pues, a ambas figuras es el deseo de los tribunales de justicia de eludir el severo régimen penal del concurso real (258).

«Para la "unidad natural de acción" sólo quedan los casos en que una pluralidad de acciones, sin formar un tipo unitario, sin embargo están muy estrechamente unidas, de una parte mediante una conexión temporal y espacial, de otra mediante una decisión y finalidad única del autor» (259). La única explicación para que R. Schmitt celebre esta figura y rechace la anterior sólo puede residir en que en este caso se parte de la pluralidad de acciones, cuyos efectos (el concurso real) se quieren evitar; mientras que en aquélla se quería ver de entrada una unidad de acción. Por lo demás, no existe diferencia alguna entre ambas (por lo que se refiere a los efectos de la pena).

Una característica del delito continuado es la ausencia de unidad natural de acción. En el delito continuado, cada acción representa la realización del tipo penal en cuestión (260). Mientras que en los casos anteriores la excepción al concurso real era relativamente tolerable, en el delito continuado resulta plenamente inaceptable. Incluso la exigencia de un único dolo, común a todos los actos que lo componen, sería una razón para agravar la pena, y no para atenuarla como se ha querido ver en el delito continuado (261).

Finalmente, los supuestos en que un tercer tipo realiza una función de *Klammerwirkung*, o conexión, entre dos tipos que sólo tienen en común su parcial coincidencia con aquél. En principio, en aplicación del artículo 71, el delito más grave servirá de referencia para determinar la pena correspondiente a la totalidad, por cuya razón habrá que acudir al tipo B para determinar la pena

(256) El cómplice entrega al autor el instrumento con que éste va a cometer el delito antes del comienzo de la ejecución y con posterioridad al mismo le auxilia en la propia ejecución.

(257) Véase por todos, SAMSON, *Systematischer Kommentar I*, páginas 366-368 y 369-374.

(258) Ver *supra*, nota (189).

(259) R. SCHMITT, *Konkurrenz*, pág. 58.

(260) R. SCHMITT, *Konkurrenz*, pág. 59.

(261) En este sentido, R. SCHMITT, *Konkurrenz*, pág. 61.

cuando éste sea el más grave. Qué relación haya de existir entre A y C no se cuestiona por el artículo 71. Distinto, cuando A o C es el delito más grave. Entonces puede procederse a una combinación *escalonada*, primero de B con C, en la que B, por ser el delito más grave adopte el papel dominante, y después de A con B, que ya contiene un marco combinado. Por esta razón, se habla en este caso de una aplicación analógica de la norma del concurso ideal, y por tanto de una nueva excepción al concurso real de delitos. En último lugar, el supuesto de que el delito medio sea el menos gravemente sancionado. En este caso no habrá problema en estimar concurso real entre A y C. Sí en cambio con B, ya que este delito no puede ser castigado ni a medias ni doblemente. La única salida de este dilema es la de conceder el papel rector a A, por ser la infracción más grave. Entonces estaremos ante un concurso real de los delitos A y C, de los cuales A, a su vez, será el producto del concurso ideal entre A y B (262).

(262) STRUENSEE, *Konkurrenz bei Unterlassungsdelikten*, págs. 26-29, estudia, en un apartado dedicado a determinados supuestos en los que aparentemente se rompe la exigencia inherente al concurso ideal de la identidad de acción ("Angebliche Ausnahmen von § 73 StGB"), los distintos casos de la llamada *Klammerwirkung*. En todos los supuestos de *Klammerwirkung*, estamos ante dos tipos realizados independientemente entre sí que sólo tienen en común la identidad parcial de acción con un tercero, que actúa de puente entre aquéllos. Como subraya STRUENSEE, si en estos casos quiere verse una pluralidad de acciones, y por tanto una ruptura de la identidad de acción consustancial al concurso ideal (como propugna un amplio sector de la doctrina), querrá ello decir que el criterio de la unidad de acción base del concurso ideal de delitos no sería válido; o que al menos habría que acudir a un criterio complementario del anterior que permitiese distinguir a esta constelación de casos de las demás del concurso ideal. Por estas razones, vale la pena un estudio más profundo de esta categoría, y no rechazarla por principio. La tesis de STRUENSEE es la siguiente: No se trata de concluir que en los casos de *Klammerwirkung* en que el delito medio esté sancionado con una pena menos severa que los otros dos *excepcionalmente* se rompe la unidad de acción (y por tanto concurso real) en base al criterio de justicia material de que el autor resulte beneficiado porque junto con dos delitos haya cometido un tercero menos grave, como de que el delito menos grave nunca puede desempeñar el papel rector en el concurso ideal de delitos, lo que no se correspondería ni con la letra ni con el espíritu del precepto sancionador del concurso ideal (lo mismo en nuestro Derecho). Por eso, habrá que revisar si en estos casos se dan los presupuestos de la *combinación*, inherente al concurso ideal. El precepto sancionador del concurso ideal no obliga a una equiparación de todos los preceptos infringidos en la tarea de proceder a la combinación de las sanciones. El párrafo segundo del artículo 71 del Código penal español sólo alude al papel rector del delito más grave, del que hay que partir y en cuya penalidad se articulan las de las restantes infracciones. La identidad exigida habrá de ser, pues, con el delito más grave. Si el delito más grave, en nuestro caso, es el delito medio (B) no habrá problema en proceder a la combinación de la pena a él correspondiente con las de los delitos extremos (A y C), cuya relación mutua no juega papel alguno. Si es A el que establece la penalidad más grave, la pena de éste servirá para formar un "marco" con la de B en virtud de la identidad existente, en la que C no puede

entrar "inmediatamente" dada la falta de identidad con A. Una combinación "mediata" sólo será posible si C aparece castigado con una pena menos grave que B; y entonces B y C formarán una combinación que es absorbida por la que forman A y B. Si se rechaza esta solución, ello no significará una excepción a la regla expresada en la norma reguladora del concurso ideal, pues esta solución se basa en una aplicación analógica de aquel precepto, y no en su voluntad expresa. Finalmente, en el caso de que el delito medio sea el menos grave de los tres propone STRUENSEE conceder el papel rector al delito más grave, que entrará en concurso ideal con el menos grave (delito medio) y en concurso real con el otro, si bien este caso (según STRUENSEE) no aparece resuelto por el legislador, por lo que no puede hablarse de una nueva excepción a la regulación legal.

VIII Congreso Internacional de Criminología

El tratamiento de delincuentes en el mundo visto a través del VIII Congreso Internacional de Criminología

LOLITA ANIYAR DE C.

Directora Científica de la Sección Tratamiento

La Sección contó con una asidua y muy numerosa concurrencia y dedicó treinta y tres horas a discutir los doce trabajos que se asignaron oficialmente, así como a escuchar la perspectiva comparada y las opiniones de los investigadores presentes sobre las materias abiertas a la discusión.

Se había señalado como tema central del Congreso, que fue definido como un Congreso de investigación, el movimiento de las ideas, de los hechos y de la reacción social, relativo a cada uno de los contenidos de las Secciones en las que el mismo se dividió. Nuestra opinión a este respecto imposibilita que nuestro informe sobre la Sección Tratamiento de Delincuentes, se ciña a enfocar en forma parcelada la totalidad sociopolítica de la fenomenología del Tratamiento; ya que ideas, hechos y reacción social, son para nosotros una unidad coherente, aunque dialéctica, cuyas articulaciones no es posible desmembrar. Los hechos, o realidad socioeconómica y política, determinan —a la vez que son determinados por ellos— las diferentes filosofías directivas de la praxis epistemológica.

1. Nuestra primera impresión general fue la de estar asistiendo a una larga —y tal vez por mucho tiempo interminable— agonía de la criminología centrada con exclusividad sobre el paso al acto. Así como a la de una ideología del control social que no ha podido dar respuesta a los problemas que se autoproponen, en razón de la limitación de sus recursos conceptuales.

2. Al mismo tiempo, tuvimos la satisfacción, si no la sorpresa, de presenciar la apertura de una brecha, a través de la cual una metodología interpretativa diferente está abriéndose paso en los congresos de la Sociedad Internacional de Criminología, la cual ha ido asumiendo siempre tardíamente los brotes renovadores de

nuestra ciencia. En efecto, la explicación de los movimientos de reforma (Beristain, España) y contrarreforma (Baratta, Italia) en materia correccional y punitiva, se ha liberado de las teorías de alcance medio para arribar a una macroperspectiva que recurre a la totalidad del sistema socioeconómico y político. Así, Beristain, con un fino análisis que denominó «metodología tercermundista», y Baratta, en su estudio referido a países con capitalismo avanzado, explican, con el mismo enfoque sociohistórico, tanto el entusiasmo innovador de los movimientos de reforma correccional en España, nacidos de la incipiente y contradictoria democracia española, como la involución hacia el modelo punitivo en ciertos países como Italia y Alemania. Beristain parte afirmando las diferencias de las instituciones en el derecho consuetudinario del país vasco y las del resto del Estado español, y, sin embargo, aprecia que los enfoques para entender la criminalidad y sus respuestas, que se dan en Latinoamérica y el Tercer Mundo, son más apropiados para su aplicación en el contexto hispánico, que la de los países más desarrollados, y por eso denomina a la suya, metodología tercermundista. Su enfoque es totalizador. Así, dice: «estudiar sólo tal o cual problema particular del tratamiento juvenil corre el peligro de ser el árbol que tapa al bosque...» ...«la problemática criminológica en este país exige urgentemente que los intelectuales consideren la totalidad del sistema más que un sector reducido». Divide la experiencia del tratamiento a los jóvenes infractores, en dos períodos que marcan dos grandes momentos sociopolíticos en España: de 1936 a 1975, y de 1975 hasta la fecha. El primer período, que cubre el régimen franquista, tiene como principales características: 1) el *nacional catolicismo* (o su propaganda maniquea político-religiosa), por lo que las infracciones se castigan con dureza por atacar lo que ellos denominan Patria y Dios. Los Tribunales de Menores estaban en manos de personas pertenecientes a familias que se destacaban por su praxis y su ideología respecto a la política y la religión. Las instituciones de tratamiento estaban controladas por órdenes religiosas. 2) El *clasismo-capitalista*, que aplicaba una justicia diferencial al punto de que para 1975, más de la mitad de los jóvenes ingresados por infracciones lo eran por delitos contra la propiedad, y en un 99 por 100 miembros de la clase marginal. 3) La *suparestima de lo vocacional antes que de lo profesional*, por lo que los organismos encargados del control social no tenían una formación adecuada. 4) El *triunfalismo acrítico*, que pregonaba arrogantemente éxitos en la lucha contra la delincuencia juvenil, sin que la censura oficialista permitiera críticas al respecto. 5) El *internamiento masivo* con prevalencia sobre la libertad vigilada. 6) El *centralismo y la severidad excesivos*, hasta el punto de que muchos internados femeninos eran de clausura papal; que el juez podía internar sin plazo limitado a un joven que fuera infractor entre los dieciséis y dieciocho años, y que había

una excesiva militarización de los Tribunales de Menores y de la Justicia española en general.

A partir, sin embargo, del 20 de noviembre del 75, surgen movimientos en pro de nuevos programas de tratamiento (destaca en este punto el elemento significativo de que el 80 por 100 de los delincuentes adultos proviene de niños que recibieron un tratamiento de protección o de reforma por parte de los antiguos Tribunales Tutelares de Menores); irrumpe la participación comunitaria, se intenta una mayor profesionalización y una mayor independencia en los Tribunales Tutelares de Menores y se insiste, más que en el internamiento, en el tratamiento en libertad. Los medios de comunicación se empeñan en sensibilizar a la colectividad, se diseña un proyecto de nuevo Estatuto de Menores y se observa una notable reducción en el número de internados de Guipúzcoa.

También con un enfoque sociopolítico, Baratta analiza la prisión como una función del sistema sociohistórico, única manera de entender sus doscientos años de vida «y el papel efectivamente cumplido por esa institución en el ámbito de la sociedad», tomando en cuenta el tipo concreto de sociedad en la cual la cárcel ha surgido y se ha desarrollado como institución penal». Así, dice, el suyo es un planteamiento «realista-funcionalista», opuesto al dominante que ha sido defendido especialmente por los juristas, al cual denomina «ideológico e idealista». Su planteamiento es concreto, se refiere al ser. El de los juristas es abstracto, se refiere al deber ser, según el cual «la cárcel es un conjunto de normas, ideas o fines, enunciado con referencia a un concepto general y abstracto de la sociedad». Así, para los juristas, la pena tiene un carácter plurifuncional (represivo o intimidatorio). En cambio, el planteamiento histórico social que Baratta intenta hacer, busca la función real de la cárcel en un sistema social concreto. Acepta como decisiva la afirmación de Rusche y Kirkheimer, según la cual «en la sociedad capitalista, el sistema carcelario depende sobre todo del desarrollo del mercado de trabajo: la población carcelaria y el uso de la mano de obra dependen del aumento o la disminución de la fuerza de trabajo disponible en el mercado de trabajo y del empleo que de la misma se haga». Según informa Baratta, la correlación entre mercado de trabajo y población carcelaria se encuentra convalidada por un análisis hecho por Jancovic en 1977 sobre la evolución de la sociedad americana del 26 al 74. Sin embargo, este aspecto asegurado por Rusche y Kirkheimer, ha sido considerado unilateral por Melossi (1978), porque no toma en cuenta «el elemento disciplina que es esencial para comprender la función de la cárcel en su fase inicial, que coincide con el comienzo de la sociedad capitalista». «... Habiendo consistido esa función en la transformación de masas enteras de campesinos, que habiendo sido expulsados del campo, debían ser adaptados a la dura disciplina de la fábrica». Baratta afirma que, en todo caso, es cierta la función que la cárcel ha cumplido tanto en la

producción y control del proletariado, como en su misión de construir un universo disciplinario necesario para la moderna sociedad industrial, como se asienta en la obra clave de Foucault. Esa función, disciplinaria al adaptarse a modalidades y posibilidades nuevas en la moderna sociedad industrial, tiene a ser realizada por otras instituciones, y a colaborar con la real posibilidad de abolición de la cárcel. Por ello, Baratta asegura que la cárcel ha dejado de tener cualquier función real que haya tenido en sus orígenes, incluida la disciplinaria y la de reeducación, quedando reducida a pura ideología. Esto se manifiesta, dice, en los países de capitalismo avanzado, en una disminución de la población carcelaria, en un aumento de las formas de control diversas a la reclusión, como son la probation y la libertad condicional, y en un aumento de la población carcelaria que está en espera de juicio, en relación con la población que ha sido sentenciada.

Esta función real de la cárcel explica además los movimientos de contrarreforma que en algunos países como Italia y Alemania «han bloqueado los aspectos positivos en los cuales la ideología de la reforma parecía obtener un triunfo». En la actualidad, reformas legislativas en Alemania e Italia sufren un fenómeno de involución, sin ni siquiera recurrir a la «cobertura ideológica»; es decir, sin acudir a los mitos jurídicos que legitimaban el sistema punitivo. Ello se debe claramente a la escalada del movimiento terrorista en estos países, hasta el punto de que el terrorista llega allí, en la actualidad, a representar el verdadero estereotipo del criminal. Y en base a esto, se abandonan los principios liberales que proponían las garantías del Derecho y el proceso penal, el principio de legalidad, y el fin reeducativo de la pena, para desembocar en «un mero custodialismo, en la cárcel de máxima seguridad, en el sistema penal como un instrumento de intimidación y el régimen policíaco». Se desempolvan viejas leyes fascistas en Italia, se regresa a la censura de la correspondencia, a la limitación de los permisos y a la militarización de las prisiones. Por otra parte, la reforma penitenciaria se detiene ante las exigencias del sistema capitalista de una mayor disciplina y de represión para contener la tensión proveniente de la masa marginalizada por las grandes deficiencias del sistema. Una interrogante hipotética sobre el futuro del control social culmina el magnífico trabajo de Baratta: las sociedades avanzan hacia democracias autoritarias en las cuales la separación de las que él llama «población garantizada» y la cada vez más amplia zona de marginación y de la exclusión, hace que la desviación se convierta en el status normal de los «no garantizados», «para disciplinar a los cuales —dice— bastarán grandes ghettos controlados por computadoras (mientras que la disciplina del trabajo y del consumo satisfarán la necesidad de seguridad en la población garantizada...)» «La nueva cárcel toma el aspecto de una fortaleza, y quiere dejar de ser un instrumento de reeducación y de reinserción

para convertirse en un instrumento puro de «modulación del terror», de aniquilación del rebelde, y de esa forma, en la respuesta política y militar a todo el que pretenda hoy en día poner en duda con la violencia de los hechos (y mañana quizá solamente con la violencia de las ideas) la disciplina y la base de legitimación del nuevo pacto social».

Una conclusión semejante parece desprenderse del laborioso trabajo de Edith Flynn sobre la evaluación del tratamiento en reclusión, en el que no obstante hacer uso de una metodología funcionalista, señala la relación que existe entre la radicalización de la protesta política de los años 60 en los Estados Unidos en favor de los derechos humanos y de la demanda de cesar en la intervención americana en la guerra de Vietnam, así como de la reacción organizada de las minorías, y el regreso a una mayor represividad que contó con la aquiescencia del público. Las organizaciones políticas que en 1969 existían dentro de la prisión, estaban vinculadas a las del exterior. A esto se agregan las prácticas discriminatorias de la administración de justicia en contra de las minorías étnicas. Los motines de Folsom, Attica y Mac Alesiter en los primeros tres años de la década de los 70, produjeron como consecuencia una acción represiva y un estrechamiento de controles por parte de la Administración. Textualmente dice Edith Flinn: «La prisión americana está hoy en una crisis incontestable», a esto se agrega el surgimiento de una filosofía de «línea dura» que niega todo efecto positivo al tratamiento, y que está basada sobre investigaciones evaluativas que demuestran cómo todos los métodos utilizados dejan intacto un alto índice de reincidencia (Martinson dice: «nada sirve»). Esta posición ha sido asumida no sólo por conservadores (James Wilson y Ernest van den Haag) que consideran menos complicado volver al viejo estilo del castigo en vez de los complicados modelos de tratamiento, lo que es sin duda, como la misma Flynn dice: «políticamente atractivo»; sino también por liberales, como Norval Morris (1974), David Fogel (1975), Martinson (1974) y Von Hirsch (1976), quienes consideran que el sistema punitivo es en sí intrínsecamente justo y benéfico. Para esta corriente, es necesario: «regresar al poder de las competencias legales y judiciales en el área del *sentencing*. Acabar con el tratamiento coercitivo dentro o fuera de la prisión. Insistencia en la certidumbre y la apertura en el manejo de los delincuentes. Énfasis en el acto criminal y no en el delincuente. Sentencias fijas, simples, mínimas. Estricta adherencia a las reglas procedimentales, y la abolición de la *parole*». «La realidad es que la atmósfera de la prisión en Estados Unidos, como en casi cualquier otro lugar, se hace cada vez más amenazadora y destructiva». Allí, Flinn señala un aumento récord del número de reclusos. Hay un incremento de la violencia entre reclusos y entre guardias y reclusos. «El concepto de tratamiento, si alguna vez existió, ha sido ampliamente abandonado». En muchos estados ya

no hay adherencia a los programas de liberación anticipada por méritos, ni a los de la probation. Se ha regresado, finalmente, al antiguo modelo clásico de la retribución, al rechazo del modelo médico y a la aceptación del jurídico. Landreville, por su parte, en un óptimo trabajo sobre las teorías abolicionistas y reformistas de la prisión, es enfático en asegurar la relación que hay entre el grado de desarrollo económico, social y político y las dos funciones de la prisión, que serían, alternativamente, la ideología y la represión, una de las cuales prevalecería sobre la otra según las circunstancias. En algunos países, dice, su función será la de «producir delincuentes», aislar y subrayar una forma particular de ilegalismo (cita a Foucault), permitiendo «dejar en la sombra a aquellos a los que se quiere o se debe tolerar». En otras, la prisión servirá para encerrar a los marginales o a grupos socio-económicamente débiles, grupos étnicos o raciales, disidentes u opositores políticos. Entre la opción reformista y la abolicionista, hace profesión de fe realista cuando observa la función real de la prisión en ciertas sociedades. Cita a Ohlin, quien se pregunta «si la rehabilitación no desvía la atención... de la brutalidad y de los tratamientos inadmisibles». Además, la empresa de la rehabilitación no se ha dirigido nunca sino a una minoría de las personas encarceladas, ya que como afirma Landreville, hay una gran cantidad de reclusos que esperan sentencia, cantidad que, en promedio, en América Latina es del 50 por 100. Por otra parte, la posición reformista no toma en cuenta el funcionamiento de la «administración de injusticia» (Landreville cita a Clifford, 1977) que selecciona, estigmatiza y golpea especialmente a los «sin poder», que están precisamente sobrerrepresentados en la población carcelaria. Y no sólo a los sin poder económico, también los sin poder social (Reasons y Kaplan informan que en California, en 1970, para las personas entre veinte y veinticuatro años, un negro de cada ocho estaba en prisión o en liberación condicional, mientras que sólo lo estaba un blanco de cada 30. Sobre las probabilidades de encarcelación según la clase social, cita el revelador estudio hecho por Hulsman en los Países Bajos (un recluso por cada 5, para la clase baja; un recluso por cada 18 para la media, y uno por 70 para la alta, la cual correspondía al 15 por 100 de la población).

Esta metodología, que asocia la prisión a su función real en un momento dado y en una sociedad dada, podría igualmente ser útil para entender la creciente apertura hacia la liberalización de las cárceles y hacia el tratamiento en libertad que se produce en países con un sistema social más estabilizado, para ser más precisos, menos abiertamente contradictorio. Sobre esta apertura en los países nórdicos informan Marnell (de Suecia) y Brydensholt (Dinamarca). En los países socialistas, donde evidentemente las contradicciones están más controladas, hay también una tendencia importante hacia el ideal rehabilitativo. Así lo informan Georgesco Sever (de Rumania), Stroutchkov (de la Unión Soviética) y

Oldrich Suchy (de Checoslovaquia). Suchy presenta una exposición de cómo la comunidad toma parte importante en el tratamiento, a través de organizaciones sociales como los sindicatos y las agrupaciones juveniles, que a menudo se ofrecen como garantes de la rehabilitación, garantía que es aceptada en un altísimo porcentaje de casos. Sin embargo, para la legislación checoslovaca, la función represiva, aunque subsidiaria, coexiste con la de la reeducación y la reinserción.

Aplicable es también esta vía interpretativa para entender las sociedades tradicionales africanas, en las que la prisión no existe, según informó Bogui Etté (Cote d'Ivoire), evidentemente porque hay mejores controles sociales. La interpretación de la situación sociopolítica en algunos países latinoamericanos como Méjico y Costa Rica y la tendencia que en ellos hay hacia el incremento de las medidas liberalizadoras, escapa a las posibilidades de este informe. Gómez Brillo piensa, por su parte, que la tendencia general en el mundo es más hacia la evolución que hacia la regresión. Nuestra opinión es que un estudio serio queda por hacerse para comprender la función real de la prisión en cada uno de los países latinoamericanos y de los otros países del mundo, el cual no puede emprenderse sin tomar también en cuenta el grado de desarrollo científico y político, que puede determinar el estado de los sistemas de tratamiento y represión, en apariencia contradictorios con la realidad concreta de cada uno de esos países. Queda, por tanto, aún para explicar los avances en el correccionalismo en ciertos países, la afirmación ya citada de Landreville, según la cual las discusiones sobre el reformismo tratarían de ocultar la realidad de un sistema de marginación profundo en un campo de lucha de clases sociales enfrentadas.

3.—Una tercera impresión del contenido de la Sección Tratamiento es que los modelos de intervención, sean el modelo de tratamiento médico, o el sociológico, o el pedagógico (Hobe) (o, como los cataloga Lievans, el modelo terapéutico o el justicial), evidencian todos una crisis profunda que obedece a causas específicas según los diferentes contextos socioculturales: una cierta frustración —tanto por parte de los teóricos como por parte de los practicantes de la terapéutica, parece ser una constante, con extrañas excepciones. Boni (Costa de Marfil) manifiesta su decepción por los resultados descorazonadores que se presentan al Congreso y el muy poco progresivo que los países del mundo entero han hecho en todos estos años.

Ciertamente, los índices de reincidencia no son los mismos en todas partes, y algunos son más optimistas que otros. Pero no es seguro que ello se deba al tipo o a las deficiencias del tratamiento utilizado, o a las características individuales del intervenido. Más probablemente se debe al hecho de que la intervención se centra sólo sobre el individuo y su medio inmediato, mientras

que la sociedad, con toda su maquinaria de definiciones, señalamientos y determinaciones, permanece intacta (Serrano Gómez, España).

El 20 ó 30 por 100 de reincidencia que según Bertrand (Francia) se produce siempre, aun en las mejores condiciones de tratamiento, pareciera querer ser exorcizado por algunos con las palabras mágicas de la personalidad criminal u otras de contenido equivalente. Hacer referencia a esto, nos parece, es olvidar todo el problema de la construcción social de la realidad y por lo tanto de la desviación, así como la asignación de significados; la justicia y la legislación diferenciales, y el muy complejo tejido de la totalidad del sistema.

Las investigaciones evaluativas sobre el tratamiento podrían dar un poco de luz sobre los resultados. Para ello se ha insistido en utilizar métodos que tiendan a dar confiabilidad a dicha evaluación. En este sentido, Helman Kury, de Alemania, presenta una investigación sobre los efectos del tratamiento a jóvenes delincuentes, en la que los criterios para evaluar el éxito o el fracaso de la intervención fueron los resultados de tests psicológicos aplicados antes y después del tratamiento, y no el criterio tradicional de la reincidencia registrada, con las fallas propias de los sistemas administrativos que la constatan. Además, ¿qué es reincidencia, a los efectos del tratamiento? ¿La comisión de un nuevo delito cualquiera que sea su contenido, situación o motivaciones? Lievans Bélgica) insiste en que usar el criterio de la reincidencia no tiene sentido porque es exterior a la realidad de la intimidad del delincuente.

Ulla Bondeson, por su lado, al exponer las conclusiones de una sofisticada investigación sociolegal realizada por ella misma sobre el régimen de prueba en Suecia, pone también de manifiesto la crisis del tratamiento al encontrar que la reincidencia aumenta en la medida en que el grado de institucionalización previo al tratamiento es mayor, mientras que es prácticamente nula en los casos de sentencia suspendida. La consecuencia de todo esto se resume en su alegato final, coincidente con Wilkins, de que cuanto menos se trate, mejores resultados se tendrán, terminando con una invocación a la ideología del Welfare como única posibilidad de efectos benéficos sobre la delincuencia.

4. Una cuarta constatación es que la institucionalización, como marco del tratamiento, ha sido unánimemente rechazada, tanto por los terapeutas como por los teóricos (Schuler, Holanda).

La institucionalización ha sido prácticamente rechazada por todos, no sólo para el tratamiento sino también para la represión. Los efectos de la prisonización fueron puestos de relieve dramáticamente por Plyn y Bondeson, así como por un trabajo de Kosewski sobre el síndrome carceral. Para algunos, como Corves (Alemania),

sin embargo, la institución es mala o buena según el grado de autonomía vital y personal que proporcione al recluso.

En todo caso, tanto para los reformistas —que ven el aniquilamiento de la prisión como una utopía— como para los más radicales abolicionistas, la mejora de la prisión —mientras se espera el desplome total de la misma como única posibilidad de emprender cualquier tipo de reformas—, es un objetivo que hay que perseguir, porque es la única manera de evitar que se dañe aún más a una clase social ya bastante agredida por las definiciones legales al servicio de la clase hegemónica y por la distribución desigual de la Justicia. Por tanto, lo urgente, y lo importante, es alejar a esa clase lo más posible del monstruo demoleedor de la prisión, lo que es a la vez que un criterio humanitario y de política criminal (un ex recluso que participó en el debate hablaba con razón del odio criminógeno que en ella se genera)— una forma de proporcionar defensa a los marginados contra la omnipotencia del poder. Por eso se defienden, en todo caso, las garantías y los derechos humanos. Y por eso, un sinceramiento de los objetivos de la reclusión, a través de la aceptación oficial de que ella no es más que un instrumento de represión, no apareció a los congresistas una opción que, en ningún momento mereciera ser estimulada.

5. Otra constatación es que, para los optimistas, el fracaso del tratamiento es atribuido a causas no dependientes del modelo en sí, sino por ejemplo, a la carencia de recursos humanos y financieros (Plynn). En su mayoría, especialmente por parte de los terapeutas, las mayores quejas son contra la falta de coherencia entre los fines legislativamente atribuidos al tratamiento, dentro o fuera de la prisión, y la práctica ejercida por los cuadros medios que administran el tratamiento (directores de cárceles, guardias de prisión, agentes de prueba). Ello se desprende del trabajo de Mirjana Tomic-Malic sobre la evaluación de la **probation**, en el cual encuentra que los agentes de prueba sienten el contenido de la misma como ambiguo (control y ayuda a la vez) y que no saben de qué lado deben ponerse; el escaso grado de credibilidad que tiene para ellos su propia tarea, que no todos tienen el nivel de competencia profesional para la educación, y que los motivos para escoger esa profesión no son los más idóneos. Ello sin contar con los obstáculos provenientes del medio social en que se desenvuelve la actividad y las condiciones personales del sujeto intervenido.

En este mismo sentido se orientan las conclusiones de Ulla Bondeson sobre esta asistencia en libertad, y la opinión expresada por Marnell. En cierta forma, Giacomo Canepa, al incluir en el concepto de tratamiento todo lo que se hace a nivel de interacción humana, desde que se ingresa hasta que se sale de los mecanismos de control social, imputa a todas las personas que entran en interacción con el intervenido una responsabilidad en el éxito o fracaso del tratamiento. María Cristina Pérez Díaz, al hacer notar ese factor, insiste

en la necesidad de formar personal calificado, preferiblemente reclutado entre estudiantes.

Pero no todo es pesimismo: se muestran satisfechos Mathé (Francia) de su experiencia psiquiátrica en prisión; Lievans, Roux (Sudáfrica), Hobe (Alemania), Brydensholt, respectivamente, hacen mención de ciertos progresos obtenidos y se satisfacen con ellos. Los más satisfechos son aquellos que experimentaron con la asistencia posterior a la liberación (Bouzoí de Tarzano, y Jorge Kent), de Argentina, Sergio García Ramírez (Méjico), y María Cristina Pérez Díaz (Venezuela). También es optimista quien ha hecho tratamiento de semi libertad (Plawski, de Francia). La institucionalización, pues, parece ser el mayor enemigo del éxito de la reinserción.

En todo caso, hay prácticamente unanimidad en que la obligatoriedad del tratamiento debe ser rechazada (Gouffioul, Plyn, Bondeson, Mathé). Estos, porque la coacción del tratamiento impediría su eficacia, o por la insinceridad del vínculo terapeuta-cliente; otros (Muñoz Conde, España), apelando al derecho que todos tienen a no integrarse a los valores del sistema, al derecho a ser diferentes.

6. Una de las inquietudes que parecía privar en el ambiente, especialmente formado por terapeutas, es que los conceptos de tratamiento, de reinserción, de rehabilitación y de corrección, no aparecen unánime o claramente definidos. Inclusive un problema de sociología del lenguaje, a este respecto, apareció relevado por Beristain. Algunos intentaron una definición de tratamiento: Plawski dice que es transformar una personalidad asocial o antisocial en socialmente adaptada. Para Gouffioul (Bélgica) tratamiento comporta una connotación normativa, consistiendo la norma en hacer compatibles los intereses vitales y materiales del individuo y de la sociedad. Schuler lo considera una manera de restaurar los vínculos materiales y personales del detenido. Según Mathé, que presentó los resultados de una larga práctica terapéutica en una prisión francesa, su interés se orientó a proporcionar la maduración del Yo. la eliminación de la angustia y a ofrecer al recluso el reencuentro con su autonomía, más que a reinsertarlo en los valores sociales. Aunque esta posición percibe la desviación como un problema esencialmente psicosiquiátrico, es interesante porque, al menos aparentemente, no participa del rol de ingeniería social que se asigna a quienes administran el tratamiento.

Una opinión con apoyo (Landreville, Bridensholt) insiste en tratar al Sistema de Justicia Penal antes que al individuo. Canepa por su parte, alega en favor del enfoque clínico al que atribuye la benéfica variedad de su contenido interdisciplinario.

7. Como se ve, y esta sería la apreciación final y conclusiva de la Sección, la brecha abierta tanto entre la criminología académica y la práctica, como entre la criminología crítica y la establecida, conduce a un aislamiento conceptual recíproco.

El problema es, sin duda, esencialmente epistemológico. Unos cuestionan la base de las definiciones legales y desenmascaran las funciones ocultas de las instituciones del modelo médico-humanístico. Otros empiezan a caminar a partir de la señal oficialmente dada.

Como la criminología no es una ciencia inocente o inocua, no habrá acuerdo entre las partes. Cada uno habla para su propio auditorio, ninguno responde a los demás. El vocabulario es distinto, la percepción social también. Nosotros intentamos, al seleccionar las personas que expondrían sus criterios, armar un diálogo productivo para ambos. Estaba claro, desde el principio, sin embargo, que el mismo sería, como en efecto fue, el ya sólito y viejo diálogo de sordos que ha caracterizado nuestra disciplina en los últimos años.

La intervención médica contra la voluntad del paciente

(A propósito del Auto de la Sala Segunda del Tribunal
Supremo de 14 de marzo de 1979)

MIGUEL BAJO FERNANDEZ

Profesor Agregado de Derecho penal en la Universidad Autónoma

I.—HECHOS

La Sala Segunda del Tribunal Supremo acuerda por Auto de 14 marzo 1979, no haber lugar a la admisión de la querrela formulada por Josefa B. M., promoviendo el antejuicio necesario para exigir responsabilidad a un Magistrado-Juez de Instrucción por delito contra la libertad humana en general y específicamente contra el ejercicio del derecho a la libertad religiosa.

Los hechos relatados en la querrela y recogidos en el primer resultado del Auto son, en resumen, los siguientes: Josefa B. M. "era miembro de la Asociación de los Testigos de Jehová, y entre sus convicciones religiosas profesaba, como era universalmente conocido que lo hacían todos los miembros de esta Asociación, la de "abstenerse de la sangre", incluyendo en tal abstención la recepción de sangre por vía de transfusión, por razones fundamentalmente bíblicas y de conciencia, pero también apoyadas por sólidas razones médico-científicas, morales y jurídicas. Con fecha 29 enero 1978... ingresó en la Residencia Sanitaria '20 de noviembre' de la Seguridad Social, a las catorce treinta horas, y tras las radiografías y análisis previos se acordó su internamiento para observación a las veinte treinta horas del mismo día... (A) las dos cuarenta y cinco del día 31 se procedió a operarla con conocimiento y aceptación, por parte de los diversos componentes del equipo quirúrgico, de su negativa a la aceptación de transfusiones de sangre. En las horas siguientes a la operación el estado (de la intervenida) pareció, a todos los que la visitaron, muy satisfactorio. (...) El médico entrante encargado de la vigilancia del curso pos-operatorio solicitó del marido de aquélla una declaración exoneradora de responsabilidad a su favor, por las consecuencias negativas que por la falta de transfusión sanguínea pudieran

derivar... (Tanto la enferma) como su marido... firmaron de buena gana tal declaración. A las veintidós horas del mismo día el marido recibía una llamada que le citaba con urgencia a ponerse en contacto con el directo..., quien le comunicó la necesidad de realizar en la persona de su esposa una transfusión de sangre, a lo que el marido de la misma, en defensa del deseo y derecho de su esposa, objetó. Como a la medianoche del mismo día se presentaron en el hospital cuatro miembros de la Policía Armada y tres inspectores al mando del inspector jefe del servicio de noche, que dijo al marido que habían venido con órdenes del Juzgado de Guardia para que ni él ni nadie pusiera impedimento a la práctica de la transfusión. Consultada (la enferma) y conocida de nuevo su rotunda negativa el citado inspector jefe recabó de sus superiores instrucciones para proceder, en respuesta de lo que le leyeron el telegrama del Juzgado de Guardia, que dado a conocer a la querellante y su esposo decía textualmente que «si el equipo médico considera necesaria la transfusión que actúe de inmediato y si alguien opone resistencia que pase a comisaría». A las dos treinta la policía dijo que bajasen a la planta de abajo y, una vez en ella (la enferma) sola, entró el policía y ella le dijo ¿“cree que estoy en mis facultades plenas”?», contestando el policía que «sí, pero se ponga como se ponga le van a poner la sangre, porque es una orden del Juez», y ella contestó «que venga el Juez», diciéndole aquél «ahora no puede venir». Y la transfusión de sangre se realizó”.

II.—EL PROBLEMA

La querellante estimaba que los hechos relatados constituían un delito contra la libertad religiosa del artículo 205 del Código penal. El Tribunal Supremo acuerda la inadmisión de la querrela por la razón fundamental de concurrir la eximente de estado de necesidad del número 7, artículo 8, lo que hace lícito el comportamiento del Magistrado-Juez. Esta conclusión viene corroborada —según se argumenta en el Auto del Tribunal Supremo— por el hecho de que una hipotética inhibición del Magistrado-Juez o del médico hubiera podido dar lugar a una responsabilidad criminal por auxilio omisivo al suicidio, incumplimiento del deber de garante u omisión del deber de socorro.

A mi juicio, la inadmisión de la querrela carece de fundamentación sólida por las razones que a continuación expongo.

III.—LA PRUEBA DE LAS CIRCUNSTANCIAS EXIMENTES

Como veremos más adelante con detalle, el argumento central de la inadmisión de la querrela estriba en la concurrencia de la circunstancia eximente del estado de necesidad del número 7, artículo 8. Pues bien, no parece oportuno que en un momento procesal como es el antejuicio necesario para exigir responsabilidades a un Magistrado-Juez, se decida sobre la concurrencia o no de una circunstancia eximente. Equivaldría

a admitir como obstáculos para la apertura del procedimiento la existencia de una causa de justificación o de inculpabilidad o de una excusa absolutoria.

En este sentido es doctrina jurisprudencial reiterada que, al constituir las circunstancias eximentes una excepción al principio general de la imputación al agente de todo acto voluntario penado por la ley, es necesario que aparezcan probadas de modo expreso y claro, sin que puedan presumirse o suponerse porque el principio *pro reo* no debe alcanzar una extensión abusiva (1).

Precisamente porque era posible la concurrencia de la eximente de estado de necesidad, resultaba obligada la admisión de querrela para que pudiera probarse tal circunstancia a lo largo del proceso.

IV.—LA COMPARACION ENTRE EL MAL CAUSADO Y EL EVITADO EN EL ESTADO DE NECESIDAD

La lesión de la libertad ajena que implicaba el mandamiento judicial ordenando la transfusión de sangre, queda justificada, según el Tribunal Supremo, por concurrir todos los requisitos del estado de necesidad ajeno o auxilio necesario. "Al autorizar el juez —se dice en el cuarto considerando del Auto— la transfusión sanguínea en paciente adscrita a la secta conocida como «testigos de Jehová» lesionó un bien jurídico de dicha persona, su derecho de libertad religiosa, pero con ello causó un mal menor que el que se trataba de evitar como era la más que posible muerte de la querellante..., siendo ya supérfluos los otros dos requisitos de la eximente que sólo se predicaban del necesitado, pero no del que presta el auxilio... concurriendo finalmente el elemento subjetivo de la exención, el llamado *animus conservationis*, que el texto legal expresa ya en su arranque cuando habla de *impulsado* por un estado de necesidad, ánimo de conservar la vida de la enferma, que fue el verdadero *leit motif* que llevó al Juez a su decisión".

Hay que reconocer que, *prima facie*, y tal como está redactado el número 7 del artículo 8 del Código penal, parecen cumplirse en el caso que nos ocupa todos los requisitos para la eximente de estado de necesidad. También hay que reconocer, sin embargo, la necesidad de una interpretación cuidadosa del alcance de los requisitos de la eximente, so pena de tener que declarar lícitos, por imposición legal, comportamientos que, desde un punto de vista ético social, resultan intolerables e insoportables para una convivencia ordenada. En efecto, téngase en cuenta que, *prima facie*, también quedarían amparados por el estado de necesidad por cumplimiento de todos sus requisitos, los supuestos siguientes: un particular, o un médico, o un Juez con ayuda de la fuerza pública, que para el caso es lo mismo, obligan a una mujer a someterse a un aborto

(1) Sentencias 13 diciembre 1886, 7 junio 1888, 26 diciembre 1889, 15 enero 1915, 1 mayo 1948, 1 mayo 1957, 30 mayo 1968, 23 abril 1973, 2 abril 1974. 9 diciembre 1976.

para salvar su vida, o con el mismo fin obligan a un sujeto a la colocación de una válvula artificial en el corazón o a la amputación de un miembro u órgano canceroso, o a tomar periódicamente la medicina salvadora, o, por poner ejemplos en que el necesitado y quien sufre el mal son personas distintas, para salvar la vida de un accidentado que ingresa en el servicio de urgencias se extrae un riñón sano a quien está sometido a una operación de apendicitis o un trozo de piel o de hueso para hacer un injerto, todo ello contra su expresa voluntad.

A mi juicio, en todos estos casos, al igual que en el recogido por el Auto, no cabe un juicio ético-social aprobatorio. La razón fundamental para este rechazo desde el punto de vista ético estriba, a mi juicio, en la voluntad contraria del paciente a la agresión salvadora cuando ésta no procede de quien se encuentra sometido a una situación de necesidad y no hay suicidio en sentido estricto. Pues bien, el jurista debe esforzarse por conseguir que la norma jurídica no quede divorciada de las convicciones éticas de la comunidad y, por tanto, sin lesionar la seguridad jurídica que deriva del respeto al principio de legalidad, deberá de realizar aquella interpretación que más acerque a las valoraciones ético-sociales.

La cuestión se plantea en el estado de necesidad ajeno a que corresponden todos los ejemplos citados con anterioridad (2), porque la exención de responsabilidad criminal a quien para evitar el mal ajeno lesiona un bien jurídico igualmente ajeno contra la voluntad de su titular, puede llegar a implicar la concesión de una quijotesca facultad de "desfacedor de entuertos ajenos" y de un intolerable poder de decisión sobre intereses extraños. La trascendencia y el peligro que entraña tal poder es evidente cuando se trata de la actividad médica ejercida dentro del disciplinado recinto de un hospital donde el enfermo está sometido a una determinada sujeción.

El aparente cumplimiento de todos los requisitos del estado de necesidad del número 7 del artículo 8 del Código penal, en los ejemplos expuestos, queda desvirtuado con un correcto entendimiento del primero de ellos. En efecto, es necesario admitir que en el juicio de valor que el Juez ha de elaborar para decidir si el mal causado es igual, mayor o menor que el evitado, ocupa un papel fundamental el criterio de la va-

(2) La voluntad contraria del titular del bien jurídico lesionado puede tener una trascendencia distinta a la que vamos a exponer en el texto, cuando la lesión procede de quien trata de salvar un bien propio (estado de necesidad propio). Creo que en este caso lo más discutible (también en el estado de necesidad ajeno), es que el estado de necesidad opere como causa de justificación que hace lícito el hecho e imposibilita la legítima defensa. Cfr. J. M. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español. Parte general*, Madrid, 1976, pág. 501. De todas formas, también en supuestos de estado de necesidad propio, como es el conocido caso del sujeto que para salvar su costoso traje del posible daño que le puede producir la lluvia arrebatá el paraguas al transeúnte, se han utilizado razones para negar la eximente similares a las que utilizaremos en este comentario para negarla en el estado de necesidad ajeno. Cfr. J. CÓRDOBA RODA, *Las eximentes incompletas en el Código penal*, Oviedo, 1966, pág. 188, y H. H. JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 3.^a ed., Berlín, 1978, pág. 287.

valoración ético social. Es comunmente admitido que el criterio decisivo para conocer si se ha cumplido o no el primer requisito reside en la ponderación de los bienes en litigio en función de la pena que la Ley prevé para los comportamientos que los lesionen y en función también de la mayor o menor proximidad del peligro que amenaza al necesitado. Sin embargo, y esto lo ha visto con particular claridad la doctrina alemana, es necesario además determinar si la evitación del mal mediante la lesión de intereses ajenos es un comportamiento adecuado a los valores fundamentales de la comunidad jurídica (3). De este modo, la justificación de la acción realizada en estado de necesidad va a depender de dos valoraciones, una referente a la ponderación de los bienes en litigio y otra referente al sentido ético-social de la acción en el conjunto del ordenamiento jurídico (4). Esto es lo que impide apreciar estado de necesidad en los ejemplos expuestos más arriba.

Córdoba, que ha estudiado especialmente esta tesis de la doctrina alemana (5), reconoce que "tanto la doctrina como la jurisprudencia española se inclinan a estimar la presencia de una circunstancia de exención" en supuestos como los que tratamos en este comentario. "En Derecho español —sigue Córdoba— la primacía atribuida a la vida sobre el bien de la libertad, ha resuelto directamente los supuestos de conflicto planteados, en el sentido de estimar la eximente de estado de necesidad" (6).

La resolución del Tribunal Supremo en el Auto que comentamos corrobora la observación de Córdoba. A mi juicio, esta postura debe de ser corregida porque implica la concesión a determinados individuos de un poder desorbitado sobre intereses ajenos y entraña un olímpico desprecio de la autonomía de decisión del hombre, desprecio más propio de una sociedad autoritaria que de otra respetuosa de las libertades, de los derechos de los marginados o de las minorías (Testigos de Jehová, por ejemplo). De ahí que el mal causado contra la voluntad de quien lo sufre, producido por quien no se encuentra en una situación de necesidad, ha de considerarse superior al evitado, aunque se tratara de la muerte, si falta la necesaria adecuación a los valores fundamentales de la comunidad jurídica (7). No se puede objetar que el texto legal español no

(3) H. H. JESCHECK, *ob. cit.*, pág. 287.

(4) H. H. JESCHECK, *ob. cit.*, pág. 291.

(5) CÓRDOBA RODA, *ob. cit.*, págs. 184-185, nota.

(6) J. CÓRDOBA RODA, *ob. cit.*, pág. 185, nota.

(7) Esto no quiere decir que también haya obligación de respetar la decisión del suicida y no quepa estado de necesidad en el caso de quien con violencia impide el suicidio. Vid. *infra* nota 10. Quien impide que el suicida se cause la muerte está realizando un comportamiento adecuado a los valores vigentes en la comunidad. Téngase en cuenta que la voluntad de morir suele producirse en circunstancias anormales y que el suicida es persona necesitada de ayuda hasta el punto de que puede entenderse que el artículo 489 bis hace nacer el deber jurídico de socorro. Cfr. G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *La omisión de socorro en el Código penal*, Madrid, 1966, págs. 244 a 251. Conviene advertir aquí, aunque más adelante insistiremos sobre ello, que la Testigo de Jehová que en el caso del Auto se niega a la transfusión de sangre, no tiene voluntad de morir, no es una suicida.

permite la interpretación propuesta. La expresión "mal" utilizada en el número 7 del artículo 8 no tiene necesariamente que entenderse como simple lesión de un bien jurídico. El sentido vulgar del término admite, sin duda alguna, el contenido valorativo ético-social a que se ha hecho referencia (8).

El supuesto de hecho a que se refiere el Auto objeto de comentario, da pie para hacer una última observación sobre la comparación de "males" a que obliga el primer requisito del estado de necesidad. Es erróneo, a mi juicio, ver en el ejemplo un simple conflicto entre la vida y la libertad. En efecto, el causante del mal no trata de "evitar la muerte", sino más exactamente de "conjurar un peligro de muerte". La determinación del primer término de la comparación exige, pues, la elaboración de un juicio de probabilidad que, como tal, está sujeto a determinados márgenes de error. Pero, además, cuando el segundo término de la comparación (mal causado) implica una agresión física (transfusión de sangre, intervención quirúrgica, aborto, ingestión de medicinas, etc.) que, de forma próxima o remota, despliegan también un peligro para la salud, resulta impropio hablar aquí de un conflicto entre la vida y la libertad o entre la vida y la integridad física a resolver según criterios derivados de la gravedad de la pena a imponer a las conductas lesivas de tales bienes. En realidad se produce un conflicto entre dos peligros de muerte o contra la salud (más o menos próximo el uno y más o menos remoto el otro) que, a mi juicio, no puede resolverse atendiendo exclusivamente a la mayor o menor probabilidad de producción. Una comparación de esta índole con ayuda de la más fría matemática hiere la sensibilidad de cualquier jurista. Vuelven a cobrar aquí la máxima importancia dos cosas: la ausencia de consentimiento por parte de quien sufre la agresión y el poder que, en caso de aprobar la conducta, se otorga a un sujeto sobre los intereses ajenos, facultándole a la agresión.

En atención a todas estas consideraciones entiendo que en todos los ejemplos arriba recogidos se incumple el primer requisito exigido para el estado de necesidad en el número 7 del artículo 8, ya que el mal causado es mayor que el evitado.

V.—AUXILIO OMISIVO AL SUICIDIO, DEBER DE GARANTIZAR LA VIDA DEL ENFERMO Y OMISION DEL DEBER DE SOCORRO

La negativa a la aplicación del estado de necesidad en los casos reseñados, no encuentra óbice alguno en el conjunto del Ordenamiento jurídico. No es de esta opinión el Tribunal Supremo al argumentar, en el Auto objeto de este comentario, en el sentido de que una inhibición del médico o del Magistrado-Juez por respeto a la negativa del Testigo de Jehová a la transfusión de sangre, podría dar lugar a una responsabilidad penal. "El Juez —se dice en el tercer considerando del Auto—

(8) Cfr. J. CÓRDOBA RODA, *ob. cit.*, págs. 165-166.

obró... legítimamente o conforme a Derecho, al proteger un bien jurídico, como es la vida, que es indispensable para su titular, sin que al respecto pueda hablarse de un «derecho a morir» basado en la impunidad del suicidio, pues éste sigue siendo un acto de antijuricidad normativa aun- que impune por razones de política criminal, como lo prueba que sean castigados tanto el auxilio e inducción al suicidio como el homicidio con- sentido (artículo 409), hasta el punto de que esta Sala consideró el no impedir el suicidio como acto de auxilio moral y material pasivo (Sentencia de 23 de junio de 1916), como, en general, la omisión, cuando se tiene el deber jurídico de actuar implica cooperación al delito (Senten- cias de 22 de enero de 1921, 2 de enero de 1940, 30 de enero de 1945); tesis que sube de punto al ser introducido por Ley de 17 de julio de 1951 la figura punible de la omisión del deber de socorro; conjunto de preceptos que revelan hasta la saciedad que el Juez implicado en el caso de autos, al autorizar la práctica de la transfusión sanguínea a la que- rrelante que se resistía a ello «con peligro de su vida», no sólo no incurrió en responsabilidad sino que afirmó el Derecho al actuar de acuerdo con la norma jurídica superior, conformando su conducta a un fin reconocido por el Estado (el terapéutico); de suerte que de haberse inhibido en su actuación y de ello se hubiere seguido la muerte de la paciente, pudo haber incurrido (¡entonces sí!) en verdadera responsabilidad penal”.

Del párrafo transcrito parece desprenderse la tesis de que el cumplimiento, por parte del médico o del Magistrado-Juez, de los deseos de la enferma, contrarios a la transfusión de sangre, hubiera podido dar lugar a una responsabilidad penal (9) por omisión del deber de socorro, de producirse la muerte, auxilio omisivo al suicidio u homicidio en la modalidad de comisión por omisión. Respetuosamente disiento de esta interpretación. No creo que en el supuesto ventilado hubiera podido llegar a darse responsabilidad penal en caso de inhibición.

Comencemos por el auxilio omisivo al suicidio. Dejando aparte la interesante observación hecha en el considerando transcrito de que el suicidio es un acto antijurídico (10), lo cierto es que, en caso de muerte de

(9) De concurrir, se entiende, la culpabilidad, cuestión que no interesa ventilar aquí.

(10) Es posición mayoritaria en la doctrina entender que el suicidio no es un acto prohibido por la Ley. Esta tesis plantea la cuestión de si comete delito de coacciones quien con violencia impide un suicidio (“impidiere a otro con violencia hacer lo que la Ley no prohíbe”, dice el artículo 496 Código penal). La doctrina mayoritaria resuelve la cuestión aplicando el estado de necesidad. Así, F. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, 2.^a ed., Sevilla, 1976, pág. 105: “El suicidio no es un acto prohibido por la Ley y el impedir con violencia que otro se suicide constituye, en principio, un acto típico de coacciones, pero puede aplicarse la causa de justificación del estado de necesidad”. J. M. RODRÍGUEZ DEVESA, *ob. cit.*, pág. 499: “Cabe, por tanto, el auxilio aún contra su voluntad al suicida”. En el mismo sentido, A. QUINTANO RIPOLES, *Tratado de la parte especial del Derecho penal*, I, 2, 2.^a ed., puesta al día por E. Gimbernat, Madrid, 1972, pág. 1136, y T. JASO ROLDÁN, en Antón Oneca-Rodríguez Muñoz, *Derecho penal. Parte especial*, II, Madrid, 1949, pág. 305. También admite esta posibilidad G. RODRÍGUEZ MOURULLO,

la paciente por inhibición del Juez o del médico, no cabe responsabilidad alguna derivada de la aplicación del artículo 409 del Código penal por la sencilla razón de que no estamos en presencia de una suicida. Dejando aparte puntos de vista éticos o religiosos, el suicidio, a efectos jurídicos, ha de definirse, según Torío, como "la muerte querida de una persona imputable" (11), siendo elemento primordial de esta noción la voluntad de morir (12).

Pues bien, en el caso a que hace referencia el Auto objeto de este comentario, y en todos los ejemplos expuestos más arriba, no hay suicida alguno porque nadie quiere su muerte, tratándose más bien de sujetos que quieren vivir aunque no a toda costa y a cualquier precio. Esta actitud ni psicológica ni jurídicamente puede calificarse de suicida. Sólo una cierta insensibilidad a las opiniones no comunes mantenidas por sectores sociales minoritarios puede explicar que se califique de suicida al Testigo de Jehová que se niega a las transfusiones de sangre y no a los participantes en competiciones o espectáculos peligrosos (encierros o corridas de toros, automovilismo, boxeo, circo, etc.). Lo cierto es que a nadie se le ha ocurrido procesar al empresario de la plaza o al organizador de la corrida por delito de auxilio omisivo al suicidio, por el simple hecho de producirse la muerte del torero.

En cuanto a la existencia de un deber jurídico de actuar o deber de garantizar que la muerte del paciente no se produce, lo que daría lugar a una responsabilidad por homicidio en caso de omisión causante de la muerte, resulta claro que tanto la Ley, como la relación contractual que une al médico con el paciente, como la propia actuación previa del médico mediante la intervención quirúrgica (pensamiento de la injerencia), constituyen origen cierto del nacimiento de aquel deber. Ahora bien, igualmente claro resulta que tal deber ni por Ley, ni por contrato, ni por el actuar precedente, puede extenderse hasta el punto de obligar a poner

ob. cit., pág. 251, aunque cree más oportuno la exigencia de cumplimiento del deber que impone el artículo 489 bis, págs. 250-251. La solución del estado de necesidad es admisible aun desde los postulados mantenidos en este comentario. En efecto, la violencia aplicada contra la voluntad del suicida es, desde el punto de vista ético-social, merecedora de un juicio social positivo de aprobación. El Tribunal Supremo, en el Auto que comentamos, se inclina por la atipicidad ya que el suicidio es un acto antijurídico. Así, también E. CUELLO CALÓN, *Derecho penal. Parte especial*, II, vol. 2, 14.^a ed., revisado y puesto al día por C. Camargo Hernández, Barcelona, 1975, pág. 811: "En cuanto al hecho de impedir un suicidio por medio de la violencia... no creo constituya delito con arreglo a nuestro Derecho, porque el Código..., en su artículo 409, pena prestar auxilio e inducir a otro para que se suicide, y estaría en viva contradicción consigo mismo si reprimiera el hecho de impedirlo". También A. TORÍO, *La noción jurídica del suicidio*, en homenaje a Serrano y Serrano, Valladolid, 1965, pág. 656, nota: "parece evidente que el Derecho positivo parte de la antijuricidad de la conducta suicida, pues en otro caso no se explicaría cómo puede gravarse con el tipo la acción de quien participa en un acto no injusto. El hecho de que el suicidio no se castigue se debe únicamente a razones empíricas".

(11) A. TORÍO, *ob. cit.*, pág. 663.

(12) A. TORÍO, *ob. cit.*, pág. 658.

de nuevo en peligro, aunque sea remoto, la salud del sujeto (transfusión de sangre, colocación de válvula artificial en el corazón, amputación de miembro canceroso, aborto) contra su expresa voluntad.

Por último, no me parece posible la concurrencia del delito de omisión del deber de socorro, en el caso hipotético de inhibición del médico, porque la acción esperada y no realizada (transfusión, intervención quirúrgica) no es un socorro en sentido estricto al entrañar riesgos, aunque sean remotos, para la salud del periculante y ser, además, un riesgo que el sujeto no quiere asumir. Reconozco que la simple oposición al socorro puede no ser suficiente para eliminar el deber de socorrer. En efecto, es defendible la postura de Rodríguez Mourullo que entiende haber obligación de socorrer al suicida conforme al artículo 489 bis (13) o al profesional que ha perdido el "dominio de su arte" convirtiéndose en "persona desamparada" como es el caso del "torero pundonoroso que pese a quedar en absoluto sin facultades, como consecuencia de la cogida, se empeña en rematar la faena" (14) o el del boxeador que ha quedado, por los golpes, incapaz de defensa. Pero cuando el sujeto se opone a una mediación salvadora que, con intención de socorro, implica, sin embargo, algún riesgo para el periculante, la voluntad contraria al socorro elimina, a mi juicio, sin duda, el deber de socorrer. Y este es el caso a que se refiere el Auto objeto de este comentario.

VI.—CONCLUSION

Una agresión física que provoca riesgos para la salud y no procede de quien se encuentra en estado de necesidad sino de un tercero, realizada contra la voluntad del agredido, no puede quedar exenta de responsabilidad criminal por aplicación del número 7 del artículo 8, aunque se realice para evitar otro mal, incluso la muerte, por falta de adecuación con valores elementales indispensables para la convivencia social como es la necesidad de respeto a la voluntad ajena y la necesidad de no otorgar a nadie poderes excepcionales de intervención en los intereses ajenos. De ahí que quien, contra la voluntad del paciente, le practica una transfusión de sangre para salvar su vida comete un atentado contra la libertad (si no una lesión o, al menos, un maltrato de obra) no amparado por la exigencia de estado de necesidad (15).

No puede decirse que la transfusión de sangre no pueda calificarse de agresión física peligrosa para la salud, condición del hecho que considero debe concurrir para llegar a la conclusión recogida en el párrafo anterior. No hace mucho tiempo un popular hombre de circo falleció, según recogía la prensa, por una hepatitis vírica contraída a consecuencia de una transfusión de sangre.

(13) G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *ob. cit.*, págs. 250-251.

(14) G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *ob. cit.*, págs. 251-252.

(15) Se parte de la base de que la voluntad del paciente está emitida de modo que no permite discutir la dirección y la validez de la decisión.

Quiero finalizar este comentario con una pregunta. ¿Qué actitud deberían haber mantenido los hombres encargados de la aplicación del Derecho, si la Testigo de Jehová del caso que comentamos hubiera fallecido o contraído una enfermedad como consecuencia de la transfusión de sangre practicada contra su voluntad? A mi juicio no se podría aplicar el estado de necesidad y habría que probar la ausencia de dolo y culpa respecto del resultado para eximir de responsabilidad criminal.

Jurisprudencia penal

ALFONSO SERRANO GOMEZ

Artículo 3.º. Delito consumado.

Indefinida, en el Código penal español; la consumación de los delitos, a diferencia de la tentativa y de la frustración, no bastan las conceptualizaciones doctrinales para despejar toda incógnita, pues muchas infracciones ofrecen serias dudas sobre el momento de su perfección; encontrándose, entre dichos delitos, los de hurto y robo con fuerza en las cosas, respecto de los cuales tradicionalmente se ha controvertido en torno al referido momento consumativo, pues si, una primera posición, siguiendo un **criterio formal**, estimaba perfeccionada la infracción contra la propiedad tan pronto concurría la «contrectatio» o «aprehensio», es decir, cuando se asía, tomaba o aprehendía el objeto material del delito, una segunda opinión situaba el momento consumativo en la «ablatio» o «admonitio de locum ad loco», esto es, en el instante en que la cosa mueble, cambiando de lugar, se esperaba de la posesión material del ofendido, mientras que un último criterio, fiel a una posición **material**, exige la «illatio» o, lo que es lo mismo que el infractor haya tenido la libre disponibilidad—facultad propia y característica del dominio—, de la cosa mueble de que se trate siquiera sea de modo momentáneo, fugaz o de breve duración. Estas diferentes posiciones doctrinales han encontrado eco, en una u otra época, en este Tribunal, el cual no siempre ha seguido una línea interpretativa inalterable, pero, en las últimas décadas, en sus sentencias, ha predominado, con óptimo criterio, la última posición enunciada. (S. 3 marzo 1979.)

Artículo 3.º. Delito consumado (estupefacientes).

Una de las formas de consumación del delito, según el artículo 344, del Código penal, es el transporte, mucho más cuando éste se encuentra al servicio de la venta. Habiendo declarado esta Sala que se entiende consumado el delito por la simple posesión de drogas, o estupefacientes en disposición de venta, aunque no se hubiere traspasado la posesión y al margen incluso de la presencia del lucro (Sentencias de 7 de octubre de 1976), pues el tipo del artículo 344 no sólo recoge en su núcleo central los actos de tráfico en general, sino todos aquellos que la anteceden o de algún modo le son cola-

terales o concomitantes como los de cultivo, fabricación, elaboración, transporte y otros de análoga naturaleza (Sentencias de 1 de abril de 1977 y 3 de julio de 1978) y por tanto, creado el riesgo existe consumación anticipada, por ministerio de la ley. (S. 4 abril 1979.)

Artículo 3.º, p. segundo. Frustración.

En ninguna parte de la narración histórica de la sentencia recurrida, se encuentra la sustancia fáctica indispensable para acreditar y sustentar una tesis de frustración de la conducta de los procesados, sin que se diga claramente, ni siquiera se insinúe o trasluzca, que, dichos procesados, merced a su captura «in situ» o a otra circunstancia obstativa, carecieron de toda posibilidad de ejercer el «ius disponendi» inherente o consecutivo al cambio de titularidad de los bienes apetecidos; pero, además, el referido relato, al expresar que se «apoderaron» de las cajas de puros y de los efectos timbrados y añadir que fueron «recuperados», desde el momento que «recuperar» significa semánticamente «recobrar», «volver a poseer lo que antes se tenía», «desquitarse» o «reintegrarse de lo perdido», bien claramente está proclamando que la sustracción se perfeccionó mediante la aprehensión, extracción y subsiguiente disponibilidad de las cosas de las que se apoderaron los agentes, si bien el «dominus» de lo citado obtuvo de nuevo la posesión perdida mediante la posterior restitución. Procediendo, en consecuencia, la desestimación del segundo motivo del recurso, por inaplicación del párrafo segundo del artículo 3 del Código penal. (S. 3 marzo 1979.)

Artículo 8.º, 1.º. Trastorno mental transitorio.

Se denuncia la no aplicación del artículo 8.º, circunstancia 1.ª, esto es, el trastorno mental transitorio, que justificaría su conducta y le eximiría de pena. Mas el motivo ha de decaer, en cuanto que es cierto que se habla de gran ofuscación, vivamente excitado, movido de sentimientos de dolor y frustración, alterado, con gran acaloramamiento anímico, que le afectaba moralmente de modo profundo, tales elementos fácticos no pueden ser soporte fundado de un trastorno mental transitorio porque es de la **esencia de éste**, la pérdida total e intensa de las facultades intelectivas y volitivas, anulación total, aunque temporal y pasajera de las mismas no preordenado al delito por el que lo sufre. En los hechos probados se habla de ofuscación, excitación, acaloramamiento anímico, afección moral profunda, mas en ningún instante de pérdida total y absoluta de conciencia y voluntad y como la sentencia de instancia apreció la atenuante de arrebatu o obcecación con carácter de muy calificada, es claro que encaja la situación anímica del recurrente en sus justos límites, de una atenuante tan intensa que en uso de las facultades que en estos casos concede al Tribunal el artículo 61, número 5.º, bajó la pena un grado, calificándola acertadamente de superatenuante. (S. 18 mayo 1979.)

Artículo 8.º, 4.º. Legítima defensa.

Es la doctrina constante que en los casos de riña mutuamente aceptada, no se puede apreciar la legítima defensa completa, ni incompleta, porque siendo los contendientes mutuamente atacantes y agresores unos de otros, falta el requisito esencial de la agresión ilegítima, pieza fundamental de la causa de justificación que se invoca; doctrina ésta recogida en innumerables sentencias de ésta Sala, de la que es más reciente exponente la de 5 de febrero de 1979, que recoge otras muchas dictadas en el mismo sentido; y aplicando tal doctrina al supuesto de autos es claro que si el procesado se enzarza en discusión violenta con la víctima que terminó en agresión mutua llegando a las manos, cayendo al suelo, sufriendo Faustino Martín las lesiones por las que viene condenado el recurrente, es claro que a éste no le puede beneficiar la legítima defensa, ni completa, ni incompleta. S. 8 marzo 1979.

Como viene sosteniendo de antiguo la doctrina de esta Sala, la **agresión ilegítima** y la **defensa necesaria** son dos soportes sobre los que gira la **legítima defensa**, ya en su versión primaria y completa de causa de justificación, ya en su acepción subsidiaria e incompleta de causa de inculpa-bilidad; consecuencia de lo cual es aquélla constante jurisprudencia que excluye de la eximente —en cualquiera de dichas versiones— la llamada **riña mutuamente aceptada**, que no es sino una variante o corolario de la sedicente «legítima defensa recíproca» que la mejor doctrina trata de espúrea e inadmisibile, puesto que trabada la riña sin que pueda reconocerse de quién partió la provocación y subsiguiente agresión, cada uno de los contendientes ha de reputarse agresor recíproco del otro, con lo que claramente falta la circunstancia primera de la mentada eximente y con ella la necesidad de la defensa.

Aplicada la anterior y conocida doctrina al único motivo subsistente del recurso, el mismo ha de ser desechado puesto que en el **factum** de la sentencia recurrida se lee que entre el procesado y su contendiente se inició una discusión de la que pasaron a las vías de hecho, **golpeándose mutuamente**, lo que con toda claridad describe la situación de riña aceptada por los dos protagonistas, de suerte que si bien el oponente del acusado sacó una porra en el curso de la pelea, con la que golpeó a su antagonista, éste, a su vez, extrajo un cuchillo, con el que golpeó en el vientre a su rival, ocasionándole heridas de las que curó a los ciento veinte días; es decir, que ambas conductas lesivas son episodios de la contienda y que se entrecruzan en el curso de la misma sin posibilidad, por tanto, de calificar a ninguno de los contrarios como inicial agresor. (S. 14 marzo 1979.)

Artículo 8.º, 9.º. Arrebato u obcecación.

Como es conocido, la circunstancia atenuante de responsabilidad de arrebato, núm. 8.º, del artículo 9 del Código penal, presupone una perturbación momentánea y episódica de la inteligencia con transitoria y fugaz altera-

ción de la voluntad de quien la sufre, provocada por estímulo reciente, grave y legítimo, que da lugar a la reacción también inmediata en el ánimo del sujeto activo, concurriendo de una parte lo objetivo, representado por la incitación externa como causa desencadenante, y de otra parte lo subjetivo, traducido en la ofuscación más o menos trascendente e intensa, según la sensibilidad y antecedentes que concurran en quien la recibe, sin que la fortaleza de uno de estos elementos elimine o absorba al otro, circunstancia estimada en favor del procesado en la Sentencia recurrida, con base en los dos factores, que en el relato fáctico consigna literalmente afirmando que «aquél corrió tras la víctima «presa de gran excitación tanto por la frustración de su propósito de obtener dinero, como por la violenta discusión mantenida, «ninguno de cuyos estímulos se acomoda en correcta ortodoxia con las exigencias de la doctrina sustentada por esta Sala, por cuanto la frustración en el propósito de obtener dinero, el hecho de que la víctima—como argumenta el Ministerio Fiscal no accediera a sus pretensiones económicas no explica con la suficiente convicción suasoria la reacción del procesado, ni su consecuencia determina poderosamente hacerle merecedor de la atenuación generosamente calificada, cuando el «factum» no asevera con precisión que la víctima realizase presión o menosprecio al procesado, contestándole más o menos afablemente «que no llevaba dinero», y si la mera reconvencción de la víctima no constituye por sí sola estímulo bastante para fundamentar una atenuación personal, menos relevancia supone la lisa y llana negativa a realizar un acto de generosidad al que no venía obligado, ni al parecer le resultaba asequible de momento, y en cuanto a la violenta discusión sostenida, la propia narración fáctica evidencia que entre el procesado y la víctima hubo un intercambio de dicterios y groserías, degradándose ambos moral y recíprocamente, situándose en un bajo plano de insultos más o menos soeces que restan gravedad, y desde luego, legitimidad a los impulsos en los que se motiva la atenuante, pero que a efectos de la penalidad ha resultado irrelevante e inocua, al conceder el Tribunal «a quo» en el tercero de los Considerandos, la mayor virtualidad a las dos agravantes estimadas, para imponer la pena de reclusión menor en la extensión máxima, de su grado máximo, lo que conlleva a desestimar el tercero de los motivos del recurso del Ministerio Fiscal. (S. 10 marzo 1979.)

Artículo 9.º, 1.º. Enajenación mental incompleta.

El procesado la emprendió a golpes de gran intensidad, sin causa que lo justificase, con la mujer con quien convivía, durante unos veinte minutos al menos, despojándola de sus ropas y produciéndola múltiples heridas inciso-contusas a nivel de la frente, región orbitaria y supraorbitaria, rotura de hígado, gran hemoperitoneo, hemorragias cerebrales localizadas y shock traumático y hemorrágico que la ocasionaron la muerte por parada cardíaca en el curso de la reyerta, y que padece una psicopatía que se acentúa con la ingestión de bebidas alcohólicas—de las que había abusado durante las horas anteriores a la agresión—, haciendo que disminuya su capacidad de

discernimiento, es claro que la Sala de instancia cometió el error de derecho que en el recurso se cita por aplicación indebida de la circunstancia analógica 10 del artículo 9.º del Código penal, en relación con la 1.ª de dicho precepto y 1.ª del artículo 8.º, por que valorando conjuntamente el padecimiento psíquico del sujeto, el estado de embriaguez en que se hallaba y la conducta o comportamiento seguido, alevoso, desproporcionado e impropio de hombres racionalmente normales, la conclusión a que se llega no puede ser otra que a la de considerarle como un psicópata en alto grado de intensidad, y si esto es así, es indudable que procede apreciar la concurrencia en su favor de la eximente incompleta del número 1.º del artículo 9.º, en relación con igual número del artículo 8.º del referido ordenamiento sustantivo. (S. 2 marzo 1979.)

Artículo 9.º 4.ª. Preterintencionalidad.

Las dos modalidades de preterintención que respectivamente reconoce nuestro Código penal, en los artículos 9.º, circunstancia 4.ª, y 50 del Código penal, o sea, la homogénea y la heterogénea, tienen de común, el que ambas suponen un supuesto de progresión delictiva en el que hay una absoluta falta de concordancia o paralelismo entre los aspectos objetivo del delito, ya que el resultado se manifiesta como un «plus effectum» no querido por el agente del que necesariamente ha de responder aunque con responsabilidad atenuada, de forma tal, que su apreciación presupone el examen comparativo entre los dos elementos de la ecuación, o sea, intención y resultado, más a diferencia del segundo que es perceptible por los sentidos y, por ello, física y jurídicamente valorable con absoluta precisión, el elemento intencional por hallarse sito fuera del campo de las realidades físicas y enmarcados en el de lo espiritual ofrece para su apreciación las dificultades inherentes a todo lo que no es directamente verificable, y si tan sólo indirectamente por vía de deducciones, y, al efecto, esta Sala, en concordancia con la doctrina científica, ha venido declarando que si bien para formular el adecuado juicio axiológico deben ser tomados en consideración todas las circunstancias fácticas y subjetivas concurrentes en el caso objeto de enjuiciamiento, no bastando el examen de la idoneidad del medio que es un dato sintomático, pero no decisivo, ya que el no entenderlo así equivaldría a objetivar la circunstancia, olvidando que la misma supone una discordancia entre intención y resultado y no entre éste y el medio empleado, es lo cierto, que en multitud de ocasiones y ante la ausencia de otros elementos de juicio u otros datos que los resultantes de la naturaleza del medio empleado y su idoneidad para producir el resultado, que por ello resulta previsible, el mecanismo empleado viene a constituir dato decisivo para deducir o montar sobre su idoneidad la presunción legal de cuál haya sido la voluntad real o intención del procesado. (S. 3 mayo 1979.)

Artículo 9.º, 4.º. Preterintencionalidad (lesiones).

La preterintencionalidad, «*tertium genus*» en algunas legislaciones como la italiana, equidistante del dolo y de la culpa, tiene triple tratamiento en el Código penal español, de arranque genérico en el párrafo tercero del artículo 1 de dicho Código, como causa de atenuación de conducta en el número cuarto de su artículo 9, y como modo adecuado de sancionar a quien ha cometido un delito **distinto** del que se había propuesto ejecutar en el artículo 50 del mentado cuerpo legal; discrepando la doctrina y la jurisprudencia a la hora de decidir cuando ha de aplicarse uno u otro de los últimos preceptos mencionados, pues mientras dicha doctrina entiende procedente la aplicación del artículo 50 cuando se trate de preterintencionalidad **heterogénea**, es decir, de aquella en la que el delito cometido, recayendo sobre la misma o diferente persona, es diverso de aquel que quiso perpetrar el agente, añadiendo que el número cuarto del artículo 9 sólo deberá entrar en juego en los casos de preterintencionalidad **homogénea**, esto es, siempre que el título del delito siga siendo el mismo, si bien ha de tratarse de infracciones en las que, sin variar el «*nomen iuris*», sea distinta la pena según la mayor o menor gravedad del resultado, la jurisprudencia, por su parte, estima operante la atenuante no sólo en este último caso, sino cuando los delitos—el propuesto y el cometido—se hallen próximamente emparentados y el segundo constituya simple intensificación, avance o acentuación de gravedad respecto a los efectos del primero.

En lo que concierne a la atenuante, ésta ha sido estudiada por este Tribunal en numerosas sentencias, de las que son ejemplo las de 4 de abril, 14 y 16 de mayo y 28 de noviembre de 1974, 17 de marzo, 11 de octubre y 17 de noviembre de 1975, 29 de enero y 11 de octubre de 1977 y 6 de abril de 1978, en las cuales se subrayan los requisitos de dicha circunstancia: propósito inicial de realización de un acto antijurídico, resultado contrario a derecho, y exceso del mencionado resultado respecto a la intención del culpable, de tal modo que se produzca una distonía entre ésta y aquél, habiendo llegado el resultado más allá de los deseos del culpable—«*praeter intentionem*»—, y detentándose la presencia del «*ultra propósitum*» o «*plus in effectum*» característico de la figura estudiada; habiendo añadido, este Tribunal, v. g., en la sentencia citada de 6 de abril de 1978—en la que se hace mención de otras muchas—, que los delitos de lesiones, a los que se refieren los artículos 420 y 422 del Código penal, no son propicios ni idóneos a la aplicación de la atenuante cuarta del artículo 9, pues, exigiéndose solamente en ellos la presencia de un dolo general de herir, golpear o maltratar, y estableciéndose la penalidad correspondiente de acuerdo con los distintos resultados habidos, no puede exigirse que la intención del agente abarque la producción de dicho resultado, ni sostenerse, por tanto, que éste excedió de una intención que no exige la Ley sea específico o de consecución de un resultado concreto y determinado; derivándose de lo expuesto que, sólo en casos excepcionales, en los que el resultado lesivo sea notoriamente excesivo y desproporcionado respecto a una intención inducida de los medios agresivos empleados o de otros actos exteriorizativos podrá aplicarse la atenuante debatida. (S. 12 marzo 1979.)

Artículo 9.º, 8.º. Arrebato u obcecación.

Para que pueda apreciarse la atenuante de arrebato u obcecación es preciso que concurra, entre otros requisitos, el de que los estímulos sean de tal naturaleza que naturalmente tengan entidad suficiente para producir una alteración de la afectividad o de las facultades psíquicas de la generalidad de los hombres colocados en idéntica situación, y el normal acontecer de las cosas en la vida ordinaria enseña, que una simple bofetada propinada por la propia esposa en una leve discusión conyugal suscitada por motivos nimios no constituye, ordinaria o normalmente, un estímulo desencadenante de una reacción como la tenida por el procesado; pero además, esta Sala tiene declarado, entre otras, en Sentencias de 5 de mayo de 1926 y 20 de noviembre de 1935, que cuando la perturbación anímica ha estado potenciada por el estado de intoxicación etílica en la que se encontraba el agente, debe reputarse incompatible con la de embriaguez si ésta fue estimada, que sin duda es el supuesto del caso de autos en el que, sin duda, la embriaguez ya estimada como atenuante, aumentó la alteración psíquica del procesado y su brutal reacción. (S. 8 marzo 1979.)

Artículo 9.º, 9.º. Arrepentimiento espontáneo.

El arrepentimiento espontáneo que atenúa la responsabilidad criminal, precisa la concurrencia en adecuada relación causal de dos elementos básicos: uno primario, psicológico e interno, constitutivo de que el inculpado, tras su inicial malquehacer delictivo, sienta ética y anímicamente repulsión hacia el dolo que movió su actuación precedente, dando cabida espiritual a un sentimiento de pesar o contricción, de repudio o reproche por su anterior y censurable conducta, que en su fuero subjetivo desaprueba, pero este elemento, por su propia naturaleza, no es susceptible de percepción o captación externa, pertenece al arcano de la conciencia que puede cobijarlo y ha de traducirse en actos o hechos que lo pongan de manifiesto, sacándolo de su ignoto reducto y permitiendo, aunque sea relativamente, someterlo a la estimación valorativa del juzgador penal para su eficacia y trascendencia en la «praxis» judicial, de ahí la necesidad de concurrencia del elemento estrechamente concatenado con tal impulso moral que el texto punitivo exige, traduciéndolo de forma utilitaria y pragmática por medio de alguna de las tres conductas que dicha norma establece con la reparación del daño, la satisfacción al ofendido o la confesión a la Autoridad, formas dinámicas de manifestación objetiva que al enlazarse por la disyuntiva «o» y no por la copulativa «y», basta con cualquiera de ellas para que tal circunstancia pueda ser apreciada, siempre condicionada al presupuesto ineludible temporal, de que sea antes de la apertura del proceso judicial, formas que en esencia representan y significan una ayuda o beneficio para el perjudicado o para la pronta y efectiva acción de la justicia, pero cuya circunstancia, como todas las que modifican por atenuación o agravación la responsabilidad penal aplicable en principio y abstractamente al sujeto

activo de la infracción, ha de influir y consignarse en la premisa narrativa con análoga claridad y determinación que el propio hecho delictivo al que se refiere. (S. 7 mayo 1979.)

Artículo 10, 1.º. Alevosía.

La controvertida interpretación que sobre la naturaleza jurídica de la alevosía viene haciéndose desde antiguo, bien estimándola como circunstancia agravante predominantemente subjetiva, conforme a nuestro derecho histórico, iniciado con el amplio y ético concepto de vileza, maldad o engaño, como la describe el Código de las Partidas, considerándolas más tarde como aseguradora del hecho, según se refleja en la Novísima Recopilación al conceptuarla como «al que mate a otro a traición o alevé y del que hiciese muerte segura» (Ley 2.ª Título 21, Libro XII) o con las expresivas definiciones de los Códigos de 1822 y 1848 de obrar o actuar, «a traición y sobre seguro», respectivamente, para finalmente equiparar la alevosía o cobardía, es decir, a falta de riesgo o peligro para el ejecutor, conceptualización mantenida en el texto punitivo de 1870; discutiéndose más modernamente sobre si dicha circunstancia constituye un plus de culpabilidad, o, por el contrario acrecienta la antijuridicidad, hasta el punto de que numerosas resoluciones de este Tribunal (Sentencias de 27-5-49, 15-6-50, 15-11-56, y 11-12-57), así como ciertos sectores doctrinales denotaban su preferencia por la característica subjetiva, mientras otras muchas Sentencias y buena parte de la doctrina científica se inclinaban por la tesis objetiva al contemplar la relevancia de los medios comisivos utilizados en la ejecución de los hechos, que determinaban cierta exteriorizada y material ventaja, introduciendo un juicio de valor de índole objetiva (Sentencias de 10-6-53, 7-7-55 y 24 de abril y 29 de octubre de 1973), mas sin que cada una de estas orientaciones o interpretaciones resulte enteramente correcto aceptarlas y tenerlas con carácter exclusivo y decisorio, ya que según la definición auténtica contenida en el número 1.º del artículo 10 del Código penal vigente, la alevosía requiera de una parte el empleo de medios, modos o formas de ejecución que denotan indudablemente un factor claramente objetivo, pero a su vez también precisa que «tiendan» al aseguramiento sin riesgo para el agresor, que proceda de la defensa del ofendido, lo que evidentemente presupone pretensión e inclinación hacia una intención finalista de manifiesto matiz subjetivo, de lo que se desprende que habrá que atenerse en la atinada valoración y estimación de esta agravante a todas las circunstancias o condiciones concurrentes en el hecho concreto enjuiciado, o sea, que deberán entrar en juego para su correcta calificación tanto los medios comisivos o «modus operandi», de carácter externo y perceptible, como los subjetivos e intencionales de aprovechamiento representativos de una consciente conducta que taimada y pérfidamente calcula sus designios y elude el posible riesgo que todo ataque contra una persona es susceptible de provocar como reacción de ésta, existiendo en aquel supuesto un plus de antijuridicidad en cuanto realiza el elemento objetivo y en el segundo un aspecto ten-

dencial no menos relevante que actúa como elemento subjetivo del injusto, como ha señalado últimamente la doctrina de esta Sala (Sentencias de 17-5-72, 3-11-75, 4-5-76 y 23-10-78). (S. 10 marzo 1979.)

Artículo 10, 8.º. Abuso de superioridad.

La circunstancia agravante 8.ª del artículo 10 del Código penal de abuso de superioridad, que como forma inferior o secundaria de alevosía, puede considerarse como representativa de una actuación intermedia, ubicada entre una conducta delictiva corriente y otra cualificada de aleve que resulta en determinados supuestos por su propio alcance y ámbito concreto, de dificultoso deslinde entre ambos, aunque aquélla consiste esencialmente en un desequilibrio de poderes, de desigualdad, desproporción y ventaja material de fuerza claramente favorable para la comisión del delito, restando ordinariamente medios de defensa adecuada al sujeto pasivo, requiriendo junto al elemento objetivo indicado, el asimismo de índole subjetiva, representado por la voluntad finalista del aprovechamiento consciente del autor, lo que concurrió en el supuesto enjuiciado una vez el procesado estuvo en posesión y se prevalió de la escopeta que portaba para herir mortalmente a su oponente, que no pudo oponerle otro medio o instrumento similar de reacción o defensa, cuya agravante no ha sido objeto de impugnación de la defensa y queda en su consecuencia subsistente y confirmada. (S. 10 marzo 1979.)

Artículo 10, núm. 13. Despoblado.

Argumentan los recurrentes en que estando el lugar donde se ejecutaron los hechos a 300 metros de un restaurante, esos parajes no son despoblados, sino habitados y frecuentados por personas y vehículos de toda clase, suposiciones que no caben contra lo afirmado en los hechos probados de que llevaron a la víctima en las primeras horas de la madrugada a un camino agrícola solitario elegido o buscado de propósito por los recurrentes para cometer su reprochable acción y en el que la defensa de la víctima fuera más difícil y mayores las facilidades de los delinquentes, con lo que se dan los dos elementos de la agravante, el objetivo de buscar en las primeras horas de la madrugada un camino agrícola solitario desviado de la carretera, circunstancia de lugar y hora que hacían difícil encontrar persona alguna que obstaculizara la acción delictiva y el subjetivo por el ánimo de prevalerse los culpables de aquel mayor desamparo del sitio solitario o de improbable tránsito de personas. (S. 10 mayo 1979.)

Artículo 10, núm. 14. Reiteración.

Se alega infringida por aplicación indebida, la circunstancia agravante de reiteración, 14 del artículo 10 del Código penal, por cuanto el relato

fáctico no concreta la fecha de las condenas anteriores por delito dictadas, la cuantía del perjuicio ocasionado y las penas impuestas, datos necesarios en el caso ahora enjuiciado, en que siendo los delitos precedentes contra la propiedad, las diversas modificaciones sufridas por la Ley penal con relación a la cuantía de estas infracciones pudieran haber quedado convertidas en falta al cometer el procesado el delito de homicidio por el que ahora se le juzga, alegación enteramente inacogible en cuanto la circunstancia referida de naturaleza esencialmente objetiva por sustentarse en el hecho material de otra u otras condenas anteriores por delito heterogéneos al que se aplica, se integra conforme al texto punitivo que la describe con base en los siguientes requisitos: a) que el sujeto activo haya sido condenado en causa criminal antes de delinquir por el delito que se le juzga; b) que las condenas precedentes lo hubieran sido por razón de delito; y c) que si la condena antecedente es por un solo delito no comprendido en el mismo Título que el que se juzga, tenga asignada pena igual o mayor, y si es por dos o más delitos, son indiferentes las penas recaídas, y en el caso contemplado el relato probatorio afirma que el recurrente fue condenado por un delito de robo en grado de frustración y por un delito de hurto de uso en Sentencia de 12 de diciembre de 1970, sin que sean precisos otros datos complementarios por resultar indudable que tanto el robo común, como el hurto de uso, han tenido siempre categoría delictiva, desde su incorporación al Código penal, sin posible equivalencia o degradación a falta, sean cualquiera las reformas penales introducidas en estas figuras delictivas, lo que ineludiblemente conlleva a reputar condenado al procesado por dos delitos anteriores a efectos de integrar la agravante impugnada, que por su propia naturaleza y fines ha de ser mantenida y confirmada. (S. 10 marzo 1979.)

Artículo 11. Circunstancia mixta de parentesco (lesiones).

Entre la circunstancia mixta de **parentesco**, prevista en el artículo 11 del Código penal y la relación parental prevista como agravante específica del delito de lesiones graves en el párrafo penúltimo del artículo 420 del mismo Código, existen profundas diferencias, pues así como la primera es una mera **circunstancia** genérica que, facultativamente, puede agravar o atenuar, la segunda constituye un **elemento cualificador**, verdadero subtipo del delito de lesiones graves, coordinado con el delito de parricidio y en el que, a semejanza de este último, el parentesco es, de una parte, de obligada apreciación, de modo que tratándose de lesiones graves inferidas al cónyuge el hecho de estar éste separado, aun por sentencia de Tribunal eclesiástico, integrara la calificación (Sentencia de 30 de junio de 1958); y de otra parte, el parentesco de afinidad queda excluido del tipo calificado según se dijo de antiguo por esta Sala para el parricidio (Sentencias de 11 de marzo de 1887 y 7 de diciembre de 1888 y todas las sucesivas); todo lo cual hace ineficaz la doctrina sentada en torno a la circunstancia mixta de parentesco respecto a las lesiones calificadas por los

vínculos parentales del parricidio, de suerte que así como aquella circunstancia puede resultar inaplicable en casos en que dichos vínculos se hallan relajados por enemistades profundas, tales situaciones de aversión y separación entre los parientes afectados son indiferentes para el mencionado subtipo de lesiones. (Sentencia de 30 de junio de 1955).

Aplicada la anterior doctrina al **único motivo** del recurso, se hace obligada su desestimación puesto que la circunstancia mixta de parentesco del artículo 11 del Código penal, cuya aplicación se postula, es inconciliable con la calificación de los hechos graves del artículo 420-4.º del Código con la agravación específica prevista en el penúltimo párrafo de este artículo; de modo que el hecho de que la procesada estuviera separada del marido lesionado no tiene ninguna influencia en el subtipo penal correctamente estimado en la instancia según la doctrina antes expuesta; siendo de advertir que los casos de lesiones en los que se ha aplicado el artículo 11, o bien se trataba de lesiones no incluidas en el artículo 420 como graves, o bien los interesados estaban unidos por parentesco de afinidad, a los que sí puede alcanzar la circunstancia mixta y, por tanto, la doctrina sentada en torno a la ruptura del vínculo afectivo o de provocación del agraviado, supuestos éstos (de parentesco de afinidad unido a sentimiento de enemistad) que son justamente los que contemplan las sentencias aducidas por el recurrente que, por lo mismo, no son aplicables al caso de autos, basado en vínculos matrimonial no disuelto ni invalidado que, por ello, sirve para sustentar, cualquiera que fueren las relaciones entre los cónyuges, la cualificativa del artículo 420, párrafo penúltimo en relación con el 405 del Código penal. (S. 11 abril 1979.)

Artículo 14, 3.º. Cooperación necesaria (diferencia con complicidad).

En el tema de deslindar la frontera entre cooperación necesaria propia de la **coautoría** descrito en el núm. 3.º del artículo 14 del Código penal y la cooperación no necesaria propia de la complicidad descrita en el artículo 16 del mismo Código punitivo, esta Sala viene sentando, en primer término, un **criterio causalista** propio de la equivalencia de condiciones a que alude el primero de los citados artículos, de suerte que si suprimido mentalmente el acto cooperador desaparece contemporáneamente el resultado delictivo se habrá probado virtualmente la necesidad de la cooperación en el caso concreto; argumento causal que esta Sala viene matizando en resoluciones más recientes con llamadas a otros criterios doctrinales que vienen a complementar el primeramente aludido, cuales son el del **dominio del acto** por el autor que estaría ausente en el cómplice (Sentencia 1 de julio de 1963), o, en fin, el relativo a la tesis de los **bienes o actividades escasos**, de suerte que cuando la cooperación ofrecida por el partícipe sea de difícil consecución—conforme a criterios prácticos derivados del tráfico y de la convivencia social—habrá de ser estimada necesaria y, por ende, como coautoría, para ser degradada a complicidad en el caso contrario (Sentencias de 22 de septiembre de 1971, 8 de marzo de 1973, 8 de octubre de 1974, 12 de diciembre de 1975, 28 de enero de 1976 y otras).

Que el caso específico de la **entrega de la llave** para que otro pueda cometer el delito de robo, que en unos casos ha sido entendido como acto de complicidad (Sentencia de 4 de junio de 1919) y en otros como acto de coautoría (Sentencia de 22 de enero de 1952), puede ser igualmente tratado con los criterios antes expuestos, de modo que si aquél se ofrece como acto esencial para poder llevar adelante el plan ejecutivo trazado, o la persona poseedora de la llave es elemento indeclinable, de modo que bien puede decirse que con la entrega de aquélla decide la realización del hecho, o que la llave se muestra como de difícil adquisición por reducirse su tenencia a una sola persona o a un círculo limitado de ellas, no debe haber inconveniente en considerar tal aporte de la llave como acto de auténtica coautoría por cooperación necesaria; que es lo que propiamente ocurre en el caso **sub judice** en que la llave entregada por el recurrente al otro procesado en la causa era la que abría el portal de la casa del primero, portal por el que se accede a un patio interior del inmueble en el que existe la ventana, uno de cuyos barrotes fue doblado permitiendo el acceso al interior del bar donde se consumó el despojo delictivo; pues ya se ve como todo este proceso causal hasta llegar al apoderamiento de la **res furtiva** se origina en un primer eslabón—la entrega de la llave del portal—sin el cual no hubiera podido cometerse el robo, al menos en la forma concreta α histórica que se juzga; y no sólo eso sino que, como consecuencia, el recurrente tenía el poderío del acto determinante del robo y disponía de un elemento físico—la llave—que sólo podía pertenecer a las personas que habitaban la casa, lo que hacía problemática su adquisición; en definitiva, que la persona del recurrente se muestra en el caso contemplado como insustituible respecto de su correo (Sentencia de 23 de marzo de 1971), lo que lleva a la misma conclusión respecto de su coautoría; todo ello sin contar con que el recurrente tomó también parte directa en la ejecución del hecho, al menos en la iniciación del mismo, puesto que abrió con la llave el portal acompañado del otro procesado, con el que estaba de acuerdo para la sustracción, y en unión del mismo dobló el barrote de la ventana, y si bien se marcharon antes de penetrar aquella noche en el bar, asustados por el ruido que hizo al caer al suelo el hierro de que se valieron para el mencionado forzamiento, a la noche siguiente facilitó de nuevo la llave a su consorte en el delito, quien pudo penetrar por la ventana forzada, de lo que nadie se había apercebido aún, y llevar a cabo la sustracción propuesta por los dos; es decir, que la huida de la noche anterior no puede decirse que fuera tentativa desistida en cuanto no fue voluntaria, sino prolegómeno ejecutivo que facilitó la consumación en el siguiente día y a hora también nocturna; conjunto de actos los perpetrados por el recurrente que son, de una parte, ejecutivos (en cuanto el proceso de acción ha de considerarse por lo dicho como unitario) y, de otra parte, necesario para esa misma ejecución; lo que lleva sin ninguna duda a desestimar el único motivo del recurso en el que se postula—por cierto razonamiento alguno y sólo con la cita de una sentencia—la calificación de complicidad. (S. 5 abril 1979.)

Artículo 61, 4.º. Determinación de la pena.

Es doctrina reiteradísima de esta Sala que las facultades arbitrales o discrecionales del Juzgador no son, por ser tales, recurribles en casación, tanto si se otorgan **in genere** (regla 4.ª del artículo 61 del Código penal), como si se conceden **in specie**; y ello es así porque la **individualización legal** de la pena ya está hecha, **negativamente**, a través de las causas de exención de la responsabilidad y, **positivamente**, mediante las circunstancias atenuantes o agravantes; lista o nómina de circunstancias cuyos efectos sobre la pena están precisamente determinados en reglas muy concretas o específicas que no cabe ignorar (artículos 61 a 67 del Código penal), de suerte que su infracción atrae la censura de la Casación, a no ser que la aplicación de las mismas sea potestativa, en cuyo caso entra la llamada **individualización judicial**, labor típica de la instancia, para cuya orientación da la Ley criterios axiológicos de ponderación en los que se da entrada a una base de mensuración subjetivo-objetiva que toma en cuenta tanto la personalidad del delincuente como la trascendencia mayor o menor del hecho punible, aparte otras circunstancias fácticas propias de cada especie delictiva; criterios que son, justamente, los tenidos en cuenta por el párrafo tercero del artículo 344 del Código penal, cuando tras señalar en su primer párrafo las penas tipo, establece que: «Los Tribunales atendidas las circunstancias del **culpable** y del **hecho**, podrán (verbo potestativo insoslayable) imponer la pena inferior o superior en un grado, según proceda», cláusula discrecional que no puede ser entendida de manera diferente a la establecida en otros pasajes del Código, tal como viene declarando esta Sala en numerosas resoluciones posteriores a la reforma del artículo 344, por la Ley de 15 de noviembre de 1971; sin que se pueda decir, como alega el recurrente, que procede la Casación cuando no se hace uso de la facultad discrecional pudiendo haberse hecho, como en el caso de autos, dada la escasa cantidad vendida, el tratarse de una sola operación y la falta de antecedentes; pues, ciertamente, uno de los aspectos de la potestad es el no hacer uso de la misma, aparte de que en el caso **sub judice**, ya se ha razonado que el acto que se pretende mínimo y aislado es preciso enmarcarlo dentro de una actividad general más importante por parte del que recurre. (S. 24 marzo 1979.)

Artículo 69. Delito continuado.

En materia de falsedades ha quedado clara y reiterada la doctrina de esta Sala al establecer que la esencia del delito continuado se basa en el **dolo unitario** o **propósito homogéneo del agente**, realizando material y prácticamente una serie de ejecuciones fraccionadas y que tales características pueden producirse en los delitos de falsedad documental que agrupa en unidad de infracción las distintas consumaciones físicas integrándolas en un solo delito continuado, si un propósito común preside el quehacer

delictivo, tanto más si el destino es el mismo y el conjunto de acciones falsarias resulta necesario tanto para alcanzar finalísticamente el destino propuesto, como para conseguir un quebrantamiento patrimonial ajeno, donde las mutaciones documentales de la verdad son delitos medios para llegar al delito fin defraudatorio, o también para ocultar una infracción criminal contra la propiedad. En resumen, la jurisprudencia ha aceptado y desarrollado la doctrina del delito continuado en las falsedades, si el propósito común o dolo del autor, preside el quehacer falsario, y tienden a la misma finalidad, ya que así quedan unidas o abrazadas por el único factor culpabilístico del sujeto (Sentencias de 11 de diciembre 1973, 12 marzo de 1977, que recogen, a su vez, otras muchas. (S. 22 marzo 1979.)

Artículo 71. Concurso de delitos.

Si para fingir el pago y devolución de lo apropiado se acudió a la expedición ilícita de un talón bancario sin fondos, fuera cual fuera la finalidad que con el libramiento se pretendiera, y sin que en la fecha consignada en el documento cambiario exista en su favor disponibilidad de fondos bastantes en poder del librado para hacerlo efectivo, es claro y manifiesto y sin posible duda sobre este extremo, que se comete otro delito enteramente distinto, independiente, y diferentes en el que ni tan siquiera existe la relación de causa a efecto entre el delito inicial y posterior, puesto que ni la apropiación indebida delictual ni la entrega del cheque en descubierto son medios necesarios para cometer uno y otro delito, por lo que es imposible aplicar el artículo 71 del Código Penal, pues siendo este último enteramente distinto, que se tratara de eludir las consecuencias civiles del anterior, finalidad que nunca podría lograrse con el libramiento de un cheque carente de fondos para su cobertura, fue maniobra delictiva en absoluto innecesaria y reiterativa de la voluntad de delinquir, por lo que es notorio y patente la independencia comisiva y consecuentemente punitiva de ambos delitos. (S. 2 marzo 1979.)

Artículos 303 y 529. Falsedad y estafa.

Se aduce la aplicación indebida el artículo 303 en relación con el 302, número 1.º, del citado Código penal, por cuanto no cabría apreciar la existencia de la falsedad y de la estafa como delitos independientes, al ser aquélla medio necesario para cometer ésta, ya que para que tuviese lugar el cobro del cheque en la sucursal bancaria, era imprescindible rellenarlo y cubrirlo como si fuera su titular, estableciendo así el requisito del engaño, que unido al del perjuicio patrimonial daba lugar a la estafa; consumándose esta infracción al hacer efectivo el cheque, quedando absorbida y subsumida en esta tipicidad la anterior, previa e imprescindible de la falsedad realizada, alegándose en el segundo motivo, como subsidiario del anterior y para el supuesto de no ser éste estimado, que de apreciar la falsedad en el documento mercantil no llegaría a producirse el

delito de estafa, infringiéndose por aplicación indebida el artículo 529, número 1.º, citado, puesto que la referida falsificación no tendría virtualidad hasta que no alcanzase la finalidad de conseguir la defraudación que la motivó, de lo que se desprende «que los hechos eran tan conexos entre sí, que o bien se comete el delito de estafa, o bien el de falsedad, pero no ambos independientemente», argumentación defensiva carente de consistencia fáctica y legal, habida cuenta: a) que para la existencia del delito de falsedad en tales privilegiados documentos no se precisa que concurra ánimo de lucro ni que se cause o se intente un perjuicio a tercero, ni aún tampoco hay que tener en cuenta por no ser indispensable la trascendencia y efecto que pueda tener dicha falsedad en el mundo exterior, basando para su configuración que se falte a la verdad en alguna de las modalidades prefijadas en el artículo 302, ya que en esta clase delictiva es la sociedad en general el sujeto pasivo de la infracción, porque en todo caso y aunque no haya perjuicio patrimonial concreto para tercero, es el interés de la comunidad el que resulta violado prevalentemente, sin que le prive de su propia sustantividad, ni le reste trascendencia punible el que otro posterior designio impulse al agente a cometer la falsedad delictiva (Sentencias de 24-4-55 y 30-1-58); b) que como anteriormente se deja dicho, el problema o incógnita sobre si falsedad en documento mercantil, como sucede en el caso enjuiciado, realizada como medio necesario para la consumación de una estafa es o no consumida por ésta, es cuestión legalmente prevista, dilucidada y resuelta negativamente por el legislador al derogar y suprimir en el texto punitivo vigente la arcaica figura de la falsedad con lucro que se preveía y penaba en el artículo 323 del Código penal de 1932, cuestión a mayor abundamiento reiteradamente aclarada por la doctrina de esta Sala en el sentido de que la concurrencia de falsedad y estafa exige la condena por ambos delitos, al no ser en modo alguno inconciliables e incompatibles entre sí, por lo que el invocado problema ha de resolverse, no conforme a los principios del llamado concurso aparente de leyes, que de aplicarse como alusivamente se postula por el recurrente, llevaría el desplazamiento y exclusión de uno de los tipos delictivos por el otro, sino conforme a las normas que regulan el concurso propio y real de delitos establecido en el artículo 69, por el que a cada delito cometido debe corresponder una pena, siendo indiferentes que la contemplación de un acto o conducta antijurídica, vaya o no seguida, conjunta o inmediatamente de otros actos análogos, cuando pueden ser debidamente identificados en el tiempo, persona o sujeto pasivo de los mismos, y c) que siendo por su propia naturaleza dolosa los delitos de falsedad y estafa independiente y autónomos, no cabe subsumirlos uno en otro, sino calificados, estimarlos y penarlos en su característica sustantividad, aunque uno sea medio de comisión del otro, porque no se realizan o cometen en un solo acto, sino que la actividad criminal se desenvuelve desde su exteriorización inicial hasta su remate final, en diversas infracciones independientes, correlativas y sucesivas, sin que por tanto sean fases parciales y complementarias de un único hecho, sino que los actos constitutivos de falsedad tuvieron individualidad peculiar y distinta de

los que integraron la estafa y por lo tanto han de ser considerados y estimados por sí mismos aunque en la comisión el recurrente obrara a impulsos de un propósito finalista defraudatorio, y con independencia de aplicación o no, según sea lo más favorable al culpable de la penalidad única o separada dispuesta en el artículo 71 del Código penal (S. 2 marzo 1979.)

Artículo 321. Usurpación de funciones.

Al requerir el artículo 231 del Código penal el ejercicio de actos propios de una profesión sin poseer el que lo hiciere el correspondiente título oficial que habilite para ello, es claro que si no consta en modo alguno tal ejercicio, es decir, en este caso, el ejercicio de actos exclusivos y excluyentes de la profesión de Abogado, porque lo que el procesado realizó no precisa de la intervención de los referidos profesionales al permitirse hacerlo a los propios particulares interesados, sin excluir a quienes éstos designen, por no tratarse de una contienda jurídica, sino meramente administrativa, mal puede incardinarse la conducta de a quién se atribuyen en la literalidad del anotado precepto. (S. 2 abril 1979.)

Artículo 399. Malversación de caudales públicos.

Para la calificación de un hecho como malversación propia o impropia es necesario que se halle perfectamente demostrado en autos la realización por el sujeto activo, funcionario público o persona legalmente asimilada, en este caso el propietario de los bienes embargados, designado depositario por el Juzgado embargante, de una de las conductas descritas en los correspondientes tipos penales, como son las de sustraer, consentir que otro sustraiga, dar a los caudales un destino distinto desviándolos, del que les estaba señalado oficialmente, o aplicarlos a usos propios; ninguna de las cuales, aparece reconocida y descrita en el Resultando fáctico de la resolución de Instancia, que se limita a decir que los bienes embargados han desaparecido, sin que conste la fecha de desaparición de los mismos, ni su actual paradero, por lo que es evidente que al no existir reconocidos en tal descripción, los elementos típicos esenciales referentes a la acción o verbo nuclear, para que el proceder del recurrente pueda ser subsumido o encuadrado íntegramente, en el artículo 399 del Código penal invocado como infringido en el recurso, pues como tiene declarado reiteradamente esta Sala, tanto la sustracción efectuada por el funcionario, como su consentimiento a ella, así como la desviación o el uso de los caudales custodiados, son hechos que han de aparecer perfectamente perfilados, tanto en su vertiente objetiva como en la subjetiva, con prueba cumplida y que no deje dudas sobre la realización de una de tales conductas (Sentencia de 7 de abril de 1962, entre otras), lo que no ocurre en el presente caso, pues aunque no consta qué pasó con dichos bienes (que, por ejemplo, han podido ser objeto de reembolso por otros acreedores), tampoco aparece

declarado, como según tal doctrina se precisaría que el inculpado hubiera sustraído o dispuesto de los mismos, demostración que no puede ser suplida por presunciones, sin violar los principios de legalidad e «in dubio pro reo», por lo que procede la estimación del único motivo del recurso. (S. 16 marzo 1979.)

Artículo 405. Parricidio (frustrado).

Las limitaciones inherentes a la condición humana hacen imposible el que se pueda penetrar en la intimidad de las personas para apreciar su intención, por ello, siempre que ésta venga comprendida como elemento integrante del tipo de una determinada figura penal, necesariamente se ha de deducir de los hechos ofrecidos por la realidad física perceptibles directamente por los sentidos, lo que cobra especial relieve y significación cuando el supuesto objeto de análisis se halla constituido por una circunstancia como la alevosía, que es predominantemente objetiva, como tantas veces ha declarado esta Sala, ya que en su configuración legal se atiende a los medios, modos o formas más que al elemento psíquico, es decir, al obrar o a la materialidad de los actos realizados y no al querer, de ahí, que cuando la acción dinámica del agente se reputa idónea para la producción del resultado finalísticamente perseguido sin riesgo para la persona del autor que proceda de la defensa que pudiera realizar la víctima, en general, se debe deducir que al autor tuvo no solamente la representación, sino también la voluntad de aprovecharse de la ocasión que le era propicia o favorable.

La aplicación al caso de autos de la doctrina anteriormente expuesta conduce a sentar la conclusión de que procede desestimar el primero de los referidos motivos de casación, en cuanto que, del relato histórico, aparece que el procesado, después de coger una escopeta del doce y cargarla con dos cartuchos, entró en la cocina en la que se encontraba sentada su mujer y, hallándose a una distancia de la ofendida de unos ochenta centímetros, de forma súbita e inesperada le disparó a la cabeza, produciéndole las lesiones que en el propio relato se describen, así como las tremendas secuelas que dejaron, de donde resulta, pues, por un lado, la perfecta idoneidad de los medios y de la forma empleada en la ejecución del hecho para lograr la consumación del delito contra las personas calificado con todo acierto por la Sala de Instancia, y, por otro, que el procesado se aprovechó voluntariamente de la ocasión que se le deparaba para realizar el hecho sin el menor riesgo que pudiera provenir de la imposible reacción defensiva de la víctima. (S. 8 marzo 1979.)

Artículo 406, 1.º. Asesinato.

No puede negarse la concurrencia de la alevosía cualificadora del asesinato, pues esta Sala, entre otras, tiene declarado en la Sentencia de 19 de abril de 1972: «Para que surja la alevosía agravante o calificadora del ase-

sinato, resulta indispensable, la presencia de dos presupuestos: a) **Subjetivo**, el primero, constituido, porque el agente telológicamente, utilice de manera consciente, medios, modos o formas de ejecución que tiendan a asegurarla, sin el menor riesgo por la indefensión deseada de la víctima, y que suponga una superior culpabilidad personal, porque surgidos en la dinámica operativa, los aprovechara, con tal finalidad doble; y b) **Objetivo**, el segundo, porque se utiliza el «modus vivendi», constituido por alguno de los más diversos y posibles medios de actuación práctica, que conduzcan materialmente al aseguramiento consumado de la agresión, sin peligro para el ejecutor, que provengan de la eventual defensa del ofendido, que ha de encontrarse anulado en su posible reacción y desvalido en absoluto, por ignorar el malvado propósito que anima al agresor, pleno de perfidia y cobardía, que subrepticia o cautelosamente, le ataca en su vida o integridad corporal, por sorpresa». Aplicando estos criterios no cabe dudar que subjetivamente era consciente que disparando con arma tan mortífera y a tan escasa distancia estaba asegurado el resultado letal que produjo, estando también claro y manifiesto que lógica y racionalmente ponderó la imposible defensa que pudiera hacer el ofendido, al encontrarse inerme y desamparado, de tal forma que el agresor sabía y le constaba que ningún peligro iba a correr y cuáles iban a ser los resultados de su agresión; pues en el aspecto objetivo la distancia, el arma utilizada, la posición de la víctima, el encontrarse totalmente indefenso sin reacción posible, y clamando por su vida, era una forma de ejecutar el hecho que tendía a asegurar el resultado mortífero propuesto y la imposibilidad de reacción o defensa por parte del ofendido. (S. 13 marzo 1979.)

Artículo 407. Homicidio (frustrado).

Todo el problema sobre el que tiene que decidir la Sala, se ha de resolver acudiendo, una vez más, al criterio diferenciador entre las infracciones penales del homicidio frustrado y las lesiones, del ánimo de matar—dolo querido de muerte—, forjado en la mente del autor y por consiguiente perteneciente a facultad interna e invisible del sujeto, por lo que su determinación o indeterminación ha de ser apreciada a través de elementos y factores de naturaleza externa que afloran, como reiteradamente tiene establecido la Jurisprudencia, bien en los antecedentes de los hechos, bien en la forma coetánea o concomitante a la conducta o acción recogida en el tipo delictivo, e incluso en elementos posteriores o subsiguientes a la ejecución, analizados todos ellos con la suficiente cautela, a fin de lograr la mayor ausencia de duda que exige el recto enjuiciamiento, figurando como más importantes los pertenecientes al núcleo de la acción sancionada y entre ellos de forma muy especial el «modus operandi», el medio que se emplea en la actividad y los resultados obtenidos.

A la luz del criterio que se acaba de exponer, resulta, con suficiente claridad, que los hechos que se relatan como probados, fueron, bajo el punto de vista jurídico, correctamente calificados, por el Tribunal de Ins-

tancia, como constitutivos de un delito de homicidio en grado de frustración, porque la enemistad entre las familias de la procesada y la víctima que se especifica como antecedente de la conducta delictiva, si bien es cierto que no implica por sí sola la intencionalidad de la agresora, también lo es que tiene potencialidad para el surgimiento del querer de la muerte, y porque la intesidad de la actividad—ocho puñaladas—, el medio empleado en las agresiones—navaja con hoja de 10,3 centímetros de larga y con mango de 13,8 centímetros y la dirección de las heridas—tres en brazo izquierdo, tres en la cara, una en región mamaria izquierda y otra en el epigastrio— evidencian la posibilidad de apreciar el «animus necandi», elemento de la culpabilidad que sirve para que el golpeamiento y acometimiento de una persona a otra sea considerado como constitutivo de un delito de homicidio, en grado de frustración, por todo lo cual deben ser desestimados los dos motivos del recurso, el primero articulado, por entender que se ha aplicado indebidamente el artículo 407 en relación con el artículo 3.º, ambos del Código penal y, el segundo, por falta de aplicación del núm. 4 del artículo 420 del mismo texto punitivo. (S. 3 marzo 1979.)

Artículo 420, 3.º. Lesiones.

Las lesiones necesitaron cincuenta y cinco días para curar, quedándole como secuelas irreversibles la pérdida del diente incisivo inferior izquierdo y la fractura del canino del mismo lado, se hace forzoso concluir que concurrieron en el caso los elementos y requisitos necesarios para poder castigarlo conforme al número 3.º del artículo 420 del Código penal, pues es evidente que, aun cuando tal defecto pueda disimularse merced a los adelantos de la moderna técnica odontológica, lo que no cabe negar es que el sujeto ha quedado deforme a todas luces con la lesión sufrida, porque por deformidad se ha de entender, no sólo las anomalías o irregularidades físicas ostensibles y permanentes que produzcan fealdad o desfiguración, sino cualquier alteración corporal visible o invisible que comporte imperfección, entre ellas, claro está, que la pérdida de los dientes. (S. 2 abril 1979.)

Artículo 429, 3.º. Violación.

La jurisprudencia de esta Sala—Sentencias de 5 de febrero y 21 de junio de 1976 y 23 de mayo de 1978— tiene declarado, reiteradamente, que las situaciones de subnormalidad son susceptibles de ser acogidas en el requisito de la falta de razón que reclama el delito de violación, cuando afecta a las facultades psíquicas de la víctima o sujeto pasivo del delito, en tal grado, que no puede valorar el alcance y trascendencia del acto sexual que se realiza y siempre que sean conocidas por el agente de la conducta delictiva o sujeto activo del delito, sin que la equiparación de

la edad mental a la edad física de menos de doce años, que se recoge en el número 3 del artículo 429 del Código penal, pueda servir más que como medio orientador, pero nunca como vinculador en el juicio que ha de formarse el Juzgador, en virtud de que en la edad física se da la concurrencia de las disminución mental y la fuerza que pueden oponer al acto ilícito y en la edad mental no suele darse la disminución de ésta y además por el desequilibrio que se presentan en los diferentes tipos de enfermedades en relación con las facultades de la mente, habiéndose declarado, en el supuesto de oligofrenia, en grado de debilidad mental muy acentuada, rayana en la imbecilidad, como se desprende de las sentencias citadas, que concurre el requisito que se impugna en el único motivo sobre el que tiene que decidir la Sala, por lo que debe desestimarse, en cuanto que en la versión fáctica de la sentencia se hace constar este grado de disminución de la razón, máxime si se tiene en cuenta que el coeficiente intelectual es de 0,52 y la edad mental equivalente a la de una niña de seis años y seis meses a siete años y seis meses como máximo, y que esta situación anormal y patológica era conocida perfectamente por el condenado. (S. 28 marzo 1979.)

Artículo 431. Escándalo público.

Se estima infringido por el Tribunal a quo el artículo 431 del Código penal, entendiendo que si el vigente artículo 3.º del Código civil, de aplicación general, ordena que la interpretación de las normas jurídicas debe hacerse «de acuerdo con la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas», hay que convenir que el concepto dominante en la sociedad actual respecto a moralidad sexual es muy distinto y mucho más amplio que el imperante hasta hace unos años; pero es lo cierto que, como queda dicho en doctrina, por mucha laxitud que quiera tenerse en el escabroso tema de la moral sexual colectiva y por mucho que quiera distinguirse entre simple erotismo y pornografía, hay límites infranqueables que no es lícito traspasar y, sobre todo, es preciso atender a la indiscriminada publicidad de la estampa o impreso; de modo que, en cuanto a lo primero, una cosa es la exhibición del desnudo femenino, en cuanto el mismo representa una satisfacción estética, y otra es la reproducción de escenas, acompañadas de textos seudoliterarios, en los que claramente se presenta el mismo acto sexual, acto de copulación, que no sólo religiosamente, sino también culturalmente, se ha tratado siempre de velar y recatar por un ancestral e innato sentido del pudor, de suerte que no puede hacerse invocación de la «norma de cultura» para hacer tabla rasa de dicha permanente valoración humana como no sea en nombre de un proceso diametralmente opuesto de «anticultura» del que ya se empieza a hablar y que es preciso atajar, si no se quiere que desaparezca la base más firme de la norma jurídico-penal; y en cuanto al segundo aspecto, también es claro que la protección dispensada por la Ley a la recta formación sexual de los menores exige que los impresos gráficos estén sujetos a límites de difusión (equivalentes a los de otros me-

dios de comunicación social), dada la exhibición de los mismos en quioscos y otros lugares abiertos en los que pueden ser contemplados impunemente por tales menores.

El ejemplar de la revista unido a los autos y al que el **factum** de la sentencia recurrida se remite, en especial su portada y determinadas páginas, incide en aquella peyorativa valoración del desnudo femenino a que se ha hecho referencia, puesto que las fotografías de mujeres desnudas acompañadas en casos del correspondiente «partenaire» masculino, junto a los textos que las ilustran, presentan escenas previas al acto sexual, cuando no insinúan el acto mismo, lo que vulnera, como se ha dicho, la norma de cultura que subyace en la jurídica protectora de las «buenas costumbres», las que trata de suplantar así por criterios regresivos de anticultura y de dispersión valorativa. (S. 2 marzo 1979.)

El Tribunal Supremo, atribuyendo un valor disyuntivo a la «o» que, en el artículo 431 del Código penal, separa las palabras «escándalo» y «trascendencia», en numerosas sentencias, entre ellas las de 20 de noviembre de 1976, 20 de enero de 1977 y 18 de enero de 1978, ha sostenido que los actos de homosexualidad practicados por adultos con menores, máxime si han sido precedidos o seguidos de dádivas o de otros medios de incitación o de persuasión, constituyen siempre comportamiento subsumible en la figura legal de escándalo público incluso cuando no les acompaña la publicidad, difusión, divulgación o conocimiento general, toda vez que tales actos, por sí mismos, y al extrañar propagación o extensión de una perniciosa desviación sexual a personas que por su corta edad se hallan en peligrosa fase de indiferenciación erótica, son relevantes y trascendentes, lesionando e hiriendo gravemente al pudor y a las buenas costumbres, las cuales los repudian, reprueban y execran gracias a la ofensa que supone para la moralidad sexual colectiva y para los sentimientos de decencia, recato y morigeración propios del común de las gentes. (S. 20 marzo 1979.)

Artículo 490. Allanamiento de morada.

Si bien el delito de allanamiento de morada generalmente es un delito instrumental, cometido como medio necesario para la consecución de otros fines también delictivos (atentados contra la vida o la integridad física, honestidad, libertad, etc.), en el caso enjuiciado no se da esa circunstancia ni finalidad, ni siquiera el procesado tenía inicialmente la intención dolosa de atentar a la santidad del hogar y la inviolabilidad de domicilio, y así podemos decir que no se dio claramente la forma activa del delito ante la falsa situación en que se encontró el procesado al dirigirse a visitar a una amiga suya, llamada Carmen, con la que tenía gran intimidad, ignorando que ésta se había mudado de vivienda y arrendado la anterior, precisamente aquel mismo día, a unos estudiantes, y cuando al llamar a la puerta le abrió uno de ellos, le preguntó por la referida Carmen y al contestarle que no sabía donde se encontraba y que ellos ocupaban el

piso, el procesado, visiblemente mareado por la ingestión de bebidas alcohólicas, penetró en la vivienda, insistiendo tenía que decirle dónde vivía, siguieron hablando de varias cosas, saliendo después a ver el coche del procesado y éste le regaló una botella de vino que tenía en el coche, penetrando de nuevo en el piso con el estudiante que había salido y obsequiado, volviendo a discutir con éste y los demás ocupantes del mismo, para le dijeran el domicilio actual de Carmen, actitud ésta del procesado y los moradores de la vivienda que excluye la antijuridicidad de la acción, al no aparecer la falta de consentimiento ni oposición, a que el procesado entrara en las dos ocasiones en la vivienda inquiriendo el paradero de su amiga, pero sí se da el allanamiento pasivo al requerirle ya en este momento reiteradamente para que se marchara, a lo que se negó el procesado, que ya conocía a los nuevos moradores del piso, con lo que en esta forma pasiva del delito se da tanto el elemento objetivo como el subjetivo de la infracción. (S. 8 marzo 1979.)

Artículo 501. Robo con violencia o intimidación en las personas.

En los llamados delitos de robo con violencia o intimidación en las personas **preordenados**, en los que el agente, con liberación o sin ella, ha concebido, madurado o planeado el atentado contra la propiedad **mediante** el empleo de violencia o de intimidación, la concurrencia de un «dolus antecedens» simplifica las cuestiones que pueden presentarse reduciéndolas a una mínima expresión, pero cuando, las citadas violencia o intimidación, surgen **episódicamente** en el curso de una dinámica comisiva característica de cualquiera otra infracción que no conlleve de ordinario el empleo de medios violentos contra las personas produciéndose éstos como una incidencia sobrevenida, la problemática habitual se acrece o aumenta, siendo preciso resolver las siguientes cuestiones: 1.º infracciones idóneas para que, surgiendo en su «iter criminis» la violencia o la intimidación, se transmuten en delitos de robo matizados con dichas notas y subsumibles en el artículo 501 del Código penal; 2.º momento en el que la violencia o la intimidación deben surgir para ser relevantes u operantes a tales efectos, y 3.º finalidad a que deben propender las dichas violencias e intimidación para que, su aparición no inicial, determine su trascendencia y truequen lo que constituía conducta propia de otra infracción en el mencionado delito contra al propiedad incluíble en el mentado artículo 501. La **primera** cuestión tiene fácil solución cuando se trata de robo con fuerza en las cosas, infracción apta y adecuada para dicha transformación, puesto que el artículo 501 emplea, en sus números 1.º y 3.º, la expresión «con motivo u ocasión del robo», en el núm. 2.º, la de «cuando el robo fuere acompañado» y, en el 4.º, «cuando la violencia o la intimidación que hubiere concurrido en el robo», estando acordes la doctrina y la jurisprudencia en este punto; pero, cuando se trata de hurto o de estafa, infracciones patrimoniales de tipo furtivo, clandestino, subrepticio o defraudatorio, en los que, por su esencia, la violencia o la intimidación deben estar ausentes de su dinámica comisiva, la solución se complica, sosteniendo algunos sectores doctrinales que como, en tales casos, las citadas violencia e intimidación, no surgen con ocasión o motivo de robo, sino con

ocasión o motivo de hurto o de estafa, no puede convertirse en robo con violencia o intimidación en las personas, lo que, por su propia naturaleza, ni lo es ni puede serlo, pero, por su parte, la jurisprudencia de esta Sala, mantiene que si, en el curso o desarrollo operativo de un hurto o de una estafa, advienen la violencia o la intimidación encaminadas al logro de apetencias patrimoniales, tales infracciones se desvanecen o se esfuman para dejar paso a comportamiento subsumible en el artículo 501 toda vez que su naturaleza y su estructura, astutas y no violentas, han cesado para abrir paso a un tipo de delincuencia distinto matizado por el empleo de la «vis absoluta» o por el de la «vis compulsiva», siendo ejemplo de lo que se dice las Sentencias de este Tribunal de 12 de marzo de 1955, 11 de febrero de 1957, 10 de marzo de 1954 y 14 de diciembre de 1962, entre otras. (S. 13 marzo 1979.)

Artículo 501, 5.º. Robo.

El procesado dio un tirón al bolso que llevaba en el brazo la señora. dándose seguidamente con él a la fuga, es evidente que realizó un acto de fuerza contra su propietaria para cogerlo, pues no otra conclusión puede sacarse de la palabra «tirón», que significa acción y efecto de **tirar con violencia**, sin que obste a las consecuencias del delito la pequeña entidad económica contenida en el bolso, ya que solamente con la fuerza ejercida sobre la víctima para llevar a término el hecho punible no puede admitirse la teoría del recurrente y considerar, con arreglo a ella, que la acción realizada sea constitutiva de hurto—en este caso de la falta del artículo 587-1.º del Código penal—, sino de la más grave infracción de robo que define y pena con acierto la sentencia reclamada en base al artículo 501-5.º del citado ordenamiento sustantivo. (S. 5 abril 1979.)

Dentro del concepto de violencia personal debe comprenderse toda acción ejercida sobre la persona para vencer su resistencia o coartar su libertad de obrar, por lo que esta Sala ha reputado como tal los forcejeos o tirones, entre otras, en Sentencia de 27 de marzo de 1961, por lo que no se puede decir seriamente que en el relato de hechos probados no aparezca descrito suficientemente el elemento objetivo de la violencia, dado que en él se dice que el procesado «arrebató a viva fuerza el bolso» a la ofendida, expresión con la que se remarca la concurrencia del requisito ya que bastaría que se hubiese empleado, sin más, el término arrebatar, para que quedase cumplidamente configurado, puesto que, según el diccionario de la lengua, equivale a tomar alguna cosa con violencia o fuerza, siendo totalmente intrascendente la dinámica seguida al efecto. (S. 16 abril 1979.)

Artículo 504, 1.º. Robo (escalamiento).

Se denuncia la aplicación indebida del núm. 1.º del artículo 504 del Código penal, que habla de escalamiento, fundamentándolo en que el escape roto por los procesados para penetrar en el establecimiento de electrodomésticos debe considerarse como huco análogo a puerta o ventana, por

lo que el precepto aplicable sería el núm. 2.º del citado artículo 504; motivo éste que procede desestimar, en primer lugar porque en los hechos probados se sienta la afirmación de que una vez rota la luna del escaparate de la tienda de electrodomésticos los procesados pasaron al interior por él, lo que implica el penetrar al lugar del hecho por vía no destinada al efecto, concepto éste que es el que corresponde a la definición legal del escalamiento que constituye la forma típica del núm. 1.º del artículo 504, aplicado en la sentencia; y en segundo lugar, porque aunque pudiera ser igualmente correcta la aplicación del invocado núm. 2.º del artículo 504, rompimiento de pared, ello no desnaturalizaría la calificación de robo con fuerza en las cosas del hecho enjuiciado, no afectaría al contenido de la parte dispositiva de la sentencia recurrida, lo que haría estéril el recurso. (S. 2 abril 1979.)

Artículo 509. Tenencia de útiles para el robo.

Se impugna el delito de **tenencia de útiles para el robo** por entender que queda absorbido en el de robo, por el que también fue condenado el recurrente, por ser éste tipicidad de mayor rango; alegato que sería perfectamente válido si al procesado se le hubiera ocupado tan sólo la palanqueta con la que perpetró el delito de robo, pues siendo la misma instrumento necesario para la comisión, el viejo principio del **non bis in idem**, de tan rancio abolengo, hubiera impedido tal duplicidad de sanciones; pero si en el **factum** se dice que al ser detenido días después del hecho el procesado y en el interior de su camión, aparte de diversas herramientas, le fue ocupada la palanqueta de autos y además dos ganzúas, es evidente, conforme a doctrina también clásica de esta Sala, que hubo un remanente de útiles para el robo, no empleados en el de autos, cuya mera tenencia, por ende, no queda absorbida por el tipo penal descrito en el artículo 504.2.º del Código penal en el que incidió la conducta del recurrente, tanto más que las ganzúas en cuestión están orientadas a la perpetración de otro tipo penal, el 504.4.º, en el que el uso de la fuerza típica es completamente distinto al que realizó el procesado en el caso de examen; y sin que pueda decirse, como hace el recurrente, que cupo la posibilidad de que el procesado empleara las ganzúas ocupadas en la sustracción de los efectos reseñados en el **factum**, una vez que en el mismo se afirma que aquellos fueron sustraídos de las distintas dependencias del inmueble, pues aparte de que tal cosa no consta, el propio **iudicium** de la sentencia recurrida (primer considerando de la misma), se vale del argumento de que no fueron empleadas las ganzúas en la ejecución del hecho para decretar el consumo real del delito de robo y del de tenencia de útiles para cometerlo. (S. 5 abril 1979.)

Artículo 529. 1.º. Estafa (frustración).

El procesado, en unión de otro respecto del cual fueron los hechos declarados falta, previamente puestos de acuerdo, con el fin de realizar el timo del «toco-mocho», abordaron a una joven, enseñándole un papel con unas

señas y un número coincidente con un décimo de lotería, diciéndole al procesado Manuel que era analfabeto y que había comprado un décimo de lotería a un señor en el pueblo, habiendo resultado premiado el décimo con la cifra de cuatro millones y que si se lo financiaba le daría parte del dinero, repartiéndolo también con el otro procesado, y que al darse la joven cuenta del engaño e invitarles a que la acompañasen a la Comisaría, salieron huyendo, el Manuel, inmediatamente, y el otro procesado poco después, por seguir acompañando a la joven durante cierto tiempo para disimular, es claro que la voluntad finalísticamente dirigida al logro o comisión del hecho punible perseguido quedó objetivada por la realización de actos ejecutivos indubitados y manifiestamente idóneos y congruentes para el logro del fin delictivo perseguido y que si no lo alcanzaron no fue ciertamente, porque voluntariamente desistieron de seguir por el camino del mal para retornar al buen camino, sino porque, contra su voluntad, se vieron obligados a interrumpir el «iter criminis» al verse descubiertos por la víctima y ante la inminencia de la denuncia que ésta iba a formular, como en efecto formuló. (S. 16 marzo 1979.)

Artículo 533. Estafa.

El delito de **estafa** descrito en el artículo 533 del Código penal, ya se considere según criterio tradicional como un **tipo complementario** que cierra la regulación legal «de las estafas y otros engaños», a modo de cautela legislativa que evita la atipicidad de maquinaciones no descritas en los preceptos anteriores, ya se considere con técnica más moderna como el **tipo básico o genérico** de la estafa, del que las demás especies vendrían a ser tipos cualificados a virtud de los específicos engaños que recogen, es lo cierto que, en todo caso, habrá de reunir los elementos propios y característicos de toda estafa, a saber y de modo sintético, el **engaño** inicial desplegado por el sujeto activo, el **perjuicio** final sufrido por el sujeto pasivo y la **relación causal** entre el primero y el último; de suerte que la última diferencia entre la estafa genérica y las específicas que le anteceden ha de buscarse en la tipicidad, vale decir en que el engaño se halle **expresado** o no en los tipos especiales, pues si el artificio o maquinación engañosa, con poderío causal para producir el perjuicio, no puede subsumirse plenamente en tales figuras específicas, habrá que dar paso a la figura de delito del artículo 533 (S. 1 marzo 1979).

Artículo 535. Apropiación indebida.

Se reputa indebida aplicación del artículo 535 del Código penal, al estimar subjetivamente que no puede entenderse cometido el delito de apropiación porque el dinero que recibió el acusado y del que ilícitamente se apoderó en su propio y personal beneficio, no lo fue en «**depósito**», sino que era y pertenecía a la Empresa denunciante, y que el procesado no hizo otra cosa que sustraer un bien mueble de quien lo tenía legítimamente en su poder, conducta que el Código castiga en el artículo 533 en su relación con el 531.

De haber prosperado la precedente tesis el agente hubiera debido ser condenado con más grave pena, la del hurto concretamente agravada por el «abuso de confianza», pues la sustracción de una cosa mueble de quien la tiene legítimamente en su poder es el ilícito penal concreto y específicamente tipificado en el artículo 514-1.º, castigado en el 515-1.º y específicamente agravado en el 516-3.º, por la facilidad operativa delictual que implica el abuso de confianza; sin que haya posibilidad técnico-jurídica de encuadrar la actuación dolosa del discrepante en la peculiar y atípica figura de la estafa establecida por el legislador para prever supuestos específicamente imprevistos de defraudación, viniendo a ser una «**figura en blanco**» que ante el temor legislativo de no haber precavido todas las formas en que el ser humano puede defraudar penalmente a otro, crea, precautoriamente, una tipología penal omnicomprendensiva de concretos «**numeros accertus**» no relacionados ni expresados «**números clasus**» en los artículos anteriores de esta Sección 2.ª, rubricada «**de las estafas y otros engaños**», calidad en que no se pueden encajillar los actos que se incriminan, pues el acusado no defraudó ni engañó, que es la esencia de las estafas, sino que se apropió, indebida y delictualmente de lo que no le pertenecía; sin que fuera preciso que recibiera el cheque cuyo importe se apropió, ni en depósito ni en administración, sino en «**comisión de cobro**» en favor de la empresa que laboralmente le encomendó tal gestión propia de su quehacer profesional, sin que el artículo 535, siga tampoco un sistema estricto de enumeración excluyente que repudie otros títulos distintos de los que expresamente se citan —depósito, comisión y administración—, pues ya se cuida el precepto de ensanchar el ámbito de las apropiaciones indebidas a otro cualquier título con tal de que produzca obligación de entregarlos o devolverlos, y no cabe duda que cuando en su cometido laboral le fue entregado y recibido el talón bancario con el expreso encargo de cobrarlo e ingresar su importe en la cuenta corriente de la empresa lo recibió y le fue entregado con la encomienda de percibir su importe y devolverlo mediante el ingreso, y que al apropiárselo incorporándolo ilícitamente a su patrimonio, realizó el acto apropiativo que la Ley castiga en la norma penal base de la condena que se discute y como el acto está típicamente especificado, a éste «**principio de especialidad**» especifica se atuvieron correcta y acertadamente los juzgadores de Instancia; y notorio desacierto hubiera sido subsumir los hechos en las genéricas y legalmente imprevistas defraudaciones del artículo 533, ya que una vez más cabe insistir en que no es dable confundir ni hacer paralelos o sinónimos los actos de apropiación y los de defraudación, ya que el imputado no engañó a la empresa, sino que se limitó a apoderarse de lo que le era ajeno y se le había confiado con la obligación de cobrarlo y devolver su importe (S. 30 marzo 1979).

Artículo 563 bis) Cheque en descubierto.

Si bien es cierto que esta Sala viene declarando que la postdatación del cheque no es un dato de exclusión de la antijuridicidad cuando de una razonable y breve postdatación se trata (Sentencia 2 de noviembre de 1974)

o de un breve lapso de tiempo (Sentencia de 17 de enero de 1976), cuando se inserta en él una fecha asaz diferente de la real de dación o emisión, tal libramiento, se estima, que su eventual descubierto no revestirá naturaleza criminal ni podía, por tanto, ser objeto de sanción penal (Sentencia 22 junio de 1976) y ello, porque en tales casos se opera —como sigue diciendo la sentencia últimamente citada— una desnaturalización del mencionado título valor, que se convierte en instrumento de crédito o de pago diferido, llenando la función que genuinamente corresponde a las letras de cambio, eludiendo, con ello, subrepticamente el pago de impuestos del timbre, y desentendiéndose de las normas del Código de Comercio —véase el artículo 537— que atribuye al cheque una vida activa extraordinariamente breve; desnaturalización que se produjo en el caso enjuiciado en el que el procesado, representante de una entidad mercantil de la que era gerente, suscribió para con otra entidad también mercantil un documento por el que, ratificando otro anterior de reconocimiento de deuda, le garantizaba el pago por medio de un talón bancario postdatado en ochenta y un días, ignorando —dicen los hechos probados— si dispondría de fondos para hacer frente al citado talón en la fecha consignada en el mismo; convenio con el cual se despojó al cheque de su función económico-jurídica de medio de pago —sustitutorio del pago en dinero efectivo, razón por la cual, y para la seguridad del tráfico mercantil, goza de protección penal— al convertirse artificialmente en una garantía de pago que podría llegar, sin duda, a ser más eficaz en la práctica que cualquier otra que pudiera otorgarse de naturaleza real o personal, al llevar aparejado consigo la amenaza penal inherente al supuesto delito si se dejara de abonar el cheque por falta de provisión de fondos en la fecha pertinente.

Por todo lo expuesto, la falta de provisión de fondos en poder del librado en la fecha consignada en el documento no podía ser conocida por el librador por tratarse de un hecho futuro e incierto dado el no breve tiempo de la postdatación y las dificultades económicas o de liquidez que en un momento dado puedan surgir en cualquier empresa, y lo que no era desconocido para el tenedor, también comerciante, que al amenazar con encarcelar al librador por el impago y formular la querrela, pone de manifiesto su mala fe, por cuanto que al tomar el cheque aceptó el riesgo de impago al conocer su postdatación, con lo que no existe ilícito penal alguno, tan sólo existe incumplimiento de una obligación de carácter mercantil que ha querido ser criminalizada por el querellante amparado por un título valor desposeído de la protección penal por la Ley concedida, al no cumplir su natural función; todo lo cual hace forzosamente estimable el único motivo propuesto por el recurrente, apoyado parcialmente por el Fiscal, y obliga a anular y a casar la sentencia recurrida y a dictar sentencia segunda más ajustada y conforme a derecho (S. 16 marzo 1979).

REVISTA DE LIBROS

**«Análisis del consumo de drogas en la edad escolar». Las Palmas, 1979.,
Asociación C. Superior de Policía de Canarias.**

En la obra se recogen los resultados de una encuesta efectuada entre 2.824 chicos que cursan estudios en colegios públicos o privados de Las Palmas, siendo el promedio de las edades entre quince y dieciséis años, ya que son alumnos comprendidos entre 7.º de EGB y COU. Hay una mayor proporción de chicas (1.645), frente a chicos (1.179).

Del total de la muestra, en alguna ocasión tomaron algún tipo de drogas 283 (187 varones y 96 hembras), siendo las más frecuentes los cannabis (165); cannabis y anfetaminas (62); cannabis, anfetaminas y L. S. D. (22), no teniendo apenas valor el resto de estupefacientes consumidos, pues incluso en algún caso desconocían lo que tomaban. El consumo es mayor entre los chicos de los colegios públicos, con algo más del doble que en los privados; sin embargo, mientras que en los privados la proporción de consumo entre ambos sexos apenas varía, en los públicos el número de los chicos que consumen es doble que el de las chicas. La mayor incidencia se da en los de más edad.

Parece que la motivación que origina la iniciación en el consumo obedece especialmente a problemas familiares, escolares, sociales o personales; el «snobismo» o curiosidad tiene escasa incidencia; no son partidarios de que se sancione a los consumidores, y aceptan la libre decisión de que cada cual haga lo que considere oportuno. La tercera parte son partidarios de que se legalice la marihuana, pues dejaría de ser una novedad como sucede con el alcohol, y sus efectos no son peores que los de éste, allí que consideran también como una droga, lo mismo que el tabaco. Las dos terceras partes se muestran partidarios de que se informe adecuadamente a los jóvenes en los colegios sobre el riesgo del uso de drogas, pues hay que terminar con el tabú que existe sobre este tema.

Otros datos que cabe destacar son: El 53,8 por 100 de la población escolar estima perjudicial no sólo el consumo de drogas, sino también el tabaco y alcohol; para el 21,6 por 100 el uso es una forma de evasión; el 31,9 por 100 estima que los consumidores son gente inconsciente y manipulada, y en la misma proporción valoran que el consumo obedece a problemas familiares, escolares o sociales; el 66 por 100 de los escolares que consumen drogas son varones y el 34 por 100 chicas.

CODE PENAL DE LA REPUBLIQUE DE SAINT-MARIN. Livre premier (Partie générale. Traduit et précédé d'une introduction par le Baron Jean CONSTANT. 1978, Vaillant-Carmane, S. A., Liège.

El profesor F. BIGI, de la Comisión de Reforma penal, de San Marino, afirmó que este Código de 1974 (en vigor desde enero 1975) «nos ofrece una tradición de humanidad, de garantías, un ejemplo de sobriedad, de claridad, de precisión jurídica, la exigencia de un sistema de gradación y de equilibrio unida a la utilización de las más osadas técnicas».

La revisión del viejo Código de 1865 fue considerada hace ya tiempo. Por encargo del Gobierno, el criminalista Filippo Gramatica presentó en 1934 su proyecto de Código penal, basado en las concepciones de Derecho penal subjetivo «caracterizado esencialmente por la primacía concedida a la personalidad del delincuente y a la individualización educativa de la sanción».

El Código que nos ocupa es el resultado de los trabajos de una comisión para la reforma de la legislación penal, sometidos a varias asambleas de juristas que aportaron algunas modificaciones. Formaron la Comisión los criminalistas Giocoli, Santoro, Sabatini y S. Messina. Entró en vigor el 1.º de enero de 1975.

Su traductor al francés, ex Decano Constant, de Lieja, y fiscal emérito de su tribunal de apelación, resume así el juicio que le merece: «Si respetuoso de la tradición el nuevo Código penal se alinea bajo la bandera de la escuela clásica, para organizar la represión, está concebido, sin embargo, con una óptica ecléctica y progresista en cuanto a los medios que conviene poner en práctica para luchar eficazmente contra la criminalidad».

Este libro primero se intitula parte general, artículos 1 a 149. La parte especial será objeto del libro II, parte especial, que en cuatro títulos tratará sucesivamente de las infracciones contra las personas, contra la familia, contra la sociedad y contra el Estado.

El nuevo Código considera la personalidad del delincuente, afirma que toda infracción comporta un elemento psicológico (art. 30 a 32), y considera criminalmente peligrosa una persona (aun ni imputable ni punible) cuando el juez declare que esta persona podrá cometer nuevamente hechos que la ley califica como crímenes.

También la clasificación tripartita se basa en un elemento psicológico, el carácter intencional o no de la infracción, y no en su gravedad (Crímenes, delitos y faltas).

No se restablece la pena de muerte, se tiende a sustituir las penas de corto tiempo de prisión por multas proporcionales a la renta, represión judicial, sistema de prueba, arresto domiciliario o en prisión sólo los días feriados.

Como medidas de seguridad regula el hospital psiquiátrico, la casa de salud y las de reeducación y trabajo. Tanto las penas como las medidas de seguridad se cumplen en establecimientos de San Marino o del extranjero en virtud de convenios internacionales, principalmente con Italia.

Terminaremos reproduciendo la opinión del traductor, profesor Constant: el nuevo Código de San Marino tiene en cuenta, en esta su parte general, las orientaciones del Derecho penal contemporáneo y las innovaciones preconizadas por la criminología moderna.

PASCUAL MENEU MONLEÓN

DRESSLER, D. (editor): «Readings in Criminology and Penology. 2.ª edición. Nueva York, 1972. 743 págs.

Consta la obra de sesenta trabajos, en donde participan la mayoría de los criminólogos americanos de primera fila. Responde a la concepción americana de la criminología, que abarca desde los modelos de conducta desviada, pasando por las causas del delito, policía y administración de justicia y sistema correccional, hasta la prevención.

Se divide la obra en seis partes, ocupándose la primera del concepto y medida del crimen, en donde se hace un estudio del comportamiento criminal, la violación de las normas, así como la alarma que produce el notable aumento de la delincuencia; los trabajos que componen la segunda parte se dedican especialmente a la criminalidad organizada, al delincuente profesional, delincuencia de cuello blanco, alcoholismo y toxicomanías. De estos estudios se desprende la mejor organización criminal en América que en Europa; pues afortunadamente en el viejo continente no ofrece tanto peligro la organización criminal, tanto en la delincuencia juvenil como en el adulta.

Trata la tercera parte de las causas del delito. Se vuelve al sistema tradicional de tratar sobre las causas biológicas, inteligencia, geografía, ecología, mundo circundante, situación económica, etc., como factores que inciden en el mundo del delito. Consideramos que es preferible hablar de factores concurrentes y no influyentes, ya que no todos los factores que se dan en el sujeto influyen, así como tampoco en la misma proporción.

En la cuarta parte se hace un estudio del funcionamiento de la administración de justicia, así como de la actuación policial, tanto a nivel local como federal. La parte siguiente la integran doce artículos, que se ocupan del sistema correccional y programas de tratamiento, donde se recogen los problemas que plantea la prisión cerrada, la que no puede ser sustituida por ahora, ya que hay sujetos que necesariamente han de estar en establecimientos cerrados, e incluso que ofrezcan grandes garantías de seguridad; también se trata de los sistemas de prueba y factores que han de tenerse en cuenta para la predicción del delito.

La sexta y última parte está dedicada a la prevención del delito; esta función puede llevarse a cabo no sólo con respecto de la población en general, sino con los delincuentes que han quedado en libertad o bajo control, sino incluso ha de tenerse en cuenta el tratamiento penitenciario, pues la recuperación del delincuente supone un importante valor preventivo, en cuanto que evita la reincidencia.

ALFONSO SERRANO GÓMEZ

«Estudios Penales II. La reforma penitenciaria». Presentación de A. FERNANDEZ ALBOR. Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Santiago de Compostela. Santiago, 1978. 341 páginas.

En esta nueva publicación del Departamento de Derecho Penal, Criminología y Ciencias Penitenciarias de la Universidad de Santiago de Compostela, se recogen diversos trabajos relativos al campo de la ciencia penitenciaria. Algunos de ellos corresponden a las ponencias presentadas por sus autores en el Curso organizado por la Universidad de Santiago de Compostela en la ciudad de Vigo, en julio de 1978, sobre «La reforma penitenciaria».

Jesús ALARCÓN BRAVO aborda el estudio de *El tratamiento penitenciario* (págs. 13-41). La primera parte del trabajo la dedica el autor a sentar las bases de lo que debe entenderse por tratamiento. En su opinión, consiste en «una ayuda, basada en las ciencias de la conducta, voluntariamente aceptada por el interno, para que en el futuro pueda elegir o conducirse con mayor libertad; o sea, para que pueda superar una serie de condicionamientos individuales o sociales, de cierta entidad, que hayan podido provocar o facilitar su delincuencia» (pág. 21). La segunda parte constituye un rápido comentario del Título III del Proyecto de Ley General Penitenciaria relativo al tratamiento.

Luis CASTILLÓN MORA se ocupa del problema de los efectos de la prisión en la personalidad del interno en las páginas 43 a 89: *Crimen, personalidad y prisión*. Después de efectuar un análisis panorámico de la personalidad se centra el autor en el tema de la personalidad del delincuente, cuidándose de distinguir entre las personalidades anormales que llegan a la prisión y las que pudieran calificarse de normales. Con relación a estas últimas, señala algunas de las reacciones peculiares más conocidas con referencia a la prisión. Se adhiere el autor a la tesis de Parker, corroborada por él mismo a través de su amplia experiencia en la Central de Observación, de que las personalidades se conservan en la prisión como eran ya en el exterior. La crisis de la propia identidad y la deformación de la realidad son anteriores a la prisión. Dedicar, por último, algunas consideraciones al problema del sexo en la prisión, destacando la ligereza con la que suele escribirse del tema no sólo en la Prensa habitual, sino también en los libros de Criminología.

La reforma penitenciaria española es objeto de análisis por parte de Carlos GARCÍA VALDÉS en las páginas 91 a 104. Expone el autor las líneas de su actuación en la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, a través de las cuales ha abierto el cauce a la reforma penitenciaria. Confiesa su firme y sincera convicción de que las prisiones españolas tienen arreglo. Su solución ha de pasar necesariamente por la reforma penitenciaria emprendida, constituyendo la Ley General Penitenciaria un paso trascendental y decisivo al que habrá de acompañar de forma paralela la reforma del Código penal, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social.

Manuel IGLESIAS CORRAL analiza en las páginas 105-124 el *Estado actual de las prisiones*. Expone las conclusiones recogidas en el dictamen elaborado por la Comisión del Senado sobre Investigación de los Establecimientos Penitenciarios que él presidió: profundo deterioro de la situación penitenciaria.

factores concretos del conflicto, necesidad de poner en práctica medidas urgentes y el cumplimiento sin aplazamiento de las Reglas Mínimas, así como los principios que deberían regir la reforma penitenciaria. Aboga por la supresión de la pena de prisión. «Esa es la meta. Que aparece en una inmensa lejanía, pero si la miseria del hombre es no poder alcanzarla, su grandeza es la de querer avanzar hacia ella sin fin» (pág. 116). La crisis de la prisión es manifestar tanto desde un punto de vista práctico como doctrinal.

Joaquín RODRÍGUEZ SUÁREZ estudia *El estatuto jurídico del interno* (páginas 125-147). Sobre la base del Derecho Penitenciario español vigente y del Proyecto de Ley General Penitenciario. De forma rápida y no exhaustiva analiza las disposiciones legales y reglamentarias que establecen una serie de derechos y deberes para el interno: derecho a la vida y a la integridad física y prestaciones que se deducen del mismo: alimentación, vestido y asistencia sanitaria; respecto a la dignidad personal, libertad religiosa y de conciencia; derechos relacionados con el mundo exterior; derechos y deberes que acarrea al interno la relación jurídico-penitenciaria: aspectos de información, peticiones y quejas, trabajo, disciplina e instrucción, así como los recursos y garantías jurídicas que asisten al interno.

Enrique RUIZ VADILLO dedica las páginas 149-213 a realizar *Algunas consideraciones sobre la reforma de las penas privativas de libertad. El sistema penitenciario*. Su trabajo aporta notables consideraciones sobre las penas privativas de libertad en el Derecho Penitenciario español, sobre las bases que deben informarle y sobre la reforma penitenciaria. Señala que la conflictividad y crisis penitenciaria española, encuadrable dentro de la generalidad de la crisis, presenta, sin embargo, unas características peculiares que derivan de la nueva configuración política española: el rechazo psicológico de los presos a la pena, la situación lamentable de las prisiones y las últimas medidas de gracia. En este sentido, la reforma penitenciaria se hace inevitable, imprescindible y urgente, y requiere un cambio profundo de la filosofía penitenciaria y del Código penal. Para ello expone los principios teóricos y prácticos que han de servir de base a una reforma penitenciaria en profundidad, la cual ha de llevarse a cabo de forma unitaria y paralelamente con la del Derecho penal y procesal. «Mientras la reforma penal —concluye— no se haga de manera conjunta, armónica (Derecho penal sustantivo, Derecho procesal penal, Organización de Tribunales y Derecho penitenciario) y en profundidad, los resultados serán parciales y sus efectos muy limitados y, en ocasiones, al menos en apariencia, contraproducentes» (pág. 210).

José A. SAINZ CANTERO estudia, bajo el aspecto, normativo (jurídico-penal) el problema de *La sustitución de la pena de privación de libertad* (páginas 215-248). Comienza su trabajo haciendo una confesión sincera de profundo pesimismo «sobre el éxito de cualquier reforma penitenciaria que se emprenda sobre la base de mantener al volumen y ritmo actual la pena de prisión» (pág. 219). La razón de su pesimismo radica en el hecho de que la crisis y fracaso de la pena privativa de libertad no está en su defectuosa ejecución, sino en los efectos nocivos connaturales a la misma. Por ello la verdadera reforma penitenciaria consistiría en «suprimir la pena de privación de libertad. Esta debe ser la meta a alcanzar. Hoy por hoy, sin embar-

go, la supresión es imposible. Pero sí se puede iniciar el camino que conduce a esa meta, y ese camino es el de la sustitución progresiva de la pena de privación de libertad» (pág. 220). Esta pena debería conservarse tan sólo como la última razón de la represión o como pena-choque para determinados delitos y delinquentes. La reforma iniciada sería una buena ocasión para comenzar el camino de la sustitución, como ya se viene haciendo en otros ordenamientos extranjeros.

Francisco BUENO ARÚS examina *Algunas cuestiones fundamentales sobre el trabajo penitenciario* (págs. 255-273). La primera cuestión que aborda es la de la naturaleza jurídica del trabajo penitenciario, que según la regulación actual es considerado como materia jurídico-administrativa. Sin embargo, nada impide que el ordenamiento jurídico considere el trabajo penitenciario como una relación jurídico-laboral a todos los efectos, la cual, por otra parte, sería la consecuencia inmediata de la progresiva tendencia a asimilar el trabajo penitenciario al trabajo en general. El Proyecto de Ley General Penitenciaria no se ha atrevido a dar este paso de forma expresa y definitiva, aunque—a juicio del autor—una serie de normas apuntan hacia su inclusión en el Derecho del Trabajo. Otra cuestión relacionada con la anterior es la de si el trabajo penitenciario constituye un derecho o un deber. Si merece la misma consideración que el trabajo en general, constituirá a la vez un derecho y un deber, como acertadamente reconoce el Proyecto. Acaba el trabajo con unas consideraciones sobre los sistemas de organización del trabajo penitenciario, abogando por el uso creciente de establecimientos abiertos y semiabiertos, en cuyo sentido se orienta el Proyecto.

Luis GONZÁLEZ GUTIÁN analiza algunos aspectos muy concretos de un delito: *Dos problemas del artículo 334 del Código penal (En torno al delito de quebrantamiento de condena)* (págs. 275-297). El autor se adhiere a la opinión unánime de la doctrina más reciente en el sentido de considerar que el quebrantamiento de la condena a una pena privativa de libertad no debe ser objeto de sanción penal, sino que debe constituir un problema de disciplina interna de la prisión. Mientras tanto, se muestra partidario de interpretar restrictivamente el artículo 334. Con este criterio analiza el problema de los sujetos activos y una modalidad de la conducta típica: el quebrantamiento de condena de privación del permiso de conducir, sometiendo a discusión la tesis de la relación de subsidiariedad entre el artículo 334, párrafo segundo y el 340 bis c). Finaliza el trabajo con una referencia a tres supuestos, que, aun no siendo supuestos del delito estudiado, guardan relación con el artículo 334: la conducción de vehículos de motor infringiendo lo dispuesto en el artículo 26,5 del Código penal, la privación del permiso de conducir como medida de seguridad en la LPRS y la infracción de la condena de prohibición de obtener el permiso de conducción (artículo 516 bis c) del Código penal).

El alcance y significación de las exigencias de intachable conducta y de ofrecer garantías de hacer vida honrada en libertad son examinados por José M. LORENZO SALGADO en las páginas 299-323: *La libertad condicional (circunstancias 3.ª y 4.ª del art. 98 del Código penal)*. Con relación a la exigencia de intachable conducta, «tal y como se configura el requisito y pese

a las insatisfactorias consecuencias que de su radical configuración legal puedan seguirse, todo parece indicar que responde a la idea de favorecer o estimular el acatamiento por parte del recluso de la disciplina imperante en la comunidad penitenciaria. Es decir, el mismo parece contraerse a la buena voluntad carcelaria con independencia de que existan o no tachas en el sujeto distintas, lógicamente, de las puramente disciplinarias o de que subyazca o no a la misma un efectivo sentimiento ético» (pág. 312). La circunstancia 4.ª, relativa al requisito de ofrecer garantías de hacer vida honrada en libertad «no puede entenderse colmada teniendo en cuenta exclusivamente la concurrencia de simples datos objetivos como puedan ser la manifestación del penado de la localidad donde piense fijar su residencia o la justificación de quién ha de proporcionarle trabajo. Ciertamente, tales datos pueden ser tomados en consideración para estimar que el sujeto «ofrece garantías» de hacer vida honrada en libertad, pero los mismos no tienen por qué ser los únicos ni, en ciertos supuestos, los más importantes» (pág. 316).. «... los criterios a tener en cuenta para determinar la existencia del requisito han de ser todos aquellos que resulten positivos para formar un juicio razonable de que el *sentenciado* hará vida honrada en libertad» (pág. 317)..

El libro concluye con un estudio de Jacobo VARELA FELJOO sobre *El trabajo penitenciario y su retribución* (págs. 325-341). Sitúa el problema dentro del marco general de la actual situación penitenciaria y de la necesidad de una reforma a fondo, cuya orientación general de principio debería ser la reducción del recurso a la pena privativa de libertad. El derecho al trabajo del detenido ha sido tenido en cuenta por la mayor parte de los sistemas penitenciarios y ha sido proclamado por las declaraciones internacionales. Sin embargo, los progresos han sido lentos y los resultados modestos. El trabajo del recluso no es fundamentalmente diferente del trabajo libre. Por ello, una de las bases esenciales de la remuneración del trabajo penitenciario ha de ser su adaptación al trabajo realizado dentro del marco de una política dirigida a realizar en el mundo penitenciario las condiciones existentes en el mundo libre, lo cual plantea la cuestión del régimen legal aplicable. En este sentido, el autor no ve ningún inconveniente en incluir al penado en el Derecho laboral, habida cuenta del proceso de expansión experimentado por esta rama del ordenamiento jurídico.

El libro contiene aportaciones muy valiosas para la reforma penitenciaria iniciada, que si se quiere que sea eficaz lo ha de ser en profundidad y ha de extenderse a todo el ordenamiento jurídico penal y procesal, sin olvidar que debe comenzar por crear una nueva conciencia de la sociedad ante el problema de las prisiones.

MANUEL GALLEGO DÍAZ

KAISER, G.: «Criminología». Trad. Belloch Zimmermann. Madrid, 1978..

Se divide la obra en dos partes bien diferenciadas, dedicándose la primera a consideraciones generales y la segunda a fenómenos concretos como son la delincuencia juvenil, comportamiento de grupos marginados.

y criminalidad de trabajadores extranjeros, delincuencia de cuello blanco y delincuencia de tráfico. Se pretende llegar a una exposición del pensamiento criminológico, a través de las diferentes concepciones que tienen hoy más interés que la propia criminología en sí, consiguiéndose de este modo un mayor acercamiento al Derecho penal en cuanto se ocupa de los fenómenos reales.

Aunque no hay un concepto uniforme de la criminología, sin embargo, sí existe una unanimidad en considerar que es una ciencia empírica, donde se tendrán en cuenta la valoración de los fenómenos criminales. La misión de la criminología no puede quedar reducida al delito en sí, no obstante, ha de partir del concepto jurídico. El criminólogo no ha de limitarse a estar de acuerdo a ciegas con el Derecho penal, sino que en todo caso ha de buscar la verdad, que en último extremo es la justicia; la objetividad será lo importante y debe prevalecer sobre las valoraciones subjetivas del investigador. La criminología tiene un campo muy amplio de trabajo, con un pluralismo de investigación, pues trata problemas criminológicos a través de diversas disciplinas, entre las que cabe destacar la medicina legal, psicoanálisis, psiquiatría, psicología, sociología y Derecho penal, lo que justifica que la criminología necesariamente ha de ser una ciencia interdisciplinaria.

En cuanto a la institucionalización de la criminología se hace un estudio de su evolución. En Europa, donde está más o menos unida a las cátedras de Derecho penal, ha sido vista con recelos, especialmente por los que sin fundamento piensan que pretende desbancar al Derecho penal. La situación marginal de la criminología existe en Alemania hasta comienzos de los años setenta, al crearse algunas cátedras y establecerse en los planes de estudio de Derecho el grupo optativo «criminología, Derecho penal de menores, ejecución penal». La situación en Estados Unidos es diferente, ya que la criminología es ajena a la ciencia del Derecho, siendo su misión puramente sociológica. En cuanto a la actual criminología socialista, basada en la metodología del marxismo-leninismo, es una ciencia compleja que analiza los resultados del Derecho penal, el proceso penal, la criminalística y otras ciencias sociales.

Hoy, la criminología es una ciencia independiente, aun en los países socialista. Ofrece datos al Derecho penal y la política criminal, lo que permite hacer más empírica a estas disciplinas. Por otra parte, los resultados del pensamiento penal influyen sobre la criminología en la elección de sus programas e investigación.

ALFONSO SERRANO GÓMEZ

«Lecturas sobre la Constitución española». Tomo I, 415 págs. Tomo II, 679 páginas. U. N. E. D. Madrid, 1978.

La Universidad Nacional de Educación a Distancia ha editado en dos tomos un conjunto de trabajos elaborados por profesores de su claustro y atinentes a diversos aspectos de la Constitución española de 1978. Se trata

de exposiciones claras, sencillas y sin grandes pretensiones dogmáticas, ya que, como revela en la presentación el catedrático de Derecho administrativo, Tomás R. Fernández Rodríguez, coordinador de la obra, su intención «se reduce a facilitar a nuestros alumnos una primera luz que les sitúe en condiciones de realizar una lectura provechosa de la Constitución» (página 85).

Desde una perspectiva jurídico-penal son interesantes algunos de estos trabajos. En primer lugar, y sobre todo, los dos, uno en cada tomo, de Alfonso Serrano Gómez. En el primero de ellos y bajo el título «Las garantías del ciudadano ante la privación de libertad», se analiza el artículo 17 del texto constitucional. Su contenido, a excepción del último capítulo (referente a la prisión provisional) es esencialmente idéntico al artículo «La detención: garantías del detenido en la Constitución española de 1978», aparecido en el número correspondiente al cuatrimestre septiembre-diciembre de 1978 de este ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES (Tomo XXXI, fascículo III, págs. 545 a 589), y a cuyo lugar nos remitimos.

Los problemas penalmente más relevantes de la reciente norma legal fundamental los aborda Alfonso Serrano en la segunda de sus contribuciones: «Temas de Derecho Penal en la nueva Constitución». Como introducción realiza un estudio criminológico, relacionando democracia y criminalidad. En el epígrafe dedicado al principio de legalidad (arts. 9,3 y 25,1) se hecha en falta el comentario que merece el término «legislación», enpleado por el último de los artículos citados y obviamente distinto al de «ley». En cuanto a la retroactividad o irretroactividad de la ley penal no parece exacta la afirmación de que «se declara constitucional la retroactividad de las normas penales favorables» (pág. 64), puesto que la Constitución únicamente afirma en su artículo 9,3 la «irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales», siendo imprescindible seguir acudiendo al artículo 24 del C. P. para sostener la retroactividad de la ley penal más benigna. Razona la improcedencia de la «reeducación» como fin de la pena que postula el artículo 25,2 junto a la «reinserción social». Por último, trata los temas de la pena de muerte, las medidas de seguridad (argumentando ampliamente la necesidad de la derogación de la L. P. R. S.) y el delito político (abogando por una restricción de su alcance y del derecho de asilo).

Trascendencia penal tiene el apartado que Paloma Abarca Junco dedica a la extradición en su trabajo «Nacionalidad y extranjería en la nueva Constitución», en el que se examina el artículo 13,3 de la misma. Tras exponer algunos conceptos básicos y detenerse en el Derecho comparado y en los debates parlamentarios, critica el meritado artículo en el sentido de, por una parte, la inconveniencia de aludir a los actos de terrorismo, y por otra, de no mencionar los principios de no entrega del nacional, del condicionamiento a la no aplicación de la pena capital y de la exclusividad de la competencia de la autoridad judicial.

Para finalizar, es oportuno reseñar que Antonio Agúndez en su composición «Repercusiones de la Constitución de 1978 en el Derecho procesal»,

toca muy sucintamente, entre otros, las cuestiones de la responsabilidad criminal de quienes ejerzan poderes públicos (arts. 9.3 y 117.1), del Jurado (art. 125) y del derecho real de gracia (art. 62-i).

JESÚS PRÓSPER PALACIOS

NOVOA MONREAL, E.: «El Derecho como obstáculo al cambio social».
Madrid 1975. 210 págs.

Pone de manifiesto Novoa que los autores de las leyes están convencidos de que las normas que dictan generalmente servirán para siempre, olvidando que la realidad social evoluciona, que es precisamente lo que lleva a modificaciones en el derecho positivo. Los cambios sociales vienen siendo muy rápidos a partir de la segunda guerra mundial. Cuando el legislador se da cuenta de que es necesario modificar el derecho, porque las normas ya no se ajustan a las necesidades sociales, ha pasado un espacio de tiempo desde que habían quedado anticuadas; después vendrá el período de elaboración—generalmente lento—, pudiendo ocurrir que cuando el nuevo Derecho entre en vigor, ya se encuentre anticuado. A veces, ese retraso legislativo supone un serio obstáculo al cambio social. Por otra parte, el desarrollo legislativo está resultando excesivo, precisamente en un momento en que se piensa en la necesidad de descriminalizar algunas conductas, aunque también sea preciso criminalizar otras nuevas.

Los factores político y económico están jugando un papel importante en el mundo del Derecho y de la criminalidad. Considera imprescindible la necesidad de que el legislador disponga de equipos asesores competentes multidisciplinarios; no se debe idealizar la ley, generalmente atrasada, mal hilvanadas entre sí, llenas de vicios y contradicciones; no son obedecidas por todos y normalmente no se consigue el fin apetecido con su aplicación.

Es un hecho cierto, como apunta Novoa Monreal, que el Derecho suele ir a la zaga de los cambios sociales. Sin embargo, no parece que haya otra posibilidad; hay que esperar a que surjan los comportamientos que ponen en peligro la convivencia social para realizar reformas penales. Sin embargo, también es un hecho cierto que el legislador puede prever determinadas situaciones, o por lo menos estar preparado para legislar de forma rápida y hacer las modificaciones legales necesarias en atención a los cambios sociales; también puede el legislador incluso controlar parte de esos cambios.

El tema de la evolución social y el Derecho tiene importancia en nuestro país en los momentos actuales, como consecuencia de la implantación de la democracia. Con relación al nuevo Código penal que se está elaborando, hay que señalar que el anteproyecto tal vez debía haberse preparado con más calma, haciendo las reformas de mayor urgencia en el Código penal y otras leyes penales. A este respecto cabe destacar que es muy probable que vuelvan los motines en las prisiones, como consecuencia del retraso de ese nuevo Código, que benefició a los internos en dichas instituciones—éstos es-

peran la reforma, que en su día se les anunció, y consideran está prolongándose demasiado—. Resulta realmente lamentable que una persona esté un solo día más privado de libertad por desidia del legislador.

ALFONSO SERRANO GÓMEZ

ORTS BERENGUER, Enrique: "Atenuante de análoga significación" (Estudio del art. 9, 10.º del Código penal). Universidad de Valencia, 1978. 257 págs.

La obra, fruto del trabajo doctoral de Enrique Orts, está presentada por el doctor don Manuel Cobo del Rosal y contiene un detenido estudio de la circunstancia 10.^a del artículo 9 de nuestro Código penal, en cuya elección "influyó de manera decisiva el convencimiento de que a la última de las atenuantes le tocaba desempeñar un importante papel en el ámbito de la *praxis* penal" (pág. 3).

A modo de introducción y planteamiento general el autor toma postura en las primeras páginas sobre algunas cuestiones de carácter conceptual previo. Así, sobre el arbitrio judicial (cuando la discrecionalidad contradiga la norma podrá interponerse el recurso previsto en el artículo 849 de la L.E.Crim), sobre las lagunas en el Derecho y sus clases, la analogía (distinguiéndola de la llamada "interpretación analógica", aunque "materialmente llegan a idéntica meta: a la regulación de situaciones y conductas por una norma que manifiestamente no las comprende...") (pág. 21). En cuanto a las atenuantes en general, su función es "la de evitar los insalvables defectos e injusticias a que conduciría una inflexible aplicación de los artículos del Código penal" (pág. 30), y su fundamento es "la disminución de la culpabilidad, del daño provocado por el delito, o motivos político-criminales o de justicia material" (pág. 38); pero en cambio la antijuridicidad "no admite la eventualidad de un escalonamiento, en más o en menos". Estas mismas función y fundamentación son las de la atenuante de análoga significación, que, por otra parte, tendrá la misma eficacia que las demás atenuantes, pudiendo ser apreciada como muy calificada, y el mismo cuadro de compatibilidades que ellas.

Importancia especial tiene el capítulo dedicado al examen de la expresión "de análoga significación". En él se afirma que la citada expresión "vale tanto como decir que la circunstancia que pretenda invocarse, en virtud del número 10 del artículo 9, debe tener un valor, una importancia semejante a las anteriores o, lo que es lo mismo, una cualidad similar, una fuerza parecida a las que poseen las descritas en el precepto" (pág. 65). Se postula, pues, por el significado solidario de todas ellas en contra de la tesis jurisprudencial de que la analogía ha de emparentarse forzosamente con una concreta, determinada y mencionada de las especificadas.

Orts Berenguer estudia en detalle los requisitos y criterios de la Jurisprudencia al respecto. Deducе que los requisitos que ésta exige para

la admisión de una circunstancia invocada son: a) analogía con una atenuante concreta; b) que se demuestre la analogía; c) que su origen provenga de una causa semejante; d) que se derive de hechos consignados en la sentencia que resulten tan probados como el propio delito; e) los motivos de que se derive han de estar directamente relacionados con el delito; f) su origen debe ser lícito. Extrae los criterios que el T. S. ha establecido sobre las atenuantes y eximentes (éstas merced al número 1.º del art. 9) a las que afecta la circunstancia 10.^a, en un extenso recorrido individualizado a cada una de ellas.

En los dos últimos capítulos del libro se pasa revista a la casuística en que la meritada circunstancia ha sido estimada y desestimada, respectivamente, por la Jurisprudencia. Y, entre otras, son de señalar las siguientes consecuencias inferidas: 1) la incorrecta alegación de muchas circunstancias pretendidamente análogas ha podido impulsar a los Tribunales a extremar su cautela a la hora de su admisión; 2) la necesidad de una conexión entre la alegada y una de las específicas ha llevado al T. S. a la creación de atenuantes incompletas cuando carecieran de algunos de los elementos integrantes previstos por la ley; 3) en todo ello, la Jurisprudencia ha seguido prioritariamente criterios inspirados en la equidad y en la justicia material.

Las últimas páginas contienen sendos apéndices legislativos y jurisprudenciales, así como una amplia bibliografía consultada.

JESÚS PRÓSPER PALACIOS

«Política criminal y Derecho penal». Plasencia, 1978. 395 págs.

Se recogen en esta obra los treinta y dos trabajos presentados en el Primer Coloquio Regional de la Asociación Internacional de Derecho Penal, organizado por la Sección Nacional Española, que preside el profesor M. Barbero Santos. Se celebró en Madrid-Plasencia, en octubre de 1977, sobre el tema «Política criminal y Derecho Penal». Los trabajos se recogen en la «Revue Internationale de Droit Pénal», núm. 1, 1978.

Los estudios se ocupan de la política criminal con carácter general o de temas sobre figuras de delitos en particular. De los primeros se desprende la falta de un criterio uniforme sobre el contenido, objeto, función e incluso del propio concepto de la política criminal. Los trabajos son diversos y van desde los más amplios, que se ocupan de la política criminal en todo su contenido—prevención del delito hasta la ejecución de la pena—, a otros más específicos, que tratan de aspectos concretos como son la función de la política criminal con relación a la pena, prevención general y especial, criminalización y descriminalización, estructura del proceso penal y ejecución de la pena. Hay algún autor que considera imprescindible la clarificación de conceptos, así como quien identifica política criminal e injusto, mientras que no falta quien estima que no puede ser una política de sustitutivos penales, sino que a través de la política criminal ha de combatirse el Derecho

penal capitalista, por medio de movimientos obreros, a fin de conseguir un cambio radical en la sociedad.

Hay notables referencias a la necesidad de la aportación criminológica, sin la cual la política criminal difícilmente puede conseguir su cometido. Sin embargo, no se centra cuál es la verdadera posición de la criminología no sólo con respecto a la política criminal, sino incluso su posible influencia en la dogmática jurídico-penal. Ante las dificultades por las que parece atravesar la dogmática, de amplio desarrollo en Alemania, Italia e incluso en España, tenemos que apuntar lo siguiente:

— La dogmática de fórmulas abstractas tiene pocas posibilidades de evolución, por lo que ha de ocuparse más de la realidad social, a través de los datos facilitados por diversas ciencias, entre ellas la criminología.

— La política criminal ha de aportar a la dogmática los datos de las ciencias sociales y del espíritu necesarios para una eficaz crítica y proposición de reforma de las normas penales. En esa aportación tiene especial interés la criminología.

— Sin el apoyo de la criminología, dogmática jurídica y política criminal no pueden conseguir una labor eficaz las reformas legislativas; dogmática y criminología, de contenido independiente, se encuentran conectadas a través de la política criminal.

— El futuro de la dogmática está condicionado a la evolución de la política criminal y la criminología. Dogmática jurídica y política criminal no son disciplinas separadas, sino que, como apunta Antón Oneca, se superponen y complementan, siendo zonas o aspectos de la ciencia del Derecho penal.

ALFONSO SERRANO GÓMEZ

VINCENZIIS, G.: «Il tatuaggio». Roma, 1970. 196 págs.

El tatuaje, que tanta importancia tuvo en épocas pasadas, especialmente en los pueblos salvajes, está perdiendo importancia, aunque adquirió nuevo impulso con el movimiento «hippi». Se hace en la obra un estudio de las diversas motivaciones del tatuaje, así como la forma de realizarse y partes del cuerpo donde con más frecuencia suelen aparecer, como son el antebrazo y brazo, aunque pueden efectuarse en cualquier parte del cuerpo, incluso en el pene, como se desprende de una serie de láminas que se recogen en el apéndice final del trabajo.

Los motivos son diversos, pudiendo ir desde el simplemente simbólico, religiosos, sexual y profesional, hasta los que se originan por razones puramente de imitación o enfermedad mental. La parte del cuerpo tatuada varía notablemente, pasando por figuras de pequeño tamaño a sujetos que tienen tatuada más de la mitad del cuerpo. Es frecuente que cuando el sujeto se hace adulto esté incómodo con los tatuajes, especialmente los visibles, sobre todo si ha mejorado de nivel social, pues los sujetos tatuados casi siempre pertenecen a las clases más bajas de la sociedad y suelen tatuarse cuando son jóvenes.

Este tema tiene gran raigambre en Italia, para lo que cabe recordar la obra de A. Blasco («Il tatuaggio», Nápoles, 1906), o la importancia que Lombroso dio al tatuaje en los delincuentes, llegando a decir que era «la primera escritura del salvaje, su primer registro civil». También entre nosotros cabe destacar la obra de Salillas («El tatuaje», Madrid, 1908), que se ocupa del tatuaje en los delincuentes franceses, italianos y españoles.

Comparando el estudio de Vincentiis, que se ocupa del tatuaje en general, con el tatuaje en los delincuentes, no se aprecian rasgos de interés que diferencien unos de otros. Para nosotros, el tatuaje no es ningún signo de mayor predisposición criminal; lo que sucede es que el tatuaje se da en las clases más bajas, que es precisamente de donde se nutre la mayor parte de la población penitenciaria; aparece especialmente en los delincuentes que han sido marineros o legionarios, quienes en sus tatuajes suelen buscar el recuerdo de alguna persona o pasaje de la vida, para recordar en los momentos de soledad.

El tatuaje puede tener algún significado especial en la vida penal y penitenciaria. Un punto negro en el dorso de la mano, entre los dedos índice y pulgar indica odio a la policía; conocemos el caso de un solicitado homosexual que obligaba a tatuar sus iniciales en el brazo o todos los que tenían relación carnal con él, así como el de otros que en su pene se había tatuado la frase «oro puro».

El tatuaje está desapareciendo en la población penitenciaria porque desaparece también en la población en general y porque al delincuente no le interesa estar tatuado, ya que es un signo más de identificación para la policía. Sobre trescientos jóvenes delincuentes españoles, solamente encontramos cinco tatuados, mientras que Salillas, en la página 170 de la obra indicada, escribe que el 42 por 100 de los delincuentes menores de veinte años estaban tatuados siendo mayor el porcentaje de los adultos.

ALFONSO SERRANO GÓMEZ

WOLFGANG, M. E.; COHEN, B.: «Delitto e Razza», versión italiana a cargo de Franco Ferracuti y Merelle Ferracuti. Roma, 1971. 156 págs.

El tema de raza y delito ha sido tratado frecuentemente en Estados Unidos, no ofreciendo apenas interés en la criminología de otros países. La razón hay que buscarla no sólo en la grave problemática del mundo del delito a todos los niveles, sino en la notable diferencia que existe entre la delincuencia de blancos y negros.

Se hacen en la obra unas consideraciones generales sobre las diferentes razas en el mundo, llegándose a la conclusión de que las diferencias genéticas no son tan importantes como pueda parecer a través del color de la piel, estatura, color del pelo u otros rasgos físicos externos. Hay entre las razas incluso diferencias de evolución importante, incluso de inteligencia, lo que obedece en buena medida al nivel socioeconómico de las generaciones anteriores. Se llega a la conclusión de que «a priori» no hay posibilidad de justificar que genéticamente haya razas que sean más criminógenas que

otras; muchos de los efectos que se atribuyen a la constitución racial son producto de la cultura y del ambiente que rodea al sujeto.

Respecto a la convergencia de raza y criminalidad, se hace una comparación dentro de la delincuencia americana de blancos y negros. La tasa de delincuencia de éstos es muy superior a la de los blancos. Los datos que se recogen hacen referencia al año 1967 y de ellos se deduce que los negros fueron arrestados 24,34 veces más en juegos prohibidos; 15,10 en prostitución; 14,50 en robos; 13,67 en homicidios; 9,75 en tenencia ilícita de armas; 8,94 en lesiones graves; 8,43 en violencias carnales; la menor diferencia se encuentra en la apropiación indebida, donde los negros fueron arrestados sólo 1,97 veces más que los blancos. No hay ningún tipo de infracción en donde los blancos sean arrestados en mayor proporción que los negros.

También los negros llevan la peor parte en cuanto a ser víctimas del delito, tanto en los delitos contra las personas como en contra la propiedad, la razón hay que buscarla en que los delitos se cometen en ocasiones en zonas habitadas por negros.

Hemos de señalar que la única forma de poder conocer si una raza es más criminógena que otra es cuando dos o más grupos raciales conviven en igualdad de condiciones socioeconómicas, lo que no sucede en Estados Unidos, donde los negros se encuentran en peor situación, incluso reciben peor trato por parte de la policía y los jueces. Mendoza Troconis, en su «Curso de Criminología», señala una menor criminalidad del negro en Venezuela, en relación con los blancos. Por esa diferencia socioeconómica tampoco en España no podemos hacer un juicio de valor sobre la mayor criminalidad de «quinqüis» y gitanos.

ALFONSO SERRANO GÓMEZ

**REVUE DE SCIENCE CRIMINELLE ET DE DROIT
PENAL COMPARE**

Año 1978. Núm. 4, octubre-diciembre

LEAUTE, Jacques: "Violence de guerre et violence de paix", páginas 771-787.

Este trabajo es la ponencia que el profesor Léauté presentó en el XX Congreso de la Sociedad Mexicana de Criminología (Méjico, días 19 a 23 de junio de 1978). En él nos da una panorámica ensombrecedora de la sociedad actual a causa de la extrema violencia en que se ve envuelta, y que trata de analizar.

El autor distingue la violencia ejercida por el hombre en tiempo de guerra y en tiempo de paz. La violencia de guerra, dice, no tiene relación con la violencia de paz, pues la guerra es específica de la especie humana y se configura como una desviación de la agresividad natural. Por el contrario, la violencia de los hombres en tiempo de paz, no es más que la modalidad humana de la agresividad natural común a todas las sociedades de animales.

Sin embargo, actualmente, aun en tiempo de paz, la violencia, "peligroso subproducto del desarrollo de las sociedades industriales contemporáneas", está sufriendo un aumento sustancial, impregna toda la vida social, ya no es patrimonio exclusivo de los delincuentes, sino de todos los ciudadanos. Hasta el extremo de que puede preverse, de seguir aumentando al mismo ritmo, una especie de guerra en tiempo de paz, porque la violencia de tiempo de paz está adquiriendo los caracteres de la que se desarrolla en la guerra. Es decir, sobrepasa las cotas de la agresividad natural para comenzar a presentarse como una desviación de la misma.

El reto que presenta esta violencia actual está, a juicio del profesor de París, "en determinar si podemos reducirla sin detener el desarrollo y sin perder nuestras libertades".

PLAWSKI, Stanislaw: "La notion du droit international pénal", páginas 788-809.

Este trabajo es una aportación para construir ese Derecho internacional penal que, como afirma el autor se encuentra en sus orígenes, pero ha de ser una realidad en el futuro.

Plawski define el Derecho internacional penal como "el conjunto de

normas jurídicas referentes a la represión de las infracciones internacionales que constituyen violaciones del Derecho internacional". Ahora bien, como el Derecho penal interno de cada Estado sigue siendo la fuente inmediata de las incriminaciones y de las penalidades de dichas conductas, tras incorporar a sus textos punitivos las normas que se derivan de los convenios internacionales, se hace necesario distinguir entre infracciones internacionales e infracciones transnacionales. En su opinión la infracción transnacional "es una infracción prevista por el Derecho penal interno, perpetrada fuera del territorio nacional por un súbdito del mismo Estado o por un extranjero... La infracción transnacional no difiere en nada del resto de las previstas en el Código penal. Se trata únicamente del campo de aplicación del propio Código". Por el contrario, "la infracción internacional es un acto ilícito de individuos culpables, reprimido y sancionado por el Derecho internacional, que es peligroso para las relaciones de la comunidad internacional".

Conforme a esto considera con la doctrina prevalente tres grupos de infracciones internacionales: crímenes contra la paz, crímenes de guerra y crímenes contra la Humanidad. Pero éstas no son las únicas, también otras varias están previstas en los instrumentos internacionales, entre las que destacan por su actualidad la piratería aérea, el terrorismo y el tráfico de estupefacientes.

Tras analizar estas conductas incriminadas por el Derecho internacional y los problemas que surgen para reprimirlas, afirma que las respuestas dadas hasta el momento a la progresiva internacionalización del delito son insuficientes. Este fenómeno exige la internacionalización de la justicia penal, puesto que la represión que llevan a cabo los Estados de forma aislada no es ni puede ser eficaz. Y concluye "el camino de la creación de una jurisdicción internacional penal es difícil, pero es la única solución de la lucha contra la internacionalización de la criminalidad".

En la sección "Études et Variétés" se recogen dos artículos. El primero, *L'interprétation par le juge des règles écrites en matière pénale*, de Pierre Escande (págs. 811-824), en el que se trata de precisar cuál es la interpretación que el juez debe dar a la ley penal a la hora de aplicarla al caso concreto, haciendo especial referencia a los imperativos que se derivan del principio de legalidad y del cada vez mayor arbitrio que la ley le otorga en relación con algunos supuestos concretos.

El segundo, *Considérations sur la prévention et la répression du terrorisme international*, de André Beirlaen (págs. 825-844), aborda el delicado tema del terrorismo internacional con un criterio realista y atinado tanto en la exposición de su actual regulación como represión. Destacan las conclusiones que brevemente vamos a recoger.

Respecto de la prevención del terrorismo internacional afirma el autor que no son suficientes medidas específicas y prácticas, como la reglamentación de la venta de armas, vigilancia de aeropuertos y fronteras, etc., sino que se hace necesario atacar las causas subyacentes en el mismo: "la desigualdad de las relaciones sociales en el seno de los Estados y de las relaciones económicas y políticas entre los Estados".

Al tiempo llama la atención sobre el terrorismo de Estado, cuya represión y represión se hace más necesaria que la del terrorismo personal, por ser más eficaz y basto a causa de los medios de que dispone. Pone de relieve asimismo el cinismo que supone que quien practica el terrorismo de estado reprima a su vez el terrorismo personal.

En referencia con la represión de estos delitos internacionales considera que la represión más apropiada es la asimismo internacional, por medio de un Tribunal penal internacional, que tenga una competencia bien definida y disponga de medios para ejecutar sus sentencias. También cree menester una Convención internacional para reprimir el terrorismo en cuanto tal, siendo insuficientes, como se ha demostrado, la elaboración de convenciones que únicamente priman actos concretos del mismo.

La sección "Chronique pénitentiaire" recoge un extracto de la ponencia presentada el 10 de noviembre de 1977 por Christian Dablanc, director de la Administración penitenciaria francesa, a la sesión anual del Consejo Superior de la misma, titulada *Les conditions d'exécution des peines privatives de liberté. Le milieu ouvert* (págs. 889-907), en la que se exponen las orientaciones de la Administración penitenciaria francesa en los últimos tiempos respecto de los puntos que se indican en el título.

Jean Pinatel y Jacques Verin ocupan la sección "Chronique de criminologie et des sciences de l'homme". El primero de ellos presenta *Le domaine et les grandes orientations de la Criminologie. (Réflexions suscitées par le VIII Congrès international de Criminologie)*, págs. 909-916, donde muestra la presencia de dos corrientes en la Criminología actual: una que centra su interés en el estudio de la delincuencia juvenil, otra que da prioridad a la investigación sobre la administración de justicia. Asimismo pone de relieve la necesaria revolución epistemológica para que la Criminología siga avanzando en el conocimiento más profundo de su objeto. Por su parte, Jacques Verin, en su trabajo *Politique criminelle et utopie*, (págs. 917-923) hace ver una vez más la necesidad de una política criminal que no se limite a los problemas interiores de cada Estado, sino que sea de carácter internacional, pues ésta es la dimensión actual que ha adoptado la delincuencia.

La sección "Chronique de police" incluye el artículo de Jean Susini: *Police et lettres anonymes. (Aspects d'anonymopraxie)*, págs. 925-943.

Marc Ancel completa la "Chronique de défense sociale" con su trabajo *Examen de conscience de défense sociale: le problème du traitement des délinquants* (págs. 945-955), terciando en la polémica que respecto del tratamiento de delincuentes está abierta, aunque quizá sea de mayor interés la visión que da de cómo ha de desarrollarse la *Défense sociale*.

INDICE GENERAL DEL TOMO XXXII

AÑO 1979

TOMO XXXII - FASCICULO II - MAYO - AGOSTO

	<u>Páginas</u>
SECCION DOCTRINAL	
<i>La aplicación del Código penal de 1822, por José Ramón Casado Ruiz</i>	333
<i>La pena de interdicción civil, por José Luis Manzanares Samaniego.</i>	345
<i>El artículo 444 del Código penal y el régimen general de la responsabilidad civil derivada del delito, por Juan José González Rus.</i>	380
<i>Delincuencia juvenil en Inglaterra, por Gabriel García Planas</i> ...	427
<i>La frontera entre el concurso de leyes y el concurso ideal de delitos: La función de la normativa concursal, por Joaquín Cuello Contreras</i>	451
CRONICAS EXTRANJERAS	
<i>El tratamiento de delincuentes en el mundo visto a través del VIII Congreso Internacional de Criminología, por Lolita Aniyar</i>	479
SECCION DE JURISPRUDENCIA	
<i>La intervención médica contra la voluntad del paciente, por Miguel Bajo Fernández</i>	491
<i>Jurisprudencia penal, por Alfonso Serrano Gómez</i>	501
REVISTA DE LIBROS	529
REVISTA DE REVISTAS	544

<i>El artículo 444 del Código penal y el régimen general de la responsabilidad civil derivada del delito, por Juan José González Rus</i>	380
<i>Delincuencia juvenil en Inglaterra, por Gabriel García Planas.</i>	427
<i>La frontera entre el concurso de leyes y el concurso ideal de delitos: La función de la normativa concursal, por Joaquín Cuello Contreras</i>	451

Crónicas Extranjeras

<i>El tratamiento de delincuentes en el mundo visto a través del VIII Congreso Internacional de Criminología, por Lolita Aniyar</i>	479
---	-----

Sección de Jurisprudencia

<i>La intervención médica contra la voluntad del paciente, por Miguel Bajo Fernández</i>	491
<i>Jurisprudencia penal, por Alfonso Serrano Gómez</i>	501

Revista de Libros	529
--------------------------------	-----

Revista de Revistas	544
----------------------------------	-----

Suscripción anual: España, 2.250 pesetas
Extranjero, 2.400 pesetas

Número suelto, España, 900 pesetas
Extranjero, 1.100 pesetas