

ANUARIO
DE
DERECHO PENAL
Y
CIENCIAS PENALES

TOMO XXXII
FASCICULO III



SEPBRE.-DICBRE.
MCMLXXIX

ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

Fundador:
EUGENIO CUELLO CALON (+)

Directores:

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

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

Redactor-Jefe:

DIEGO MOSQUETE MARTIN
Profesor Adjunto de Derecho penal

Secretario:

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

Consejo de Redacción:

JOSE ANTON ONECA
Catedrático jubilado de Derecho penal
MIGUEL BAJO FERNANDEZ
Profesor Agregado de Derecho penal de la Universidad Autónoma de Madrid

JOSE MARIA GONZALEZ SERRANO
Teniente Fiscal del Tribunal Supremo
ADOLFO DE MIGUEL GARCÍ-LOPEZ
Ex Presidente de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo

ANTONIO BERISTAIN IPINA
Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de San Sebastián
BERNARDO FR. CASTRO PEREZ
Magistrado de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo

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

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

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

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

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

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

JOSE MARIA STAMPA BRAUN
Catedrático de Derecho Penal de la Universidad a Distancia

FERNANDO DIAZ PALOS
Presidente de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo

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

Sección Doctrinal

	<u>Páginas</u>
<i>Criterios y perspectivas de la codificación penal</i> , por Manuel López-Rey y Arrojo, LL. D.	551
<i>Autoría y participación en el Código penal vigente y en el futuro Código penal</i> , por José Cerezo Mir	567

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: Mayo-agosto 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 III**



**SEPBRE. - DICBRE.
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

Criterios y perspectivas de la codificación penal

MANUEL LOPEZ-REY Y ARROJO, LL. D.

Antiguo Catedrático de Derecho penal, España y Bolivia; Jefe de la Sección de Defensa Social de las Naciones Unidas, 1946-1965; desde 1966 *Visiting Fellow*, Instituto de Criminología, Cambridge; Miembro del Comité de Prevención y Control del Crimen y de Justicia penal de las Naciones Unidas

Al ser preguntado Thales de Mileto qué era lo que podía ser gozado universalmente respondió: la esperanza, pues es lo único que tienen los que no tienen nada.

Fragmentos, Epictetus, LXXXIV

PROPOSITO

Como indica la cita, si bien encubiertamente, el ensayo se ocupa por la justicia penal y por ello se ocupa de la codificación penal. Al hacerlo lo hago también de la ciencia y derecho penales al presente, bastante maltrechas en la mayoría de los países, sean capitalistas o no. Con excepciones, la codificación sigue siendo patrimonio de los hombres de leyes, que generalmente tienden, con retoques, a mantener las cosas como están y no como deberían ser. En los países de habla española y portuguesa, a quien va especialmente dirigido este ensayo, la justicia penal en el recto sentido del término es más la excepción que la regla general. No en vano se sigue hablando en la mayor parte de ellos de Administración de Justicia. El derrotero democrático de la España actual y de otros países iberoamericanos permite esperar que la esperanza de una justicia social penal sea realidad. A ello va enderezado el presente ensayo, que no es con mucho mi primero, al que hay que agregar los de otros colegas en España e Iberoamerica.

El ensayo es crítico y espero que objetivo. Toda observación será bienvenida si bien fundada. Exigencias de tiempo y espacio me han obligado a ser extremadamente conciso y reducir las citas a un mínimo.

I. *Antecedentes y situación actual*

La codificación penal ha sido y es estimada como una responsabilidad gubernamental, particularmente en los países de lengua española y portuguesa. Las razones fundamentales son:

a) La afirmación constante de que la función penal corresponde al Estado y la frecuente identificación que se hace entre éste y el gobierno, demasiado a menudo dictatorial. Ello explica que los delitos contra el Estado sigan ocupando lugar preferente seguido por los dirigidos contra las formas de gobierno, y que las disposiciones penales especiales protegiendo éstas y aquél proliferen por lo común en forma de decretos. En ocasiones las dictaduras duran décadas. El franquismo y el salazarismo lo acreditan, y al presente otras latinoamericanas marchan por parecido camino. La historia política de dichos países muestra un frecuente paralelismo entre dictaduras y afanes codificadores penales.

b) Disponer fácilmente de la mayor parte de los jueces, magistrados, miembros del Ministerio Público, bastantes profesores y muchos más burócratas ministeriales para llevar a cabo la codificación. La contribución de algunos psicólogos, psiquiatras, sociólogos y otros profesionales apenas si afecta el monopolio ejercido en la codificación por las gentes de leyes. Al contrario, el enlistar algunos de ellos sirve para encubrir en parte el monopolio citado.

c) Operacionalmente los métodos para llevar a cabo la codificación penal, en realidad cualquier otra, son tres:

I) El sistema de encargo, que consiste en que uno o más profesionales del derecho penal preparen un anteproyecto.

II) Servirse de una comisión codificadora cuyos miembros son a veces seleccionados como afectos al gobierno o régimen. En la práctica es poco más que una pantalla, ya que por dejadez y otras razones la codificación se lleva a cabo por un grupo y no por la totalidad o mayoría de los miembros de la Comisión.

III) Una combinación de los sistemas encargo-comisión que no cambia sustancialmente los procedimientos descritos.

En España los tres métodos han sido utilizados. En Venezuela se da, como veremos, análoga variedad y lo mismo ha acontecido en otros países que serán aquí considerados.

d) Por lo común la publicidad no es la característica procedimental más acusada en la codificación penal, particularmente en los países de habla española y portuguesa en que, como dije, las dictaduras abundan aún. Añádase que, como consecuencia de una deformación profesional, los encargados de llevarla a cabo resienten a menudo el que otros profesionales se enteren de lo que van produciendo, y dado que su hacer es estimado como uno altamente técnico, la opinión pública es dejada de lado la mayor parte de las veces.

Los ejemplos de secretividad en la tarea codificadora son numerosos, pero quizá España está batiendo todo *record* con el sigilo que rodea la preparación del anteproyecto, terminado en noviembre de 1979. La excepción más acusada a la tradicional secretividad codificadora española la ofrece la preparación del Código penal español de 1822 que apenas llegó a regir. Las reformas penales de

1848 y 1850 tienen lugar bajo el ambiente político de Narváez, que se opone a toda influencia que pueda provenir de las ideas puestas en marcha por las revoluciones europeas de 1848. El prestigio del derecho francés se acentúa y con él la influencia de su eclecticismo penal, cuyo más significado representante fue J. F. Pacheco, que fue fiscal del Tribunal Supremo y notado reaccionario. Aunque, como demostré en 1935, su intervención codificadora fue escasa, dada su tardía y esporádica asistencia a las sesiones de trabajo, su influencia penal en España fue manifiesta. Sus lecciones y su *Código penal concordado y comentado* reflejan una endeble ciencia penal. Su éxito se debe más al bajo nivel jurídico penal, provocado en gran parte por el reaccionarismo político existente en España. Con escasos relámpagos liberales, el mismo se afirma ya en 1844 y continúa hasta la revolución de 1854. La correlación entre lo sociopolítico y el Derecho penal es, frecuentemente, aminorada por los penalistas españoles. En Iberoamérica suele acontecer lo mismo.

La publicidad codificadora se manifiesta un tanto en 1869, pero las prisas gubernamentales del gobierno hacen que el Código penal de 1870 sea precipitadamente adoptado, si bien provisionalmente, lo que dadas las vicisitudes políticas españolas le ha permitido subsistir virtualmente hasta el presente. La publicidad de la codificación es prácticamente inexistente en la confección del Código de 1928. Es relativamente amplia en la reforma de 1932 y se reduce al mínimo en las que siguen bajo el franquismo a base de decretos, textos refundidos o revisados. En el erudito y marcadamente teórico preámbulo del *Anteproyecto de Bases del Libro I del Código penal*, Cuadernos Informativos, Gabinete de Estudios del Ministerio de Justicia, 1972, se dice que ya en su origen el texto refundido de 1944 estaba integrado por los preceptos de 1848, 1870, 1932, los de Seguridad del Estado y otros y que desde 1946 hasta 1972 ha sido objeto de reformas por 19 leyes, algunas de alcance extenso y profundo. El anteproyecto antecitado de 1979, oficialmente elaborado por una comisión codificadora, lo ha sido en forma que ha dado lugar a comentarios y críticas dentro y fuera de la comisión nada favorables a la labor de ésta, que difícilmente puede decirse corresponde a las exigencias penales de una España que trata de afirmarse democráticamente.

Las fuentes tradicionales de conocimiento de la codificación penal en los países de habla española y portuguesa son fundamentalmente tres: la ciencia penal, la jurisprudencia y el Derecho penal comparado. Todos tres son necesarios a condición de que la primera no sea meramente una de sillón, la segunda expresión de una judicatura políticamente sumisa o modestamente preparada o ambas cosas a la vez y el tercero, reducido a referencias de códigos extranjeros sin averiguar antes cuáles han sido los resultados de la aplicación de los textos que se citan.

Sin negar la existencia de excepciones personales, la ciencia

penal en general y la de los países que nos ocupan en particular, se ha caracterizado y caracteriza por una construcción jurídico-formal del Derecho penal que ha ido demasiado lejos. El resultado ha sido que el delito como ente jurídico ha sido y es su objeto básico de conocimiento y no la criminalidad de la que aquél es parte. La separación viene de muy lejos y no puedo examinarla aquí. El delincuente ha sido en gran parte dejado al cuidado de una criminología por lo común umbilicalmente unida a las facultades de Derecho. En las de tierras iberoamericanas las cátedras de Criminología existen, pero no en España. Como he dicho en mi *Criminología*, I y II, 1975 y 1978, la víctima es raramente tenida en cuenta en la real aceptación de dicho término pese a la llamada victimología puesta en circulación. Todavía menos la criminalidad como fenómeno sociopolítico. La impresión en los países de habla española y portuguesa es que pese a intentos de emancipación la ciencia penal cultivada sigue oprimiendo al Derecho penal y por ende su codificación y la criminología (1).

En España, la trayectoria penal iniciada por algunos teólogos que se opusieron al regalismo, hoy sería llamado gubernamentalismo o partidismo político, y se pronunciaron por una justicia penal cuyas características sociales son manifiestas, es arrumbada por la importación del anémico eclecticismo francés, seguido después en parte por la importación y parafraseo de la llamada nueva escuela, de la que se hace eco confuso y difuso Aramburu y algún otro. A finales de la década del 20, las tesis alemanas son descubiertas y Beling, que apenas si había sido mencionado, es citado y recitado y a comienzos de los años 30 se ofrece una construcción jurídico formal del Derecho penal que se bautiza como teoría jurídica del delito o técnico jurídica. La pretensión era «reconstruir el Derecho penal español». En realidad, pese a su victimización por la importación de tesis foráneas, aquél había subsistido. Silvela representa un auténtico valor jurídico-penal y con propios cimientos nacionales nos habla de antijuricidad, de injusto y de la conexión entre delito y criminalidad, pero salvo unos pocos, Silvela es citado pero raramente leído (2). La trayectoria española se mantiene con Cuello Calón y Antón Oneca y por Rodríguez Muñoz, quien

(1) El impulso en favor de una renovación se ha iniciado en las Facultades de Derecho de las Universidades Complutenses, de Valencia, San Sebastián, Santiago, Granada y alguna otra.

(2) En sus excelentes notas a la traducción del *Tratado de Derecho penal* de E. MEZGER, es significativo señalar que los dos únicos penalistas españoles citados por él son Pacheco y Silvela. Las referencias al segundo tienen mayor importancia que las hechas respecto al primero. Podrá argüirse que su inclusión única se justifica por haberse ocupado Pacheco de concordancias y comentarios y Silvela de principios. El argumento es endeble y no resiste a las conclusiones que pueden obtenerse de la evolución de la ciencia penal española en los últimos cincuenta años. En todo caso, se olvidó en la importación el papel que el lenguaje juega en la formación de la ciencia y derecho penales de la que me he ocupado en ocasiones y que Rodríguez Muñoz y Rodríguez Devesa han señalado.

con gran dominio de la ciencia penal alemana nunca pierde de vista la enjundia jurídico-penal española y considera la tecnificación del Derecho penal «como una atomización del hecho delictivo». Hoy día, dicha enjundia se halla desparramada. Con todo su nacionalismo, el franquismo contribuyó a ello en forma evidente.

Los más eminentes representantes del tecnicismo jurídico-penal a ultranza son Jiménez de Asúa en España y S. Soler en Argentina. Señalaré que la difusión de las tesis alemanas fuera de Alemania coincide con la marcada decadencia de las mismas en ésta, decadencia que culmina en el famoso Tratado de Mezger y que en más de una ocasión discutí con él (3).

En manos de la dogmática jurídica el delito se transforma a efectos penales en una unidad articulada —*gegliederte Einheit*— es decir, en algo marcadamente formal que se relaciona con una norma que a menudo no existe y cuando lo es tiene una naturaleza marcadamente sociopolítica. Es el conservadurismo de finales del siglo XIX alemán, nutrido por una filosofía no menos conservadora, la que da lugar a una dogmática jurídica que en realidad no se sabe en qué consiste. Según Jiménez de Asúa es «la reconstrucción del derecho vigente en base científica» —*Tratado de Derecho penal*, I, 1950— lo que realmente no es mucho decir. Tampoco llega a gran cosa afirmar «que el Derecho penal debe reintegrarse a la dogmática». Para evitar erróneas interpretaciones diré que la teoría jurídica del delito tiene valor, pero limitado. Basta analizar las polémicas de los autores alemanes sobre la norma, la causalidad, tipicidad, antijuricidad, culpabilidad, finalismo y otras creaciones conceptuales para darse cuenta de dicha limitación. Tales enfoques concuerdan con el trasfondo filosófico, socio político y económico de Alemania y conducen, en general, a un Derecho penal conservador que curiosamente es en ocasiones prohijado, a través de la reverencia por la dogmática jurídica, en España por profesionales izquierdistas. Sería interesante poder establecer una correlación entre la persistencia de una ciencia penal conservadora y la del Código penal correspondiente. Con desviaciones evidentes, aquélla se da en forma marcada entre la persistencia del Código penal alemán y el español.

La ciencia y Derecho penal así creados parten de un distingo de las ciencias hoy superado. El Derecho penal abandona la investigación sobre su razón de ser y su efectividad y se transforma en buen número de países en un estudio altamente erudito en algunos casos y modesto en los demás. Con ello se aleja no sólo del delito que dice estudiar, sino, aún más, de la criminalidad como objeto de conocimiento. No toda ley presupone una norma ni tampoco protege bienes jurídicos. La ley penal trata de responsabilizar en forma especial a los que por su conducta han transgre-

(3) Algunos de mis puntos de vista sobre las tesis alemanas son expuestos en mi ensayo *El valor procesal de la llamada tipicidad*, Madrid, 1934, escrito en mis últimos meses en Alemania.

dido los fundamentos esenciales de una sociedad dada y la exigencia de un mínimo de ordenada coexistencia, todo ello dentro de un proceso de desarrollo socioeconómico y político en el que la preservación de los derechos humanos individual y colectivamente considerados es esencial. Ello exige del penalista contemporáneo adentrarse en mucho más que en los elementos del delito.

La jurisprudencia es necesaria, pero dentro de ciertas condiciones a menudo ignoradas o deliberadamente pasadas por alto. En la codificación juega aún un papel excesivo, si bien frecuentemente encubierto. Su admisibilidad suscita varias cuestiones. Entre ellas, ¿cuál es el grado de coincidencia que justifica que un hecho del pasado pueda reforzar o fundamentar una decisión judicial respecto a un caso del presente? La condición de precedente jurídico-penal no basta, especialmente cuando aquél es capsulizado en resúmenes y asequible cada vez más mediante la computarización. ¿Cuáles son las relaciones de dependencia y validez entre cambio social y jurisprudencia hasta ahora casi inexploradas por los penalistas, jueces, magistrados, miembros del Ministerio Público, abogados, criminólogos y otros distinguidos profesionales? ¿Qué valor codificador puede atribuirse a una jurisprudencia que ha sido elaborada bajo regímenes dictatoriales de larga duración frente a los cuales la judicatura y el Ministerio Público no se han distinguido por su protesta e independencia? Contrariamente a lo que se hace creer al hablar del poder judicial, la historia del mismo en los países de habla española y portuguesa muestra más claudicaciones y sumisiones que enfrentamientos individuales o colectivos con la dictadura imperante. El caso de Chile es uno de los más evidentes hoy día y la lectura de los informes de la Comisión de Encuesta de las Naciones Unidas sobre la violación de los derechos humanos en dicho país lo confirma plenamente. La historia del poder judicial en España aún no se ha hecho y con ella la de su jurisprudencia penal. En *Los jueces contra la dictadura (Justicia y política en el franquismo)*, 1978, por Justicia Democrática, se halla abundante material para elaborar esa historia en los últimos cuarenta años, pero no se olvide que la misma exige considerar el comportamiento de los titulares de dicho poder como jueces y magistrados.

Si bien la jurisprudencia no es estimada fuente del Derecho penal, sí lo es, más o menos encubiertamente, de no pocos preceptos de los códigos penales. Aquí también mi indagación en países iberoamericanos lo ha confirmado, particularmente respecto a la Argentina, Costa Rica y Guatemala.

El valor codificante de la jurisprudencia depende en no poco de la preparación de los jueces, fiscales y demás miembros del aparato judicial que producen dicha jurisprudencia y participan en la codificación. Como juez que fui por oposición, sé que ésta no garantiza más que una preparación limitada. Tampoco mejora la situación las llamadas Escuelas Judiciales. Mi detenida visita

a la de Madrid en 1978 me confirmó la marcadamente inadecuada formación de los titulares de la justicia penal en España. El problema es hondo y afecta seriamente al valor de la jurisprudencia y la participación de quienes la producen en la codificación. Consiste simplemente en que la judicatura y el Ministerio Público no pueden seguir concibiéndose como aún lo son. Lamentablemente en tal respecto la Constitución española ha retrocedido en vez de avanzar (4).

La utilización del Derecho penal comparado, entendiéndolo por tal la mera referencia a preceptos de anteproyectos o códigos de otros países, a menudo totalmente diferentes en cada respecto y aún la insertación de ellos, es una de las características más acusadas de la ciencia penal aquí criticada y de la codificación basada en ella. Uno de los mayores contribuidores a dicha tendencia ha sido, sin duda, a partir de comienzos de siglo, la *Vergleichende Darstellung des deutschen and ausländischen Strafrechts*, cuyos quince volúmenes son, según Mezger, orgullo de la ciencia penal alemana. Sin duda, los textos deben compararse, pero ello no basta. La comparación debe ir acompañada de la indagación sobre los resultados de su aplicación. En todo caso, el orgullo a que alude Mezger corresponde al suscitado por una ciencia penal alemana marcadamente abstracta. Rodríguez Devesa tiene razón cuando en su prólogo a *La doctrina de la acción finalista*, de J. A. Rodríguez Muñoz, dice que los conceptos jurídicos son recursos técnicos. Me permitiría ir más allá y agregar que por serlo tienen un valor extremadamente limitado y que el delito definido por la ley aun formalmente un concepto jurídico implica mucho más que algo meramente conceptual (5).

Los ejemplos del uso de un Derecho penal comparado de gabinete en la codificación de los países de habla española y portuguesa son numerosos. Citaré los siguientes:

(4) De estos y demás problemas relacionados con la codificación me he ocupado detalladamente en *Criminal Justice and the Training of Judges, Prosecutors and Lawyers*, "Review of Criminal Science", núm. 2, 1963, El Cairo; *Social Change and Criminal Justice* en el volumen *Social Change and Criminal Policy*, San Juan, 1969; *The Planning of the Criminal Justice System with Special reference to the Judiciary* en *A Policy Approach to Social Defence Planning*, 1972, New York, United Nations, y *Criminología*, II, 1978, Madrid, cap. XII, 2.

(5) El discurso de Rodríguez Muñoz es de gran valor por el análisis crítico que hace de la tesis de Welzel, en realidad de toda la ciencia penal alemana desde comienzos de siglo. Sin duda, el delito es conceptualmente una acción típica, antijurídica y culpable, pero es mucho más que esto. Lamentablemente, los alemanes identifican gradualmente el concepto con el objeto de conocimiento y surge así una ciencia del Derecho penal que es un gran andamiaje que oculta lo que el delito y la criminalidad son como auténticos objetos de conocimiento de aquélla. Lo que se construye es un conceptualismo penal. Basta adentrarse en los textos alemanes para ver que la indagación es sola una de opiniones, citas y sutilidades. El concepto es el elemento último del pensamiento, pero nunca debe pretender reemplazar al objeto.

1. Anteproyecto de Código penal de El Salvador, 1970, en que citan como fuentes consultadas los proyectos de Venezuela, 1949-1950; Méjico, 1958; los argentinos de Peco y Cool-Gómez, y el de Bolivia, 1943, de López-Rey.

2. Venezuela es probablemente uno de los países en el que la actividad codificadora es más manifiesta y a menudo relacionada con sus vaivenes políticos, en los que la democracia no ha sido siempre su mayor característica. Por lo común, los proyectos han sido realizados por encargo. Los más conocidos son los de 1938; 1940, 1947, 1948, 1955, 1961, 1967 y al presente los trabajos de un grupo de profesores que trabajan para la Comisión de Política Interior del Senado y que ha publicado una serie de cuadernos sobre la reforma penal.

El proyecto de 1961 enumera en su exposición no menos de ocho legislaciones penales europeas y latinoamericanas, dando al parecer preferencia al italiano de 1930. El texto consta de 610 artículos, de los cuales el 25 por 100 son destinados a la Parte General que, al igual que en otros muchos textos, es simplemente un tratado de Derecho penal en miniatura. A la culpabilidad se la dedican 14 artículos. El anteproyecto de 1967 va precedido de una erudita exposición que no contiene referencia alguna a la realidad venezolana. Es más una revisión del anteproyecto de 1961. Contiene 604 artículos, de ellos el 25,5 por 100 en la Parte General, que es igualmente un tratado de Derecho penal. La jurisprudencia fue en ocasiones ampliamente utilizada como fuente de información. Los cuadernos publicados por la mencionada Comisión a partir de 1974 son de una erudición comparativa difícilmente aconsejable. Todo lo que se ha podido citar en materia de textos lo ha sido, pero no existe una sola referencia a la realidad venezolana y menos aún a su criminalidad. Lo que parece importar es una exhibición jurídico-penal del delito. La cuestión de la imputabilidad del indio es objeto de una serie de largas disquisiciones en las que la ignorancia de la realidad nacional es igualmente obvia. ¿Cuál es el medio jurídico nacional al que se alude para justificar o no la inimputabilidad?

Mis indagaciones en diversas regiones venezolanas, algunas remotas, en el Oriente del país y mi experiencia en los grandes centros urbanos y otros, me ha mostrado la ficción de un medio jurídico nacional, y así lo expuse más de una vez en Maracaibo, Caracas y otros lugares.

3. En Brasil el anteproyecto de 1963 contiene 391 artículos, pero tal cifra se debe a que siguiendo una mala costumbre, hija de contingencias políticas, los delitos incluidos son sólo los que en términos generales llamaríamos los cometidos contra los particulares. Los dirigidos contra el Estado, el Gobierno, las fuerzas armadas, etc., y la administración, el orden público y otros aspectos de la estructura del país son objeto de leyes especiales. El proyecto de 1969, que se promulgó como código para dejarlo prontamente

sin efecto, seguía el mismo criterio. En el articulado se hacen referencias comparativas a los anteproyectos alemanes, yugoslavo, griego, argentino, dinamarqués y otros pero la apreciación de la realidad brasileña y de su conexión con la criminalidad y la justicia penal no aparece por ninguna parte.

4. El Código penal de Costa Rica, 1970, se basa en el anteproyecto de 1969 y en su exposición de motivos se hace frecuente referencia al derecho penal comparado aquí criticado y el Código penal tipo del que me ocupé en pasada ocasión estimándolo como una pieza juridicopenal alejada de la realidad de las tierras americanas a que se refiere. Los fundamentos son en parte doctrinarios y más limitadamente jurisprudenciales. La realidad sociopolítica y criminológica es ignorada. Consta de 413 artículos de los que algo más del 29 por 100 están en la Parte General que he de repetirlo es un tratadito de derecho penal.

5. Guatemala tiene una historia de codificación penal altamente insatisfactoria. En 1960 el anteproyecto de Código penal preparado por S. Soler para la Argentina es presentado por él y dos profesionales guatemaltecos como anteproyecto para dicho país. En la exposición de motivos elaborado por el trío se dice que el Código penal vigente basado casi íntegramente en el español no corresponde a las características del país y que es preciso reemplazarlo. El reemplazo se hace adoptando como anteproyecto el de un país totalmente diferente a Guatemala. En la susodicha exposición se dice que contrariamente a tendencias románticas los conceptos fundamentales de la legislación penal son comunes y que las mejores fórmulas definidoras deben ir generalizándose como resultado de los modernos métodos de legislación y derecho comparado. Sin duda, existen conceptos que pueden tener una cierta generalidad pero el análisis de las características del país y sus exigencias penales no permite el trasplante sugerido. Cuando suscitó la cuestión en Guatemala se me dijo que en fin de cuentas la codificación era una operación de técnica jurídica.

El Código penal de 1973 menciona como fuentes al de Argentina, Costa Rica, Cuba, Méjico, Uruguay, España y otros y al Código penal tipo. De especial consideración fueron los Códigos penales de Honduras y El Salvador. El análisis de la realidad guatemalteca brilla por su ausencia. Consta de 497 artículos y el 25 por 100 se hallan en la Parte General que es una especie de manualito de Derecho penal.

El proyecto argentino de 1960, debido a S. Soler, se basa en la jurisprudencia, en la tradición jurídica existente, en la experiencia de la ley y en la construcción jurídica de la doctrina. De la realidad argentina no se dice nada y menos aún de su marcada transformación socioeconómica, política y cultural. A la criminalidad no se hace referencia alguna ni tampoco a una evaluación del sistema penal. Tanto la exposición de motivos, como el informe de la Comisión que examinó el proyecto y la respuesta de Soler prueban cumplidamente la índole teórica del proyecto.

El Código penal de Bolivia, 1972, tiene sólo 365 artículos, las faltas han sido excluidas, y el 28 por 100 de aquéllos forman la Parte General. Sus antecedentes son el proyecto de 1943, de quien escribe, y el de 1964, preparado por un grupo de profesionales. Al recibir el encargo indiqué deberían dárseme facilidades para recorrer el país, visitar instituciones, dialogar con autoridades de toda suerte y recoger tantos datos como sea posible. El gobierno cumplió la promesa y como resultado de mi investigación comenzada en junio de 1940 en octubre sometí a la Comisión Codificadora Nacional un informe que fue discutido por ésta. De ello resultaron las bases del anteproyecto que redactado fue examinado por la Comisión. Tras nuevas discusiones redacté el proyecto final que igualmente fue objeto de modificaciones por aquélla. A finales de 1943 el Senado comenzó la discusión del proyecto pero acontecimientos políticos suspendieron la misma. Constaba de 538 artículos y la Parte General era el 22 por 100. En ella se incluyeron una regulación detallada de la multa, el juez de vigilancia, la organización de una caja de compensaciones para las víctimas del delito y del error judicial. La Parte Especial se basaba esencialmente en la estructura de la organización de la comunidad boliviana de la que era una de las expresiones el Estado (6).

La preparación de 1964 fue precedida de varias encuestas y de una recogida de datos. Consta de 365 artículos. Las faltas son excluidas del texto penal.

En Colombia el *Anteproyecto de Código penal colombiano 1974*, Actas, Exposición de Motivos y Articulado, Ministerio de Justicia, Bogotá, 1975, es producto de una Comisión Redactora integrada por ilustres penalistas. En las actas y exposición se hacen referencia a más de veinte textos penales de diferentes países entre ellos Islandia, Polonia, Bulgaria y el inevitable Código penal tipo. Las actas muestran una erudición pero no una estimación siquiera modesta de la realidad colombiana. Aunque en las Actas, p. 109, se dice que el Derecho penal no es una armazón teórica lo cierto es que el anteproyecto apenas si es más que una. Tiene 453 artículos y casi el 30 por 100 pertenecen a la Parte General en la que se incluyen una serie de cuestiones que fácilmente pueden hallarse en un manual de Derecho penal.

El proyecto para Portugal, 1963, se ocupa sólo de la Parte General con 136 artículos. La exposición es erudita, haciéndose referencias especialmente a las teorías alemanas, pero ninguna a la realidad portuguesa.

(6) Para detalles consúltese *Proyecto oficial de Código penal*, Publicaciones de la Comisión Codificadora Nacional, La Paz, 1943. Igualmente redacté el Proyecto de Código procesal penal que con dicho título fue publicado por la Universidad de Córdoba, Argentina, 1946. Mi anteproyecto de *Código de Menores* ha sido objeto sólo de publicaciones parciales. Dicho código y el procesal penal no fueron tenidos en cuenta más que limitadamente por la Comisión, debido al cambio político que tuvo lugar en el país.

En Francia, el *Avant-Project de Code Penal*, 1978, se refiere a lo que se llaman Disposiciones generales o Parte General y tiene 211 artículos. Se mantiene la clasificación tripartita y la enorme extensión de dichas Disposiciones se explica pero no se justifica por incluir una serie de preceptos penitenciarios y otros que no corresponden a un Código penal.

En España, el anteproyecto de 1979 se debe a una Comisión de Codificación, pero en realidad a la labor de un pequeño grupo de miembros de aquélla. La forma en que han sido conducidas las discusiones ha dado lugar a una serie de protestas por otros miembros incluso por escrito. La Memoria explicativa que ha llegado a mis manos habla de la garantía ejecutiva, de la culpabilidad, de los intereses relevantes del Estado, de la difícil distinción entre causalidad y finalismo, de que según Savigny la familia es el yo ampliado, del orden económico, de Ihering, del estado social del derecho, del precio de la pena, de la proporcionalidad punitiva y de otras muchas cosas, pero no se hace alusión alguna a una consideración de la realidad española, de su criminalidad, de la conveniencia de basar la codificación en una evaluación del sistema penal tras casi cuarenta años de franquismo y de la transformación de la sociedad española y de su encaminamiento por una trayectoria democrática cuyos principios, al menos en parte, han sido enunciados en la Constitución. Si como se afirma en ésta la justicia emana del Pueblo cabría preguntarse si ello no implica que en la codificación participara aquél de manera directamente efectiva.

El texto del anteproyecto casi mantenido en secreto consta de 678 artículos de los que el 22 por 100 son de la Parte General. El número de modalidades delictivas creadas no es inferior a 1.500, cifra enorme debida en parte a un casuismo jurisprudencial. Difícilmente puede mantenerse que se trata del texto que precisa la España actual y del futuro inmediato. Tampoco un texto «fundamentalmente renovador» como se ha dicho en el Ministerio de Justicia.

La exposición hecha muestra que si bien la ciencia penal es necesaria el Derecho penal por ella producido sigue siendo en la mayor parte de los casos uno que vive de espaldas a la estructura socioeconómica, cultural y política. En muchos de los proyectos y códigos pesa aún demasiado una jurisprudencia estrecha. En la mayor parte de los casos, la clientela de tales códigos son «los de abajo» y esta injusticia no se remediará en tanto en cuanto los códigos sigan confeccionándose sólo por profesionales. Se impone una investigación juridicopenal fuertemente combinada con una criminológica y sobre todo, una evaluación de los sistemas penales vigentes antes de seguir lanzándose a la preparación de códigos penales como piezas de legislación en las que la llamada técnica jurídica juega papel predominante. En los países de habla española y portuguesa existen profesionales que se dan perfecta cuenta.

de la urgencia de una renovación de dicha ciencia y de que los Códigos penales no pueden seguir siendo instrumentos de grupos sociales dominantes. En los países marxistas la dominación es ideológica y a través de un partido monolítico. En España, la apresurada codificación penal debe ser reemplazada por una basada en una evaluación del sistema penal. Al parecer ni el Ministerio de Justicia ni la Comisión Codificadora han pensado en ellas. Ambas siguen el desacreditado enfoque de una «Administración de Justicia». En Venezuela y Colombia se dan también afanes de renovación, pero a menudo dominados «desde arriba». En Méjico donde debería haberse dado análogo afán apenas si existe. Afortunadamente, algunos jóvenes profesionales parece reaccionan en favor de una renovación más auténtica que la usualmente ofrecida por un grupo distinguido de profesionales.

La tarea de renovación no es fácil y las mayores dificultades provienen de la naturaleza raramente democrática de los regímenes existentes, de la condición en que se hallan la mayoría de las Facultades de Derecho y Colegios de Abogados y la índole poco satisfactoria del llamado poder judicial.

II. *Las perspectivas.*

Por tal se entienden aquí las de carácter operacional que sucintamente expuestas son:

1. Necesidad de ir directamente a la planificación de la política criminal ya recomendada en las conclusiones del Congreso de las Naciones Unidas, 1960, y desarrollada por la Organización en una diversidad de trabajos. Entre otras cosas significa que las comisiones de codificación deben ser reemplazadas por comisiones de política criminal en la que participen activa y mayoritariamente otros elementos que los jurídicos (7).

2. La política criminal y el sistema penal son dos cosas distintas, el segundo parte de aquella que a su vez lo es de la política general de desarrollo que no ha de entenderse sólo económicamente. Uno de los aspectos esenciales del mismo es la preservación de los derechos humanos individual y colectivamente entendidos. La violación se comete no sólo mediante violencia sino también por corrupción hoy frecuente en altos medios niveles políticos, judiciales, administrativos, industriales y otros.

3. El sistema no debe concebirse lineal, sino globalmente, como un todo, cuyas partes son interdependientes. La hegemonía de una de ellas sobre las demás, como acontece hoy con el sector judicial o del ministerio público, debe evitarse. La concepción glo-

(7) Para detalles véase lo que he dicho en *La construcción sociológica del derecho y de la justicia*, "Revista Interamericana de Sociología", 2, núm. 5, 1967, Méjico; *La Planificación de la política criminal*, 1975, volumen editado por el Ministerio de Justicia de Venezuela y mi *Criminología*, II, 1978, cap. XII.

bal significa que el llamado poder judicial tiene que ser configurado distintamente a como lo es hoy día en la mayoría de los países latinoamericanos. Como señalé antes, si conforme a la Constitución española la justicia emana del Pueblo, éste debe ser elemento importante en la estructura y control del poder judicial. Desafortunadamente, la Constitución olvida al Pueblo al organizar el poder judicial conforme a líneas marcadamente tradicionales. Los jueces y magistrados están en mayoría (8).

4. Ninguna codificación debe llevarse a cabo sin relacionarla con las demás; sin llevar a efecto previamente una evaluación del sistema penal y sin tener presente los planes de desarrollo del país. Más concretamente, la codificación penal exige previamente:

a) Analizar las características socioeconómicas, culturales, políticas y demás de la población en general y la de la clientela del sistema penal en particular y determinar cuál es la correlación criminológica y jurídicopenal que se da entre ellas tanto respecto a la criminalidad como a los diferentes tipos de delitos, todo lo cual debe ejercer una influencia en la política criminal y el sistema penal y por ende, en la codificación penal.

b) Establecer el costo del sistema penal, los resultados obtenidos en su aplicación así como el que debiera ser conforme a la planificación de dicho sistema y de la política criminal que lo determina.

c) Determinar el costo de la criminalidad, que no debe ser identificado con el anterior, relacionarlo con las cifras de producción y consumo y ver cuál es la cifra que puede estimarse soportable sin perturbar seriamente el desarrollo del país. En otras palabras, ninguna codificación penal debe llevarse a cabo sin tener una idea aproximada de cuál es la «cantidad» de criminalidad que un país dado puede soportar en un futuro inmediato sin ser seriamente perturbado.

d) La extensión, modalidades y aplicación de las sanciones penales no deben continuar siendo determinadas por límites mínimos o máximos y conforme a un sistema de fracciones empíricamente establecidos y a menudo derivados de una jurisprudencia anticuada. En buen número de Códigos que se dicen modernos fijan aún la pena indicando que la misma se aumentará o disminuirá en un doble, tercio, etc. El anteproyecto español sigue aún este criterio y fija límites mínimos y máximos y habla de imponer la pena en su mitad superior, en el grado inmediatamente inferior, etc. Tales enfoques son sociopolítica y criminológicamente anacrónicos, no establecen garantías de ninguna clase y reflejan

(8) Señalaré que en la edición oficial que poseo de la Constitución, mientras que el Rey, los Jueces, los Magistrados, el Poder Judicial y el Ministerio público aparecen con mayúscula, el pueblo, de donde se dice emanar la justicia a que todos ellos deben servir, aparece con minúscula. Convendría devolverle la mayúscula que se le ha birlado y con ella hacer efectivo el poder que en el judicial le corresponde.

una incapacidad para llevar realmente a cabo la individualización que la justicia social penal exige; y

e) Reducir la criminalización de conductas al mínimo requerido por las consideraciones socioeconómicas y políticas anteriores y la necesidad de preservar los derechos humanos tanto de la persona como de los grupos y de la sociedad a nivel nacional e internacional. Ello significaría, entre otras cosas, la simplificación de la Parte General, la reducción de la Parte Especial y de las leyes penales especiales, la exclusión de las faltas o contravenciones del sistema penal, la unificación de las sanciones o medidas penales acabando con la dicotomía penas y medidas de seguridad en la que insiste anticuada y superficialmente el anteproyecto español y dar mayor importancia a los delitos dirigidos contra la economía o fuentes de riqueza nacionales que no pueden ya reducirse a los cometidos contra un orden económico como hace, entre otros, el anteproyecto español aquí considerado.

Lo expuesto significa también que la finalidad de la justicia penal no es ya la readaptación del delincuente, sino la realización de aquélla, entendida desde un punto de vista social y no meramente jurídico, jurisprudencial o conforme a una determinada teoría jurídica que tiene más en cuenta el delito y sus elementos que el fenómeno sociopolítico criminalidad. La reeducación, resocialización y demás del delincuente han sido utilizadas instrumentalmente tanto por los regímenes capitalistas como marxistas. Unos y otros dejan deliberadamente de lado que en no pocos casos, el delincuente tiene el derecho a no ser readaptado cuando los sistemas penales son meramente instrumentales. Justicia social penal significa también que la indemnización a las víctimas del delito no puede hacerse ya conforme a las concepciones actuales de una responsabilidad civil derivada de un acto delictivo. Lamentablemente tal criterio es aún seguido por el anteproyecto español citado y supone la ineffectividad en la mayor parte de los casos de la compensación a las víctimas del delito que ha de entenderse hoy como consecuencia de una función penal y no solamente derivada de un acto delictivo individual.

La evaluación del funcionamiento del sistema penal es requisito previo a una reforma penal y todavía más para la formulación de una auténtica política criminal. Esta es a menudo escamoteada por gobiernos y ministerios e ignorada por los partidos políticos y grupos parlamentarios. Entre otras cosas, la evaluación debe examinar cuál es la correlación entre el sistema penal existente y el desarrollo socioeconómico y político del país; cuál es el costo del funcionamiento de dicho sistema y probable proyecciones en el futuro inmediato, la correlación entre reforma penal, procesal penal y todo lo relativo al tratamiento, tareas que no pueden ya llevarse a cabo aparte por grupos o comisiones diferentes sino por una auténtica comisión de política criminal. Tal evaluación es aún más necesaria en aquellos países que han padecido una

larga dictadura. En ellos, la llamada reforma penal no puede dejarse pr3cticamente en manos de organismos cuya composici3n, salvo casos personales, recuerda demasiado una dependencia al r3gimen dictatorial pasado.

La tarea no es f3cil y sobre sus dificultades y modo de vencerlas han insistido repetidamente desde 1960 las Naciones Unidas en una serie de informes y documentos. En la recent3sima reuni3n del Grupo de Expertos sobre Criminalidad y Abuso de Poder, que me cupo el privilegio de presidir, Naciones Unidas, New York, julio 1979, se afirm3 una vez m3s la necesidad de ir a formulaciones de pol3tica criminal y no a meras reformas penales. Tal misi3n dif3cilmente puede realizarse por las tradicionales comisiones codificadoras ministerialmente creadas.

Autoría y participación en el Código penal vigente y en el futuro Código penal(*)

JOSE CEREZO MIR

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Zaragoza

El concepto de autor en el Código penal vigente

El legislador español de 1848 quiso formular en el artículo 14 del Código penal (1) un concepto jurídico de autor (2). Se inspiró, para ello, en dos viejas doctrinas que se remontan a los juristas italianos de la Baja Edad Media y que tuvieron gran difusión en toda Europa, en los siglos XVII, XVIII y XIX: la concepción del inductor, como autor moral, que era equiparado al autor material (*quod quis per allium fecit, per se ipsum facere videtur*) (3) y la teoría de la causa necesaria o del cómplice principal. Con arreglo a esta última teoría, el cómplice principal, es decir, aquel que coopera a la ejecución del delito con un acto sin el cual no se hubiera efectuado (*quod causam dedit delicto*) debía ser equiparado al autor material. De él se distingue el cómplice menos principal o secundario (*quod causam non dedit*), que era castigado

(*) Texto de la ponencia, con algunas modificaciones, presentada en el Seminario Hispano-Germánico sobre la reforma del Derecho Penal, organizado por la Universidad Autónoma de Barcelona y el Instituto Alemán, celebrado en Bellaterra en los días 5, 6, 7 y 8 de marzo de 1979.

(1) De acuerdo con este precepto: "Se consideran autores: 1.º Los que toman parte directa en la ejecución del hecho; 2.º Los que fuerzan o inducen directamente a otros a ejecutarlo; 3.º Los que cooperan a la ejecución del hecho con un acto sin el cual no se hubiera efectuado".

(2) Véase mi art. *Die Auseinandersetzung um den finalen Täterbegriff in der spanischen Strafrechtswissenschaft*, Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag, Walter de Gruyter, Berlín-Nueva York, 1974, págs. 636-7, publicado también en castellano, *La polémica en torno al concepto finalista de autor en la Ciencia del Derecho penal española*, ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES, 1975, fas. 1.º, págs. 42-3.

(3) Véase V. HIPPEL, *Deutsches Strafrecht*, reimpression, Scientia Verlag Aalen, 1971, 1, pág. 97 y 2, págs. 442 y ss.; PESSINA, *Elementi di Diritto Penale*, volume primo, Nápoles, 1882, págs. 270 y ss.; y F. Ch. SCHROEDER, *Der Täter hinter dem Täter. Ein Beitrag zur Lehre von der mittelbaren Täterschaft*, Duncker-Humblot, Berlín, 1965, páginas 17 y 22 y 27 y ss.

con una pena inferior (4). Así vemos que Pacheco, siguiendo a Rossi, distingue el concepto de codeflicuencia o participación principal, donde incluía al autor directo, el inductor y el cooperador necesario, del de participación secundaria o complicidad (5). En el Código bávaro de 1813, citado textualmente por Rossi, se dispone en el artículo 45 (5.^a): «No sólo, I El que comete el delito por medio de su fuerza corporal y sus actos, sino también II, El que presta al ejecutor, antes o durante la ejecución, con la intención de que el delito se cometa, una ayuda tal, sin la cual a éste no le hubiera sido posible realizar el hecho; por último, III, Todos aquellos, que con intención antijurídica han movido a otros a la comisión y ejecución del delito, deben ser castigados como autores (Urheber) del mismo».

Nuestro legislador formuló en el artículo 14 un concepto jurídico de autor y usó la expresión «se consideran autores» para subrayar la disconformidad entre el concepto legal y el vulgar (6).

Sin atender al origen histórico del precepto, que estaba completamente olvidado, y sin necesidad de recurrir, pues, expresamente a una interpretación objetiva, los penalistas españoles consideran hoy, sin excepción, que en el artículo 14 no se ha querido formular un concepto jurídico de autor, sino sólo indicar a quiénes se castiga como autor, es decir, a quiénes se considera autores a efectos de aplicación de la pena. Es, pues, tarea de la doctrina y de la jurisprudencia determinar quiénes son realmente autores, entre los codeflicuentes mencionados en los tres números del artículo catorce.

La mayor parte de nuestros penalistas estiman que sólo son autores los comprendidos en el número primero del artículo 14 («Los que toman parte directa en la ejecución del hecho»), precepto que interpretan en el sentido de la teoría objetivo-formal

(4) Véase V. HIPPEL, *lug. cit.*; PESSINA, *lug. cit.*, y ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 2.^a edic., Hamburgo, 1967, págs. 38 y ss.

(5) Véase PACHECO, *Estudios de Derecho Penal*, 5.^a edic., 1887, páginas 214 y ss. y ROSSI, *Tratado de Derecho Penal*, traducción de Cayetano Cortés, II, 1839, págs. 162-4 y 175 y ss.

(6) Dice Pacheco, al comentar la expresión "se consideran autores", con que empezaba el art. 12 (hoy 14): "No sin motivo se ha empleado esa expresión extraña que señalamos en este instante. La ley la ha creído sin duda más exacta y más propia y nosotros somos igualmente de su parecer. Cuando la definición legal va a separarse de la común, cuando un término importantísimo, capital, va a tomarse por aquélla en un sentido diverso que el que material y ordinariamente le corresponde; cuando se va a consagrar un sentido extensivo, que no es la acepción en que todos empleamos la palabra: juzgamos bien hecho, bien concebido el escrúpulo y el sistema de la ley. Mejor es en tales casos decir "se considera", fórmula por la cual se reconoce algo convencional o facticio, que decir "son", fórmula que lleva pretensiones de rigor y de exactitud. La Ley, en semejantes casos, no es sólo declaratoria, es creadora también"; véase, PACHECO, *El Código penal concordado y comentado*, 5.^a ed., 1881, I, págs. 258-9.

Toma parte directa en la ejecución del hecho el que realiza un elemento del tipo delictivo correspondiente (7).

Discrepan de este criterio, Rodríguez Mourullo y Gimbernat. Según estos penalistas, el número 1.º del artículo 14 representa ya una causa de extensión de la pena. El concepto de autor debe deducirse directamente de los tipos de la Parte Especial. Según Rodríguez Mourullo, de los tipos de la Parte Especial se deduce que autor es el que realiza de un modo inmediato o mediato, con su conducta, *todos* los elementos del tipo. En el número 1.º del artículo 14 se extiende la pena de los autores a los que realizan sólo uno o parte de los elementos del tipo (8). Gimbernat considera que de los tipos de la Parte Especial se deduce que autor es el que realiza directa o mediatamente todos o algún elemento del tipo. El número 1.º del artículo 14 extiende la pena de los autores a los que realizan actos de carácter ejecutivo que no representan aún un comienzo de la realización de la acción típica (9). Con arreglo a la opinión de estos penalistas, es posible, pues, castigar como autores, con base en los tipos de la Parte Especial y en el artículo 49 (10), a personas no comprendidas en el artículo 14.

Creo que no es posible, en nuestro Código, castigar como autor a codeficientes no incluidos en alguna de las categorías del artículo 14, aún dentro del marco de una interpretación objetiva, que

(7) Véase, en este sentido, por ejemplo, CUELLO CALÓN-CAMARGO, *Derecho Penal*, I, Parte General, vol. II, 17.ª edic., 1975, pág. 645; ANTÓN GNECA, *Derecho Penal*, Parte General, Madrid, 1949, pág. 433; QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso de Derecho Penal*, I, Madrid 1963, págs. 245-6; y FERRER SAMA, *Comentarios al Código Penal*, II, Murcia 1947, págs. 43-4.

(8) Véase RODRÍGUEZ MOURULLO, en CÓRDOBA, RODRÍGUEZ MOURULLO, DEL TORO MARZAL y CASABÓ, *Comentarios al Código Penal*, Barcelona, Ariel, 1972, I, pág. 802 y ya antes en *La omisión de socorro en el Código penal*, Madrid 1966, pág. 287.

(9) Véase GIMBERNAT, *Autor y cómplice en Derecho penal*, Madrid 1966, págs. 218 y ss. y *Gedanken zum Täterbegriff und zur Teilnahmelehre*, Z. Str. W., 1968, tomo 80, fas. 4, págs. 920-1 y 932. No me parece correcta la distinción que hace GIMBERNAT (*Autor y cómplice*, págs. 103 y ss.), siguiendo a ROXIN (*Täterschaft und Tatherrschaft*, págs. 302 y ss.) entre acto ejecutivo y realización parcial de la acción típica. Para la existencia de la tentativa se exige en el art. 3.º del vigente Código penal y en el art. 24 del Proyecto de nuevo Código penal español, un principio de ejecución del delito, es decir, un principio de ejecución de la acción descrita en el tipo. El problema de la delimitación de los actos preparatorios y ejecutivos es, pues, el problema de la delimitación de la acción típica (véase el extracto de mi tesis doctoral, *Lo objetivo y lo subjetivo en la tentativa*, publicado por la Universidad de Valladolid, Valladolid, 1964, págs. 17 y ss.). Por otra parte, la acción típica no comprende únicamente el núcleo del tipo o los actos consumativos, sino también lo que Belling llamaba la zona periférica representada por los medios o modos de ejecución, cuando estén descritos en el tipo; por ejemplo, las circunstancias calificativas del asesinato (art. 406), del robo con fuerza en las cosas (art. 504), o el empleo de fuerza o intimidación en la violación del núm. primero del art. 429.

(10) Según el párrafo primero del artículo 49: "A los autores de un delito o falta se les impondrá la pena que para el delito o falta que hubieran cometido se hallara señalada por la Ley".

prescinda de la voluntad del legislador histórico (que fue la de formular un concepto jurídico de autor). En el artículo 12 se declara que: «Son responsables criminalmente de los delitos y faltas: 1.^a los autores, 2.^a los cómplices, 3.^a los encubridores»; y en el artículo 14 se precisa que se consideran autores a los directos, a los que fuerzan o inducen a otros a ejecutar el delito y a los cooperadores necesarios. No es posible, pues, considerar autores, castigar como autores, a codelincuentes no incluidos en el artículo 14. El artículo 49 es un precepto de referencia, contenido entre las reglas de aplicación de las penas y conectado con los artículos 12 y 14 (11).

El concepto extensivo de autor (12) no ha hallado eco alguno en nuestro país y el concepto subjetivo ha ejercido sólo una influencia limitada en algunos de nuestros penalistas (13).

El concepto finalista de autor es sustentado por Córdoba Roda. Autor es, para él, el que tiene el dominio del acto. El concepto de autor está en función, según Córdoba, del concepto de la acción. «Si la acción es definida como "comportamiento humano, dominado por la voluntad rectora, orientada a un determinado resultado... será perfectamente comprensible que se recurra al criterio del dominio del acto" para circunscribir la esfera de los autores: autor lo es quien ostenta el dominio del acto» (14). Aunque parte de un concepto material de autor, Córdoba considera como Maurach, que es autor todo el que realiza un elemento del tipo (15). Según él, en el artículo 14, donde se declara a quienes se *considera* autores, lo son los del núm. 1.^o. Los del núm. 2.^o, los que fuerzan o inducen, sólo cuando sean autores mediatos. Los cooperadores necesarios tienen siempre el dominio del hecho, según Córdoba, si se refiere la necesidad de su contribución a la realización concreta del hecho (no a la simple causación del resultado crimi-

(11) El art. 49 está situado en la Sección 1.^a que lleva por epígrafe "Reglas para la aplicación de las penas según el grado de ejecución y las personas responsables de las infracciones", del Capítulo IV, "De la aplicación de las penas", del Título III, "De las penas" y los arts. 12 y 14 están situados en el Capítulo Primero del Título II, que trata "de las personas responsables de los delitos y faltas".

(12) Véase H. H. JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, Allgemeiner Teil, 3.^a edic., Duncker-Humblot, Berlín 1978, pág. 529, y RODRÍGUEZ DE VESA, *Derecho Penal Español*, Parte General, 5.^a edic., Madrid, 1976, página 572.

(13) Véase GIMBERNAT, *Autor y cómplice en Derecho Penal*, págs. 42 y ss. y 47 y ss.

(14) Véase CÓRDOBA RODA, *Notas a la traducción del Tratado de Derecho Penal*, de Maurach, Barcelona, Ariel 1962, II, pág. 310 (nota 3).

(15) Según Maurach, el que realiza un elemento del tipo tiene el dominio del hecho en virtud de una presunción legal irrefragable; véase MAURACH, *Deutsches Strafrecht*, Allgemeiner Teil, 4.^a edic., Verlag C. F. Müller 1971, pág. 658.

nal) (16). Gimbernat y el Tribunal Supremo español, en varias sentencias, han sustentado la opinión de que el cooperador necesario tiene siempre el dominio del hecho (17).

Esta tesis de que el cooperador necesario tiene siempre el dominio del hecho no es correcta, sin embargo, como ha puesto de relieve Roxin (18). Se basa en una tergiversación de la teoría del dominio del hecho. El dominio del hecho no lo tiene todo el que pone dolosamente una condición de la realización del hecho delictivo. No lo tiene tampoco el cómplice principal. El dominio del hecho lo tiene sólo de un modo aparente el cómplice principal, como señala Roxin. «Una persona que hace posible un hecho», dice Roxin, «que tiene en su mano en este sentido, su realización, no por ello domina el curso de los acontecimientos» (19). Cita los ejemplos del técnico que construye la máquina infernal para que otro delincuente cometa un atentado o del que da la moneda al ladrón para que pague la entrada al museo donde va a sustraer un cuadro. Estas personas no tienen el dominio del hecho, aunque hagan posible la realización de estos delitos. La realización del hecho delictivo tienen que confiarla necesariamente a otra persona, al terrorista o al ladrón. Estos realizan la acción delictiva solos y libremente. La figura del cooperador necesario refleja un enfoque causal —la teoría de la causa necesaria— y es esencialmente diferente del concepto del dominio del hecho. Dentro de los cooperadores necesarios habrá algunos que posean el dominio del hecho y sean en realidad autores (autores mediatos o coautores), pero habrá otros que sean meros partícipes.

Por mi parte, creo que el concepto de autor, en general y el finalista en particular, no se derivan directamente del concepto de la acción, sino de la concepción de lo injusto que inspira el Código.

Autor es, en primer término, todo el que realiza la acción típica o un elemento del tipo, en los delitos dolosos o culposos.

En los delitos culposos realiza el tipo todo el que causa un resultado mediante una acción (cualquiera o determinada) que no responda al cuidado objetivamente debido, siempre que el resultado se haya producido precisamente como consecuencia de:

(16) Véase CÓRDOBA RODA, *Notas a la traducción del Tratado de Derecho Penal*, de Maurach, Barcelona, Ariel, 1962, II, págs. 310-11 (nota 3).

(17) Véase GIMBERNAT, *Autor y cómplice en Derecho penal*, páginas 122-3 y las Sentencias del Tribunal Supremo de 1 de julio de 1963, 4 de marzo y 5 de junio de 1965, 3 de junio de 1968, 1 de marzo de 1972, 17 de mayo de 1976, 18 de noviembre de 1977 y 23 de noviembre de 1978.

(18) Véase ROXIN, *Tätersthaft und Tatherrschaft*, pág. 301; en el mismo sentido, también RODRÍGUEZ MOURULLO, en CÓRDOBA, RODRÍGUEZ MOURULLO, DEL TORO MARZAL y CASABÓ, *Comentarios al Código penal*, I, págs. 877-8.

(19) ROXIN, *Ob cit.*, pág. 301.

la inobservancia del cuidado objetivamente debido; o realiza una acción desconociendo una cualidad de la misma o de su objeto como consecuencia de la inobservancia del cuidado objetivamente debido (delitos culposos de acción).

En los delitos dolosos es autor todo el que realiza en todo o en parte la acción típica, aunque no tenga el dominio del hecho (20). Roxin considera que el que realiza de propia mano, dolosamente, todos los elementos del tipo tiene el dominio de la acción, que distingue del dominio de la voluntad. Roxin considera, incluso, que tiene el dominio de la acción el que realiza dolosamente, de propia mano, todos los elementos del tipo aunque no actúe libremente. Señala, como ejemplos, los casos en que el sujeto actúa bajo coacción, o impulsado por un estado de necesidad provocado por otro, o es un enajenado, un menor o es víctima de un error de prohibición (21). La distribución que hace Roxin entre dominio de la acción y dominio de la voluntad es, a mi juicio, artificiosa. La voluntad es el factor que impulsa y configura la acción. Si se tiene el dominio de la voluntad se tiene el dominio de la acción.

El que tenga el dominio del hecho será autor aunque no realice un elemento del tipo (autor mediato o coautor) si el Código se inspira en una concepción personal de lo injusto. Este es el caso en el Código penal español en que se castiga la tentativa de delito (incluso la inidónea) y es preciso apreciar la existencia de otros elementos subjetivos de lo injusto (22). El que tiene el dominio del hecho aparece entonces, como diría Roxin, como el centro personal de lo injusto. Si el Código se inspira, en cambio, en una concepción objetiva o despersonalizada de lo injusto, como mera lesión o peligro del bien jurídico, todo el que pusiera una condición de la producción del resultado o de la realización de la acción típica sería, en principio, autor. No podría hablarse entonces de un centro personal de lo injusto. Se llegaría a un concepto extensivo de autor, aunque el Derecho partiera del concepto de la acción finalista, pues el juicio desvalorativo de la antijuridicidad recaería

(20) Véase, en este sentido, H. BLEI, *Strafrecht I, Allgemeiner Teil*, 17.^a edic., 1977, págs. 223 y ss y 228 y ss.; SAX, *Der Bundesgerichtshof und die Täterlehre. Gedanken Zum Stachynskij Urteil*, *Juristenzeitung*, 1963, págs. 333 y 337-38; y F. CH. SCHROEDER, *Der Täter hinter dem Täter*, págs. 39 y ss., 68 y ss. y 191 y ss.

(21) Véase ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, págs. 127 y ss. y 131 y ss.

(22) Véanse mis artículos *La naturaleza de las cosas y su relevancia jurídica*, "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", julio-agosto 1961, págs. 17 y ss. y 27 y ss.; *Lo injusto de los delitos dolosos en el Derecho penal español*, ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES, 1961, págs. 55 y ss. y 66 y ss.; y *Die Auseinandersetzung um die finale Handlungslehre in der spanischen Strafrechtswissenschaft*, *Z. Str. W.*, tomo 84, 1972, fasc. 4, págs. 1034 y ss y 1052 y ss. (publicado también en castellano, *La polémica en torno a la doctrina de la acción finalista en la Ciencia del Derecho Penal española*, "Nuevo Pensamiento Penal", año I, núm. 2, págs. 218 y ss. y 233 y ss.).

entonces exclusivamente sobre el lado objetivo o externo de la acción.

Entre la doctrina y la jurisprudencia española existe, sin embargo, en cuanto al concepto de autor, un considerable y progresivo divorcio. El Tribunal Supremo, aunque ha seguido en numerosas sentencias el criterio de considerar autores, conforme a la opinión dominante en la doctrina, a los delincuentes comprendidos en el núm. 1.º del artículo 14 se inclina cada vez con mayor frecuencia por la teoría del acuerdo previo. Con arreglo a esta teoría, elaborada por el Tribunal Supremo, cuando varios delincuentes se ponen de acuerdo para realizar un hecho delictivo, todos ellos responden en virtud de este acuerdo, como autores, cualquiera que sea su forma de contribución a la realización del hecho. El Tribunal Supremo castiga a todos como autores, con frecuencia como autores directos, aunque no hubieran realizado actos ejecutivos (núm. 1.º del art. 14), otras veces como inductores, por inducción recíproca (núm. 2.º del art. 14) y otras como cooperadores necesarios (núm. 3.º del art. 14), por estimar que si hubo acuerdo previo la cooperación es necesaria (23).

El concepto de autor en el Proyecto de nuevo Código penal

El artículo 32 del Proyecto del futuro Código penal (correspondiente al artículo 14 del Código vigente) dice: «Además de quienes realizan el hecho por sí o por medio de otro del que se sirven como instrumento, se consideran autores: 1.º Los que toman parte directa en la ejecución del hecho. 2.º Los que inducen directamente a otros a ejecutarlo. 3.º Los que cooperan a la ejecución del hecho con un acto sin el cual no se hubiera efectuado».

En la redacción originaria del Anteproyecto, el artículo 32 (entonces 29) reproducía exactamente el texto del artículo 14 del Código penal vigente. La adición del primer párrafo se debe a la aprobación de una enmienda que presenté con objeto de que se reconociera la figura del autor mediato. Esta innovación me parece reconociera la figura del autor mediato. Esta innovación me parece del autor mediato directamente en los tipos de la Parte Especial; es decir, castigar como autor a un codelincuente no incluido en las diversas categorías del artículo 14. En este precepto sólo se recoge un supuesto muy concreto de autoría mediata, en el número 2.º en el inciso «Los que fuerzan... a otros a ejecutarlo». Se trata de aquellos casos en el que autor mediato se vale de la fuerza

(23) Véase GIMBERNAT, *Autor y cómplice en Derecho penal*, págs. 54 y ss. y 57 y ss.; RODRÍGUEZ MOURULLO, en CÓRDOBA, RODRÍGUEZ MOURULLO, DEL TORO MARZAL Y CASABÓ, *Comentarios al Código Penal*, I, págs. 828 y ss. y las Sentencias del Tribunal Supremo de 28 de febrero, 10 de marzo, 3 de octubre y 10 de noviembre de 1978.

física para utilizar a otra persona como instrumento (24). No siempre es posible incluir los restantes casos de autoría mediata en la inducción o en la cooperación necesaria. No lo es, cuando la conducta del instrumento no es típica o antijurídica (por concurrir una causa de justificación) (25).

La redacción del artículo 32 permite considerar que en el primer párrafo se alude a quienes *son* realmente autores: «quienes realizan el hecho por sí o por medio de otro del que se sirven como instrumento» (autores directos o mediatos); mientras que, a continuación, se indica a quienes se considera, además, autores a efectos de la pena (causas de extensión de la pena). Esta interpretación no resulta, sin embargo, satisfactoria, pues habría que considerar que no son autores los que toman parte directa en la ejecución del hecho; es decir, los que realizan con su conducta uno o varios, pero no todos los elementos del tipo. Tampoco serían autores los cooperadores necesarios que realicen actos de mero auxilio, no típicos, durante la fase de ejecución, pero que tengan el dominio funcional del hecho, por corresponderles, de acuerdo con el plan delictivo, una contribución independiente, esencial, a la comisión del delito (26). En realidad, en los tres números del artículo 32 se incluyen, de un modo indiscriminado supuestos de

(24) En el art. 13 del Código penal de 1822, al definir a los autores, se incluía una mayor variedad de supuestos de autoría mediata: "Son autores de delito o culpa: Primero: los que libre y voluntariamente cometen la acción criminal o culpable. Segundo: los que hacen a otro cometerla contra su voluntad, ya dándole alguna orden de las que legalmente está obligado a obedecer y ejecutar, ya forzándole para ello con violencia, ya privándole del uso de su razón, ya abusando del estado en que no la tenga; siempre que cualquiera de estos cuatro medios se emplee a sabiendas y voluntariamente para causar el delito y que lo cause efectivamente".

(25) Véase, en este sentido, RODRÍGUEZ MOURULLO, en CÓRDOBA, RODRÍGUEZ MOURULLO, DEL TORO MARZAL Y CASABÓ, *Comentarios al Código Penal*, I, págs. 803 y ss. y especialmente págs. 805 y ss. y ya antes en *El autor mediato en Derecho Penal español*, ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES, 1969, fasc. 3.º, págs. 465 y ss.; y RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español, Parte General*, 5.ª ed., Madrid, 1976, pág. 676.

(26) Este criterio, formulado por Roxin, me parece el más acertado para deslindar la coautoría y la participación en el ámbito de los actos de mero auxilio durante la fase de ejecución; véase ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 2.ª edic., págs. 265 y ss. y 277 y ss. y mi artículo, *Die Auseinandersetzung um den finalen Täterbegriff in der spanischen Strafrechtswissenschaft*, lug. cit., págs. 652-3 (*La polémica en torno al concepto finalista de autor en la Ciencia del Derecho Penal española*, lug. cit., págs. 55-6). Los cooperadores necesarios que realizan actos preparatorios no tienen el dominio del hecho y son, por tanto, meros partícipes. El que realiza un acto preparatorio, por importante que sea, como dice Roxin, llega a un momento en que tiene que dejar en manos de otra persona la realización del delito; véase ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 2.ª edic., págs. 292 y ss. y mi artículo, *Die Auseinandersetzung um den finalen Täterbegriff in der spanischen Strafrechtswissenschaft*, página 651 (*La polémica en torno al concepto finalista de autor en la Ciencia del Derecho Penal española*, págs. 54-55).

coautoría y de participación, es decir, de extensión de la pena de los autores a meros partícipes.

En el número 2.º del artículo 32 desaparece lógicamente la mención de los que fuerzan a otros a ejecutar el hecho, desde el momento en que se ha incluido, con carácter general, la figura de la autoría mediata, en el primer párrafo de este artículo.

La equiparación en la pena, en todo caso, del inductor y del autor me parece discutible. En los casos en que el inducido estaba ya inclinado o en una actitud propicia, aunque no decidido, a la comisión del delito y en general, en todos los casos en los que la inducción haya sido sólo un factor, entre otros, que ha determinado la decisión de cometer el delito, la equiparación puede ser injusta (27). Sugerí, por ello, en una enmienda al artículo 74, que se estableciera para los inductores una atenuación facultativa de la pena, tal como se proponía en el artículo 28 (2), del Proyecto Alternativo de Código penal alemán (28). La mención del inductor desaparecería del artículo 32 y se incluiría a los inductores en el artículo 29, junto a los autores y los cómplices. El artículo 31 hubiera quedado redactado así: «Son responsables criminalmente de los delitos y faltas: 1.º Los autores. 2.º Los inductores. 3.º Los cómplices».

Uno de los mayores defectos de la nueva regulación de la autoría y la participación es, a mi juicio, el mantenimiento de la figura del cooperador necesario. En el número 3.º del artículo 32 se considera autores a efectos de la pena, a: «Los que cooperan a la ejecución del hecho con un acto sin el cual no se hubiera efectuado».

La distinción del cooperador necesario y los cómplices ha planteado grandes dificultades a la doctrina y a la jurisprudencia. Ninguno de los criterios propuestos conduce a resultados satisfactorios.

El *criterio del caso concreto*, con arreglo al cual es necesaria toda cooperación sin la cual el delito no se hubiera cometido o no se hubiera realizado en la forma concreta en que se cometió, conduce a estimar que casi toda cooperación es necesaria. Se vaciaría la complicidad (art. 16), en la que quedarían sólo aquellas formas de cooperación que no constituyen siquiera una condición de la comisión del delito, por ejemplo, algunos de los supuestos de complicidad psíquica.

(27) Véase G. STRATENWERTH, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, I, 2.ª edición, Carl Heymannsverlag KG., 1976, pág. 251 (nota 893).

(28) Véase, *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, Allgemeiner Teil*, 2.ª edic., J. C. B. MOHR, Tübinga, 1969, pág. 66 y ss. Esta propuesta no fue acogida, sin embargo, por el legislador alemán; véase el art. 26 de la nueva Parte General.

La variante del criterio del caso concreto sugerida por Antón Oneca, de «referir la necesidad al resultado, no a las modalidades de la acción» (29) y la de Rodríguez Mourullo de referir la necesidad al sí y no al cómo de la ejecución (30), resultan incompatibles con la moderna evolución de la teoría de lo injusto, que distingue junto al desvalor del resultado el desvalor de la acción.

El *criterio abstracto*, según el cual la necesidad ha de enjuiciarse de un modo genérico, no es tampoco convincente. Con arreglo a este criterio, la cooperación no sería nunca necesaria, pues el autor hubiera podido conseguir el medio o instrumento o la colaboración prestada, de otra persona, o podía haber utilizado otro medio o forma de ejecución (31). La aplicación de este criterio plantearía, además, como ha señalado Gimbernat, dificultades insuperables de prueba (32).

La *teoría de los bienes escasos*, de Gimbernat (33), abandona el enfoque causal, al que obedece la figura del cooperador necesario («Los que cooperan a la ejecución del hecho con un acto sin el cual no se hubiera efectuado»), por lo que no se ajusta a la voluntad de la ley (34). No resulta, además, satisfactoria, porque la importancia de una contribución al delito no está sólo en función de la escasez o abundancia del medio o instrumento suministrado o de la facilidad o dificultad de conseguir la colaboración prestada. El medio o la contribución pueden ser muy importantes, aunque sean abundantes o fáciles de conseguir en el medio social en que se mueva el delincuente (el que suministra el arma de fuego, el que vigila en el robo, etc.) (35).

Esta última objeción es válida también para la variante de la teoría de los bienes escasos sustentada por Rodríguez Devesa, que no abandona, en cambio, el enfoque causal. Para Rodríguez Devesa,

(29) Véase ANTÓN ONECA, *Derecho Penal, Parte General*, pág. 441.

(30) Véase RODRÍGUEZ MOURULLO, en CÓRDOBA, RODRÍGUEZ MOURULLO, DEL TORO MARZAL Y CASABÓ, *Comentarios al Código Penal*, I, págs. 872 y ss.

(31) Véase ANTÓN ONECA, *Derecho Penal, Parte General*, pág. 441, y RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código Penal*, I, pág. 862.

(32) Véase GIMBERNAT, *Autor y cómplice en Derecho Penal*, págs. 139 y 203.

(33) Véase GIMBERNAT, *Autor y cómplice en Derecho Penal*, páginas 151 y ss. y 167 y ss.

(34) Es cierto que cuando se trata de la prestación de una colaboración consistente en un hacer exige que constituya una condición de la producción del resultado, pero éste no es el criterio decisivo. Aunque la contribución constituya una condición, no es cooperación necesaria si se trata de una actividad que no sea inequívocamente criminal (bien abundante) y cuando se trata de una actividad claramente criminal será mera complicidad si, dadas las circunstancias del caso, era fácil de conseguir, aunque constituya una condición de la producción del resultado. Véase GIMBERNAT, *Autor y cómplice en Derecho Penal*, págs. 167 y ss.

(35) Esto se aprecia, con toda claridad, en el examen que hace el propio Gimbernat de la cooperación necesaria y la complicidad en el delito de genocidio; véase GIMBERNAT, *Autor y cómplice en Derecho Penal*, págs. 190 y ss.

es necesaria aquella cooperación que no podía prestar otro de los delincuentes que cooperaron a la comisión del delito (36).

En realidad, la distinción del cooperador necesario y el cómplice constituye una tarea insoluble. En la moderna ciencia del Derecho penal se ha puesto claramente de manifiesto que no es posible medir la eficacia causal de las diversas condiciones y que aunque ello fuera posible, no sería decisiva para determinar la gravedad de lo injusto o de la culpabilidad.

La figura del cooperador necesario, que se remonta, como vimos, a la vieja doctrina de la causa necesaria o del cómplice principal (que es muy anterior, por tanto, y no guarda relación alguna con la teoría de la equivalencia de las condiciones o la teoría del dominio del hecho) desapareció de los restantes Códigos penales europeos a fines del siglo XIX.

En la práctica, en nuestro país una misma conducta es calificada en ocasiones como cooperación necesaria y otras veces como complicidad, según que, dadas las circunstancias del caso, represente una contribución más o menos importante a la comisión del delito y al manejar el Tribunal Supremo diversos criterios de distinción (37). Es cierto que a veces puede ser justa la aplicación al cómplice de la pena del autor. Pero la solución técnicamente correcta consiste en establecer una atenuación meramente facultativa de la pena para los cómplices, como sucede en el Código penal suizo (art. 25). En este sentido presenté una enmienda, pidiendo la supresión de la figura del cooperador necesario y el establecimiento de una atenuación meramente facultativa de la pena para los cómplices (en lugar de la obligatoria prevista en el art. 74 del Proyecto). Esta enmienda fue rechazada, sin embargo, principalmente por razones de tipo práctico, al aducirse que con ello se sustraería en estos casos la calificación de las conductas al control de la casación.

En realidad el problema de la racionalización de la medición de la pena y de su control a través del recurso de casación es un problema más amplio, que no ha de ser resuelto mediante el mantenimiento de viejos conceptos superados hace ya tiempo en la Ciencia del Derecho penal, sino mediante el desarrollo de la

(36) Véase RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español*, Parte General, pág. 691.

(37) Véase ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, Parte General, págs. 441-2; GIMBERNAT, *Autor y cómplice en Derecho Penal*, pág. 109, notas 287 y 288 y pág. 198, nota 218; y RODRÍGUEZ MOURULLO, en CÓRDOBA, RODRÍGUEZ MOURULLO, DEL TORO MARZAL Y CASABÓ, *Comentarios al Código Penal*, I páginas 878-9. En la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de marzo de 1972 (A. 915), por ejemplo, se invoca el criterio del caso concreto, pero referido a la eficacia causal para la producción del resultado, la teoría de los bienes escasos y el dominio del hecho y en la Sentencia de 23 de noviembre de 1978 (A. 3750) se invoca, como básico, el criterio del caso concreto referido a la realización del acto delictivo y con carácter complementario el del dominio del acto y el de los bienes o actividades escasos.

doctrina de la medición de la pena (38) y una regulación en el Código, lo más concreta posible, de los factores a tener en cuenta en la misma, dentro del margen del arbitrio judicial (39).

La supresión de la figura del cooperador necesario debería ir acompañada, sin embargo, como señaló Roxin en el curso de la discusión, de la introducción de un precepto que regulase la coautoría. Un precepto concebido en términos amplios, de modo que abarcase tanto a los que son coautores por realizar uno o varios, pero no todos los elementos del tipo, como a aquéllos que realizan actos de mero auxilio, pero que, de acuerdo con el plan delictivo, representan una contribución independiente, esencial, a la comisión del delito y tienen, por ello, el dominio funcional del hecho. Una fórmula amplia, aceptable cualquiera que sea el concepto de autor que se sustente, ofrece, según Roxin, el párrafo 2, del artículo 25 de la nueva parte general del Código penal alemán: «Si realizan varios conjuntamente el hecho, cada uno de ellos será castigado como autor (coautor). En un precepto de este tipo quedarían englobados los que toman parte directa en la ejecución del hecho, del número 1.º del artículo 32 y este precepto podría quedar reducido a la definición de los autores como aquellos «que realizan el hecho por sí o por medio de otro del que se sirven como instrumento».

Merece elogios, en cambio, y contrasta por su modernidad con el mantenimiento de figura tan arcaica como la del cooperador necesario, la introducción de un artículo en el que se regula con carácter general, la *responsabilidad por actuar en nombre o representación de otro* (Das Handeln für einen anderen). Según el artículo 35: «El que actuare como directivo u órgano de una persona jurídica, o en representación legal o voluntaria de otro, responderá penalmente aunque no concurren en él, y sí en la entidad o persona en cuyo nombre obrare, las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo».

El precepto se inspira en el artículo 50 a) de la antigua parte general del Código penal alemán y en el artículo 14 de la nueva parte general aprobada por la Ley de 4 de julio de 1969 y que entró en vigor el 1 de enero de 1975 (40). Viene a colmar una importante laguna legal, pues sólo existían algunos preceptos en la parte especial, que regulaban supuestos concretos de responsabilidad por actuar en nombre o representación de otro; por ejemplo, en el

(38) Véase, por ejemplo, la obra de BRUNS, *Strafzumessungsrecht*, 2.ª ed., Carl Heymanns Verlag, 1974 y ZIPF, *Die Strafmassrevision*, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, Munich, 1969.

(39) Véase, por ejemplo, el artículo 113 del Código penal italiano y el artículo 46 de la nueva Parte General del Código Penal alemán.

(40) Véase, a este respecto, H. H. JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, Allg. Teil, págs. 182 y ss.

número 3 del artículo 319 (delito fiscal) y en el último párrafo del artículo 499 bis, en relación con la figura delictiva del número 1.º (en los delitos contra la libertad y la seguridad en el trabajo).

Complicidad

La regulación de la complicidad permanece inalterada. El artículo 33 dice: «Son cómplices los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos». Su texto coincide plenamente con el del actual artículo 16.

Es interesante señalar, sin embargo, que en el seno de la sección se rechazaron dos alternativas ofrecidas por la ponencia. En la primera de ellas se hacía mención expresa de la llamada complicidad síquica: «Son cómplices los que no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan material o *moralmente* a la ejecución del hecho, con actos anteriores o simultáneos» (el subrayado ha sido añadido). Esta alternativa fue rechazada por considerarse innecesaria la mención expresa de la cooperación moral o psíquica.

La segunda alternativa consistía en añadir al texto de la primera un segundo párrafo, regulando expresamente la complicidad por omisión: «Se consideran también cómplices los que, conociendo la perpetración de un delito y teniendo obligación de evitarlo, no lo impidieron». A esta regulación de la complicidad por omisión objeté, en una enmienda, que no me parece necesario que el sujeto tenga la obligación de evitar la perpetración de un delito, es decir, que ocupe la posición de garante del bien jurídico protegido, para que pueda darse la complicidad por omisión (en un delito de acción) (41). Esto sólo es necesario, junto a otros requisitos, para que el sujeto pueda ser autor del correspondiente delito de comisión por omisión. Señalé también la necesidad de incluir un último inciso donde se aludiera a la posibilidad de impedir la perpetración del delito sin riesgo propio o de tercero. El principio de la no exigibilidad de la obediencia al derecho tiene en los delitos o conductas omisivas un mayor ámbito de aplicación que en la exigente de estado de necesidad (núm. 7.º del art. 8.º del Código penal vigente y núm. 6.º del art. 26 del Proyecto de futuro Código penal español).

Proponía, en definitiva, que de mantenerse una regulación expresa de la complicidad por omisión, la redacción del precepto correspondiente debería ser la siguiente: «Se consideran también cómplices, los que, conociendo la perpetración de un delito y no estando tampoco comprendidos en el artículo anterior, cooperan a su ejecución, no impidiéndolo, pudiendo hacerlo sin riesgo propio ni de tercero».

La ponencia, en la que figuraba el profesor Rodríguez Mourullo,

(41) Véase, en este sentido, ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 2.ª ed., págs. 485 y ss.

déstacado especialista en los delitos de omisión, mantuvo, en cambio, el criterio de la necesidad de la posición de garante para que pueda darse la complicidad por omisión en los delitos de acción (42). Ante la dificultad de llegar a un acuerdo en cuestión tan ardua, se optó por renunciar a una regulación expresa de la complicidad por omisión, confiando la resolución de estas y otras cuestiones a la doctrina y a la jurisprudencia.

Encubrimiento

Es muy importante destacar que el Proyecto del nuevo Código penal desaparece por completo el encubrimiento como forma, impropia, de participación. Se sigue, pues, el criterio del Proyecto Silvela de 1884, del Código penal de 1928 y del Anteproyecto de Bases del Libro I del Código penal, publicado por el Ministerio de Justicia en diciembre de 1972 (43) y que sólo en parte había adoptado la Ley de 9 de mayo de 1950, que creó dentro de los delitos contra la propiedad, las figuras del encubrimiento con ánimo de lucro y de la receptación (art. 546 bis a-f). En ellas se incluyó la forma de receptación consistente en aprovecharse para sí de los efectos de un delito o falta contra los bienes (o contra la propiedad).

La receptación del número 1.º del actual artículo 17 («Auxiliando a los delincuentes para que se aprovechen de los efectos del delito o falta») se incluye ahora también en el capítulo VII, Del encubrimiento con ánimo de lucro y de la receptación (arts. 267 y ss.), del título V, De los delitos contra el patrimonio, si se realiza con ánimo de lucro y en el capítulo VI, Favorecimiento real y personal, del título XI, Delitos contra la Administración de justicia (artículos 515 y ss.), cuando se realice sin ánimo de lucro.

El favorecimiento real y personal pasan a ser, como hemos visto, delitos contra la Administración de Justicia.

No entro en el análisis detallado de estas figuras, pues no constituyen ya formas de participación, ni siquiera impropia, del delito.

Autoría y participación en los delitos publicitarios

Una modificación importante ha experimentado la regulación de las personas responsables de los delitos llamados publicitarios. Según el artículo 34: «En los delitos y faltas cometidos por

(42) Véase ya la opinión de RODRÍGUEZ MOURULLO, en *La omisión de socorro en el Código Penal*, Madrid, Tecnos, 1966, págs. 377 y ss.

(43) Exposición y estudio para un Anteproyecto de Bases del Libro I, del Código Penal, Ministerio de Justicia, "Cuadernos Informativos", núm. 11, diciembre de 1972, Exposición, Base Cuarta, 2 págs. 26-7 y Base Cuarta, 4, pág. 15.

medio de la imprenta, el grabado, la radiodifusión, la televisión u otra forma de reproducción o difusión escrita, hablada o visual, responderán criminalmente sólo los autores. A estos efectos se entiende por autores, no sólo al que realmente lo haya sido del texto escrito o hablado o de la estampa o imagen hecha pública, sino también los directores de la empresa editora, emisora o difusora, los de las publicaciones o programas en que se inserte o difunda y los de la empresa impresora o grabadora, siempre que conocieren el contenido de lo impreso, grabado, emitido, publicado o difundido».

Se abandona, con ello, el sistema de la responsabilidad sucesiva o con cascadas, que sigue nuestro Código vigente, en el artículo 15, para adoptar una variante del sistema llamado del gerente responsable, con arreglo a la cual responde el director o gerente, junto al autor real (44).

Por otra parte, se exige, acertadamente, que los directores conozcan el contenido de lo impreso, grabado, emitido, publicado o difundido para que puedan incurrir en responsabilidad criminal; con lo cual no sólo se respeta el principio de culpabilidad, sino que se excluye una responsabilidad basada meramente en la culpa o imprudencia.

(44) Véase, a este respecto, ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, Parte General, págs. 452-3. Adoptó también una variante del sistema del gerente responsable la Ley de Prensa de 22 de abril de 1938.

Cárceles españolas comunes y militares y sus sustitutivos (*)

ANTONIO BERISTAIN
Catedrático de Derecho Penal
Facultad de Derecho de San Sebastián

SUMARIO: 1. INTRODUCCION.—2. LEGISLACION ACTUAL.—2.1. Constitución española.—2.2. Normas concretas y proyecto de ley.—2.3. Directrices generales.—3. CLASES DE ESTABLECIMIENTOS Y SUS INTERNOS.—4. REGIMEN Y TRATAMIENTO PENITENCIARIO.—4.1. Sistema progresivo.—4.2. Criterios de tratamiento.—4.3. Recompensas.—4.4. Correcciones. 4.5. Breve comparación.—5. PERSONAL PENITENCIARIO.—6. SUSTITUTIVOS DE LAS SANCIONES PRIVATIVAS DE LIBERTAD A NIVEL LEGAL, JUDICIAL Y PENITENCIARIO.—6.1. Nivel legal: La libertad condicional. La multa. La caución de conducta. La represión pública o privada. Las sanciones restrictivas de libertad. Las sanciones restrictivas de otros derechos. Arrestos de fines de semana. La condena condicional.—6.2. Nivel judicial y penitenciario.—7. COMENTARIOS DEL PRESENTE HACIA EL FUTURO.—8. BIBLIOGRAFIA.

1. INTRODUCCION

A petición del *Centre Français de Droit Comparé* y de la *Section de science criminelle de l'Institut de Droit Comparé* de París, se ha escrito esta nota sobre las instituciones penitenciarias españolas comunes y militares como documento previo para un estudio comparado en colaboración con el Ministerio de Justicia de Francia. Pretende ofrecer una información elemental sobre la legislación penitenciaria común y militar, la praxis y la teoría actual, con especial referencia al tratamiento y al personal penitenciario. Después se indican los *sustitutivos de las sanciones privativas de libertad*,

(*) Cuando empecé a preparar este tema recibí una carta del colega Sergio GARCÍA RAMÍREZ con la triste noticia del fallecimiento del maestro A. Quiroz Cuarón y la indicación de que se preparaba un Libro-Homenaje en su memoria. Quiero dedicar esta nota al excelente amigo de la justicia, de la libertad y de los hombres.

con algunos datos estadísticos de la realidad más reciente, y un breve comentario mirando al presente y al futuro inmediato.

Otros detalles y matices pueden encontrarse en las publicaciones que se citan, al final, en la Bibliografía.

Estas páginas pueden servir para el trabajo comparativo de la situación carcelaria en otras naciones. Además, se publican independientemente, entre otros motivos, para brindar al lector un índice sintomático para conocer la evolución de un sector importante del Estado Español y de su Ejército en los momentos actuales de transición política. También para invitar a algunas personas e instituciones a cooperar más en este campo tan necesitado de la mano y del corazón de todos. En la palabra *corazón* queremos incluir esa postura *nueva* del perdón y del amor que es la mejor solución en la espiral de la violencia-delincuencia según insinúa R. Girard en varias ocasiones en su último libro (1).

A veces se dice que la cárcel ha fracasado, que la cárcel no produce frutos, que no es eficaz. Debe afirmarse exactamente lo contrario. Varios estudios sobre la reincidencia, la desviación primaria y secundaria y otros temas similares demuestran hasta la saciedad que la cárcel es muy eficiente y que tiene una gran incidencia en las personas que pasan por ella.

Contra lo que suele afirmarse, la Criminología constata que pocas instituciones consiguen resultados tan profundos en la configuración de la persona y de la sociedad como la cárcel, aunque por desgracia esta configuración no es positiva sino negativa.

2. LEGISLACION ACTUAL

2.1. CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

La Constitución vigente en España desde el 29 de diciembre de 1978, fecha de su aparición en el *Boletín Oficial del Estado*, se refiere a las sanciones privativas de libertad, en su artículo 25, párrafo 2.º. Textualmente dice: «Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad.»

(1) René GIRARD, *Des choses cachées depuis la fondation du monde*, Paris, Grasset, 1979, págs. 236 y ss.

Los partidos políticos y las instituciones religiosas deberían ocuparse y preocuparse más seriamente de las cárceles y de sus sustitutos.

2.2. NORMAS CONCRETAS Y PROYECTO DE LEY

Prescindiendo de las orientaciones generales contenidas en la Constitución, en el Código Penal (artículos 23 al 100), en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (artículos 502 al 544, 983 al 998) (2), en la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social (artículos 5 al 7) y su Reglamento (artículos 6 al 49), y en la Ley de Tribunales Tutelares de Menores (artículos 17 al 21 (3), la legislación penitenciaria española más importantes se regula en las siguientes normas concretas:

- 1.º *Reglamento de los Servicios de Prisiones*, aprobado por Decreto de 2 de febrero de 1956.
- 2.º *Decreto de 25 de enero de 1968*, que modifica 31 artículos (de los cuales, 30 se modifican totalmente) del Decreto de 1956.
- 3.º *Ley de 23 de mayo de 1977*, de Ordenación de los Cuerpos Penitenciarios y de creación del Cuerpo de Ayudantes de Instituciones Penitenciarias.
- 4.º *Real Decreto de 29 de julio de 1977*, que modifica notablemente el Reglamento de los Servicios de Instituciones Penitenciarias (BOE, núm. 210, del 2 de septiembre de 1977).
- 5.º *Código de Justicia Militar* de 17 de julio de 1945 con pequeñas reformas posteriores (artículos 207 al 247).
- 6.º *Real Decreto de 22 de diciembre de 1978* (BOE del 5 de febrero de 1979), por el que se aprueba el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios Militares.

Mención aparte merece el *Proyecto de Ley General Penitenciaria*. Su Anteproyecto se presentó al Ministro de Justicia el 20 de mayo de 1978. Poco tiempo después, el *Boletín Oficial de las Cortes Españolas*, en el número 148, del 15 de septiembre de 1978, publicaba el Proyecto de esta Ley General Penitenciaria que, en líneas generales, merece un comentario positivo.

La primera redacción de este Proyecto fue fruto de la Comisión Ministerial en la que trabajaron medio centenar de personas. En ella, además del Director General, el Profesor Carlos García Valdés, tomaron parte muy activa y atinada, entre otros, el Profesor Enrique Ruiz Vadillo, como Director del Servicio Técnico Jurídico de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, y el Profesor Francisco Bueno Arús, Letrado Mayor del Ministerio de Justicia. También formó parte, aunque con escasas intervenciones, el que escribe estas líneas. En concreto pedí, aunque no prosperó

(2) En muchas ediciones oficiales se omiten los dos últimos párrafos del artículo 504.

(3) El texto de estas leyes, LPRS y su Reglamento y LTTM, pueden encontrarse en A. BERISTAIN, *Medidas penales en Derecho contemporáneo. Teoría, legislación positiva y realización práctica*, prólogo de M. Barbero Santos, Madrid, Reus, 1974, págs. 101 y ss. y 133 y ss.

mi deseo, que se hiciese constar en la ley la necesidad de una colaboración activa de los trabajadores sociales especialmente en el momento de ingresar el interno en el establecimiento, así como en el momento de salir de él. También abortaron algunas propuestas que formulé para las actividades culturales, recreativas y para la asistencia postcarcelaria que en la actualidad resultan muy deficientes (4).

Después de descrito, a ojo de pájaro, este panorama legal nos interesa exponer lo más importante de esta legislación respecto a las directrices generales, a las clases de establecimientos, al Régimen penitenciario y a los funcionarios. Después diremos algo de los sustitutivos a las sanciones privativas de libertad a nivel legal, judicial y penitenciario.

Las referencias a los establecimientos penitenciarios militares —dada la nula o casi nula información que en las revistas científicas y en los medios de comunicación existe acerca de estos centros carcelarios, se limitan a los puntos más importantes; y, para evitar confusiones, se presentan con distinto tipo de letra si tratan exclusivamente de las cárceles militares (5).

(4) Todavía no han aparecido comentarios serios sobre el Proyecto de Ley General Penitenciaria excepto los que se citan en la Bibliografía, al final de este trabajo, escritos por algunos de los miembros de la Comisión Ministerial encargada de su preparación. Esos comentarios destacan muy especialmente, como es natural, los valores positivos del proyecto. Esperamos que pronto aparezcan estudios más críticos. Aquí empezamos a indicar un aspecto negativo: la preparación de esta ley (como después la preparación del nuevo Código Penal, nueva Ley de Tribunales Tutelares de Menores, etc.), ha seguido en algunos puntos los mismos métodos que en tiempo del General Franco: el secreto. Algunos miembros de la Comisión éramos partidarios de que su elaboración hubiera avanzado por cauces democráticos, como se había pedido en las Jornadas de los Profesores de Derecho Penal en Barcelona y Sevilla. Pero, nuestros esfuerzos en este sentido chocaron con un muro insuperable.

(5) La excepción confirma la regla también en cuanto al silencio acerca de las cárceles militares. A mediados de septiembre de 1978, la Capitanía General de Canarias hizo pública una nota oficial en relación con el incendio producido el día 17 de este mes en la prisión militar del castillo de San Francisco, situado en Las Palmas. Incendio que se conocía públicamente entre otros motivos porque tuvieron que intervenir los bomberos de Las Palmas. La nota indica que en esta prisión militar «sólo están recluidos personal de tropa de los tres Ejércitos, encontrándose en estos momentos recluidas cuarenta personas, del total de 120 que tienen cabida en él».

«Sobre las 21,45 del día 17, y con motivo de un incidente entre reclusos —prosigue la nota—, fueron agredidos dos de ellos, lo que motivó se aislaran los agresores del resto de la población reclusa.

Dos horas después, a las 23,45, se observó que en la nave general se había producido un incendio provocado por los reclusos, motivo por el cual se obligó a intervenir a los bomberos de Las Palmas.

Ante la enérgica actitud del comandante del castillo y servicios correspondientes, policía militar y la guardia del Ejército, los reclusos depusieron su actitud sin más incidentes» (*El País*, 21 septiembre 1978, pág. 14).

Agradecemos al Ministerio de Defensa los datos siguientes acerca de la media anual de internos en las Penitenciarías Militares (no en las Prisiones Militares) en el año 1978.

2.3. DIRECTRICES GENERALES

A tenor del artículo 1.º del *Reglamento actualmente en vigor*, según la reforma de 1977, las Instituciones Penitenciarias tienen como fin primordial realizar una labor reformadora y de reinserción social, además de la retención y custodia de los detenidos, presos y sentenciados...

El texto anterior, de 1956, decía que tienen por objeto no sólo la retención y custodia de los detenidos, presos y penados..., sino también y primordialmente realizar sobre ellos una labor reformadora con arreglo a los principios y orientaciones de la ciencia penitenciaria.

La fórmula actual del Reglamento difiere poco del párrafo segundo, del artículo 25 de la Constitución cuando se postula que «las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad están orientadas hacia la reeducación y reinserción social».

El *Proyecto de Ley General Penitenciaria* publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes*, núm. 148, del día 15 de septiembre de 1978, en su artículo 1.º dice que las Instituciones Penitenciarias reguladas por presente ley tienen como fin primordial la reeducación y la reinserción social de los sentenciados a penas y medidas penales privativas de libertad así como la retención y custodia de detenidos, presos y penados. El párrafo 2.º añade: igualmente tienen a su cargo un labor asistencial y de ayuda para internos y liberados.

Los Establecimientos Penitenciarios Militares, a tenor del Real Decreto de 22 de diciembre de 1978, tienen por finalidad no sólo la retención y custodia de detenidos, presos, penados y arrestados en orden a la ejecución de las penas y correcciones, sino también y primordialmente la de realizar sobre ellos una labor reeducadora complementando su instrucción en un régimen de trabajo que permita su reincorporación a las fuerzas armadas en su caso y facilite su readaptación a la vida social.

Como vemos, todas estas normas legales proponen los fines de las Instituciones Penitenciarias con formulaciones casi idénticas.

Los teóricos españoles al comentar la legislación insisten, con más o menos diferencias (6) en la necesidad de que la cárcel coopere

<i>Penitenciaría Militar de:</i>	<i>Media anual de internos</i>
Alcalá de Henares	128
Prisión Naval de Caranza (El Ferrol)	52
Prisión Naval de Cartagena	24

(6) No faltan atinadas críticas sobre la idea y la realidad o la utopía de la resocialización. Cfr. F. MUÑOZ CONDE, «La resocialización del delincuente, análisis y crítica de un mito», en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 7 (1979), págs. 91 y ss. A. BERISTAIN, «El Abogado del Diablo», en *Rev. Est. Penitenciarios* (octubre-diciembre, 1964), págs. 713 y 724.

a la prevención general y a la prevención especial; dicho con otras palabras, a la configuración de una sociedad más justa y a la repersonalización del interno.

Muchos obstáculos de procedencia múltiple impiden que las instituciones penitenciarias logren los fines que la ley y la doctrina les asignan.

3. CLASES DE ESTABLECIMIENTOS Y SUS INTERNOS

Hay varias clases de establecimientos, y dentro de cada una de ellas hay establecimientos para hombres y establecimientos para mujeres. Salvo raras excepciones, los establecimientos y/o secciones de mujeres están peor cuidados que los de varones. En concreto, por ejemplo, las actividades culturales y los servicios de bibliotecas, economatos, TV., etc. cuentan con menos atenciones y con menos personas especializadas.

La clasificación básica es trimembre: establecimientos preventivos o de detención, establecimientos de cumplimiento o de corrección, y establecimientos de diligencias.

Los establecimientos *preventivos o de detención*, regionales o interprovinciales están destinados a la retención y custodia de presos y detenidos. Pueden servir también para el cumplimiento de arrestos y otras penas de privación de libertad cuando el tiempo del cumplimiento efectivo en prisión no excede de seis meses. El año 1978 había 22 centros de esta clase.

Los motines producidos recientemente han tenido lugar principalmente en estos centros que albergan la mitad de los internos. Concretamente, en junio de 1978 había en estos centros 5.916 internos.

Los establecimientos de *cumplimiento o de corrección* se destinan al cumplimiento de sentencias que implican privación de libertad. Estos centros pueden ser:

- 1.º *Centros hospitalarios y asistenciales*. En el año 1978 había diez centros para hombres y mujeres que albergaban algo más de la décima parte del personal. En concreto, en mayo de 1978, cobijaban 1.116 personas entre preventivos y penados. Por desgracia, no hay en España ni un solo Centro de Rehabilitación Social. Antes había dos: en Jerez de la Frontera y en Nanclares de la Oca.
- 2.º Establecimientos para *jóvenes menores* de 21 años. Hay cuatro: Teruel (cerrado), Lérida (intermedio), Liria y Vigo (abiertos). Además, hay otros cuatro establecimientos para los comprendidos entre 21 y 25 años: Ocaña (cerrado), Alcalá de Henares y Jerez de la Frontera (intermedios), y Toledo (abierto).
- 3.º Establecimientos *ordinarios*. En el año 1978 existían 22 centros para hombres y mujeres que albergaban, en el mes de mayo, 3.859 personas. Los establecimientos ordinarios se

subdividen en tres tipos: de régimen cerrado, de régimen intermedio y de régimen abierto.

A estos últimos se destina a quienes, bien inicialmente o bien por la evolución del tratamiento, están en condiciones de vivir en régimen de libertad (7). Los de régimen intermedio son para quienes ofrecen condiciones favorables en orden a su readaptación social. Y, los de régimen cerrado para quienes se muestran hostiles o refractarios al tratamiento.

Para el próximo mes de julio, de este año 1979, está anunciado poner en funcionamiento un Centro completamente nuevo de máxima seguridad, en Herrera de la Mancha, provincia de Ciudad Real, para 260 internos. A esta prisión serán trasladados los reclusos comunes —preventivos o penados— más conflictivos, violentos y peligrosos demostrado por su expediente. La construcción ha costado setecientos millones de pesetas. Ciento diez funcionarios irán destinados a este Centro de máxima seguridad. En este Establecimiento o en otro similar se calcula que estarán internados el 6 por 100 de la población penitenciaria y que permanecerán aquí durante unos meses. Ojalá no aumente el número de estos internos ni la duración de su permanencia en la «supercárcel».

Los Establecimientos de diligencias albergan los detenidos durante el tiempo mínimo indispensable que requieren las exigencias procesales en la localidad en que sea necesario pero que, salvadas dichas exigencias, pasarán al centro de detención de que dependan. El año 1978 había 18 Centros de esta clase, y albergaban en total 935 personas, hombres y mujeres, preventivos en su mayor parte, con algunos penados.

Según los datos de la última Memoria de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, correspondiente al año 1978 (8), en el Estado español el 1.º de enero de 1978 había en las Instituciones Penitenciarias un total de 9.037 internos varones, de los cuales 3.927 eran penados, 4.879 preventivos, y en tránsito 231. En cambio, el 31 de diciembre del mismo año 1978 había un total de 10.101 internos, de los cuales 4.205 eran penados, 5.657 preventivos y 239 en tránsito.

En las Instituciones destinadas a mujeres, el 1.º de enero de 1978 había 355 internas de las cuales 119 penadas, 233 preventivas y tres en tránsito. El 31 de diciembre de este año había 362 internas, de las cuales 105 penadas, 251 preventivas y seis en tránsito. Durante el año, el total de altas en varones ha sido 79.241, y en

(7) A finales del año 1977 había los siguientes establecimientos abiertos: Mirasierra (con 94 penados), Liria (con 10 penados), Herrera (con 80 penados), Lérida (con 32 penados), Castillejo (con 16 penados), Alcalá, Valencia, Barcelona, Burgos y Madrid (para mujeres). Cfr. B. MAPELLI CAFFARENA, «El régimen penitenciario abierto», en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 7 (1979), pág. 87.

(8) Actualmente, a finales de junio de 1979, la Memoria correspondiente a 1978 está en prensa. Los datos que manejamos nos han sido adelantados amablemente por la Dirección General de Instituciones Penitenciarias. Manifestamos aquí nuestro agradecimiento a don Carlos García Valdés y a don Ricardo Zapatero.

mujeres 3.714. En el anterior, 1977, el número de personas encarceladas fueron 79.828, es decir el 2,15 por mil de la población.

Hasta diciembre de 1978 la reglamentación de las cárceles militares era dispersa y variada sin unidad de criterios y con diversas categorías: castillos, fortalezas, prisiones o penales. Desde la entrada en vigor del Decreto de 1978 sólo hay dos tipos de establecimientos: penitenciarias y prisiones.

A las Penitenciarias militares se destina el personal perteneciente a las fuerzas armadas que extingue penas superiores a seis meses que no deban cumplirse en establecimientos ordinarios.

En las Prisiones militares se cumplen las penas de arresto y aquellas privativas de libertad de mayor duración pero respecto a las cuales faltare al penado seis meses o menos para la extinción de las mismas. También podrán ingresar en estas prisiones militares los que hayan de cumplir correctivos de arresto militar y quienes se encuentren en situación de detenidos o de prisión preventiva, con la debida separación para los arrestados.

4. REGIMEN Y TRATAMIENTO PENITENCIARIO

Nos corresponde ahora indicar brevemente algo respecto al sistema progresivo (cuatro grados), los criterios de tratamiento, las recompensas y las correcciones en las Instituciones penitenciarias comunes y en las militares.

4.1. SISTEMA PROGRESIVO

Las sanciones —penas y medidas penales— que excedan de seis meses de privación de libertad se cumplen según el sistema progresivo que el Decreto de 25 de enero de 1968 reformó profundamente. El Proyecto de Ley General Penitenciaria si, como esperamos, se aprueba procurará modernizar todavía más este sistema.

Según la Legislación en vigor, nuestro sistema progresivo consta de cuatro grados:

1. Reeducación del interno.
2. Readaptación social con tratamiento dirigido en un clima de confianza.
3. Prelibertad.
4. Libertad condicional.

Los tres primeros grados se corresponden con los establecimientos, antes indicados, de régimen cerrado, intermedio y abierto. El cuarto grado sigue las normas señaladas en el Código Penal para la libertad condicional (artículos 98 y 99).

En cada Establecimiento existe una Junta y Equipo de Tratamiento que, por medio de personas con más o menos formación especializada, planifican y controlan el tratamiento de los internos.

Para los casos que presentan dificultades particulares de clasificación existe una Central de Observación, en Carabanchel, directamente dependiente de la Dirección General. Por esta Central pasan aquellos internos cuya observación y clasificación resulte difícil o dudosa para los equipos de cada establecimiento. Suelen pasar unos ciento cincuenta varones cada año.

Durante el año 1977, por ejemplo, hubo en este establecimiento 152 altas y 160 bajas. El 31 de diciembre estaban 36 internos. Durante el año 1978 ha habido en este establecimiento 173 altas y 153 bajas. El 31 de diciembre del año 1978 estaban 37 personas. Todas estas cifras totales se refieren a hombres. Ninguna mujer ha pasado por la Central de Observación, si no estamos mal informados.

En teoría, según la Ley, los equipos de observación y las juntas y equipos de tratamiento deben llevar a cabo un estudio de la personalidad de cada interno y planificar en cada caso un programa de tratamiento individual; pero, la falta de algunos medios importantes, personales y no personales, impide que la práctica alcance las metas deseadas.

Para los Establecimientos Penitenciarios Militares, el Real Decreto de 1978 establece, en su Título 4.º, el régimen de ejecución de las medidas y de los correctivos. En sus artículos 74 a 119 se regulan las normas correspondientes a la ejecución de la pena de muerte (9), al trabajo obligatorio y, sobre todo, en los artículos 79 a 92 se regula el sistema progresivo que se divide en cuatro periodos.

El primer periodo tiene por objeto la observación del penado para clasificarlo de acuerdo con sus condiciones personales. En él se sigue el régimen de aislamiento celular, permitiendo al penado comunicar dos veces al mes con su familia y escribir a ésta hasta cuatro veces en el mismo tiempo. La duración de este periodo depende de la conducta que observe el penado, oscilando entre ocho y treinta días.

El segundo periodo es de actividad laboral con el fin de que el penado aprenda un oficio o practique el que tenga. Hará vida en común bajo la regla del silencio, separado de los que se encuentren en el tercer periodo, en las horas nocturnas. En este tiempo se le permitirán cuatro comunicaciones orales al mes, escribir semanalmente y adquirir artículos en el economato.

En el tercer periodo los reclusos, en régimen de vida en común, se dedican a los trabajos mecánicos menos penosos y pueden disfrutar de comunicaciones orales y escribir con mayor frecuencia. Los penados de este periodo son los llamados a desempeñar los cargos de auxiliares de régimen y destinos en los establecimientos.

(9). Estos artículos son los únicos vigentes respecto a la ejecución de la pena de muerte en España, ya que la Constitución en su artículo 15 establece que «Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra».

El cuarto período se cumple en libertad condicional, según los artículos 246 y 247 del Código de Justicia Militar que reproducen casi literalmente las normas del Código Penal Común. Unicamente el artículo 246, después de decir que ofrezcan garantías de hacer vida honrada en libertad, añade «cómo personas pacíficas y laboriosas».

4.2. CRITERIOS DE TRATAMIENTO

Los criterios principales que, en teoría, orientan el régimen generales de los Establecimientos Penitenciarios españoles son los siguientes:

- Se pretende la reeducación y reinserción social de los sentenciados con la ayuda de los métodos científicos más modernos.
- Separación de los internos en grupos según determinen las incidencias del tratamiento.
- Asistencia tendente a suplir las deficiencias que en su formación presente el interno.
- Prestación de un trabajo que no tendrá nunca carácter aflictivo y que tiene en cuenta lo establecido en el Convenio número 105 de la Organización Internacional del Trabajo.
- Organización y funcionamiento de los talleres penitenciarios.
- Un sistema sanitario, higiénico y alimenticio adecuados, y
- Un régimen disciplinario tendente a conseguir que los internos adquieran hábitos de orden, disciplina espontánea, interés por el trabajo y sentimiento de la propia responsabilidad.

En la práctica, estos y otros criterios teóricos encuentran muy deficiente aplicación. Por ejemplo, con frecuencia no hay trabajo para los internos, o si lo hay resulta poco adecuado a sus conveniencias y necesidades personales y familiares.

Generalmente, los reclusos tienen acceso a la institución típica (aunque no exclusivamente) española de *redención de penas por el trabajo*, de tal manera que pueden abreviar su pena abonándose un día de aquélla por cada dos de trabajo a efectos de su liberación definitiva. Se cuenta también el tiempo redimido, en su caso, para la concesión de la libertad condicional. La redención de penas por el trabajo ha tenido una ampliación en el Decreto de 1977 (Cfr. artículo 71, párrafos 1.º y 2.º y artículo 109, párrafo 2.º E). Esta ampliación puede considerarse como recompensa, según veremos en el capítulo siguiente.

El Reglamento para las cárceles militares, de 1978, se muestra muy lacónico al hablar del tratamiento. Especial interés ofrecen los artículos 84 y 93 al 99.

Según el artículo 84 los ascensos de uno a otro período se acordarán necesariamente por el Gobernador a propuesta de la Junta

Calificadora de Conducta, a la vista de los expedientes personales y fichas clasificadoras, en las que se anotarán.

No se puede acordar ningún ascenso de periodo, excepto del primero al segundo, sin que al expediente personal de cada penado queden unidas las siguientes certificaciones: del Subgobernador del establecimiento sobre la conducta disciplinaria y de la aplicación y laboriosidad en los trabajos que realizare, así como del Capellán y del Maestro, en lo que les concierne.

La reducción de penas por el trabajo —de que no habla el Código de Justicia Militar de 1945— se rige por los artículos 93 al 99 de este Reglamento y por el Decreto Ley de 1.º de febrero de 1952, Reglamento provisional de la Junta Central Militar de Redención de Penas, con las instrucciones que por ésta se hayan dictado o se dicten en lo sucesivo.

4.3. RECOMPENSAS

Capítulo aparte merecen las recompensas que, en el citado Decreto de 1977, se modifican y amplían con criterios que estimo positivos. Entre las recompensas más dignas de consideración destacan los permisos en domingos y días festivos, desde las 11 hasta las 19 horas, para pasarlos con los familiares en la localidad donde radique el establecimiento. Más atención merecen los permisos de 24, 48 ó 72 horas, y excepcionalmente de una semana, cualquiera que sea el grado en que se encuentre el recluso, salvo tratándose del primero. Durante el año 1978 se concedieron 19.000 permisos de salida, con resultado negativo en el 2 por 100 de los casos.

La legislación permite otras recompensas análogas y se ha entendido como «análoga» la concesión de comunicaciones telefónicas (artículo 109).

Estas recompensas están en la línea marcada por la Regla 70 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas que, por desgracia, desaparece en las Reglas Mínimas que el Comité de Ministros del Consejo de Europa, en su Resolución (73) 5, adoptó el 19 de enero de 1973 (10). Esta Resolución omite toda la Regla Mínima 70 referente a recompensas o privilegios.

Con orientación semejante el Real Decreto de diciembre de 1978, relativo a las Instituciones Penitenciarias Militares, en su artículo 73 reduce las recompensas a concesiones de comunicaciones extraordinarias o exenciones temporales del servicio mecánico no superiores a diez días, sin perjuicio de los adelantos que procedan dentro del régimen progresivo.

(10) Cfr. A. BERISTAIN, *Crisis del Derecho represivo (Orientaciones de Organismos nacionales e internacionales)*, prólogo de J. Caro Baroja, Madrid, Edicusa, 1977, págs. 179 y 187.

4.4. CORRECCIONES

Para terminar este capítulo digamos algo respecto a las *correcciones* que se imponen a los reclusos por las faltas en que incurren. Desde la reforma del Decreto de 29 de julio de 1977, cuando se cometen faltas muy graves contra la disciplina penitenciaria las correcciones o sanciones pueden ser:

- Limitación de comunicaciones orales al mínimo de 15 minutos, de once a veinte comunicaciones.
- Aislamiento en su celda.
- Internamiento en celda de aislamiento de 9 a 16 días que en algunos supuestos —reincidencia— puede llegar hasta 24 días, o en supuestos de doble reincidencia puede llegar hasta 32 días. Este último supuesto exige la aprobación del Juez de Vigilancia.
- Prohibición de obtener permiso de salida, de seis meses hasta un año.

Antes de la reforma de 1977, en la legislación y en la práctica las sanciones eran bastante más severas (11).

Por desgracia, todavía sigue vigente el Reglamento de 1958 respecto a la regulación de qué comportamientos merecen el calificativo de faltas graves y faltas muy graves. Como faltas muy graves, por ejemplo, se considera el proferir blasfemias, irreverencias, o burlas contra las creencias religiosas o realizar actos contrarios a la moral y buenas costumbres, etc.

El Proyecto de Ley General Penitenciaria, en el Capítulo 4.º, referente al régimen disciplinario, no establece qué comportamientos deberán considerarse faltas graves o muy graves.

El Reglamento reciente, de diciembre de 1978, vigente para las Instituciones Penitenciarias militares mantiene la severidad tradicional al describir las faltas graves y las muy graves, así como sus sanciones correspondientes.

Conserva todavía respecto a las faltas muy graves, casi al pie de la letra, la misma regulación del Reglamento General de 1958, en su artículo 112. Y termina la enumeración de las faltas muy graves con una puerta abierta a la analogía in malam partem («y, en general, cualquier acción u omisión de este carácter») mucho más severa que la fórmula del Reglamento de 1958: «y, en general, cualquier acción u omisión que constituya delito».

Las sanciones para las faltas muy graves son dos:

- Reclusión en celda de castigo de 21 a 40 días, y
- Retroceso de período penitenciario de uno a dos perio-

(11) Cfr. A. BERISTAIN, *El delincuente en el Estado Social de Derecho*, Madrid, Reus, 1971, págs. 22 y ss.

nos. Además, la reclusión en celda llevará consigo como accesorio por el tiempo de su duración, la privación de paseos en común y actos recreativos, de comunicaciones orales y escritas, de otra comida que la reglamentaria, del libre disfrute del peculio, de destinos; y —por si fuera poco— interrumpe los beneficios de la redención de penas por el trabajo.

4.5. BREVE COMPARACIÓN

Sería interesante establecer una comparación entre el régimen y tratamiento en las Instituciones Militares y en las comunes. Aquí, por razón de espacio, únicamente podemos indicar que hay notables diferencias. El Capellán por ejemplo en las cárceles comunes ha perdido afortunadamente muchos de sus rasgos arcaicos y de sus funciones anacrónicas herencia de antiguas normas Penitenciarias. No así en el Reglamento de 1978, lo cual aboca en detrimento de la religión y del Ejército.

También observamos notables discrepancias dentro de las mismas instituciones penitenciarias militares. En concreto, las comunicaciones orales y escritas de los oficiales y suboficiales difieren bastante de las correspondientes a las clases de tropa y marinería. Según el artículo 128, los Oficiales y Suboficiales presos o arrestados reciben las visitas, si lo desean, en la sala de visitas o en su departamento, dejando abierta la puerta de los mismos. En cambio, la clase de tropa y marinería no disfruta de estas facilidades para recibir visitas que tanto llaman la atención si se piensa en los locutorios, tan incómodos e inhumanos, de la mayoría de las Instituciones Penitenciarias españolas no militares.

Por otra parte, las comunicaciones de la clase de tropa y marinería tienen algunos rasgos de suma severidad. Por ejemplo, el artículo 139 establece que cuando la comunicación sea intervenida, si durante el acto de la visita observara el Celador de servicio que entre visitantes y visitados se sostuvieran conversaciones que entrañaran censuras para el régimen del establecimiento o para las autoridades, o emplearan palabras equívocas o idiomas que hagan sospechosa la conversación, suspenderá la visita y dará parte al Oficial del servicio interior para que éste resuelva lo que estime oportuno.

En general, quizá se puede decir que las Instituciones Penitenciarias Militares son más severas que las comunes. Pero, tienen notables excepciones, por ejemplo, el citado artículo 128. Por otra parte las Instituciones Penitenciarias comunes atienden más al principio de legalidad, con mayores limitaciones a la arbitrariedad.

El Proyecto de Ley General Penitenciario no establece nada concreto respecto a cómo serán las visitas; su artículo 51 se remite a lo que se regule reglamentariamente.

5. PERSONAL PENITENCIARIO

Las *normas* referentes al personal penitenciario están reguladas principalmente en la ley antes citada de 23 de mayo de 1977, con el Real Decreto del 1.º de diciembre de 1977 que desarrolla su artículo 6.º, y en la Ley de 22 de diciembre de 1970, de Reestructuración de los Cuerpos Penitenciarios.

En el personal penitenciario se distinguen varias clases. Aquí nos interesan principalmente el Cuerpo Técnico, el Cuerpo Especial masculino, el Cuerpo Especial femenino y el Cuerpo de Ayudantes. No diremos nada del Cuerpo Facultativo de Sanidad penitenciaria, del Cuerpo de Capellanes, de Profesores de Enseñanza General Básica, etc.

El Cuerpo *Técnico* fue creado por la Ley de 22 de diciembre de 1970, con la finalidad de llevar a cabo, principalmente, la observancia, clasificación y tratamiento de los internos. Está integrado por especialistas formados en Criminología, Psicología, Pedagogía, Psiquiatría, Endocriminología, Sociología y Moral. Los que ingresan en el Cuerpo Técnico deben poseer el título de enseñanza superior universitaria técnica y acreditar su especialización correspondiente.

A los Cuerpos *Especiales*, el Cuerpo Especial masculino y el Cuerpo Especial femenino, les corresponde la colaboración con el Cuerpo Técnico y velar por el régimen de disciplina y buen funcionamiento general del establecimiento.

Los que ingresan en el Cuerpo Especial necesitan acreditar posesión de título de ingeniero técnico, arquitecto técnico, diplomado en Universidad, titulado de formación profesional de tercer grado o equivalente.

Dentro del Cuerpo Especial merecen mención aparte los *educadores* que tienen por cometido no la vigilancia ni la custodia sino la misión de observar las peculiaridades y la personalidad del interno y ganarse su confianza para colaborar a una mejor observación e información con vistas al desarrollo del tratamiento. Pueden considerarse creados por el artículo 52 del Decreto de 25 de enero de 1968. Dicho artículo 52 dice: «Para la aplicación del tratamiento se dispondrá en cada Establecimiento de un servicio especialmente cualificado, integrado en equipo».

El Cuerpo de *Ayudantes* se crea por la Ley de 23 de mayo de 1977 que, al mismo tiempo, extingue el Cuerpo de Auxiliares que anteriormente existía. Estos Ayudantes deben realizar las tareas de vigilancia y custodia interior de los establecimientos, velar por la conducta y disciplina de los internos, vigilar el aseo y la limpieza, aportar al equipo de Observación y Juntas de Tratamiento los datos obtenidos por la observación directa del comportamiento de los internos, y, por fin, participar en las tareas reeducadoras y de rehabilitación.

Los aspirantes al Cuerpo de Ayudantes deben tener el título de bachiller superior o equivalente, y superar el curso programado en la Escuela de Estudios Penitenciarios, en Carabanchel. También

siguen un curso similar los educadores de que hemos hablado anteriormente.

Actualmente hay unos 4.000 funcionarios, pero irregularmente repartidos. El porcentaje es muy distinto en los diversos establecimientos. Por lo tanto, no responde a la realidad el pensar que por cada tres internos hay un funcionario. Además, como los trabajos burocráticos ocupan, poco más o menos, el cincuenta por ciento de los funcionarios, quizá pueda decirse que a cada ocho internos corresponde un funcionario (12).

Al terminar la guerra 1936-1939 los funcionarios penitenciarios procedían de ex-combatientes o de las fuerzas armadas. Además, desde la contienda civil hasta 1974, el Director General de las Instituciones era siempre un militar (13). El Reglamento de 1956 abrió la puerta del funcionariado a los Licenciados en Derecho estableciendo un Curso de provisión de las Jefaturas de Servicio directamente entre Licenciados. Esta puerta se cerró con la reforma de la Función Pública llevada a cabo por el Ministro López Rodó, en 1964. Afortunadamente la Ley de 22 de diciembre de 1970, al crear el Cuerpo Técnico, ha abierto una posibilidad de un cambio muy positivo en el Cuerpo Penitenciario. Pero, por desgracia, la escasez de medios económicos y también las pocas dotaciones en la Escuela de Estudios Penitenciarios hace que los funcionarios de Instituciones Penitenciarias no reciban la formación deseable y no puedan cumplir como quisieran su misión.

La plantilla de los cuerpos penitenciarios, según la Ley de 23 de mayo de 1977, se acomodará al siguiente cuadro:

	Cuerpo Técnico	Cuerpo Especial Masculino	Cuerpo Especial Femenino	Cuerpo Facultativo de Sanidad	Cuerpo Profesores de E.G.B.	Cuerpo A.T.S.	Cuerpo de Capellanes	Total
Año 1977 ...	106	1.130	81	61	67	73	69	1.587
Año 1978 ...	121	1.224	110	76	74	83	74	1.762
Año 1979 ...	135	1.318	139	89	79	93	79	1.932
Año 1980 ...	155	1.412	168	102	79	103	79	2.098
Año 1981 ...	170	1.506	197	115	79	113	79	2.259
Año 1982 ...	170	1.600	225	125	79	122	79	2.400

Lo relativo a los funcionarios que trabajan en las instituciones penales militares se regula de manera muy peculiar en los artículos 5 al 37 de su Reglamento, que distinguen notablemente el mando y el personal en las penitenciarias militares y en las prisiones

(12) La información en general sobre las cárceles españolas es muy deficiente. En este punto, de los funcionarios, es más deficiente y con grandes discrepancias. Alguien opina que la proporción numérica entre funcionarios y reclusos es, a veces, de uno a cuatrocientos. Cfr. M. GARCÍA ARÁN, «Sistema Penitenciario Español», en *Doctrina Penal*, núm. 3 (Buenos Aires, julio-septiembre, 1978), pág. 668.

(13) En el año 1971 critiqué públicamente esta costumbre, cfr. A. BERISTAIN, *El delincuente en el estado social de Derecho. Coordinadas para una reforma penitenciaria*, Madrid, Reus, 1971, pág. 38.

militares. En cada una de las primeras habrá un Coronel o Capitán de Navío con el cargo de Gobernador, un Teniente Coronel o Capitán de Fragata como Subgobernador y un Comandante o Capitán de Corbeta como Jefe del Detall.

La plantilla estará integrada por:

- *Un Oficial, que desempeñará las funciones de Secretario, y cuatro más, como mínimo, para el servicio de Oficial del servicio interior.*
- *Un Suboficial, que desempeñará las funciones de Subayudante o Suboficial de Cargo.*
- *Un Jefe u Oficial de los Cuerpos de Intendencia, Sanidad y Eclesiástico, para los servicios administrativo, sanitario y de asistencia espiritual.*
- *Para los cometidos de Practicantes, Celadores o Llaveros, Vigilantes, Enfermeros, Auxiliares de Oficina y Ordenanzas y otros existirá el personal que el establecimiento requiera, designado entre los Suboficiales y clases de tropa y marinería y personal civil funcionario o no funcionario de la Administración Militar.*

En cada prisión militar habrá un Jefe con el cargo de Gobernador. Y la autoridad judicial territorial correspondiente propondrá al Ministerio de Defensa la Plantilla de cada Prisión, según los servicios, capacidad de la misma y categoría militar de la población penal.

6. SUSTITUTIVOS DE LAS SANCIONES PRIVATIVAS DE LIBERTAD A NIVEL LEGAL, JUDICIAL Y PENITENCIARIO

Las sanciones pecuniarias y las corporales eran en tiempos preteritos la sanción penal principal en la península Ibérica. Actualmente nuestra legislación y nuestra praxis siguen imponiendo generalmente la privación de libertad y, salvo excepciones, sin posibilidad de ser sustituida por otra sanción *en libertad*.

La doctrina, sin embargo, avanza en dirección distinta: pide que la sanción principal no sea la privativa de libertad sino la pecuniaria, y, sobre todo, pide que la individualización legal, la judicial y la penitenciaria introduzcan y apliquen más substitutivos a la privación de libertad (14).

Creemos que el tema de las sanciones alternativas de las privativas de libertad exige un tratamiento más serio y, sobre todo, más sistemático del generalmente conocido.

No debe confundirse la sustitución que permite o exige la ley, con la sustitución que está al alcance del arbitrio judicial o de las autoridades administrativas penitenciarias. Tampoco conviene con-

(14) A. BERISTAIN, «La multa penal y la administrativa en las sanciones privativas de libertad», en ANUARIO DE DERECHO PENAL (septiembre-diciembre, 1975), págs. 387 y ss.

fundir los sustitutivos de la privación de libertad con la descriminalización y la despenalización de la delincuencia convencional.

Comencemos por indicar los sustitutivos en el estadio de la individualización legal.

6.1. NIVEL LEGAL

La legislación española desde principios de este siglo va regulando sanciones en libertad que pueden considerarse sustitutorias de las privativas de libertad. Especial consideración merecen la libertad condicional, la multa, la caución de conducta, la represión pública o privada, las sanciones restrictivas de libertad, las sanciones restrictivas de otros derechos, especialmente la privación del carnet de conducir, los arrestos de fines de semana y la condena condicional.

La libertad condicional

La libertad condicional (15) la regula el Código Penal en los artículos 98 y 99. Sus antecedentes pueden verse en la Ley de 23 de julio de 1914. Algunas de sus condiciones, así como los documentos que han de figurar en el expediente, se detallan en el Reglamento de los Servicios de Prisiones, de 2 de febrero de 1956, en la redacción reformada por el Decreto de 25 de enero de 1968. Se invita al penado a que se manifieste acerca de la localidad en que desea fijar su residencia, si dispone de un empleo o medio de vida al salir en libertad, y si se somete a la vigilancia de un delegado de Organismos de Patronato o de Asistencia.

En el expediente que se forme han de figurar documentos acreditativos del tiempo redimido por el trabajo, informe del Equipo que ha intervenido en la observación y tratamiento penitenciario, del interno, pronunciándose sobre la oportunidad de conceder el beneficio, habida cuenta de los factores positivos de reinserción social que presenta el sujeto, etc.

Una vez completo el expediente lo examina la Junta de Régimen y, si lo halla conforme, lo eleva a la Comisión Provincial de Libertad condicional. Las Comisiones Provinciales estudian las propuestas quincenalmente y las remiten, con motivado informe, a la Dirección General de Prisiones, Sección de la Libertad Condicional, que somete aquellas cuya tramitación se ajusta a las disposiciones legales a la Junta del Patronato de Nuestra Señora de la Merced (16) que, si lo estima procedente, las eleva al Ministro de Justicia para su resolución definitiva en Consejo de Ministros.

(15) Alejandro DEL TORO MARZAL, *sub voce*, «Remisión condicional», en CORDOBA RODA; RODRÍGUEZ MOURULLO y otros, *Comentarios al Código Penal*, en Tomo II, Barcelona, 1972, págs. 477 y ss.

(16) El Patronato de Nuestra Señora de la Merced, de hecho, suele estar formado por personas de buena voluntad pero poca eficacia, poca formación especializada y menos dedicación de la necesaria.

En los tribunales militares el procedimiento para la aplicación de la libertad condicional se ajustará a la legislación penitenciaria común pero tendrá presente las disposiciones especiales emanadas de los departamentos ministeriales militares como indica el artículo 1.001 del Código de Justicia Militar.

La multa

La legislación penal española impone la multa con relativa frecuencia, y en algunos casos también como sanción alternativa con la privativa de libertad, generalmente arresto mayor o arresto menor.

En algún supuesto, como por ejemplo el artículo 252 del Código Penal, la ley concede al Juez la posibilidad de escoger la privación de libertad o una pena conjunta de destierro y multa.

La multa puede ser también sanción sustitutiva de las privativas de libertad, en concreto de arresto mayor, conforme al artículo 74 del Código Penal que considera la multa en la cuantía de 20.000 a 200.000 pesetas (Ley de 8 de mayo de 1978 que modifica las cuantías de las multas) como la última pena de todas las escalas graduales contenidas en el artículo 73.

Los especialistas se han manifestado con frecuencia en el sentido de que la legislación debía tomar postura clara en favor de exigir o al menos posibilitar la sustitución de casi todas las sanciones privativas de libertad breves por la sanción pecuniaria, a poder ser con el sistema de «días-multa» (17).

La caución de conducta

El Código penal sólo habla de la caución una vez, en el artículo 495, como sanción correspondiente al delito de amenazas.

La Ley sobre Peligrosidad y Rehabilitación Social hace frecuente uso de la caución como medida. En cierto sentido se la puede considerar sanción pecuniaria (18). No conocemos datos respecto a la aplicación judicial de esta sanción en todo el Estado Español.

La reprensión pública o privada

A la reprensión pública y privada se refiere el Código Penal en los artículos 27 y 89. Pero, según las estadísticas a que después haremos referencia, en los últimos diez años no consta que los Tribunales para adultos la hayan aplicado.

En cambio, esta sanción se encuentra con frecuencia en los acuerdos de los Tribunales Tutelares de Menores.

(17) Cfr. A. BERISTAIN, *La multa en Derecho Penal español*, Madrid, Reus, 1976. IDEM, «La multa penal y la administrativa en relación con las sanciones privativas de libertad», en A. BERISTAIN, *Cuestiones penales y criminológicas*, prólogo de F. Muñoz Conde, Madrid, Reus, 1979, págs. 451 y ss.

(18) A. BERISTAIN, *Medidas penales en Derecho contemporáneo*, prólogo de M. Barbero Santos, Madrid, Reus, 1974, págs. 123 y ss.

Las sanciones restrictivas de libertad

El legislador ha ido introduciendo o reintroduciendo, muy paulatinamente, sanciones restrictivas de libertad que posibilitan la disminución, por sustitución, de las sanciones privativas de libertad.

Tanto el Código Penal como la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social ponen en manos del Juez numerosas penas y medidas restrictivas de libertad como el destierro, el extrañamiento, el confinamiento, la expulsión de extranjeros del territorio nacional, la prohibición de visitar establecimientos o de residir en un lugar o territorio que se designe, la obligación de residir en un lugar determinado, etc.

Pero, en la práctica los Tribunales hacen muy poco uso de estas sanciones.

En algunos casos, sólo o unido con la multa, el destierro forma parte de una pena alternativa con otra privativa de libertad. Como ejemplo puede citarse, en el Código Penal, los artículos 252 (propagandas ilegales) y 459 (injurias).

Las sanciones restrictivas de otros derechos

También de estas sanciones se puede decir lo que acabamos de indicar respecto a las restrictivas de libertad. Las sanciones restrictivas de otros derechos pueden suministrar medios a la administración de justicia para emplear cada día menos la privación de libertad. Sin embargo, estas sanciones carecen de utilidad y eficacia en la vida judicial. Ni las inhabilitaciones, ni las suspensiones ni la sumisión obligatoria al tratamiento ambulatorio en centros médicos adecuados, etc.

Párrafo aparte merece la privación del carnet de conducir que, en mi opinión, debía encontrar aplicación más frecuente en los Tribunales. Según las últimas estadísticas de la Presidencia del Gobierno (19), las Audiencias Provinciales y los Juzgados de Instrucción imponen esta sanción muy pocas veces, como indica el cuadro siguiente.

AUDIENCIAS PROVINCIALES Y JUZGADOS DE INSTRUCCION

	1969	1970	1971	1972	1973	1974	1975
Privación del permiso de conducir	259	81	207	412	157	185	109

(19) Presidencia del Gobierno. Instituto Nacional de Estadística, *Estadísticas Judiciales de España. Años 1974-75*, Madrid, 1976, pág. 277.

El mayor número de penas privativas del permiso de conducir —de uno a tres meses— corresponde a los Juzgados de distrito.

En general, durante el pasado año 1978 la autoridad judicial suspendió el permiso de conducir a 22.663 conductores de vehículos, cifra sensiblemente superior a la del año 1977, en que fueron suspendidos 16.002, según datos oficiales de la Dirección General de Tráfico (19 bis).

De las suspensiones decretadas por la autoridad judicial, 17.312 lo fueron por un período de hasta tres meses; 3.308, de tres a seis meses; 505, de seis meses a un año; 1.426 permisos suspendidos de uno a tres años; más de tres años, 87; y retirada definitiva, 25 licencias.

En el mismo período de tiempo, la autoridad gubernativa suspendió 4.121 permisos de conducir, de los cuales 2.860 fueron hasta quince días; 10, de dieciséis a treinta días; 1.175, de uno a tres meses; y 76 permisos fueron revocados.

Teniendo en cuenta que la delincuencia de tráfico, a veces (por ejemplo en Alemania) (20), representa más del 50 por 100 de la delincuencia común parece justo una mayor utilización de la pena y/o la medida de la privación del permiso de conducir.

Arrestos de fines de semana

El arresto de fines de semana se admite en la legislación positiva española únicamente como medida penal, no como pena, a tenor de lo regulado en la Ley sobre Peligrosidad y Rehabilitación Social (artículo 5.º, número 4.º, artículo 6.º), y en su Reglamento (artículo 9.º). Tendrá una duración mínima de treinta y dos horas. Si la jornada laboral de su autor lo permite, comenzará el sábado a las 16 horas y terminará el lunes a la que resulte necesaria para que aquél pueda incorporarse al trabajo, o a las ocho horas si no lo tuviera. Cuando a causa del régimen del trabajo del sometido a la medida, o por otra razón, no fuese conveniente el cumplimiento en la forma mencionada, el Juez señalará los días y el horario de cumplimiento, respetando sólo el límite mínimo de duración (21).

La condena condicional

La condena condicional, que regula el Código Penal en los artículos 92 al 97, entra en la legislación española en 1908, por Ley de 27 de marzo inspirada parcialmente en el sistema franco-belga.

(19 bis). Dirección General de Tráfico. Ministerio del Interior, *Boletín Informativo. Anuario estadístico General 1978*, Madrid, Dirección General de Tráfico, 1978, págs. 102 y ss.

(20) Wolf MIDDENDORFF, «Verkehrskriminologie - Ergebnisse und Folgerungen», en *Deutsches Autorecht* (15 junio 1979), págs. 145 y ss. A. BERISTAIN, «La inhabilitación penal ayer, hoy y mañana», en *Idem, Cuestiones penales y criminológicas*, prólogo de F. Muñoz Conde, Madrid, Reus, 1979, págs. 175 y ss.

(21) Cfr. A. BERISTAIN, *Medidas penales en Derecho contemporáneo*, prólogo de M. Barbero Santos, Madrid, Reus, 1974, págs. 109 y ss., 254 y ss., 267 y ss.

Actualmente deja en suspenso la ejecución de la pena privativa de libertad de duración hasta de dos años. En algunos supuestos que determina el artículo 94, el Tribunal está obligado a aplicar la condena condicional.

Según el Código de Justicia Militar, la condena condicional puede aplicarse en menos casos que según el Código Penal común, pues el artículo 245 de aquél exceptúa a los autores, cómplices y encubridores de delitos a los que se haga aplicación del artículo 194 del mismo Código de Justicia Militar.

Las ocho alternativas hasta aquí indicadas muestran que la legislación penal española pone a disposición de las autoridades competentes varios grupos de sanciones penales no privativas de libertad. Pero también muestran que —a la luz del Derecho Penal comparado y de la Política Criminal contemporánea— resultan insuficientes.

6.2. NIVEL JUDICIAL Y PENITENCIARIO

A pesar de que el legislador presenta las sanciones en libertad hasta aquí indicadas como posibles o necesarias sustituciones de las privativas de libertad, sin embargo, y por desgracia, estas últimas siguen siendo el centro de la justicia penal española. Las autoridades judiciales y penitenciarias no hacen todo el uso que pueden de las sanciones no privativas de libertad, a pesar de que la doctrina insiste en la conveniencia de aumentar el número y la aplicación de éstas.

Los estudios cada día más frecuentes que abogan por la disminución o desaparición de las sanciones privativas de libertad deben tener en cuenta, como base fundamental, la regulación legal de que hemos hablado en el capítulo anterior. Pero, es necesario pasar adelante e investigar con datos estadísticos concretos el uso mayor o menor que los jueces y los funcionarios de instituciones penitenciarias hacen de las facultades que les otorga la ley para, en el juicio y a lo largo de la ejecución de la sanción, sustituir las privativas de libertad por otras sanciones no privativas de libertad.

Los Tribunales imponen generalmente sanciones privativas de libertad aunque en los últimos años van ampliando la imposición de las multas.

El cuadro siguiente indica las penas impuestas por las Audiencias Provinciales y Juzgados de Instrucción durante el último decenio (22).

(22) Presidencia del Gobierno. Instituto Nacional de Estadística. *Estadísticas Judiciales de España. Años 1974-75*, Madrid, 1976, pág. 277.

AUDIENCIAS PROVINCIALES Y JUZGADOS DE INSTRUCCION

CONCEPTO	1966	1967	1968	1969	1970	1971	1972	1973	1974	1975
Penas impuestas:										
Muerte	1	—	2	—	—	—	—	—	—	—
Reclusión mayor	23	15	17	20	22	21	17	24	20	25
Reclusión menor	166	120	118	140	154	161	184	174	189	130
Presidio y prisión mayor	809	473	597	858	1.112	1.856	1.157	1.030	1.250	768
Presidio y prisión menor	4.327	2.949	5.196	6.119	8.104	8.749	9.537	7.916	7.897	7.266
Arresto mayor	13.241	11.352	11.664	13.146	14.068	12.360	11.592	14.206	14.826	13.266
Destierro	39	23	32	35	31	19	33	35	32	26
Inhabilitación y suspensión de cargos públicos	8	3	3	127	10	21	27	10	54	10
Multas	11.188	12.358	17.032	18.583	20.386	18.144	18.353	24.002	25.393	23.350
Privación del permiso de conducir	3.506	3.509	1.178	259	81	207	412	157	185	109
No consta	—	54	11	5	17	14	150	2	4	7

Como aparece en estas estadísticas, en el año 1966 las *penas privativas de libertad* fueron 18.566, las *no privativas de libertad* en el mismo año fueron 14.702; en 1967, 14.909 frente a 15.870; en 1968, 17.592 frente a 18.213; en 1969, 20.283 frente a 18.969; en 1970, 23.460 frente a 20.477; en 1971, 23.147 frente a 18.372; en 1972, 22.487 frente a 18.792; en 1973, 23.350 frente a 24.169; en 1974, 24.182 frente a 25.632 y en 1975, 21.455 frente a 23.469 *no privativas de libertad*.

Estas cifras muestran la tendencia a aumentar las sanciones pecuniarias en proporción bastante mayor a las sanciones privativas de libertad. Destaquemos el dato de que las Audiencias Provinciales y los Juzgados de Instrucción durante el año 1975 impusieron 21.455 penas privativas de libertad frente a 23.350 multas.

La Jurisdicción castrense durante el mismo año 1975 impuso un total de 863 penas. De ellas, 381 multas, dos destierros y una suspensión de cargo público. El resto, es decir, 479 fueron privativas de libertad (23).

Como complemento de esta información respecto a las penas privativas de libertad y sus substitutivos, parece oportuno conocer el número de medidas penales privativas o no de libertad. Transcribimos a continuación los últimos datos que se han publicado respecto a los procedimientos terminados desde el 1.º de enero al 31 de diciembre de 1977 en virtud de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social (24).

(23) Presidencia del Gobierno. Instituto Nacional de Estadística. *Estadísticas judiciales de España. Años 1974-75*, Madrid, 1976, pág. 352.

(24) *Memoria elevada al Gobierno de S. M. en la solemne apertura de los Tribunales el día 15 de septiembre de 1978*, Madrid, Reus, 1978, Anexo, Estado I.

FISCALIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

ESTADO I

Procedimientos incoados en virtud de la Ley de Peligrosidad Social desde 1.º de enero a 31 de diciembre de 1977.

JUZGADO DE	Pendientes en 1.º de enero 1977	Incoados desde 1.º de enero a 31 de diciembre de 1977	TOTAL	TERMINADOS DESDE 1.º DE ENERO A 31 DE DICIEMBRE DE 1977					TOTAL
				Por sentencia		Por inhibición	Por rebeldía	Archi- vados	
				Absolu- torias	Condena- torias				
Baleares	256	485	741	124	152	24	106	122	528
Barcelona	407	1.193	1.600	113	545	105	37	542	1.342
Burgos (sede en Bilbao)	304	779	1.083	49	99	15	18	518	699
Coruña (La)	52	297	349	17	21	5	7	247	297
Las Palmas	162	572	734	31	260	13	72	151	527
Madrid	470	1.724	2.194	115	581	42	29	792	1.559
Málaga	354	636	990	71	199	22	45	241	578
Sevilla	443	1.004	1.447	5	301	32	70	346	754
Valencia	234	587	821	58	149	51	39	348	645
Valladolid	27	251	278	43	72	3	»	112	230
Zaragoza	56	439	495	41	125	54	15	178	413
Audiencia Nacional	»	740	740	»	»	»	»	»	740
TOTAL	2.765	8.707	11.472	667	2.504	366	438	3.597	8.312

No conocemos publicación ninguna que indique con detalle las clases diversas de sentencia concreta de esas 2.504 sentencias condenatorias. Sí conocemos, en cambio, los datos correspondientes a las clases de peligrosos sociales según la medida de seguridad aplicada y Centro de Rehabilitación Social en el día 31 de diciembre del mismo año 1977. Los transcribimos a continuación (25).

CLASIFICACION DE LOS PELIGROSOS SOCIALES SEGUN LA MEDIDA DE SEGURIDAD APLICADA Y CENTRO DE REHABILITACION SOCIAL DE DESTINO

	HOMBRES			MUJERES			TOTAL GENERAL	
	Con medida aplicada	Internamiento preventivo	TOTAL	Con medida aplicada	Internamiento preventivo	TOTAL		
MEDIDAS DE SEGURIDAD DE INTERNAMIENTO EN:								
Centro de Custodia	31	32	63	3	—	3	66	14,38 %
Centro de Trabajo	53	24	77	2	—	2	79	17,21 %
MEDIDAS DE SEGURIDAD EN CENTROS DE REEDUCACION PARA:								
Prostitutas habituales	2	5	7	9	3	12	19	4,14 %
Homosexuales peligrosos ...	9	8	17	—	—	—	17	3,70 %
Perversos (menores de 21 años)	1	—	1	—	—	—	1	0,22 %
Inadaptados	—	3	3	—	1	1	4	0,87 %
MEDIDAS DE SEGURIDAD EN CENTROS DE PRESERVACION:								
Deficientes mentales	69	44	113	5	8	13	126	27,45 %
Enfermos mentales	1	2	3	2	1	3	6	1,31 %
MEDIDAS DE ASILAMIENTO EN CASAS DE TEMPLANZA:								
Ebrios	26	27	53	—	—	—	53	11,54 %
Toxicómanos	9	15	24	—	1	1	25	5,45 %
MEDIDAS DE SEGURIDAD DE INTERNAMIENTO ESPECIAL PARA:								
Psicópatas	4	2	6	—	—	—	6	1,31 %
Tratamiento hospitalario ..	3	—	3	—	2	2	5	1,09 %
Medidas cautelares	—	50	50	—	2	2	52	11,33 %
TOTALES	208	212	420	21	18	39	459	100,—

(25) Dirección General de Instituciones Penitenciarias. *Memoria correspondiente al año 1977*, Madrid, 1978, pág. 31.

Para comparar con las personas sometidas a medidas privativas de libertad desde 1960 a 1971, cfr. A. BERISTAIN, *Medidas penales en Derecho contemporáneo*, prólogo de M. Barbero, Madrid, Reus, 1974, pág. 31.

El número de las personas internas por medidas penales reguladas en la *Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social* y su antecedente la *Ley de Vagos y Maleantes* ha ido evolucionando muy favorablemente, es decir disminuyendo según aparece en los datos siguientes.

INTERNADOS POR LEY DE PELIGROSIDAD Y REHABILITACION SOCIAL

AÑOS	EXISTENCIA EN 31 DE DICIEMBRE			NUMEROS INDICES AÑO BASE 1965	DIFERENCIAS CON EL AÑO PRECEDENTE	
	Hombres	Mujeres	TOTAL		Absoluta	Relativa
1965 (1)	1.372	253	1.625	100,—	—	— %
1666	1.200	129	1.329	81,79	— 296	— 18,21 %
1967	996	87	1.083	66,65	— 246	— 18,51 %
1968	995	63	1.058	65,11	— 25	— 2,31 %
1969	751	53	804	49,48	— 254	— 24,01 %
1970	789	43	832	51,20	+ 28	+ 3,42 %
1971 (1)	1.054	76	1.130	69,54	+ 298	+ 35,82 %
1972	1.132	78	1.210	74,46	+ 80	+ 7,08 %
1973	1.015	80	1.095	67,38	— 115	— 9,50 %
1974	896	86	982	60,43	— 113	— 10,32 %
1975 (1)	778	48	826	50,83	— 156	— 15,89 %
1976	698	65	763	46,95	— 63	— 7,63 %
1977 (1)	420	39	459	28,24	— 304	— 39,84 %

(1) Años en que se ha concedido indulto general.

En el año 1978 las cifras siguen la línea descendente, y con porcentaje aún mayor pues el 31 de diciembre de este año 1978 sólo había internados 160 hombres y 11 mujeres, o sea un total de 171 frente a 459 del año anterior 1977, lo que da un número índice de 12,86 y una diferencia con el año precedente absoluta de 286 menos y relativa del 62,74 menos.

Las informaciones e investigaciones criminológicas sobre la actividad judicial en favor de los sustitutivos a las privaciones de libertad no alcanzan la calidad ni la cantidad deseable, pero podemos afirmar que en el campo judicial debe intensificarse más la sustitución de las sanciones privativas de libertad por otras distintas, haciendo, por ejemplo, un uso más amplio de la condena condicional.

Por otra parte, el legislador debe aumentar las posibilidades concretas de penas alternativas para disminuir las sanciones privativas de libertad. Si no estamos equivocados, el Código Penal actual sólo brinda al Juez tres supuestos de sanciones alternativas entre penas privativas o no privativas de libertad:

— Arresto mayor o destierro y multa de 20.000 a 200.000 pesetas: artículo 252.

(26) Dirección General de Instituciones Penitenciarias. Memoria, Madrid, 1977, pág. 30.

- Arresto mayor o multa: cfr. artículos 338 bis, 340 bis a 5, 459, 516 bis, 546 bis c.
- Arresto menor o multa: 573, 578, 584.

Por desgracia, las autoridades judiciales no pueden aplicar todavía en España algunos substitutivos ya comunes en otras naciones de nuestro mundo cultural, como son:

- La probación (sí existe la sumisión a vigilancia) (26 bis).
- El trabajo correccional en libertad.
- Los clubs de prevención.
- Los trabajos o servicios en provecho de la comunidad.
- La transacción entre el delincuente y el Juez.
- El perdón judicial, etc.

En nuestra península se deberían imitar los «*establecimientos locales*» que están alcanzando aprobación en Suecia. Tales establecimientos pretenden facilitar una adaptación gradual de los reclusos al lugar donde residirán una vez que recuperen la libertad. A tales establecimientos se destinan personas que cumplen penas de prisión de no más de un año o que esperan ser puestas prontamente en libertad. Dada la escasa peligrosidad de los internos disminuyen las medidas de seguridad y aumentan las posibilidades de aprovechar las formas de trabajo abiertas. Al condenado se le destina a un establecimiento lo más cercano posible a su hogar a fin de facilitar los contactos con sus familiares, sus compañeros de trabajo, su supervisor y las autoridades. El primero de enero de 1978 Suecia contaba con cincuenta y dos establecimientos locales, la mayoría de ellos pequeños, con un número de plazas limitado que oscila entre veinte y sesenta (27).

Las *autoridades administrativas penitenciarias*, de hecho, pueden aportar más de lo que a primera vista parece en favor (o en contra) de los substitutivos de que estamos hablando.

Por ejemplo, pueden abreviar notablemente la duración de las sanciones privativas de libertad:

- Con los permisos de salida a que hemos hecho referencia al comentar las recompensas de la nueva legislación penitenciaria actualmente en vigor.
- Con informaciones positivas al redactar los expedientes para la libertad condicional, para los indultos, para la redención de penas por el trabajo, para el paso a instituciones abiertas, como para las sanciones disciplinarias, etc.

(26 bis) J. Y. DAUTRICOURT, Probation et politique correctionnelle, en *Revue de Droit pénal et de Criminologie*, n.º 3 (marzo 1979) págs. 215-249. G. CANEPA y U. GATTI, L'affidamento in prova al servizio sociale come alternativa alla detenzione: problemi criminologici, en *Quaderni di Criminologia Clinica*, n.º 2 (abril-junio 1977), págs. 197-214.

(27) Official Statistics of Sweden. National Prison and Probation Administration, *The Prison and Probation System 1977*, Norrköping, 1978 (Suecia), págs. 18 y ss.

Si como esperamos, se crea la figura del Juez de ejecución de penas y medidas —Juez de Vigilancia, en terminología del Proyecto—, éste dispondrá de las facultades que le concede el artículo 76, e indirectamente podrá reducir la privación de libertad de muchos sancionados.

En mi opinión, estas atribuciones concedidas por la Ley a las autoridades judiciales (28) quedan todavía a mitad del camino deseado y dependen de la futura legislación penal sustantiva y procesal.

7. COMENTARIOS DEL PRESENTE HACIA EL FUTURO

No pretendemos ahora formular una evaluación crítica del sistema penitenciario actual español en las prisiones comunes y militares, pues exigiría más espacio del que disponemos. Nos limitamos a indicar algunos comentarios de la situación presente mirando al futuro inmediato y teniendo en cuenta especialmente el problema de los sustitutivos de las sanciones privativas de libertad.

El régimen actual difiere mucho del padecido durante la dictadura del General Franco. Algunos datos sobre este período que recogí para mi Curso de Verano en Luxemburgo, en julio de 1977 (29), muestran que después de la guerra civil las cárceles eran cuarteles de castigo hacinados de hambrientos, muchos de los cuales murieron. Posteriormente la situación fue suavizándose, aunque paulatinamente.

El cambio serio en las Instituciones Penitenciarias se inicia especialmente a raíz del nombramiento como Director General, por Real Decreto de 9 de diciembre de 1977, del señor don Jesús Miguel Haddad Blanco, que murió asesinado el día 22 de marzo de 1978. Y se intensifica a partir del 30 del mismo mes, fecha en que toma las riendas de la Dirección General D. Carlos García Valdés que, desde entonces, ha llevado y está llevando a cabo importantes mejoras teóricas y prácticas.

Entre las teóricas podemos recordar principalmente la preparación del Proyecto de Ley General Penitenciaria, varias conferencias y publicaciones científicas y una decena de circulares —de las que se hicieron eco los medios de comunicación social— acerca de los problemas más urgentes, como por ejemplo: la convivencia carcelaria, las recompensas, la regulación del régimen de cogestión, la asistencia médica en caso de automutilaciones y huelgas de hambre, las excarcelaciones hospitalarias, la censura de correspon-

(28) En contra de las facultades excesivas de algunas autoridades penitenciarias tiene todavía vigencia lo que escribí el año 1964. Cfr. A. BERISTAIN, «El Abogado del Diablo», en *Rev. Est. Penitenciarios* (octubre-diciembre 1964), págs. 719 y s.

(29) A. BERISTAIN, «La violencia como desafío en España y en el País Vasco (1936-1977)», en *Lex. Revista Colegio Nacional Abogados de Panamá*, número 9 (enero-abril 1978), págs. 120 y ss. y en *Revista de Derecho Público*, año V, Vol. II, núm. 75 (abril-junio 1979), págs. 237-302.

dencia proveniente de otros internos por sospechas de estar relacionados con preparación de motines, las requisas y los cacheos, los remedios de ciertos conflictos colectivos e individuales, la educación permanente de adultos, etc.

Entre las reformas que denominamos prácticas conviene tener presentes, al menos, el aumento notable del presupuesto, el derecho de asociación a los funcionarios, el nombramiento de personas más formadas al frente de algunos Establecimientos y Centros directivos, la modernización material de muchos establecimientos (30), la creación de otros nuevos, entre los que destaca el de máxima seguridad en Herrera de la Mancha (Ciudad Real). También se puede recordar algunas innovaciones y actuaciones concretas como, por ejemplo, la posibilidad de visitas íntimas en algunos establecimientos y la mejora en el régimen alimenticio; actualmente, desde el primero de este mes de junio el presupuesto diario para la alimentación es de 94 pesetas por interno.

Autorizados comeñaristas y diversos partidos políticos han empezado a informar con sentido crítico sobre la situación penitenciaria española en los medios de comunicación, en el Senado (28 de marzo y 11 de mayo de 1978) y en el Congreso (27 de junio de 1978) (31). Varias de sus críticas son muy fundadas, y buena parte de ellas no podrán resolverse hasta que se haya logrado la reforma del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En resumen, podemos decir que el régimen penitenciario español ha superado muchas de sus gravísimas deficiencias durante los 40 años de la postguerra civil, pero todavía padece carencias en puntos importantes, por ejemplo, en cuanto a la selección y formación del personal, en cuanto al trabajo del recluso, en cuanto a la opinión pública, en cuanto a la dotación económica para los Centros —especialmente para los establecimientos abiertos— y

(30) Algunos edificios necesitaban reformas por antiguos, otros por los perjuicios causados durante los motines carcelarios que, en conjunto, han llegado a causar unas pérdidas de más de ochocientos millones de pesetas.

(31) Merece la pena transcribir parte, al menos, de las Conclusiones formuladas por la Comisión parlamentaria de establecimientos penitenciarios a finales del año 1977. «En la mayoría de los establecimientos penitenciarios españoles, por razones diversas, no se cumplen las exigencias mínimas de la Declaración de Derechos Humanos, ni siquiera las previstas en la reciente modificación del Reglamento de los Servicios de las Prisiones».

«Falta generalizada de una observación, clasificación y tratamiento racionales. Aglomeración indiscriminada de primarios y reincidentes, preventivos y penados, psicóticos, homosexuales y drogadictos, lo que motiva situaciones de promiscuidad.»

«Ruptura del interno con su medio exterior, familiar y habitual.»

«Talleres que no cumplen su misión de formación profesional y de asistencia económica al recluso y su familia, sino que se convierten en formas de explotación, no cumpliéndose la asimilación al obrero libre.»

«Relaciones entre los funcionarios y los reclusos, conflictivas. La situación actual ha desbordado las posibilidades del cuerpo de funcionarios.»

«Conocimiento de que los internos, en ocasiones, son objeto de malos tratos y torturas por parte de algunos funcionarios.» Cfr. M. GARCÍA ARÁN, «Sistema Penitenciario español», en *Doctrina Penal*, núm. 3 (Buenos Aires, julio-septiembre, 1978), págs. 675 y s.

para el tratamiento de los internos, en cuanto a la sensibilidad social, etc.

Como deficiencia especialmente notable merece calificarse la gran ingerencia de las autoridades del Ministerio del Interior, por razones políticas, en algunos problemas penitenciarios.

Tres ejemplos concretos prueban esta intromisión gubernativa. Nos referimos al internamiento de menores de 16 años en Zamora y Segovia, a la concentración de los internos adultos, condenados y preventivos, de ETA en la cárcel de Soria, y a los de GRAPO en la cárcel de Zamora, con fuerzas de Orden Público en el interior de los dos últimos establecimientos.

En mayo de este año de 1979 había catorce niños menores de 16 años en la prisión para adultos de Zamora, y doce niños menores de 16 años en la Prisión de Segovia, también para adultos.

A tenor de las serias investigaciones actuales expuestas en el Seminario Internacional sobre *los problemas teóricos y prácticos del tratamiento con los jóvenes difíciles o «peligrosos»* (32), celebrado en Hamburgo, los días 18, 19 y 20 de mayo de 1979, bajo la dirección de los Profesores Hans-Jürgen Kerner y Denis Szabo, parece que los Tribunales Tutelares de Menores de España deben examinar y reestructurar sus Instituciones para que éstas puedan acoger a todos los menores de 16 años, sin necesidad de que estos niños sean internados en establecimientos de adultos. El ingreso de niños en Instituciones carcelarias para adultos les causa una estigmatización difícil de borrar durante muchos años.

Serías censuras merece también el hecho de que Fuerzas del Orden Público estén en el interior de los Centros de Cumplimiento de adultos de Soria y de Zamora. En Soria han sido concentrados, desde finales de 1978, un centenar de varones supuestos miembros de ETA, condenados y preventivos, y en Zamora medio centenar de varones condenados y preventivos del grupo GRAPO.

Las cifras exactas, a finales de abril de 1978, en Soria eran: 95 varones, de los cuales 69 eran menores de 25 años, repartidos en la proporción siguiente:

De 16 y 17 años	0
De 18 años	5
De 19 »	15
De 20 »	12
De 21 »	11
De 22 »	9
De 23 »	8
De 24 »	9
TOTAL	69

(32) Se publicarán las Comunicaciones presentadas al Seminario.

En el centro de Cumplimiento de Zamora estaban internados 40 varones, y de ellos 17 de edad comprendida entre 16 y 25 años, y los 23 restantes mayores de 25 años.

Estas y otras deficiencias resultarán menos frecuentes en las Instituciones Penitenciarias de mañana, cuando se apruebe la Ley General Penitenciaria a la que anteriormente hicimos referencia. Con esta Ley se habrá dado un gran paso adelante para la humanización de los establecimientos penitenciarios, pero sería funesto olvidar que problemas muy importantes, como el detallar la figura del Juez de Vigilancia (33), que mejor se llamaría Juez de ejecución de penas y medidas, el delimitar las faltas graves y muy graves, etc., quedan abiertos hasta que se redacte y apruebe el nuevo Reglamento y pueda ponerse en práctica.

Quienes somos partidarios de la unidad de jurisdicción penal y de la administración penitenciaria opinamos que la reciente normativa de 1978 sobre las Instituciones Penitenciarias Militares, debería derogarse lo antes posible. Los militares son ciudadanos como los demás, también en lo relativo a las sanciones privativas de libertad. Su equiparación total en este punto sólo producirá beneficios para ellos y para nosotros, para la justicia y para la paz. A pesar de todo, no parece que los vientos oficiales soplan en esta dirección, a tenor del Proyecto de Ley de Reforma del Código de Justicia Militar que publica el Boletín Oficial de las Cortes Españolas, número 182, de 15 de noviembre de 1978.

Al menos, parece imprescindible que los medios de comunicación tengan más acceso a las cárceles militares. Actualmente puede afirmarse que el castillo de Kafka parece una plaza pública si se le compara con las prisiones militares. Acerca de las cárceles militares sólo aparecen noticias en los medios de comunicación cuando resulta imposible guardar silencio de algún acontecimiento acaecido en ellas, por ejemplo el motín de la prisión del castillo de San Francisco, en Las Palmas, el 17 de septiembre de 1978, puesto que los internos provocaron un incendio que obligó a intervenir a los bomberos de Las Palmas.

Las Instituciones Penitenciarias, además de caja de resonancia de los problemas socio-político-económicos del país, son sin duda factor etiológico de muchos de estos problemas y también pueden serlo de muchas de sus soluciones. Por ejemplo, si nos referimos a uno de los problemas más difíciles actualmente en el Estado español: la elaboración y aprobación oficial del Estatuto de Autonomía del País Vasco, de Cataluña, etc., comprenderemos que, refiriéndonos al País Vasco, si en lo relativo a las Instituciones Penitenciarias se vuelve a (o se mejora) la situación de 1937, se habrán disipado bastantes nubarrones.

(33) Cfr. E. RUIZ VADILLO, «La ejecución de las penas privativas de libertad bajo la intervención judicial», en *Anuario de Derecho Penal* (enero-abril 1979), págs. 31 y ss. A. BERISTAIN, *El delincuente en el Estado social de Derecho. Coordinadas para una reforma penitenciaria*, Madrid, Reus, 1971, págs. 20 y ss., con bibliografía.

Según el artículo 8.º del Estatuto Vasco, del año 1936, el régimen de las prisiones figuraba «entre los servicios cuya ejecución corresponde al Gobierno de Euskadi». Esta Autonomía pudo tener vigencia desde el 27 de mayo de 1937 (34).

Ya que, según el artículo 149, número 6.º, de la actual Constitución Española de 1978, «El Estado tiene competencia exclusiva sobre la legislación penal y penitenciaria», el Anteproyecto de Guernica de 1979 dice: «Corresponde a la comunidad autónoma del País Vasco la ejecución de la legislación del Estado en las materias siguientes:

1. Legislación penitenciaria...».

Cuando se permita a las autoridades vascas cumplir las leyes estatales en sus establecimientos carcelarios se habrá abierto una puerta para la paz en el Pueblo Vasco.

A este paso elemental han de seguir otros más. El Pueblo Vasco como el Estado Español deben tomar en serio la reforma de la legislación y de la praxis penal sustantiva, procesal y penitenciaria respecto a los sustitutivos de las sanciones privativas de libertad de manera que ofrezcan más posibilidades a los órganos judiciales y penitenciarios para sustituir las penas y las medidas privativas de libertad por otras que no priven de la libertad al sujeto activo de la infracción penal. Y no deben olvidar la doctrina de tantos especialistas que ven en muchos delincuentes convencionales —el 90 % de los presos— verdaderas víctimas de la sociedad criminógena.

Parece especialmente deseable la mayor sustitución posible de las *medidas* penales privativas de libertad que se regulan en leyes especiales, como por ejemplo, la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social, según han indicado varios participantes en el Coloquio Internacional celebrado en Lovaina-La Nueva, del 22 al 25 de mayo de 1979 con motivo del cincuenta aniversario de la Escuela de Criminología de la Universidad Católica. Tales legislaciones, como ha afirmado José María Rico en este Coloquio (35), no podrán jamás alcanzar el objetivo de la justicia social tendente a la creación de una sociedad mejor ya que desde su origen pretendían solucionar problemas sociales más que cuestiones penales. Además, con el tiempo, su finalidad teórica de prevención ha degenerado en consideraciones políticas, económicas, moralizantes y represivas con gran detrimento del principio de legalidad y de su corolario la protección de los derechos de la persona.

Las cárceles, a quien se acerca a ellas, sin prejuicios, le obligan

(34) M. DE IRUJO, *Un vasco en el Ministerio de Justicia. Memorias 1*, Buenos Aires, Ekin, 1976, págs. 17 y 99.

(35) José MARÍA RICO, *Les législations Hispano-américaines de dangerosité sociales. Evaluation et signification*. Comunicación presentada al Coloquio Internacional en Lovaina-la-Nueva, mayo 1979 (inédito).

Respecto a España, Cfr. José MARÍA RODRÍGUEZ DEVESA, *Alegato contra las medidas de seguridad en sentido estricto*, en ANUARIO DE DERECHO PENAL, Tomo XXXI, f. I (enero-abril 1978), págs. 5 y ss.

a reflexionar y a sugerir o rupturas o reformas radicales pues si la justicia de hoy debe mejorar la de ayer, las cárceles de mañana —si existe alguna— no deben parecerse a las de hoy.

P.D. Después de concluido este artículo, el día 24 de julio de este año 1979 se aprobó la Ley General Penitenciaria en el Congreso con doscientos setenta y cuatro votos a favor y dos abstenciones.

Por estos mismos días, Carlos García Valdés con la colaboración de Joaquín Rodríguez Suárez y Ricardo Zapatero Sagrado publicó el Informe General 1979 que, después de una interesante Introducción de 119 páginas y del Régimen de Actividades de otro centenar de páginas, presenta los datos correspondientes a la Memoria anual de 1978 de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias.

BIBLIOGRAFIA

- Jesús ALARCÓN BRAVO, «El tratamiento penitenciario», en *Estudios Penales II. La reforma penitenciaria*, Santiago de Compostela, Publ. Universidad, 1978, págs. 15-41.
- Roberto BERGALLI, *¿Readaptación social por medio de la ejecución penal?*, Madrid, Instituto de Criminología, 1976.
- A. BERISTAIN, *Cuestiones penales y criminológicas*, prólogo de F. Muñoz Conde, Madrid, Reus, 1979, 633 págs.
- A. BERISTAIN, *Crisis del Derecho represivo (Orientaciones de organismos nacionales e internacionales)*, prólogo de J. Caro Baroja, Madrid, Edicusa, 1977, 277 págs.
- A. BERISTAIN, «La cárcel como factor de configuración social (Observaciones de algunos jesuitas)», en *Documentación Jurídica*, núm. 17 (enero-marzo 1977), págs. 165-186.
- A. BERISTAIN, «En defensa de los privados de libertad», en *Cuadernos para el Diálogo*, núm. L, extra (diciembre-enero 1976), págs. 73 y ss.
- A. BERISTAIN, *Medidas penales en Derecho contemporáneo. Teoría, legislación positiva y realización práctica*, prólogo de M. Barbero Santos, Madrid, Reus, 1974, 436 págs.
- A. BERISTAIN, «Las cárceles no deben ser cementerios», en *Hechos y Dichos*, núm. 440 (mayo 1973), págs. 39-46.
- Antonio BERISTAIN *El delincuente en el Estado social de Derecho*, Madrid, Reus, 1971.
- Francisco BUENO ARÚS, «Aspectos positivos y negativos de la Legislación Penitenciaria española», en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 7 (1979), págs. 3-28.
- Francisco BUENO ARÚS, «Las prisiones españolas desde la guerra civil hasta nuestros días», en *Historia 16*, extra VII (octubre 1978), págs. 113 y ss.
- Francisco BUENO ARÚS, «La redención de penas por el trabajo en el ordenamiento jurídico español» (extracto de tesis doctoral), en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, 25 de octubre de 1974.
- Manuel COBO DEL ROSAL, «Prevención y peligrosidad social en la Ley de 4 de agosto de 1970», en *Peligrosidad social y medidas de seguridad* (vol. colectivo), editado por el Instituto de Criminología de la Universidad de Valencia, 1974.
- FONTRDONA: *Cárceles en llamas*, Barcelona, 1978.
- Mercedes GARCÍA ARÁN, «Sistema Penitenciario español», en *Doctrina Penal*, núm. 3 (Buenos Aires, julio-septiembre 1978), págs. 665 y ss.

- Carlos GARCÍA VALDÉS, *Informe General 1979*, Madrid, Dirección General de Instituciones Penitenciarias, 1979. Con la colaboración de Joaquín RODRÍGUEZ y Ricardo ZAPATERO, 339 págs.
- Carlos GARCÍA VALDÉS, *El trabajo penitenciario en España*, Madrid, Dirección General de Instituciones Penitenciarias, 1979, 283 págs.
- Carlos GARCÍA VALDÉS, «La reforma penitenciaria: crónica de una transición», en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 1.147 (25 de octubre de 1978), págs. 3 y ss.
- Carlos GARCÍA VALDÉS y TRÍAS SAGNIER, *La reforma de las cárceles*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1978, 72 págs.
- Carlos GARCÍA VALDÉS, *La nueva Penología*, Madrid, Instituto de Criminología, 1977.
- Carlos GARCÍA VALDÉS, *Régimen penitenciario de España (Investigación histórica y sistemática)*, Publ. Instituto Criminología, Universidad de Madrid, 1975.
- Luis GARRIDO GUZMÁN, *Compendio de Ciencia Penitenciaria*, Universidad de Valencia, Instituto de Criminología, 1976, 316 págs.
- René GIRARD, *Des choses cachées depuis la fondation du monde*, París, Grasset, 1979, 492 págs.
- LURRA, *Rebelión en las cárceles*, San Sebastián, Hordago, 1978.
- Ignacio MUÑAGORRI, *Sanción penal y política criminal*, Madrid, Reus, 1977.
- Gonzalo RODRÍGUEZ MOURULLO, «Cara y cruz de las sanciones penales», en *Cuadernos para el Diálogo*, extra XXVIII, diciembre 1971.
- Joaquín RODRÍGUEZ SUÁREZ, «El estatuto jurídico del interno», en *Estudios Penales II. La reforma penitenciaria*, Santiago de Compostela, Publ. Universidad, 1978, págs. 127-147.
- Enrique RUIZ VADILLO, «Algunas consideraciones sobre la reforma de las penas privativas de libertad. El sistema penitenciario», en *Estudios Penales II. La reforma penitenciaria*, Santiago de Compostela, Publ. Universidad, 1978, págs. 150-213.
- Enrique RUIZ VADILLO, «Comentarios a la reforma del Reglamento de los Servicios de Instituciones Penitenciarias aprobada por Real Decreto de 29 de junio de 1977», en *Documentación Jurídica*, núm. 15 (julio-septiembre 1977), págs. 615 y ss.
- SAGASETA: *La angustia sexual en las prisiones*, Madrid, 1978.
- José Antonio SAINZ CANTERO, «La sustitución de la pena de privación de libertad», en *Estudios Penales II. La reforma penitenciaria*, Santiago de Compostela, Publ. Universidad, 1978, págs. 217-254.
- Alfonso SIERRANO GÓMEZ, «Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social», en *ANUARIO DE DERECHO PENAL*, mayo-agosto 1974.
- Angel de SOLA DUEÑAS, *Socialismo y delincuencia. Por una política criminal socialista*, Barcelona, Fontamara, 1979, 125 págs.
- SUÁREZ Y COLECTIVOS 36: *Libro blanco sobre las cárceles franquista*, París, Ruedo Ibérico, 1976.
- VARIOS: *El trabajo penitenciario en España*, DGIP, Madrid, 1979, 283 págs.
- Tomás Salvador VIVES ANTÓN, Régimen penitenciario y Derecho Penal. Reflexiones críticas», en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 3 (1977), págs. 246 y ss.
- VI Congreso Internacional de la Sociedad Internacional de Derecho Penal Militar y de Derecho de Guerra, Ejecución de las penas privativas de libertad a Militares: Individualización del Tratamiento. La Haya, 21-25, mayo 1973.

La significación del resultado en los delitos culposos, en el Derecho penal español*

ALFONSO GUALLART Y DE VIALA

Profesor Adjunto de Derecho penal en la Universidad de Zaragoza

Como es sabido, el resultado no plantea graves problemas, en principio, en los delitos dolosos; porque en éstos se castiga tanto la infracción consumada como la tentativa y la frustración, si quiera graduadamente. En cambio, en los delitos culposos el resultado sí que tiene todavía hoy una importancia decisiva y controvertida.

De esta suerte, el profesor Antón Oneca —a quien con todo afecto dedicamos este trabajo— pudo escribir en 1949 (1) que mientras para los delitos dolosos basta con la voluntad dirigida al resultado, pues que aun cuando éste no se logre podrán siempre castigarse como frustración o como tentativa, los delitos culposos en cambio no son posibles, salvo rarísimas excepciones especialmente previstas en la ley, sin la realización de un daño.

Tal es la tradicional norma general: En las infracciones culposas, es exigencia para su castigo la producción de un resultado dañoso; la imprudencia o negligencia sin correlativo resultado es impune.

Cierto que esa norma se ha abierto a algunas excepciones, en el amplísimo devenir que la infracción culposa ha ganado en las sociedades modernas. Excepciones a la manera de las que, por lo que a nuestra patria se refiere y contando incluso con alguna figura expresa en la legislación penal especial (artículo 22 de la Ley de Policía de Ferrocarriles de 1877), bien pueden estar constituidas por las infracciones de mera actividad o inactividad (delitos puros de omisión) y los delitos de peligro concreto, realizados en forma culposa. Nada impide, a mi juicio, el que estas infracciones puedan ser susceptibles —sin más limitaciones que las derivadas de las cláusulas generales de los artículos 565, 586 3.º y 600 del Código penal— de comisión culposa, a pesar de que en ellas

* Trabajo realizado para el libro-homenaje al profesor ANTÓN ONECA.

(1) *Derecho Penal*, I, Parte General, Madrid, Gráfica Administrativa, 1949, págs. 219-220.

no ha de darse un resultado material. No obstante, la excepcionalidad de estas situaciones no empaña el planteamiento inicial; máxime con las precisiones que sobre el «resultado» hemos de hacer más adelante.

Tenemos, pues, la norma general y de ella ya podemos derivar una cuestión hondamente interesante: ¿Estaremos castigando —como afirmara Hellmuth Mayer (2)— no al descuidado como tal, sino tan solo al que en su descuido tuvo mala suerte? Evidentemente, sí. El que de una conducta imprudente se derive un resultado lesivo depende la mayor parte de las veces del azar y, además, la gravedad del resultado no depende de la gravedad de la imprudencia (3).

Pues bien, de aquella función limitadora del resultado, dependiente ahora del azar, se ha extraído la consecuencia —por algún sector doctrinal— de que el resultado no tiene otro valor que el de una condición objetiva de punibilidad. Lo injusto del delito culposo —de seguirse un planteamiento finalista— estará constituido ya plenamente con el desvalor de la acción imprudente, es decir, con

(2) «Es wird ja nicht der Leichtfertige als solcher bestraft, sondern nur wer in seiner Leichtfertigkeit Pech hatte», en *Die folgenschwere Unmäßigkeit* (parág. 330 a StGB), publicado en la ZStW, tomo 59, págs. 283-335; concretamente pág. 324.

(3) QUINTANO RIPOLLÉS, *Culpa e imprudencia en la doctrina y en la práctica*, en ADP, VII (1954), I, págs. 45-70; concretamente, pág. 70. De «vergonzante responsabilidad por el azar» había calificado a la imprudencia RADBRUCH, en *Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts*, Besonderer Teil, tomo V, Berlín, 1905, págs. 185-203; concretamente págs. 201-202, nota 2. El resultado como elemento de azar en los delitos culposos, ha sido afirmado frecuentemente: EXNER, *Das Wesen der Fahrlässigkeit* (Eine strafrechtliche Untersuchung), Leipzig und Wien, Franz Deuticke, 1910, pág. 83; SPENDEL, *Zur Notwendigkeit des Objektivismus im Strafrecht*, en ZStW, tomo 65 (1953), págs. 519-538, concretamente pág. 529; BOCKELMANN, *Strafrechtliche Untersuchungen*, Göttinger rechtswissenschaftliche Studien, tomo 21, Göttingen, 1957, pág. 10, nota 16; CEREZO MIR, *Der finale Handlungsbegriff als Grundlage des Strafrechtssystems*, en la ZStW, tomo 71 (1959), págs. 136-145 (44-53), concretamente pág. 145 (53) (publicado también en castellano, *El concepto de la acción finalista como fundamento del sistema del Derecho penal*, en el ADP, 1959, III, págs. 561-570, concretamente pág. 569) y *Problemas fundamentales de los delitos contra la seguridad del tráfico*, en Homenaje a José Guallart y López de Goicoechea, Rev. TEMIS de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, tomo 25 (1969), páginas 273-294, concretamente pág. 287, nota 42 (reproducido en el ADP, 1970, III, págs. 581-603, concretamente págs. 595-596); ARMIN KAUFMANN, *Das fahrlässige Delikt*, Sonderabdruck aus der Zeitschrift für Rechtsvergleichung, Wien, 1964, págs. 41 y ss.; WELZFL, *Das deutsche Strafrecht*, 11.ª edic., Berlín, Walter de Gruyter, 1969, págs. 135-136, y *Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte. Zur Dogmatik der fahrlässigen Delikte*, Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe, Schriftenreihe, Heft 49, Verlag C. F. Müller, 1961, pág. 20; DETLEF KRAUSS, *Erfolgsunwert und Handlungsunwert im Unrecht*, en la ZStW, tomo 76 (1964), págs. 19-68, concretamente pág. 62; JESCHECK, *La structure juridique de la négligence et son régime en Droit pénal moderne*, en la RIDP 1965, págs. 21-51, concretamente pág. 34; MERLE Y VITU, *Traité de Droit Criminel*, Paris, Cujas, 1967, pág. 458; y DIETHART ZIELINSKI, *Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff*, Berlín, Duncker Humblot, 1973, págs. 142, 152-153 y 308.

la inobservancia o infracción del cuidado objetivamente debido, quedando erradicado del mismo el resultado. En la antijuridicidad, el contenido de la culpa —desde una visión causalista clásica— no comprenderá como elemento el resultado.

Posturas intermedias, como la de Welzel (4), sin negarle al resultado el carácter de elemento del tipo de lo injusto en los delitos culposos, destaca como decisivo el desvalor de la acción, es decir, la infracción del cuidado objetivamente debido. Para él, dado que los delitos culposos están constituidos todavía hoy, en su mayor parte, como delitos de lesión, a la realización del tipo pertenece el que la acción que no responda al cuidado debido se haya materializado en la lesión de un bien jurídico (5). Pero ese resultado no es la parte esencial para el Derecho penal; pertenece al tipo, para cumplir tan sólo una función reductora y límite de las conductas antijurídicas dignas de sanción (6).

En fin, si nos dejamos deslizar por esta pendiente de admitir que la producción del resultado no es esencial al delito culposo, podemos encontrarnos ante el problema de política criminal —apuntado por Armin Kaufmann (7)— de la conveniencia del castigo de la infracción del cuidado sin consecuencias. Conveniencia ya sentida, más o menos abiertamente, por algunos tratadistas (8).

(4) *El nuevo sistema del Derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, versión castellana y notas por Cerezo Mir, Barcelona, Ariel, 1964, págs. 18, 35 y 75-76; *Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte*, ya cit., pág. 21; y *Das deutsche Strafrecht*, ya cit., págs. 129 y ss.

(5) *El nuevo sistema*, ya cit., pág. 75; y *Das deutsche Strafrecht*, ya cit., pág. 135.

(6) WELZEL, *El nuevo sistema*, ya cit., págs. 18, 35 y 75-76; *Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte*, ya cit., pág. 21; y *Das deutsche Strafrecht*, ya cit., página 136.

(7) *Das fahrlässige Delikt*, ya cit., págs. 44-45 y 55. Con posterioridad ha subrayado la dificultad de una precisión del núcleo del tipo de la infracción de cuidado sin consecuencias, a la que señala como exigencia de la seguridad jurídica y como tarea de la moderna teoría de lo injusto; mientras tanto y como posibles caminos legislativos para el castigo de los más importantes supuestos de política criminal —infracciones del cuidado en torno a la vida e integridad corporal—, ha sugerido un enriquecimiento, en cuanto a sus características (manifiesta y típicamente unidas con un peligro —no concreto— para el cuerpo o la vida), de los delitos de peligro abstracto o una modificación o ampliación de los delitos de peligro concreto a los delitos de riesgo dudoso (supuestos que, según el estado de la ciencia en el momento del hecho, hacen dudar pueda producirse la lesión del bien jurídico). (*Tatbestandsmäßigkeit und Verursachung im Contergan-Verfahren. Folgerungen für das geltende Recht und für Gesetzgebung*, separata de la Juristenzeitung, n. 18, 17 septiembre 1971, págs. 569-576, y, especialmente, páginas 575-576; y *Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht*, separata del Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag, Berlin-New York, Walter de Gruyter, 1974, págs. 393-414 y concretamente pág. 413.

(8) JEAN GRAVEN, *¿Cómo reprime el Derecho Suizo las infracciones por negligencia?*, traducción de Núñez Barberó, en ADP, 1967, I y II, págs. 245-287, concretamente pág. 286. LEGAL, *L'imprudence et la négligence comme source de responsabilité pénale* (Rapport présenté al VIII Congrès de l'Association Internationale de Droit Pénal, Lisboa, 21-27 septiembre 1961), publicado en la RIDP 1961, núms. 3.º y 4.º, págs. 1079-1091, concretamente págs. 1086-1089.

Vendremos luego al análisis de las varias posturas doctrinales sobre la significación y función del «resultado».

EL RESULTADO

Desde un punto de vista dogmático, hemos de partir de una concepción genérica del resultado (9) comprensiva no sólo de la lesión de un bien jurídico, sino también del peligro del mismo (10)

MERLE Y VITU, *Traité de Droit Criminel*, ya cit., pág. 458. RODRÍGUEZ RAMOS, *El resultado en la teoría jurídica del delito*, en Cuadernos de Política Criminal, núm. 1.º, 1977, págs. 49-62, concretamente págs. 61-62. DÜNNEBIER, *L'importance croissante des infractions involontaires dans le Droit pénal moderne* (Rapport al VIII Congrès de AIDP de 1961), publicado en la RIDP 1961, núms. 3.º y 4.º, págs. 911-921, concretamente pág. 920. HERZOG, *La repression des infractions involontaires* (Rapport présenté aus Journées franco-belgo-luxembourgeoises de Science pénale, Paris, 7 et 8 novembre 1958), publicado en la RDPC, 1958-1959, núm. 2, noviembre 1958, págs. 87-108, concretamente pág. 98. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Problèmes modernes de la Culpa (Faute)* (Rapport VIII Congrès de l'AIDP de 1961), publicado en la RIDP, 1961, números 3.º y 4.º, págs. 855-879, concretamente págs. 874 y 879. LEBRET, *Les Rapports posés dans le Droit pénal moderne par le développement des infractions non intentionnelles (par faute)* (Rapport VII Congrès de l'AIDP de 1961), publicado en la RIDP 1961, núms. 3.º y 4.º, págs. 1059-1077, concretamente págs. 1061-1063. Y NÚÑEZ BARBERO, *El delito culposos (su estructuración jurídica en la dogmática actual)*, Universidad de Salamanca, Imp. Caltrava, 1975, pág. 43.

(9) Vid. el resumen de las diversas concepciones sobre el resultado en BERISTAIN, *Resultado y delitos de peligro*, en la Rev. de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, vol. XIII, núms. 34, 35 y 36, 1969, separata, Madrid, Talleres Gráficos, Viuda de C. Bermejo, 1969, págs. 446-451; y RODRÍGUEZ RAMOS, *El resultado en la teoría jurídica del delito*, ya cit., págs. 49-53.

(10) Vid. ARMIN KAUFMANN, *Das fahrlässige Delikt*, ya cit., pág. 41. VON LISZT, *Tratado de Derecho Penal*, traducción de la 20 edic. alemana, por Jiménez de Asúa y adicionado con el Derecho penal español por Saldaña, tomo II, 2.ª edic., Madrid, Reus, 1927, pág. 289. ALTAVILLA, *La culpa*, traducción de Ortega Torres, Bogotá, Temis, 1956, págs. 209-210. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, ya cit., págs. 62 y 135; *El nuevo sistema del Derecho penal*, ya cit., págs. 68 y 75 y ss. BERISTAIN, *Objetivación y finalismo en los accidentes de tráfico*, separata de la Rev. General de Legislación y Jurisprudencia (diciembre 1962), Madrid, Instituto Editorial Reus, 1963, pág. 36. CEREZO MIR, *Die Auseinandersetzung um die finale Handlungslehre in der spanischen Strafrechtswissenschaft*, separata de la ZStW, tomo 84 (1972), págs. 1033-1067, y concretamente pág. 1060 (publicado también en castellano, *La polémica en torno a la doctrina de la acción finalista en la Ciencia del Derecho penal española*, separata de la Rev. Nuevo Pensamiento Penal, año I (1972), número 2.º, págs. 217-246, y concretamente pág. 240. MEZGER-BLEI, *Strafrecht, I* (Allgemeiner Teil), 15 edic., München, Verlag C. H. Beck, 1973, pág. 226. BLEI, *Strafrecht, I* (Allgemeiner Teil), 17.ª edic. des von Mezger begründeten Werkes, München, Verlag. C. H. Beck, 1977, pág. 273. JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts* (Allgemeiner Teil), 3.ª edic., Berlin, Duncker Humblot, 1978, págs. 211 y 472. ECKHARD HORN, *Konkrete Gefährungsdelikte*, Köln, Verlag Dr. Otto Schmidt, 1973, págs. 11 y ss. POLAINO NAVARRETE, *El bien jurídico en el Derecho penal*, Anales de la Universidad Hispalense (Serie: Derecho, número 19), publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, Editorial

en los delitos de peligro concreto. Necesaria es en éstos, como elemento de tipo, la efectiva producción de un peligro para el bien jurídico, que podemos calificar de resultado.

Como antes advertimos, en los delitos culposos la norma general es que la causación de un resultado ha de haberse producido; y este «resultado» queda ampliado ahora, excepcionalmente, a la puesta en peligro concreto del bien jurídico. Y ello no obsta a la consecuencia de negar en el delito culposo las formas imperfectas de ejecución (11), calificadas por Carrara (12) de «monstruo lógico». En la tentativa —habría de decir Bernardino Alimena (13)— se obtiene menos de lo que se quiere, y en la culpa, más de lo que se desea.

No quisiera se me tachara de incongruente, a la manera de como con von Hippel hace Jiménez de Asúa (14), por negar aquí las formas imperfectas de ejecución, habiendo admitido el peligro

Católica Española, 1974, págs. 373-374. NÚÑEZ BARBERO, *El delito culposo*, ya cit., págs. 43-45, nota 180. Y RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho Penal* (Parte General), Madrid, Civitas, 1977, págs. 340 y 342.

(11) Negadas unánimemente en la doctrina española: ANTÓN ONECA, *Derecho penal* (Parte General), ya cit., págs. 219-220 y 408; CEREZO MIR, *Lo objetivo y lo subjetivo en la tentativa*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Valladolid, Valladolid, Gráficas Andrés Martín, 1964, págs. 9-10; CUELLO CALÓN, *Derecho Penal*, tomo I, vol. 2.º, 17.ª edic., Barcelona, Bosch, 1975, pág. 623; FERRER SAMA, *Comentarios al Código Penal*, tomo I, Murcia, Sucesores de Nogués, 1946, págs. 59-60; NÚÑEZ BARBERO, *El delito imposible*, Acta Salmanticensia, Universidad de Salamanca, Derecho, tomo V, núm. 1, 1963, pág. 28; POLAINO NAVARRETE, *El bien jurídico en el Derecho penal*, ya cit., pág. 373; QUINTANO RIPOLLÉS, *Culpa e imprudencia en la doctrina y en la práctica*, ya cit., pág. 53, *Culpa penal*, en NEJ Seix, tomo VI (1954), y páginas 117-128, y concretamente pág. 121, y *Derecho penal de la culpa (imprudencia)*, Barcelona, Bosch, 1958, págs. 198 y 201; DEL ROSAL, *Derecho penal Español* (Lecciones), 3.ª edic., Madrid, Aguirre Torre, 1960, págs. 430 y 435. Rodríguez Devesa las admite conceptualmente, pero las encuentra excluidas por la configuración legal de las mismas (*Derecho penal español*, Parte General, 5.ª edic., Madrid, Gráficas Carasa, 1976, pág. 659); similarmente, RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código Penal*, en colaboración con CÓRDOBA RODA, CASABÓ RUIZ y DEL TORO MARZAL, tomo I, Barcelona, Ariel, 1972, págs. 148-149.

(12) *Programma del Corso di Diritto Criminale dettato nella R. Università di Pisa*, Parte Generale, vol. I, 11.ª edic. Firenze, Fratelli Cammelli, 1924, núm. 366, pág. 324; *Opuscoli di Diritto Criminale*, vol. I, 5.ª edic., Firenze, Fratelli Cammelli, 1898, núms. 35 y 36, págs. 372-373; *Questioni sul tentativo*, en *Opuscoli...*, ya cit., vol. V, 3.ª edic., Prato, Giachetti, 1889, pág. 189; y *Teoría de la tentativa y de la complicidad o del grado en la fuerza física del delito*, traducción española por V. Romero Girón, Madrid, F. Góngora y Cía., 1877, págs. 20-26.

(13) *Principii di Diritto penale*, vol. I, Napoli, Pierrò, 1910, pág. 368.

(14) *Tratado de Derecho Penal*, tomo V, 2.ª edic., Buenos Aires, Losada, 1963, pág. 877. A pesar de esto, el mismo Jiménez de Asúa no adopta una postura clara sobre el particular. Afirma que es muy difícil, si no imposible, admitir la tentativa en los delitos de peligro abstracto, y en cuanto a los de peligro concreto (a los que nosotros nos estamos refiriendo), se conforma con no negar totalmente su posibilidad, considerando «harto premiosa» su construcción (*Tratado...*, ya cit., tomo III, 3.ª edic. actualizada, Buenos Aires, Losada, 1965, núm. 1083, págs. 476-479; y tomo VII, Buenos Aires, Losada, 1970, págs. 880, nota 21).

concreto del bien jurídico como «resultado». Creo debemos distinguir en los delitos de peligro concreto su aspecto objetivo del subjetivo. Ciertamente el primero está constituido por una conducta que no responde al cuidado objetivamente debido con un plus de peligro concreto para los bienes enumerados (15), pero, por lo que al segundo respecta, la conducta puede ser dolosa o culposa (16). Estamos, en principio, ante delitos dolosos de peligro, cuyas formas imperfectas de ejecución habremos de negar terminantemente de ser cometidos de forma culposa; la resolución delictiva necesaria a éstas hará imposible su afirmación.

Pero es que, además, y como ha señalado Rodríguez Mourullo (17), incluso la admisión de formas imperfectas de ejecución en los referidos delitos como tales, no deja de ser discutible. A este respecto, expresivas y aun convincentes para alguno (18), las opiniones por él recogidas de Rocco, Petrocelli y Vannini en sentido negativo: en los auténticos delitos de peligro, es decir, en los delitos de peligro concreto, la posibilidad o probabilidad de un peligro, el peligro de un peligro (la tentativa de una tentativa) no puede dar lugar a un delito imperfecto; o el peligro se ha producido y el delito queda así consumado, o no existe todavía peligro alguno y la conducta es penalmente irrelevante (19).

Discutible, sí, pero creo se están manejando conceptos dife-

(15) A Rodríguez Devesa se debe en nuestra patria la clarificadora delimitación, como aspecto objetivo, de la forma de conducta incriminada (*Los delitos culposos cometidos por medio de vehículos de motor y la Ley de 24 de diciembre de 1962*, en Conferencias y Comunicaciones del V Curso Internacional del Derecho de la Circulación, celebrado en Madrid 25-31 marzo de 1963, Madrid, Hauser y Menet, 1963, págs. 523-527, y concretamente página 525; vid. también su *Derecho penal español, Parte Especial*, 7.ª edic., Madrid, Gráficas Carasa, 1977, pág. 943). Postura a la que se han adherido CONDE-PUMPIDO FERREIRO (*Las modificaciones introducidas en el tratamiento penal de los delitos de tráfico por la Ley 3-1967, de 8 de abril*, en Rev. de Derecho de la Circulación, núm. 3, mayo-junio 1967, págs. 227-254, y concretamente págs. 235-236; y *El tratamiento penal de la conducción peligrosa en la legalidad vigente*, en Rev. de Derecho de la Circulación, núm. 1, enero-febrero 1971, págs. 1-32, y concretamente pág. 11), BERISTAIN (*El delito de peligro por conducción temeraria*. Notas al art. 340 bis-a (núm. 2), separata de la Rev. de Derecho de la Circulación, núm. 6.ª, noviembre-diciembre 1970, pág. 13) y ESCRIVÁ GREGORI (*La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho penal*, Barcelona, Bosch, 1976, pág. 116).

(16) Contrarios a esta posibilidad se muestran JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado...*, ya cit., tomo V, pág. 875; y QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, tomo IV (coordinado por Gimbernat Ordeig), Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1967, pág. 492. CÓRDOBA RODA, aun admitiendo su posibilidad conceptual (la niega en las conductas del artículo 340-bis-b), estima que la peculiar naturaleza de estos delitos —punición de un momento anterior a la lesión culposa— inclina a pensar que excedería de la voluntad de la ley (*Comentarios al Código penal*, tomo III, Barcelona, Ariel, 1978, págs. 1251, 1259-60, 1276 y 1279-80).

(17) *Comentarios al Código penal*, ya cit., tomo I, pág. 141.

(18) Vid. QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la Parte Especial...*, ya cit., tomo IV, pág. 493.

(19) RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios...*, ya cit., tomo I, págs. 141-142.

rentes. Estamos ante delitos de peligro, cuyo concepto no es equiparable al de tentativa (20) y, por tanto, no podemos hablar de «tentativa de una tentativa»; requieren el peligro concreto de un bien jurídico determinado y las formas imperfectas de ejecución no requieren tanto. Así, en la tentativa imposible faltará el peligro concreto para el bien jurídico protegido.

De tal suerte, y habiendo partido de un concepto de «resultado» comprensible del peligro concreto de un bien jurídico, no veo, en principio, inconveniente conceptual para la admisión de las formas imperfectas en estos casos. Como dice Maurach (21), al igual que los delitos de lesión, los de peligro son delitos de resultado y, por tanto, susceptibles de comisión incompleta. En nuestra patria, Córdoba Roda (22) admite igualmente tanto la tentativa como la frustración.

A mi juicio, y aunque estimo que con ello se está extendiendo excesivamente el ámbito de dichas figuras delictivas, la aplicación genérica que de las formas imperfectas de ejecución hace nuestro Código penal —excepción hecha de las faltas, por imperativo de su artículo 5— obliga a la postura afirmativa.

Cierto que con la creación de los delitos de peligro concreto se han venido a adelantar las barreras de protección penal, en la seguridad del tráfico, a un momento anterior a la lesión culposa de los intereses personales o patrimoniales (23); es decir, que si no existieran tales figuras (ni, con mayor razón, las de peligro abstracto) o tendríamos que aguardar a la producción de un resultado material —sin posibilidad de ejecución incompleta—, o atenernos a las infracciones del Código de la circulación. Ciertamente también que, en su excepcional configuración típica (en torno al concepto de peligro concreto), estas figuras delictivas exigen junto al desvalor de la acción (p. ej., conducción temeraria), un desvalor del resultado (v. gr., peligro concreto para la vida, la integridad o los bienes de una o varias personas determinadas) derivado de aquella conducta (24): «no basta que la acción sea peligrosa en

(20) «La naturaleza jurídica de la tentativa difiere esencialmente de la naturaleza jurídica de los delitos de peligro» (BERSTAIN, *El delito de peligro por conducción temeraria*, ya cit., pág. 20).

(21) *Deutsches Strafrecht* (Allgemeiner Teil), 4.^a edic., Karlsruhe, Verlag C. F. Müller, 1971, pág. 504. Igualmente, JÜRGEN BAUMANN, *Strafrecht* (Allgemeiner Teil), 8.^a edic., Bielefeld, Verlag Ernst und Werner Gieseking, 1977, pág. 509. Y aunque no tan abiertamente, ya K. BINDING había previsto su posibilidad: «Wäre dem Versuch die Gefährdung wesentlich, so könnte das Gefährdungsverbrechen die Scheidung von Versuch und Vollendung nicht dulden. Denn für das Gefährdungsverbrechen ist die Erzeugung der Gefahr der «Erfolg», und in seinen Anfangsstadium kann diese Gefahr noch nicht da sein. *Es giebt jedoch gradese den Versuch eines Gefährdungs wie den eines Verletzungsverbrechens*» (*Die Normen und ihre Übertretung*, tomo IV, Neudruck der Ausgabe Leipzig 1919, Scientia Verlag, Aalen, 1965, pág. 395).

(22) *Comentarios al Código penal*, tomo III, ya cit., págs. 1260 y 1276.

(23) CÓRDOBA RODA, *Comentarios...*, ya cit., tomo III, pág. 1251.

(24) BERSTAIN, *El delito de peligro por conducción temeraria...*, ya cit., págs. 16 y ss. (especialmente, pág. 21); CONDE-PUMPIDO FERREIRO, *El trata-*

general, ha de ser peligrosa en el caso concreto» (25). Y que de todo ello cabe deducir —máxime con la penalidad a estos hechos señalada— excedería de la voluntad del legislador la posible constitución de dichas infracciones por el mero desvalor de la acción, con otras palabras, o el peligro tendría que haberse producido y el delito se habría consumado, o no habría aparecido y la conducta podría ser considerada atípica (26). Pero no podemos olvidar, como ya hemos indicado, la voluntad objetiva de la ley: las formas imperfectas de ejecución en el «*iter criminis*» (frustración o tentativa) son obligatoriamente aplicables —salvo incompatibilidad conceptual— a todas las infracciones del Libro II de nuestro Código penal y, por tanto, a los delitos de peligro concreto.

De las líneas precedentes puede deducirse mi insatisfacción ante semejante conclusión, pero, de «*lege data*», no encuentro base alguna para excluir a los delitos de peligro concreto de aquella norma general. Delitos, como el de conducción temeraria, que en su forma consumativa tienen señalada una multa de 20.000 a 200.000 pesetas (nueva cuantía fijada por la reciente Ley 20/1978, de 8 de mayo) y privación del permiso de conducción por tiempo de tres meses y un día a cinco años (artículo 340 bis a), ¿pueden tener suficiente relevancia ético-social para ser castigados en sus formas imperfectas?

Por ello, de *lege ferenda*, una mayor limitación del ámbito de la ejecución incompleta a los delitos más graves, similar a la establecida en el parágrafo 23 del vigente Código penal alemán (27), solucionarían éste y otros muchos problemas, que una aplicación tan amplia e indiscriminada pueden provocar.

miento penal de la conducción peligrosa en la legalidad vigente, ya cit., págs. 12 y ss.; y ESCRIVÁ GREGORI, *La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho penal*, ya cit., págs. 98-99 y 117-118.

(25) BERISTAIN, *El delito de peligro por conducción temeraria...*, ya cit., pág. 21.

(26) En este sentido, ESCRIVÁ GREGORI declara atípica aquella conducción temeraria de la que no se derive una situación concreta de peligro respecto a la vida, integridad y patrimonio de las personas (*La puesta en peligro...*, ya cit., págs. 117-118). CONDE-PUMPIDO FERREIRO, admitiendo la posibilidad técnica de las formas imperfectas de ejecución para estos casos, las niega luego tanto desde el punto de vista de la tipicidad como de la culpabilidad (*El tratamiento...*, ya cit., págs. 20-22).

(27) «Der Versuch eines Verbrechens ist stets strafbar, der Versuch eines Vergehens nur dann, wenn das Gesetz es ausdrücklich bestimmt» (parágrafo 23,1, del Strafgesetzbuch). Evidentemente, al no existir en nuestro Código penal esa distinción entre «*crímenes*» y «*delitos*», el criterio limitativo bien podría situarse en la exigencia de un tope mínimo a la pena consignada para el correspondiente delito consumado.

NATURALEZA DEL RESULTADO. ANALISIS DE LAS VARIAS POSTURAS

Afirmada la necesidad de un resultado, por lo menos en cuanto a los delitos culposos como tales y en cuanto norma general, es la naturaleza de este elemento la que no deja de plantear problemas. Como antes apuntábamos, ¿se trata de un elemento esencial del tipo de lo injusto, de una condición objetiva de punibilidad, o de un elemento del tipo sí, pero con mero valor selectivo de las conductas antijurídicas dignas de sanción

La polémica no es reciente, aunque ha sido reavivada por el finalismo y, concretamente y sin limitación al delito culposo, por Diethart Zielinski (28) y Günter Stratenwerth (29).

El resultado ha venido considerándose tradicionalmente como un elemento esencial, constitutivo, del delito culposo (30). La causación del resultado típico venía a colmar, en el área de la antijuridicidad, el concepto de los delitos culposos en el campo penal (31). «Estos —habrá de escribir Carrara— no podrán imputarse a los efectos penales, si el daño directo, ocasionado por ellos no consiste en el despojo efectivo de un bien no reintegrable. No puede aceptarse la extravagante doctrina de algunos, que llegan nada menos que a sostener que se pueden incriminar hasta aquellos hechos culposos que no han ocasionado daño alguno» (32).

Si no se produce resultado, escribe Maggiore (33), no hay culpa punible, cualquiera que pueda ser el grado y la ilicitud de ésta (culpa grave o gravísima); el resultado debe considerarse, por tanto, como elemento constitutivo de la culpa.

Debe exigirse, dice von Liszt (34), la producción de un resultado contrario al derecho; el concepto actual del delito culposo se basa en que el resultado producido se considera como parte del acto mismo.

Para que exista delito culposo, es preciso —ha de decir Jiménez

(28) *Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff*, ya cit.

(29) *Zur Relevanz des Erfolgsunwertes im Strafrecht*, en *Festschrift für Friedrich Schaffstein zum 70. Geburtstag*, Göttingen, Werlag Otto Schwartz, 1975, págs. 177-193.

(30) Vid. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado...*, tomo V, ya cit., págs. 875 y ss., y RICCIO, *Il reato colposo*, Milán, Giuffré, 1952, págs. 430 y ss.

(31) Ciertamente que lo mismo cabe decir para los delitos dolosos de resultado, pues la distinción entre unos y otros —según la concepción tradicional— no ha de establecerse en la antijuridicidad, sino más tarde en la culpabilidad. Como ha escrito Gimbernat Ordeig, «durante mucho tiempo el tipo penal fue concebido de tal manera que prácticamente consistía y se agotaba en la causación del resultado típico por una acción» (*El sistema del Derecho Penal en la actualidad*, separata del Anuario de Ciencia Jurídica, 1, 1971-2, págs. 265-288, concretamente pág. 273).

(32) *Programma...*, ya cit., vol. I, núm. 127, pág. 144.

(33) *Diritto penale* (Parte Generale), tomo I, 5.ª edic., Bologna, Nicola Zanichelli Editore, 1961, pág. 464.

(34) *Tratado...*, ya cit., tomo II, págs. 417-418.

nez de Asúa (35), empleando los términos de la jurisprudencia española—, un mal efectivo y concreto: se precisa el daño o perjuicio, el «mal».

Pues bien, esta causación del resultado referida, en un principio y como acabamos de ver, al daño material, efectivo, logra su extensión al peligro concreto del bien jurídico en supuestos especiales. «El concepto de imprudencia como descuido contrario al deber —escribe von Hippel (36)— se mantiene siempre igual, tanto si el tipo concreto del delito representa la lesión de un bien jurídico, como el peligro de éste».

En definitiva, para la concepción tradicional el eje de lo injusto del delito culposo ha venido a constituirse precisamente en torno a este resultado, es decir, a la producción de un resultado típico, al que habrá que sumar más tarde (en la culpabilidad) la previsión o previsibilidad y evitabilidad del mismo por parte del autor. Engisch habrá de resaltar, ya en 1930, la existencia de un, «muy esencial», tercer momento, constituido por el «cuidado externo» (37), es decir, por la infracción de un deber general de cuidado (38).

No obstante, la influencia decisiva del azar —como ya advertimos en el inicio de este trabajo— en la producción del resultado, unida a la afirmación indiscutible de que la norma en los delitos culposos no puede prohibir la causación de un resultado, indujo a la conclusión, ya en la doctrina clásica, de que éste no tenía otro significado que el de mera condición objetiva de punibilidad. La infracción voluntaria de la norma de conducta venía a ser así el elemento constitutivo del delito culposo.

De tal suerte, el delito culposo es, en frase de Manzini, «una conducta voluntaria, genérica o específicamente contraria a la policía o a la disciplina, de la cual deriva, como de causa a efecto, un evento dañoso o peligroso, previsto en la ley como delito, producido involuntariamente...» (39). Por tanto, lo injusto de la conducta está constituido por su carácter genérico o específicamente contrario a la policía o a la disciplina; el resultado no es sino «una

(35) *Tratado...*, ya cit., tomo V, pág. 875.

(36) Admite incluso el peligro abstracto. *Deutsches Strafrecht*, vol. II, Neudruck der Ausgabe Berlin, 1930, Scientia Verlag, Aalen, 1971, pág. 365. Limitándose al peligro concreto, extiende también a éste los efectos de la culpa, MANZINI, *Trattato di Diritto Penale italiano*, 4.^a edic., aggiornata dai professori P. Nuvolone e G. D. Pisapia, vol. I (a cura de Pisapia), Torino, UTET, 1961, núm. 258, págs. 742-747.

(37) *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, Neudruck der Ausgabe Berlin, 1930, Scientia Verlag, Aalen, 1964, págs. 277-278. Ya mucho antes, EXNER había vislumbrado este cuidado objetivo como exigencia en «el ámbito de relación» (*Das Wesen der Fahrlässigkeit*, ya cit., pág. 193).

(38) Vid. la excelente monografía sobre el particular de TORÍO LÓPEZ, *El deber objetivo de cuidado en los delitos culposos*, en el ADP 1964, I, páginas 25-59.

(39) *Trattato...*, ya cit., vol. I, núm. 258, págs. 742-743.

condición de punibilidad de la acción voluntaria como delito culposo y ningún elemento constitutivo del hecho punible» (40).

El artículo 43 del Código penal italiano hace referencia, según Manzini (41), a la conducta genéricamente contraria a la policía o a la disciplina a través de la negligencia, imprudencia o impericia profesional; y a la específicamente contraria con la inobservancia de leyes, reglamentos, órdenes o disciplinas.

La acción debe ser voluntaria y, al decir de Manzini, debe existir un vínculo causal entre ésta y el resultado; pero «en los delitos culposos, la imputabilidad psíquica no se refiere al evento dañoso o peligroso, que por lo regular es absolutamente involuntario, sino a la conducta ilícita en cuanto ha ocasionado, involuntariamente, ese evento» (42). El elemento imputable de los delitos culposos está virtualmente perfecto en cuanto el individuo haya realizado la conducta ilícita voluntaria; la verificación del resultado condiciona solamente la punibilidad de dicha conducta, y si éste no se produce —«meglio per il soggetto»— mejor para el sujeto (43).

Ottorino Vannini vino en desarrollo de esta doctrina, con singulares razonamientos que podemos esquematizar de la siguiente forma (44): según él, es preciso distinguir entre el fin político-criminal de una norma y el bien jurídico inmediatamente protegido. Las normas de los delitos culposos sirven al fin político-criminal de la protección de los bienes jurídicos lesionados por el resultado; la norma del homicidio culposo protege, en este sentido, el bien jurídico de la vida. Sin embargo, el bien jurídico protegido inmediatamente por las normas de los delitos culposos es siempre un interés de policía o disciplina. Las normas de los delitos culposos contienen siempre el mandato «sed prudentes», «sed diligentes», para no causar éste o aquél resultado. La norma del homicidio culposo no contiene la prohibición «no causar la muerte de un hombre», sino el mandato «actua con prudencia, sed diligentes» para no causar la muerte de un hombre. El delito culposo sería, de lo contrario, un delito (infracción de un mandato o prohibición), cuya esencia estaría constituida por la infracción involuntaria de una prohibición. La diferencia entre los diversos delitos culposos viene dada por la diferencia de los resultados causados que trascienden la lesión del interés de policía protegido. Pues bien, para él, con la infracción del mandato «sed prudentes, sed diligentes» para no causar este o aquel resultado, es decir, con la realización de acciones que lesionan genérica o específicamente un interés de policía está dado ya lo injusto de los delitos culposos. La ma-

(40) *Ibidem*, pág. 745.

(41) *Ibidem*, pág. 743.

(42) *Ibidem*, págs. 744-745.

(43) *Ibidem*, pág. 745.

(44) *Il problema giuridico del tentativo (art. 56 del Codice penale)*, nuova edizione riveduta ed accresciuta, Milano, Giuffré, 1952, págs. 53-62; y su *Manuale di Diritto penale*, Parte Generale, Firenze, 1948, págs. 111 y ss. y 121-122.

teria de la prohibición de los delitos culposos comprende sólo la acción imprudente. El resultado es sólo una condición externa de punibilidad. Finalmente, hemos de advertir que, en realidad, la culpa desaparece, en Vannini, como forma de culpabilidad. La culpa inconsciente no es, según él, una forma de culpabilidad; es sólo una forma de responsabilidad objetiva. La culpa consciente queda reconducida a un delito doloso de peligro.

He aquí, en sus caracteres más significativos, el planteamiento de dos de sus más genuinos exponentes dentro de la doctrina clásica. A ellos cabría agregar otros nombres, como Finzi, Capolazza, Tolomei, Altavilla, etc. (45), pero creo preferible ceñirme a las más recientes opiniones que siguen el mismo camino.

En este sentido, ha sido dentro de la doctrina de la acción finalista donde el problema se ha visto revitalizado; y ello sin limitación al delito culposo. La postura intermedia de Welzel, que a continuación estudiaremos, queda, de esta forma, desbordada por sus discípulos.

Así, Armin Kaufmann sigue inicialmente los pasos del maestro y, en su estudio de 1964 sobre el delito culposo (46), aún declarando el carácter no esencial del resultado para el delito culposo, no lo relega abiertamente a condición objetiva de punibilidad. Es precisamente en el homenaje a Welzel, cuando afirma esto claramente: «La producción del resultado —dice— no es ninguna condición necesaria de la transgresión de la norma, es decir, de la tipicidad o antijuridicidad, sino **condición de punibilidad**» (47).

En la misma dirección, Horn (48) identifica injusto con injusto de la acción y califica a la realización del resultado típico como condición «suplementaria» de punibilidad.

Discípulo directo de Welzel, y, a la vez, de Jiménez de Asúa, Enrique Bacigalupo mantiene al resultado como elemento del tipo en los delitos dolosos, pero rechaza semejante condición en los culposos: «en el delito doloso el resultado es un elemento del tipo porque el autor dirige la causalidad al resultado. Pero, en el delito culposo, la norma no puede dirigirse a una causación ciega de

(45) Vid. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado...*, ya cit., tomo V, págs. 878-880; y RICCIO, *Il reato colposo*, ya cit., págs. 430-444.

(46) *Das fahrlässige Delikt*, ya cit., especialmente págs. 43 y s. y 53 y ss. En similar sentido se había pronunciado ya antes en *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, Göttingen, Verlag Otto Schwartz, 1954, págs. 71-72; y *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Göttingen, Verlag Otto Schwartz, 1959, págs. 20-21. No obstante, expresivas resultan ya sus siguientes palabras: «In dem präzisen Sinne, den Binding diesem von ihm geschaffenen Begriff gegeben hat, würde es sich zweifellos um eine «objektive Strafbarkeitsbedingung» handeln: Zur schuldhaften Normübertretung tritt die Erfolgsverursachung als Anknüpfungspunkt für die Strafbarerklärung hinzu» (*Das fahrlässige...*, págs. 43-44).

(47) «Der Erfolgseintritt ist keine notwendige Bedingung der Normübertretung, d. h. der Tatbestandsmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit, sondern *Bedingung der Strafbarkeit*» (*Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht*, separata del Festschrift für Hans Welzel, ya cit., pág. 411).

(48) *Konkrete gefährdungsdelikte*, ya cit., págs. 78 y ss. y 103.

resultado. Esta pura derivación causal, en consecuencia, queda fuera del objeto prohibido por la norma y solamente constituye un elemento que condiciona la punibilidad, pero que no forma parte del objeto de la prohibición (acción violatoria del deber objetivo de cuidado). Esta función limitadora del resultado, dependiente de la casualidad —pues a veces de una acción descuidada se deriva un resultado, pero otras no— coincide con la función de las condiciones objetivas de punibilidad y por ello el resultado reviste esta calidad y no la de elemento del tipo» (49).

Pero quien desde el principio lleva a sus últimas consecuencias el pensamiento de Welzel es Diethart Zielinski. En su tesis doctoral, sobre el desvalor de la acción y desvalor del resultado en el concepto de lo injusto, defiende que éste, tanto en el delito doloso como en el culposo, se «agota» en el desvalor de la acción: injusto penal es injusto de la acción; el resultado de una acción es siempre casual («Produkt des Zufalls») (50). «Injusto como aquello —dice Zielinski—, que referido a una norma no debe ser, que está prohibido, puede ser sólo y exclusivamente una acción (final) que tiende a la lesión del objeto del bien jurídico» (51).

Ciertamente que admite que cuanto más grande es el daño causado y cuanto menos se puede reparar, tanto más fuerte es la exigencia por una venganza compensatoria, por la expiación y por la restauración de la paz jurídica, pero niega su influencia «en la magnitud de lo injusto y de la culpabilidad», siendo, si acaso, la pena en su función de restablecer la paz jurídica la que puede verse afectada (52). Para él, lo injusto de los delitos culposos, consiste en la ejecución de una acción final prohibida, no descrita en el tipo, pero que consiste en la infracción de una norma de cuidado, que tiene que ser averiguada mediante el método heurístico del cuidado necesario en el ámbito del tráfico (53). Lo que no puede hacer, sin embargo, como no hace, es prescindir del resultado para la determinación de la necesidad de la pena, siquiera lo conciba como el pretexto para el castigo de una determinada falta de cuidado y no como medida para la gravedad de la pena (54).

Finalmente, peculiar en su construcción lo es también la concepción de la culpa consciente en identidad al dolo eventual, limitando los delitos culposos sólo a las acciones inconscientes contrarias al cuidado (55).

(49) *Lineamientos de la teoría del delito*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1974, pág. 140.

(50) *Handlungs- und Erfolgswert im Unrechtsbegriff*, ya cit., en especial págs. 128 y ss., 135 y ss., 153 y ss., 168 y ss., 185 y ss., y 308-309.

(51) *Ibidem*, pág. 127.

(52) «... Nicht auf die Grösse von Unrecht und Schuld durchschlagen, sondern allenfalls die Strafe in ihrer Funktion, den Rechtsfrieden wiederherzustellen, beeinflussen» (*ibidem*, pág. 207 y, en cuanto al inciso transcrito, nota 25).

(53) *Ibidem*, págs. 168 y ss., 171 y ss. y 309.

(54) *Ibidem*, pág. 217.

(55) *Ibidem*, págs. 162 y ss.

He aquí, pues, una limitada exposición de la postura de aquellos que, tanto en la doctrina tradicional como en la finalista, relegan la causación del resultado a una mera condición objetiva de punibilidad. El resultado ha pasado así de un extremo al otro.

Como ya apuntamos, Welzel viene a constituir la posición intermedia. Ciertamente que con él, el resultado pasa a un segundo plano, pero no llega a negarle el carácter de elemento del tipo de lo injusto (56). Con la teoría finalista de la acción, es el desvalor de ésta el que ha venido a constituir el núcleo de lo injusto. Y no debe, por tanto, extrañar que en su desarrollo se sitúe al resultado en posición tan postergada: «La posición consecuente radical —ha llegado a afirmar Suárez Montes— lleva a la comprensión del resultado como una mera condición objetiva de punibilidad» (57).

El inicio de este prevalimiento de la acción sobre el resultado, podemos verlo ya, dentro de la dogmática penal tradicional, en Exner y Engisch. Comienza a vislumbrarse en el primero y con referencia a la antijuridicidad, la existencia de un deber objetivo de cuidado o cuidado debido en el «ámbito de relación»; pero, presentando a la culpa como una forma de culpabilidad, la fusión entre antijuridicidad y culpabilidad en este punto es afirmada como indiscutible (58). Más claramente, Engisch señala la existencia de este deber objetivo de cuidado como elemento de lo injusto en el delito culposo (59). Resalta como materia de la prohibición la acción imprudente, con independencia de que se materialice en un resultado; éste fundamenta la reprensión penal, al señalar la lesión de la norma punible (60). Pero, como se ha dicho (61), ¡esto parece coincidir con una condición objetiva de punibilidad!

Con estos precedentes —y con su consecuencia del «riesgo permitido»— se ha dado el primer paso, en la teoría tradicional, desde el desvalor del resultado hacia el desvalor de la acción (62). Desvalor de la acción que logra su consagración con Welzel y la teoría finalista de la acción.

Para Welzel y como punto final a su continuada reelaboración

(56) En el mismo sentido, FRIEDRICH SCHAFFSTEIN ha venido a atribuir ahora una significación primaria en el basamento de lo injusto al desvalor de la acción, dejando al resultado un significado meramente secundario, en todo caso un significado que aumenta lo injusto (*Handlungsunwert, Erfolgswert und Rechtfertigung bei den Fahrlässigkeitsdelikten*, en *Festschrift für Welzel*, ya cit., págs. 557-578, concretamente págs. 561-562).

(57) *Consideraciones críticas en torno a la doctrina de la antijuridicidad en el finalismo*, Publicaciones del Estudio General de Navarra, Ediciones Rialp, Madrid, 1963, pág. 75.

(58) EXNER, *Das Wesen der Fahrlässigkeit*, ya cit., págs. 193 y ss.

(59) Vid. supra, nota 37.

(60) *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit...*, ya cit., páginas 341-342.

(61) WELZEL, *Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte*, ya cit., pág. 21, nota 49.

(62) WELZEL, *El nuevo sistema...*, ya cit., pág. 35.

en la concepción del delito culposo (63), el elemento esencial, constitutivo, de lo injusto de los delitos culposos no radica en el resultado causado, sino en la forma de realización de la acción: observancia o inobservancia del cuidado requerido en el tráfico o cuidado objetivamente debido (64). Con este desvalor de la acción queda ya fundamentado, para él, plenamente lo injusto material de los delitos culposos (65). Es por su configuración legal predominante, todavía hoy, como delitos de resultado, por la que deviene necesaria la producción de éste (66).

Establecida la necesidad de resultado, siquiera sea de lege data, las dudas surgieron a Welzel a la hora de determinar la función a desempeñar por éste en el delito culposo (67). Por un lado, y afirmando una cierta obscuridad en torno al concepto de las condiciones objetivas de punibilidad, admite a favor de semejante calidad que, si el tipo comprende la «materia de prohibición» (es decir, las características objetivas de la conducta prohibida o realización de la acción imprudente), el resultado no forma parte del mismo; por otro, al exigir una «relación específica» entre acción típica y resultado o, con otras palabras, que no basta con que la acción contraria a cuidado produzca de cualquier manera un resultado, sino que es preciso que éste sea precisamente la concreción de aquélla, le permite considerar justificada la inclusión del resultado en el tipo de los delitos culposos (68). El resultado aparece así incorporado al tipo de lo injusto, pero no goza de una función constitutiva, sino tan sólo selectiva y limitadora de las conductas imprudentes merecedoras de sanción (69). Y ello en base a que el derecho positivo se conforma con una selección, a través del resultado producido, de aquellas conductas; y cuya motivación pudiera estar, según Welzel, en la practicabilidad (la lesión del cuidado con consecuencias es más palpable que la que carece

(63) Vid. supra esquemática presentación de su actual postura en página 619. Para una visión detallada de la evolución operada por WELZEL en este punto, vid. BUSTOS RAMÍREZ, *Culpa y Finalidad* (Los delitos culposos y la teoría final de la acción), Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1967, páginas 34 y ss.; CEREZO MIR, *Der finale Handlungsbegriff als Grundlage des Strafrechtssystems*, ya cit., págs. 136-145 (en castellano, *El concepto de la acción finalista como fundamento del sistema del Derecho penal*, ya cit., págs. 561-570), y *Die Auseinandersetzung um die finale Handlungslehre in der spanischen Strafrechtswissenschaft*, ya cit., págs. 1040 y ss. (en castellano, *La polémica en torno a la doctrina de la acción finalista en la Ciencia del Derecho penal española*, ya cit., págs. 224 y ss.).

(64) *Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte*, ya cit., especialmente págs. 11 y 13; *Das deutsche Strafrecht*, ya cit., págs. 40 y 128 y ss.; y *El nuevo sistema...*, ya cit., págs. 18, 34-36 y 69 y ss.

(65) *El nuevo sistema...*, ya cit., pág. 18.

(66) *Fahrlässigkeit...*, ya cit., págs. 19-20; *Das deutsche Strafrecht*, ya cit., págs. 135-136... y *El nuevo sistema...*, ya cit., págs. 75-76.

(67) «Nicht leicht ist es, die Funktion zu bestimmen, die der Erfolg im fahrlässigen Delikt besitzt» (*Fahrlässigkeit...*, ya cit., pág. 20).

(68) *Ibidem*, págs. 20-21.

(69) Vid. supra, nota 6.

de éstas) o, ante todo, en el sentimiento irracional «de que la cosa no era tan grave, cuando todo ha terminado bien» (70).

Como acabamos de ver, Welzel ha revitalizado el papel de la acción en la constitución de lo injusto de los delitos culposos. Ciertamente que el resultado ha pasado a muy segundo plano, pero no con ello se renuncia, como pudiera parecer, a que el resultado pertenezca al tipo de lo injusto, ni menos a que haya sido producido culpablemente (71). Desvalor de la acción y desvalor del resultado pertenecen al tipo de lo injusto; la reprochabilidad personal por la infracción del cuidado objetivamente debido se mantiene en la culpabilidad.

No obstante, si la postura extrema de considerar al resultado como condición objetiva de punibilidad ha tenido abundantes contradictores (72), tampoco ha satisfecho esta postura intermedia de Welzel.

En este sentido, clara reafirmación del valor del resultado para lo injusto (73), es la presentada por Stratenwerth, dentro del finalismo, con ocasión del homenaje a Schaffstein (74).

(70) *Fahrlässigkeit...*, ya cit., pág. 21; *Das deutsche Strafrecht*, ya cit., pág. 136; y *El nuevo sistema...*, ya cit., págs. 75-76.

(71) No compartimos, por eso, tal conclusión de renuncia a que llega RODRÍGUEZ DEvesa, al mismo tiempo que atribuye a CEREZO MIR y a SUÁREZ MONTES la afirmación de que para WELZEL basta con que exista un vínculo causal entre el resultado y la acción antijurídica culposa (*Derecho Penal Español*, Parte General, ya cit., págs. 405-406 y, en cuanto a lo segundo, página 405, nota 26). Como acabamos de ver, WELZEL exige que la lesión del bien jurídico sea precisamente consecuencia de la infracción del cuidado objetivamente debido, lo que justifica, para él, la pertenencia del resultado al tipo de lo injusto; y a ello habrá que sumar más tarde (en la culpabilidad), el deber subjetivo de cuidado. Por otro lado, lo que tanto CEREZO MIR (notas a la traducción de *El nuevo sistema...*, ya cit., págs. 18, nota 4, y 35, nota 6; y *La polémica...*, ya cit., págs. 240-241), como SUÁREZ MONTES (*Consideraciones críticas en torno a la doctrina de la antijuridicidad en el finalismo*, ya cit., págs. 75 y ss.) critican de WELZEL es que si con el desvalor de la acción queda ya plenamente constituido lo injusto de los delitos culposos, consecuentemente debería bastarle con la existencia de un mero vínculo causal entre la infracción del cuidado y el resultado, y esto es precisamente lo que WELZEL no admite al exigir que la lesión del bien jurídico sea precisamente consecuencia de la inobservancia del cuidado objetivamente debido.

(72) Vid. las numerosas críticas por lo que a la doctrina tradicional respecta, en JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado...*, ya cit., tomo V, págs. 879-880. Con referencia al finalismo vamos a ver a continuación en el texto las posturas más sobresalientes.

(73) Valor constitutivo del resultado en equiparación con el desvalor de la acción defendido también abiertamente por DETLEF KRAUS, quien, al darnos una visión crítica del concepto de lo injusto a la luz de las teorías clásica, finalista y social, repudia —cuando menos de «lege data»— el mínimo valor asignado por WELZEL al resultado en lo injusto de los delitos culposos (*Erfolgsunwert und Handlungsunwert im Unrecht*, ya cit., págs. 59 y ss.).

(74) Ciertamente que ya antes había defendido el valor constitutivo del resultado (*Handlungs- und Erfolgsunwert im Strafrecht*, en la *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, tomo 79 (1963), págs. 233-256), pero creo preferible ceñirme a este último estudio por ser el desarrollo de su pensamiento.

En logrado cuadro esquemático, afirma que lo injusto sólo está basado plenamente cuando se dan desvalor del resultado y desvalor de la acción (75). Si en una situación solamente se produjera el desvalor de la acción y no el del resultado, la consecuencia que nos presenta es la siguiente: en los delitos dolosos puede darse tan sólo lo injusto de una tentativa, si es que ésta aparece conminada con pena; en los delitos culposos no queda otra alternativa que la impunidad, a no ser que la culpa sin consecuencias aparezca excepcionalmente tipificada (76).

De tal suerte, la exigencia y el significado de uno y otro desvalor, al decir de Stratenwerth, nos lo habrá de dar el tipo —«no existe ningún injusto penal sin tipo»—; y si éste exige, como en la mayoría de los delitos culposos, el desvalor del resultado, el desvalor de éste no es menos constitutivo de lo injusto que el desvalor de la acción (77).

Aceptando la premisa de que las normas sólo pueden prohibir conductas y no resultados, rechaza terminantemente haya base en ella para una relegación del resultado a condición objetiva de punibilidad, así como que de la casualidad del resultado derive una responsabilidad por el azar, en el sentido de que no puede afirmarse que el autor no tiene que ver nada con el resultado cuando éste se produce (78).

Finalmente, censura la consecuencia a que debería llevar la negativa de influencia del resultado en la medida de la pena para el delito culposo, de que cualquier efecto imaginable podría darnos la pauta (79).

En nuestra patria, Cerezo Mir, discípulo directo de Welzel y expositor más caracterizado de la doctrina de la acción finalista, ha venido también a sumarse a la crítica de la función asignada por su maestro al resultado en los delitos culposos.

Partiendo de la misma base de que la norma en el delito culposo «no puede ser una prohibición de causar un determinado resultado, sino un mandato de observar el cuidado necesario en el tráfico para evitar la lesión del bien jurídico», acepta también como indiscutible que con la inobservancia de ese cuidado objetivamente debido queda infringida ya plenamente aquélla (80). De tal suerte, toda conducta que infrinja ese mandato es ya antijurídica, pero con ello no ha podido quedar todavía constituido lo injusto del delito culposo, si se exige —como hace Welzel y el mismo Cerezo— que el resultado sea precisamente consecuencia de la infracción de cuidado objetivamente debido (81).

(75) *Zur Relevanz des Erfolgswertes im Strafrecht*, ya cit., pág. 178.

(76) *Ibidem*, pág. 179.

(77) *Ibidem*, págs. 179-180.

(78) *Ibidem*, págs. 182-186.

(79) *Ibidem*, págs. 187-189.

(80) CEREZO MIR, notas a la traducción de *El nuevo sistema...*, ya cit., pág. 18, nota 4, y pág. 35, nota 6; y *La polémica en torno a la doctrina de la acción finalista...*, ya cit., pág. 240.

(81) *Vid.* nota anterior.

He aquí, el punto de discrepancia entre maestro y discípulo. Si, según Welzel, con el desvalor de la acción (inobservancia del cuidado objetivamente debido) queda ya plenamente constituido lo injusto de los delitos culposos, ¿por qué exige que el resultado sea precisamente consecuencia del desvalor de la acción?; consecuentemente, debería bastarle —afirma Cerezo y en la misma línea hay que situar a Suárez Montes— con la existencia de un mero vínculo causal entre uno y otra, y con ello habríamos de reconocer que la aparición del resultado no es otra cosa que una condición objetiva de punibilidad (82).

Efectivamente, es ésta la consecuencia lógica a la que han derivado, como antes veíamos, abundantes autores finalistas (siquiera algunos no se resignen al mero vínculo causal), y a la que se ha acogido plenamente Beristain (83).

Finalmente, esa exigencia de que el resultado sea precisamente consecuencia de la infracción de la norma de cuidado, no sólo justifica —a juicio de Cerezo— la pertenencia del resultado al tipo de lo injusto, como Welzel deduce, «sino que es una prueba de que sólo cuando se añade al desvalor de la acción el desvalor del resultado queda plenamente constituido lo injusto de los delitos culposos» (84).

Desde distinto punto de partida, Suárez Montes critica la sutil solución dada por Welzel a la naturaleza del resultado y llega a similares conclusiones (85). Si se insiste, como Welzel hace, en que el desvalor de la acción —constituyente de lo injusto— no puede aumentar por la producción del resultado, ni disminuir por su no producción, «con ello no hace sino poner de manifiesto que, según los principios fundamentales del finalismo, no puede pertenecer al tipo de lo injusto algo que, sin embargo, es esencial, **coconstitutivo** del injusto de los tipos culposos» (86). He aquí, según Suárez Montes, una limitación intrínseca a la concepción finalista: el resultado no puede pertenecer ni a la acción (la finalidad no puede comprenderlo), ni al tipo de lo injusto y, por tanto, en posición consecuente, no podría ser otra cosa que mera condición objetiva de punibilidad (87). A pesar de ello y como hemos visto, Welzel no renuncia a situar el resultado dentro de lo injusto de los delitos culposos, siquiera con mera función selectiva y límite.

Por último, la específica relación entre la lesión del cuidado y la producción del resultado, no sólo justifica —como Welzel ha hecho— la inclusión de éste en lo injusto, sino que, al decir de

(82) Vid. nota 71.

(83) *Objetivación y finalismo en los accidentes de tráfico*, ya cit., pág. 24, nota 35 y págs. 35-37.

(84) CEREZO MIR, notas a la traducción de *El nuevo sistema...*, ya cit., pág. 18, nota 4, y pág. 35, nota 6; y *La polémica...*, ya cit., pág. 241.

(85) *Consideraciones críticas...*, ya cit., págs. 75 y ss.

(86) *Ibidem*, págs. 81-82.

(87) *Ibidem*, págs. 69-71 y 74-76.

Suárez Montes, supone un «plus de injusto de los tipos culposos», un elemento constitutivo del mismo: desvalor de acción y desvalor del resultado son igualmente indispensables (88) (89).

Con ello, creo que podemos poner punto final a esta exposición de las diferentes posturas en torno a la naturaleza del resultado en los delitos culposos. Las distintas construcciones precedentes nos muestran el cambio que en la dogmática penal se ha producido: naturaleza esencial y prácticamente exclusiva en la constitución de la antijuridicidad es la que se confiere a la causación del resultado típico por una acción (cuyo carácter doloso o imprudente habrá de determinarse en la culpabilidad) por la doctrina clásica en general; desplazamiento del resultado a mera condición objetiva de punibilidad, por un sector, eminentemente italiano, de la doctrina tradicional; y revalorización del valor de la acción por el finalismo, con tres posibles derivaciones con respecto al resultado: elemento constitutivo de lo injusto al lado de la acción, mera condición objetiva de punibilidad, o elemento sí, pero con una función o significación solamente selectiva de las acciones lesivas del cuidado jurídico-penalmente relevantes.

Por mi parte, a la hora de adoptar una postura, estimo aconsejable, dada la singular configuración que los delitos culposos tienen todavía en el Código penal español, hacerlo parejamente a la presente crítica de ésta que a continuación pasamos a considerar.

SITUACION EN EL DERECHO PENAL ESPAÑOL VIGENTE: TOMA DE POSICION

Si como ha escrito Stratenwerth «no existe ningún injusto penal sin tipo» (90), nada mejor que el estudio de la formulación típica de los delitos culposos en nuestro derecho vigente para una comprensión correcta del problema.

Cierto que se ha dicho (91) que es, en nuestra dogmática, absolutamente intrascendente esta cuestión sobre la naturaleza del resultado en los delitos culposos. Pero creo que una correcta situación sistemática habrá de sernos de gran utilidad, tanto de leyenda como de lege ferenda.

Conocidas son por todos y no voy a transcribir aquí, las cláusulas generales a través de las cuales se castiga, desde 1848,

(88) Ibidem, págs. 75-82.

(89) Desvalor de acción y desvalor de resultado igualmente declarados como indispensables en lo injusto de los delitos culposos por RODRÍGUEZ MOURULLO, quien, rechazando la postura de WELZEL, declara cómo en la mayor parte de los casos lo que determina la conversión del desvalor de la acción «en injusto típico (penal) es precisamente la aparición de la ofensa a concretos bienes jurídicos» (*Derecho penal*, Parte General, ya cit., pág. 342).

(90) «Es gibt kein strafrechtlichen Unrecht ohne Tatbestand» (*Zur Relevanz des Erfolgsunwertes im Strafrecht*, ya cit., págs. 179-180).

(91) QUINTANO RIPOLLÉS, *Derecho penal de la culpa*, ya cit., pág. 197.

la infracción culposa en nuestra patria (artículos 565, 586 3.º y 600) (92), así como también los específicos tipos culposos que, excepcionalmente, aparecen en nuestro Código penal (v. gr., artículos 355, 360, 395, 412, 592,...). En contraste con las más de las legislaciones penales contemporáneas, basadas en el principio de la excepcionalidad del castigo de las infracciones culposas (93), el delito culposo aparece en nuestros textos sancionado con carácter genérico.

La situación parecía iba a cambiar radicalmente a la luz de lo apuntado en la «Exposición y estudio para un anteproyecto de bases del libro I del Código penal», publicado por el Ministerio de Justicia, en diciembre de 1972 (94). Partiendo de un concepto unitario de la infracción criminal como «acción u omisión maliciosa o culposa por la ley», se declaraba expresamente como

(92) Creo que podemos calificar también de cláusulas generales a las establecidas en los arts. 586, 3.º, y 600, pues, a pesar de su limitación o sistema de «*numerus clausus*» en torno a las infracciones contra las personas y daños en las cosas (resaltado por QUINTANO RIPOLLÉS, *Derecho penal de la culpa*, ya cit., págs. 222 y 289; y RODRÍGUEZ MOURULLO, *La imprudencia simple sin infracción de reglamentos en el Código Penal*, en ADP 1963, III, págs. 625-677, y concretamente págs. 628-629), constituyen fórmula genérica cuando menos por contraposición a los tipos específicos culposos (reconocido por RODRÍGUEZ MOURULLO, *ibidem*, pág. 629, y abiertamente ya en su *Derecho penal*, Parte General, ya cit., pág. 340; y de «estructura relativamente genérica» habla QUINTANO RIPOLLÉS, *ibidem*, pág. 385). En el mismo sentido, ANTÓN ONECA (*Derecho penal*, Parte General, ya cit., pág. 226) califica de «norma general» al número 3.º del artículo 586, y JASO ROLDÁN (*Derecho penal*, Parte Especial, de Antón Oneca y Rodríguez Muñoz, Madrid, Gráfica Administrativa, 1949, págs. 465-466) que lo considera como «fórmula general sobre la imprudencia», al mismo tiempo que señala al artículo 600 como «disposición general».

(93) VIZMANOS y ALVAREZ, *Comentarios al Código Penal*, vol. 2.º, Madrid, Establecimiento Tipográfico de J. González y A. Vicente, 1848, págs. 525 y ss.; ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, Parte General, ya cit., pág. 224, y *Las formas de la culpabilidad en las falsedades documentales*, Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el 29 de enero de 1946, Madrid, Reus, 1948, pág. 34; RODRÍGUEZ MUÑOZ, notas a la traducción del *Tratado de Derecho Penal de Mezger*, tomo I, nueva edición revisada y puesta al día, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1955, págs. 206 y 208; DEL ROSAL, *Derecho Penal Español*, pág. 427; CÓRDOBA RODA, *Die Regelung der Fahrlässigkeit im spanischen Strafrecht*, en la ZStW, tomo 81 (1969), págs. 425-440, y concretamente pág. 426; y CEREZO MIR, *Informe sobre el anteproyecto de bases del libro I del Código Penal*, publicado en el ADP, 1972, III, págs. 763-792, y concretamente pág. 766. En postura aislada, QUINTANO RIPOLLÉS, alaba abiertamente esta incriminación genérica de nuestra legislación, pues permite —dice— «una envidiable flexibilidad de individualización» (*Culpa e imprudencia en la doctrina y en la práctica*, en ADP, 1954, I, ya cit., pág. 62; *Culpa Penal*, en NEJ Seix VI, ya cit., pág. 125; y *Derecho penal de la culpa*, ya cit., págs. 220 y ss.); y CUELLO CALÓN-CAMARGO, que califican este sistema del *numerus apertus* de «criterio altamente práctico» (*Derecho Penal*, Parte General, vol. I, 17 edic., Barcelona, Bosch, 1975, pág. 457).

(94) Cuadernos Informativos, núm. 11, diciembre 1972, Ministerio de Justicia, Comisión General de Codificación, Gabinete de Estudios (reproducido en el ADP 1972, III, págs. 721-756).

criterio para la punibilidad de los delitos culposos el de los «crimina culposa» y cuya configuración específica habría de hacerse a lo largo del texto legal (95). Con razón, Cerezo Mir (96) había destacado el acierto de la medida y sugería, para cuando llegara la hora de creación de los tipos concretos, una limitación a las conductas culposas más graves. No obstante, nada se ha vuelto a saber sobre el particular.

La reforma de nuestro sistema punitivo parece ahora inminente y es de esperar que éste sea uno de los puntos a tratar. Efectivamente, en la referencia del Consejo de Ministros de 16 de junio próximo pasado se recoge la información recibida por éste de parte del Ministro de Justicia, sobre las líneas generales de la reforma del Código penal; y en ellas se alude a una revisión profunda de los delitos de imprudencia (97). Desconocemos el alcance y la profundidad aludida, pero esperamos se vaya a una concreción y restricción de las conductas imprudentes dignas de sanción.

En definitiva, la norma en nuestra legislación es la fórmula genérica para incriminar las conductas imprudentes (crimina culposa). La debatida cuestión en torno a si estamos ante uno o, mejor, cuatro «crimen culpae», o, por el contrario, ante «crimina culposa», creo hemos de darla por zanjada con los concluyentes (98) argumentos de Rodríguez Muñoz (99).

Y de la redacción de los preceptos que encarnan esta configuración genérica —«ejecutare un hecho que, si mediare malicia, constituiría delito» (art. 565, 1.º); «cometiere un delito» (art. 565, 2.º); «causaren un mal a las personas» (art. 586, 3.º); y «causen daño en las cosas» (art. 600)—, se convierte en exigencia la producción de un resultado típico.

No ha sido y no es raro en nuestra doctrina una identificación de este resultado con la producción de un daño concreto. Así, Silvela señala que en la imprudencia «ha de haber forzosamente un daño, un mal, un perjuicio. Si el hecho causa daño, habrá imprudencia en sentido legal; si no le produce, no puede haberla» (100). Según él, esto se desprende claramente de la redacción

(95) *Ibidem*, págs. 22, 5 y 12 (en ADP, págs. 729, 743 y 746).

(96) *Informe sobre el anteproyecto...*, ya cit., pág. 766.

(97) Vid. «Heraldo de Aragón» de 17 de junio de 1978. En el mismo sentido, el de 18 de junio reproduce, a través de la agencia Europa Press, un esquema de la reforma del Código penal, que, se dice, ha sido entregado a los diferentes departamentos ministeriales. Y entre las reformas propuestas al libro II de nuestro Código, la núm. 12 reza así: «Revisión de la regulación de los delitos imprudentes».

(98) De concluyente califica también la argumentación RODRÍGUEZ DEVESEA (*Los delitos culposos cometidos por medio de vehículos de motor y la Ley de 24 de diciembre de 1962*, ya cit., pág. 523).

(99) Notas a la traducción del *Tratado...* de MEZGER, ya cit., págs. 206 y ss.

(100) *El Derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, segunda parte, Madrid, Imprenta de M. G. Hernández, 1879, páginas 150-151.

del, entonces, artículo 605, 3.º (hoy 586, 3.º), «cuando dice que incurrirán en la pena que en él se marca los que, por simple imprudencia o por negligencia, **causaren un mal** que si mediare malicia constituiría delito o falta. Luego es claro —continúa— que si no causaren mal, aunque fueren negligentes o descuidados, no se darían las condiciones de la Ley, ni habría derecho a imponer pena alguna» (101). Y a pesar de reconocer que no es tan explícito el artículo 581 (hoy 565) —«ejecutare **un hecho** que, si mediare malicia, constituiría delito»—, ello no le aparta de la exigencia del daño (102).

En esta misma línea, conocida es la ya clásica orientación jurisprudencial de exigir, para la aparición de la infracción imprudente, «una modificación en el mundo exterior», «efecto dañoso», «mal efectivo y concreto», «la lesión material de un bien jurídico», etc. (Ss. 2 abril 1934, 3 octubre 1946, 23 junio 1958, 11 noviembre 1964, 27 diciembre 1974, 20 marzo 1975, 15 marzo 1976, 23 diciembre 1976, etc.) (103), que viene a constituir así un elemento esencial e imprescindible de la infracción culposa. Ciertamente desde las sentencias de 11 y 16 de junio de 1964, el deber objetivo de cuidado ha logrado asentarse en las más recientes resoluciones del Tribunal Supremo (Ss. 10 octubre 1977, 20 diciembre 1977, 21 enero 1978, 13 febrero 1978, etc., por no citar sino las más últimas) (104), y que ello constituye, como ha escrito Torío López «un mérito en el enjuiciamiento» (105) de las infracciones culposas; pero no por ello ha dejado de exigirse por nuestra jurisprudencia la producción del «evento dañoso», habiéndose llegado incluso a calificar al peligro como «antesala de la culpa» (Ss. 3 febrero 1978 y 23 enero 1979).

Como antes expusimos, esta identificación «resultado-daño concreto», no puede aceptarse en la actualidad. Semejante criterio, ha escrito Beristain, se basa «en una interpretación del Código penal que merece reconsiderarse» (106).

Indudablemente, de la redacción de nuestro Derecho positivo no puede extraerse semejante asimilación, por lo menos con carácter general. El artículo 565, 1.º, habla de ejecutar «un hecho que, si

(101) *Ibidem*, págs. 150-151.

(102) *Ibidem*, pág. 151.

(103) Vid. estudio sobre la jurisprudencia española más antigua, en JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado...*, ya cit., tomo V, págs. 844-845; y LUZÓN DOMINGO, *Tratado de la culpabilidad y de la culpa penal*, tomo II, Barcelona, Edic. Hispano-Europea, 1960, págs. 179 y ss.

(104) Además de las sentencias mencionadas, a las que me he limitado por su proximidad, vid. las recogidas por CEREZO MIR (*La polémica en torno a la doctrina de la acción finalista...*, ya cit., pág. 240, nota 108, e *Informe sobre el anteproyecto...*, ya cit., pág. 776, nota 52); GIMBERNAT ORDEIG (*Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Madrid, Reus, 1966, págs. 88-89, y notas 368, 369 y 370); NÚÑEZ BARBERÓ (*El delito culposos*, ya cit., pág. 75, nota 302 y págs. 102-104, notas 435, 436, 437 y 438); y TORÍO LÓPEZ (*El deber objetivo de cuidado...*, ya cit., pág. 58, nota 60).

(105) *El deber objetivo de cuidado...*, ya cit., pág. 58.

(106) *Resultado y delitos de peligro*, ya cit., pág. 462.

mediare malicia, constituiría delito», y con esta expresión de **hecho** «se impone de modo categórico una realidad de resultado, pero no forzosamente —como escribiera Quintano Ripollés— un daño o lesión de carácter material» (107). Y con más razón podremos mantener esta postura, a la luz del párrafo 2.º del mismo artículo 565: cometer «un delito».

La cuestión en torno al artículo 586, 3.º, puede ser más discutible, pues en él se habla de causar «un mal a las personas». Rodríguez Devesa (108) y Beristain (109) entienden que la citada expresión es sinónima de daño y que, por tanto, ha de exigirse para su aplicación la producción de un resultado material. Pero si hemos comenzado diciendo que la cuestión puede ser discutible, es porque ¿hasta qué punto puede decirse que la producción de un peligro concreto para la vida o la integridad corporal no constituye **un mal**? Creo no sería forzar excesivamente la interpretación del término «mal», haciéndolo comprensivo del peligro concreto para la vida de las personas o su integridad.

Finalmente, el artículo 600, al exigir expresamente la causación de «daños en las cosas», no cabe duda «hace referencia a una mutación física, externa, tangible» (110).

En conclusión, a la luz de nuestro derecho vigente, es de estimar que la descripción típica de los delitos culposos exige la producción de un «hecho, delito, mal o daño», que, a excepción de las faltas culposas del artículo 600, no tiene por qué limitarse a un resultado material. El «resultado típico» en los delitos culposos tendrá, en la mayoría de los casos, el citado carácter material, pero puede consistir también —cierto que excepcionalmente— en un peligro concreto para un bien jurídico (delitos de peligro concreto cometidos en forma imprudente) e, incluso, no darse ni uno ni otro (delitos de mera actividad realizados culposamente) (111).

(107) *Derecho penal de la culpa*, ya cit., pág. 196. En similar sentido, BERISTAIN, *Resultado y delitos de peligro*, ya cit., pág. 463; y RODRÍGUEZ MOURULLO, *La omisión de socorro en el Código penal*, Madrid, Tecnos, 1966, página 267.

(108) Suplemento a la 2.ª edición de su *Derecho penal español* (Parte Especial), Valladolid, Ediciones Castilla (Madrid), 1968, pág. 42. No aparece ya la referencia en la última edición de su *Derecho penal español* (Parte Especial), ya cit., pág. 943.

(109) *Resultado y delitos de peligro*, ya cit., pág. 464.

(110) BERISTAIN, *Resultado y delitos de peligro*, ya cit., pág. 464.

(111) En este sentido de admitir la comisión culposa de los delitos de mera actividad, QUINTANO RIPOLLÉS, *Derecho penal de la culpa*, ya cit., páginas 196-197; RODRÍGUEZ RAMOS, *El «resultado» en la teoría jurídica del delito*, ya cit., pág. 57, nota 56, y págs. 59-60. Y en los de mera «inactividad», NAVARRETE URIETA, *La omisión del deber de socorro. Exégesis y comentario del art. 489 bis del Código penal*, en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, 1959, vol. III, núm. 6.º, pág. 428; RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español* (Parte General), ya cit., págs. 407-408, y *Derecho penal español* (Parte Especial), ya cit., pág. 107; RODRÍGUEZ MOURULLO, *La omisión de socorro en el Código penal*, ya cit., págs. 265 y ss.; y SAINZ CANTERO, en *El delito de omisión del deber de socorro*, en RGLJ, octubre 1960, pág. 452.

Si como ya vimos, por resultado hemos de entender no sólo la lesión de un bien jurídico, sino también el peligro del mismo en los delitos de peligro concreto, su exigencia viene a cubrir la casi totalidad de las infracciones imprudentes del derecho punitivo español. Tan sólo las limitadísimas figuras culposas de mera actividad, no han de precisar —lo llevan en su propio nombre— la presencia de un resultado (112).

Por tanto, podemos afirmar de forma genérica que el resultado aparece así como una necesidad de la infracción culposa; determinemos ahora cuál sea su función en la misma.

Partiremos para ello del sistema de lo injusto de los delitos culposos brotado del finalismo, pues, si bien fue éste su gran escollo inicial, la continuada reelaboración welzeliana creo ha conseguido unas metas sumamente satisfactorias en la comprensión de dichas infracciones (113) y, por otro lado, no veo inconveniente alguno desde el punto de vista de nuestro derecho positivo para su aplicación (114). El tipo de lo injusto de los delitos culposos lo considero, pues, constituido por la inobservancia del cuidado objetivamente debido, con más el resultado y la exigencia de que éste sea precisamente consecuencia de aquélla.

Suscribo plenamente las críticas de Cerezo Mir y Suárez Montes (115), en torno a la inconsecuente función asignada por Welzel (116) al resultado en lo injusto de los delitos culposos. ¿Cómo se puede exigir en el tipo de lo injusto una «relación específica» entre desvalor de la acción y desvalor del resultado —concreción de aquél en éste— si ya con la inobservancia del cuidado objetivamente debido ha quedado constituido plenamente lo injusto? Lo consecuente desde este punto de partida, es el rechazo del resul-

(112) Con ello no pretendemos negar la posibilidad de lesión del bien jurídico en los delitos de mera actividad, pues ésta es perfectamente concebible sin necesidad de una plasmación material.

(113) CEREZO MIR, *La acción y la omisión como primer elemento del delito*, separata del libro homenaje a Emilio Gómez Orbaneja, Madrid, Monda y Crédito, 1977, págs. 128-129.

(114) En el mismo sentido, la contraposición desvalor de acción-desvalor del resultado propia del sistema finalista, es seguida en nuestra doctrina, siquiera con rechazo por alguno de los basamentos finalistas, por BERISTAIN, *Objetivación y finalismo en los accidentes de tráfico*, ya cit., págs. 22, 24 y ss., 27 y ss. y 32 y ss.; CEREZO MIR, *Lo injusto de los delitos dolosos en el Derecho penal español*, separata del ADP 1961, I, págs. 64-65, y *Die Auseinandersetzung um die finale Handlungslehre...*, ya cit., pág. 1060 (en castellano, *La polémica...*, ya cit., pág. 240); CÓRDOBA RODA, *El conocimiento de la anti-juridicidad en la teoría del delito*, Barcelona, Bosch, 1962, págs. 76-77 y 80, y *Una nueva concepción del delito. La doctrina finalista*, Barcelona, Ariel, 1963, págs. 90 y ss., y *Die Regelung der Fahrlässigkeit...*, ya cit., págs. 432 y ss.; GIMBERNAT ORDEIG, *La causalidad en Derecho penal*, en ADP, 1962, III, páginas 543-579, concretamente 567-568, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Madrid, Reus, 1966, págs. 87-88, y *El sistema del Derecho penal...*, ya cit., págs. 279-280, nota 41; y NÚÑEZ BARBERO, *El delito culposos*, ya cit., pág. 104.

(115) Vid. supra, págs. 633-635 y nota 71.

(116) Vid. supra, págs. 619 y 630-632.

tado como elemento del tipo de lo injusto y su conversión en mera condición objetiva de punibilidad; derivación a la que han llegado, como hemos visto, abundantes autores finalistas.

No obstante, no me parece correcto el punto de partida y, por tanto, su corolario. En este sentido, creo es preciso aclarar tanto el concepto del tipo de lo injusto de los delitos culposos como el de las condiciones objetivas de punibilidad de los que se parte.

Sobre la base de que la norma en los delitos culposos no puede prohibir la causación de resultados, sino sólo la realización de conductas que impliquen un peligro de lesión del bien jurídico, obligada es la exclusión del resultado del área de los imperativos (prohibiciones o mandatos). Pero, como ha señalado Cerezo Mir (117), de ello no tiene por qué deducirse la identificación entre descripción de la materia de prohibición o mandato con tipo de lo injusto (118). Sólo una concepción de éste basada en la esencia material de la prohibición y en los elementos teleológicos y valorativos que le sirven de base —son palabras de Wilhelm Gallas (119)—, podrá aprehender el especial contenido de lo injusto penal, al que no podrá llegar un concepto formal sobre la pura prohibición.

Por todo ello, entiendo por tipo de lo injusto, desde un punto de vista formal y material, el complejo de todos los elementos y circunstancias que fundamentan lo injusto característico de la correspondiente especie de infracción criminal (120); en nuestro caso, de la infracción culposa.

En cuanto a las condiciones objetivas de punibilidad, si siguiéramos el criterio de Günter Bemmman de negar su existencia —«Objektive Bedingungen der Strafbarkeit gibt es nicht» (121)— habríamos solucionado en gran parte nuestro problema. De tal suerte, la postura extrema de dotar de semejante carácter al resultado en el delito culposo, habría de ser desechada.

No obstante, y pese a la cómoda situación que esto supondría.

(117) Vid. CEREZO MIR, *La polémica...*, ya cit., pág. 242.

(118) Vid. por todos, WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, ya cit., págs. 49 y ss. y 54-55, y *El nuevo sistema...*, ya cit., págs. 43 y ss. y 51 y ss.

(119) *Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen*, publicado en la ZStW, tomo 67 (1955), págs. 1-47 y concretamente pág. 23 (y en traducción castellana de CÓRDOBA RODA, *La teoría del delito en su momento actual*, Barcelona, Bosch, 1959, pág. 33).

(120) Concepción del tipo de lo injusto en la que se orientan también CEREZO MIR, *La polémica...*, ya cit., pág. 242; CÓRDOBA RODA, *El conocimiento de la antijuridicidad...*, ya cit., págs. 49-50; GALLAS, *Zum gegenwärtigen Stand...*, ya cit., págs. 16 y ss. y 25 y ss. (en la trad. de CÓRDOBA RODA, ya cit., páginas 26 y ss. y 36 y ss.); JESCHECK, *Lehrbuch...*, ya cit., págs. 195 y ss.; RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho penal*, Parte General, ya cit., págs. 238 y ss. y 253; y HEINRICH SCHWEIKERT, *Die Wandlungen der Tatbestandslehre seit Beling*, Karlsruhe, Müller, 1957, págs. 145 y ss.

(121) *Zur Frage der objektiven Bedingungen der Strafbarkeit*, Göttinger Rechtswissenschaftliche Studien, Heft 20, Göttingen, Otto Schwartz, 1957, pág. 56.

para una toma de posición, no podemos cerrar los ojos a la evidencia. Su existencia de lege data en nuestro ordenamiento jurídico la estimo indiscutible (p. ej., artículos 137, 2.º y 408 del Código penal), e incluso no considero desacertada —siempre que no se olvide el principio de culpabilidad y para supuestos limitadísimos— su admisibilidad de lege ferenda, como han propugnado Schmidhäuser (122) y Stratenwerth (123).

La vidriosa cuestión sobre la formulación de su concepto (124), creo puede ser resuelta entendiendo por condiciones objetivas de punibilidad aquellas circunstancias —en relación inmediata con el hecho— de las cuales depende la presencia o gravedad de una sanción penal, pero que no desempeñan función alguna en la determinación del tipo de lo injusto ni de la culpabilidad (125). Es decir, la aplicación o gradación de la pena a una conducta típica, antijurídica y culpable viene condicionada —excepcionalmente, eso sí— a la concurrencia de ciertas circunstancias ajenas o exteriores a la fijación del tipo de lo injusto y de la culpabilidad.

Pues bien, de uno y otro concepto podemos deducir, a la luz de nuestro derecho vigente, la pertenencia del resultado al tipo de lo injusto de los crimina culposa (126). La inobservancia del cuidado objetivamente debido no puede constituir por sí sola lo injusto del delito culposo, que necesita del complemento del resultado en la casi totalidad de las infracciones imprudentes.

El resultado constituye el contenido material de las citadas infracciones y, por ello, no puede negársele su carácter de elemento o circunstancia de basamento de lo injusto. En la mayor parte de los casos —ha escrito Rodríguez Mourullo— lo que determina la conversión de la lesión del cuidado «en injusto típico (penal) es precisamente la aparición de la ofensa o concretos bienes jurídicos» (127). Efectivamente, he aquí un gran argumento, aunque no el decisivo. En este sentido, y partiendo de la necesidad de una estrecha relación entre desvalor de acción y desvalor del resultado —exigencia de una concreción de aquél en éste— no cabe duda que el

(122) *Objektive Strafbarkeitsbedingungen*, publicado en la ZStW, tomo 71 (1959), págs. 545-564, especialmente págs. 560 y ss.

(123) *Objektive Strafbarkeitsbedingungen im Entwurf eines Strafgesetzbuchs 1959*, publicado en la ZStW, tomo 71 (1959), págs. 565-578, concretamente pág. 578.

(124) Vid. detallado planteamiento del problema en JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado...*, ya cit., tomo VII, págs. 15-103.

(125) Vid. entre otros, SCHMIDHÄUSER, *Objektive Strafbarkeitsbedingungen*, ya cit., págs. 557-559; y JESCHECK, *Lehrbuch...*, ya cit., págs. 449 y 453.

(126) Que el resultado en los delitos dolosos tiene una relevancia para lo injusto en nuestro Código penal, me parece indiscutible dada la disminución obligatoria de la pena para los supuestos de ejecución imperfecta (frustración o tentativa), establecida en los arts. 51 y 52. En el mismo sentido, CEREZO MIR, notas a la traducción de *El nuevo sistema...*, de WELZEL, ya cit., pág. 68, nota 18; y RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho penal*, Parte General, ya cit., págs. 23-24 y 333-334.

(127) *Derecho penal*, Parte General, ya cit., pág. 342.

desvalor del resultado viene a aportar algo en la fundamentación de lo injusto de los delitos culposos (128).

Y si afirmamos su pertenencia al tipo de lo injusto, ya no podemos decir que sea una circunstancia ajena o exterior a la conformación del mismo y, por tanto, una condición objetiva de punibilidad.

En conclusión, lo injusto específico de las infracciones culposas viene constituido, como norma genérica y según nuestro derecho positivo vigente, por el desvalor de la acción y por el desvalor del resultado.

Otra cuestión, de gran interés de política criminal, es la influencia decisiva del azar en la producción de este resultado y que podría llevarnos a la propuesta del castigo de toda conducta imprudente y, por tanto, de su configuración como tipo de lo injusto, en base al mero desvalor de la acción (129). No obstante, semejante idea me parece altamente peligrosa para la seguridad jurídica.

Evidentemente, es necesario combatir con medidas penales modernas los múltiples peligros para la vida y la salud que la progresiva tecnificación de la sociedad actual conlleva (130). Pero esta justificada preocupación político-criminal ha de ser encauzada con gran cautela; y aun ha de dejar al ámbito administrativo no pocos de sus supuestos.

El problema del azar en la producción del resultado no es privativo de la infracción culposa; en el delito doloso ejerce también su influencia. Pero no con ello queda infringido el principio de culpabilidad —no hay pena sin culpabilidad—, pues, como se ha señalado (131), no se puede negar la relación entre autor y resultado. Una cosa es que el azar decida sobre la exigencia de responsabilidad penal y otra, muy distinta, que pueda negarse, por ello, la existencia de culpabilidad.

En fin, creemos que si se considera necesario —y es bien de considerar— el adelantamiento de la protección penal de los bienes jurídicos, los delitos de peligro concreto pueden ser un excelente cauce para ello. El solo desvalor de la acción como norma genérica, en el delito culposo, aparte de ser difícilmente constatable estimo nos conduciría a una concepción desmesurada de la infracción imprudente, alejada además de la realidad penal en la protección de los bienes jurídicos.

(128) En este sentido, CEREZO MIR y SUÁREZ MONTES (vid. supra, páginas 633-635).

(129) Vid. supra, pág. 619.

(130) STRATENWERTH, *Zur Relevanz des Erfolgsunwertes im Strafrecht*, ya cit., pág. 192; y *Alternativ-Entwurf, Besonderer Teil, Straftaten gegen die Person*, 2. Halbband, Mohr, Tübingen, 1971, pág. 49.

(131) QUINTANO RIPOLLÉS, *Derecho penal de la culpa*, ya cit., págs. 247-249; GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, ya cit., págs. 159-166; y STRATENWERTH, *Zur Relevanz...*, ya cit., págs. 183-184.

La supuesta función resocializadora del Derecho penal: utopía, mito y eufemismo

ANTONIO GARCIA-PABLOS DE MOLINA
Profesor Adjunto de Derecho penal. Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: I. Introducción.—II. Consideraciones terminológicas: ambigüedad y equivocidad del término: «resocialización» y recepción del mismo. III. El pensamiento de la resocialización y las correlativas concepciones del Derecho penal que subyacen al mismo: a) Antiretribucionismo dogmático; b) Concepción «asistencial» del Derecho penal; c) Neoretribucionismo.—IV. Problemas e interrogantes que suscita todo programa resocializador. Análisis de las respectivas opciones. 1) Ambito o encuadramiento de la polémica sobre la «resocialización». 2) Naturaleza del proceso de «adaptación». Diversas concepciones del mismo: a) Teoría de la «socialización». b) El «correccionalismo» y la «Besserungstheorie». 3) Grado de aproximación o de identificación del individuo al modelo social: a) Diversas opciones. b) Programas resocializadores «máximos» y «mínimos». Análisis y consideraciones críticas a los mismos. c) Examen de las fórmulas de compromiso y terceras vías. 4) Finalidad «defensista» o «tutelar» de los programas resocializadores, y respectivas concepciones del hombre y de sus relaciones con la sociedad: a) Tesis extremas de «prevención especial». b) Tesis «correccionalistas». c) La denominada «defensa social nueva». d) Criminología crítica y marxismo.—V. Polémica actual sobre el ideal «resocializador»: a) El éxito e implantación del pensamiento de la «resocialización»: sus causas. b) Argumentos a favor de la «resocialización del delincuente. c) Argumentos en contra: 1') Objeciones «políticas» y objeciones formuladas desde la teoría de los fines de la pena. 2') Oposición actual al pensamiento de la resocialización: crisis de la denominada «ideología del tratamiento» y aportaciones de la Criminología crítica. Particular referencia a: a'') Investigaciones de la Psicología profunda y del Psicoanálisis. b'') La «resocialización» como «mito». Planteamiento contrario a la misma desde la Sociología y la Criminología. Tesis «funcionalistas» y «labeling approach». c'') Consideraciones críticas a la metodología «funcionalista» y al «labeling approach».—VI. Conclusiones.

I. *Introducción*

En un conocido artículo, aparecido en 1972, afirmaba Karl Peters que el pensamiento de la «resocialización» podría ganar

muchas «batallas», pero que había perdido ya la «guerra» (1). El autor, que es todo un símbolo de la lucha por una ejecución humanitaria de las penas y medidas de seguridad privativas de libertad en Alemania, fundamentaba su escepticismo en la actual crisis de valores —crisis moral— de nuestra sociedad. A su juicio, la resocialización implica un proceso de «aprendizaje» y de «interiorización» de valores que se perciben y aceptan como tales por la sociedad y el individuo. Tiene, pues, un fundamento moral y valorativo (axiológico) y un mecanismo particular de aprendizaje y aseguramiento (pedagógico). Cuando uno y otro fallan —como sería el caso en nuestra sociedad, la codiciada meta de la resocialización del delincuente —posible y necesaria— deja de ser viable. Karl Peters termina su artículo llamando la atención sobre las consecuencias que se derivarían de un fracaso del programa resocializador: debe quedar muy claro —advierte (2)— que la «resocialización» es una alternativa al retribucionismo, por lo que su no reconocimiento o su fracaso implicarían un retroceso hacia éste.

Junto a este «sí», pesimista por la crisis «moral» de nuestra sociedad, cabe anotar el «sí» entusiasta a la idea de la «resocialización» que acogen las democracias populares, precisamente en nombre del «humanismo socialista» y de la necesaria unidad del Derecho y de la Moral socialistas. Se cree en la resocialización y se pretende su máxima eficacia —como dice Stiller (3), «un Derecho socialista en su dimensión social total»—, por lo que la resocialización no ha de limitarse al comportamiento externo del sujeto, debiéndose exigir su indispensable cambio de «actitud interna» en el sentido de la moral socialista.

En el otro lado de la polémica, son, también, muchas las voces que se alzan contra la «resocialización». Desde una perspectiva liberal se le dirigen las mismas objeciones que los partidarios de las teorías absolutas dirigían a los partidarios de la prevención especial como fundamento único de la pena. En definitiva, tanto la idea de la resocialización como la del tratamiento, son ajenas al Derecho penal liberal clásico. Pero también se cuestiona la resocialización —más exactamente: su «legitimidad»— desde posturas «progresistas». Se dirá que es una «utopía», un

(1) K. PETERS, *Die ethischen Voraussetzungen des Resozialisierungs- und Erziehungsvollzuges*, en *Festschrift für E. Heinitz*, zum 70 Geburtstag, 1972, W. de Gruyter, pág. 501.

(2) K. PETERS, *Die ethischen Voraussetzungen*, cit., pág. 515.

(3) G. STILLER, *Grundfragen der erzieherischen Wirksamkeit des sozialistischen Rechts bei der Gestaltung des entwickelten gesellschaftlichen Systems in der DDR*, en *Staat und Recht*, 1969, págs. 1437 a 1445.

«mito» (4), un engaño, una declaración «ideológica» (5). La criminología crítica, determinados sectores del psicoanálisis y de la psicología «profunda», las corrientes neomarxistas, las funcionalistas, las teorías denominadas «criminalizadoras» («labeling approach»), apuntan en esta dirección. Lo que se explica fácilmente: porque si es la sociedad la que «produce» la delincuencia, resulta contradictorio que se exija al individuo resocializarse. Si el crimen no es un comportamiento patológico, anormal, aislable, propio de una minoría inadaptada y de determinadas características biopsíquicas del individuo, sino un fenómeno social normal —la otra cara de la conducta prevista en la norma: el comportamiento desviado—, que, además, cumple una importante función estructural en el equilibrio y desarrollo de la sociedad. ¿Qué sentido, entonces, tiene hablar de resocializarse? Es lógico que, en tal supuesto, no se propugne coherentemente otra alternativa que la lucha o modificación de las estructuras sociales, la tajante «no intervención» del Derecho penal (6) o su «supresión» (7).

Una primera aproximación, pues, arroja un resultado que parece sorprendente: desde presupuestos ideológicos muy distintos —y con fundamentaciones y objetivos finales también muy dispares— se puede coincidir en el «sí» o en el «no» a la resocialización.

Y a la inversa: desde concepciones afines —de uno u otro signo— se discrepa abiertamente en cuanto a la aceptación o no aceptación del ideal «resocializador». El resultado, sin duda, es paradójico. ¿Cómo se explica que desde un planteamiento conservador y moralizante, como el de Karl Peters, y el de Stiller —que refleja la doctrina oficial de un país socialista— se coincida en propugnar un «programa máximo resocializador»? ¿Por qué tanto desde los esquemas del Derecho penal «liberal» —de la pena retributiva —como desde los postulados de la criminología crítica se rechaza igualmente la idea de la «resocialización»? ¿Por qué, desde una común óptica liberal, se discute la conveniencia de un programa «máximo» o «mínimo» resocializador; o discrepan, de forma tan ostensible al respecto, los autores marxistas de las democracias populares y los neomarxistas de las democracias occidentales?

Es lícito preguntarse, entonces, qué es lo que se esconde detrás de tantas paradojas y aparentes contradicciones. ¿Sólo palabras,

(4) En este sentido, expresamente, MUÑOZ CONDE, F., *La resocialización del delincuente. Análisis y crítica de un mito*. Texto mecanografiado de la ponencia presentada por el autor al Seminario hispano-germano sobre la reforma del Derecho penal, celebrado en la Universidad Autónoma de Barcelona (5 a 8 de marzo 1979).

(5) Así, BARATTA, A., *Strafvollzugssystem und sozial Marginalisierung*, en *Festschrift für Würtemberger*, pág. 373.

(6) Una reseña bibliográfica de los autores que, como SCHUR, PLACK, H. J. SCHNEIDER, etc., propugnan esta solución, en KAISER, G., *Resozialisierung und Zeitgeist. Strafe, Behandlung oder etwas Drittes*, nota 12.

(7) Por todos, PLACK, A., *Plädoyer für die Abschaffung des Strafrechts*, 1974, List Verlag.

modas? Parece que no. Es cierto que el término «resocialización», tal vez porque se asocia a la idea «antirretribucionista», está de moda (8). Lo es, también, que todos usamos el mismo sin la debida precisión: a veces sin saber exactamente lo que se quiere afirmar y lo que, de hecho, se afirma (9). La propia imprecisión del concepto, y su elasticidad, han influido, también, en su pronta y acrítica recepción en el mundo del Derecho (10), sin las debidas verificaciones previas en cuanto a su contenido. Pero la polémica sobre la resocialización, lejos de ser una polémica vacía, suscita los problemas más acuciantes del Derecho y obliga a plantear y definir la concepción del hombre, de la sociedad, las relaciones entre uno y otra, y la propia función del Derecho.

El objetivo del presente artículo es simplemente ese: trazar las coordenadas de la polémica actual, clarificar las diversas opiniones y fundamentar una respuesta personal y matizada a la imprecisa y equívoca idea de la «resocialización».

Comenzaré examinando lo que se entiende por «resocialización» desde un punto de vista conceptual, cómo se interpreta este término por la doctrina, y cómo ha encontrado acogida legal.

En segundo lugar, analizaré los diversos objetivos y planteamientos —las concepciones del Derecho— que se esconden debajo del ambiguo lema de la «resocialización».

A continuación, me ocuparé de los problemas fundamentales que suscita cualquier programa resocializador, apuntando las objeciones que cabe formular a cada opción concreta.

Finalmente, termino haciendo un balance del ideal resocializador (argumentos a favor y en contra), poniendo especial énfasis en las objeciones que se dirigen contra la denominada «filosofía del tratamiento» y en la aportación de la «criminología crítica» (funcionalismo, «labeling approach», etc.).

II. Consideraciones terminológicas: ambigüedad y equivocidad del término «resocialización» y recepción del mismo.

El término «resocialización» (Resozialisierung), ha sido y sigue siendo objeto de continuas críticas en la República Federal Alemana. Se ha señalado que carece de un contenido o significación propio —apriorístico— y que el debate sobre el mismo oculta sus fines reales (11); que cuanto más acusados y decisivos son éstos, más tratan de sustraerse a todo tipo de control crítico y polémi-

(8) Cfr. SCHÜLER-SPRINGORUM, *Was stimmt nicht mit dem Strafvollzug*, Hamburg, 1970, pág. 45.

(9) Como advierte, acertadamente, MUÑOZ CONDE, F., *La resocialización*, cit., pág. 3.

(10) Así, SCHELLHOSS, voz, *Resozialisierung*, en «Kleines Kriminologisches Wörterbuch», editado por KAISER, SACK y SCHELLHOSS, 1974, pág. 268. Confrontar MUÑOZ CONDE, F., *La resocialización*, cit., pág. 3.

(11) Como advierte NAUCKE, W., *Tendenzen in der Strafrechtsentwicklung*, Karlsruhe, 1975, pág. 34.

co (12). Se ha afirmado, de forma muy gráfica, que el término «resocialización» es «la palabra oficial», pero, también, la etiqueta más engañosa imaginable. Descifrar su significado —se añade— es como tratar de llenar un tonel sin fondo (13). Cómo ha podido implantarse, con la rapidez que lo ha hecho, y sin necesidad de someterse a filtro conceptual sobre su contenido ni a aduana crítica alguna, es algo que ha llamado poderosamente la atención a la doctrina alemana (14). Ni siquiera cabe invocar un argumento de autoridad, porque von Liszt no utilizó el término: «Resozialisierung», sino el de «Besserung». La 23.^a edición del Lehrbuch de Listz, elaborada por Schmidt (1921) después de la muerte de su maestro, no acogía aún el vocablo «resocialización», que aparece, por primera vez, en la 25.^a edición (1927), junto a los términos: «educación» («Erziehung») y «mejora» («Besserung») (15). Evidentemente, que ya desde el siglo XVIII la doctrina científica se ocupó del problema de si la ejecución de la pena ha de servir sólo a la mejora «jurídica» (lo que hoy llamaríamos «programa resocializador mínimo») o, también, a la «mejora moral» («programa resocializador máximo») del delincuente. Pero el término «resocialización», en el sentido de la polémica a que se refiere el presente artículo, no aparece hasta la 25.^a edición del Lehrbuch de F. v. Liszt. Y puede afirmarse que encuentra su consagración definitiva no ya en la teoría de los fines de la pena, sino en la de la «ejecución» de las penas y medidas de seguridad privativas de libertad, gracias a la importante obra de Schüller-Springorum, en 1969, al abrirse paso la tesis de que la pena no ha de infligir males innecesarios —por ser ya un mal lo suficientemente destructivo en sí—, justificándose su «ejecución», por tanto, no ya en nombre de la defensa de la sociedad, ni en el de la restauración del orden jurídico, sino en cuanto «programa resocializador» (16). Karl Peters ha analizado los jalones de la evolución de este concepto en la doctrina alemana, en donde suele entenderse como sinónimo de «prevención especial» (17); o, para ser más exactos y siguiendo a Schönke Schröder (18), como sinónimo de «prevención especial» pero apartando de ésta los posibles cometidos de «aseguramiento» («Sicherheit») y de «intimidación» («Abschreckung»). En un principio faltó al término «resocialización» el carácter de «fin», de «meta», o fue un mero juego de palabras, usándose indistintamente los términos: «Besserung» («mejora») y «Resozialisierung» («resocialización»). Poco a poco, este último ha venido a sustituir al de «mejora», desplazándole por completo (19). Si el cambio terminológico se ex-

(12) NAUCKE, W., *Tendenzen*, cit., pág. 35.

(13) Cfr. *Abweichendes Verhalten*, I, pág. 14.

(14) Por todos, K. PETERS, *Die ethischen Voraussetzungen*, cit., pág. 502.

(15) Cfr. K. PETERS, *Die ethischen Voraussetzungen*, cit., pág. 502, nota 3.

(16) Según la opinión de MÜLLER-DIETZ, *Strafvollzugsrecht und Strafvollzugsreform*, en «MschKrim», 1972 (55), pág. 2.

(17) *Die ethischen Voraussetzungen*, cit., pág. 502.

(18) Cfr. PETERS, K., *Die ethischen Voraussetzungen*, cit., págs. 502 y 503.

(19) Cfr. PETERS, K., *Die ethischen Voraussetzungen*, cit., pág. 503.

plica por las concomitancias del término «mejora» con ciertas premisas filosóficas (correccionalistas) o de política criminal (prevención especial de von Liszt); o, simplemente, si la denominada «teoría de la socialización» ha contribuido de forma decisiva a su implantación, es algo que no voy a examinar aquí.

Observaciones muy semejantes se han formulado en nuestra doctrina respecto al concepto de «resocialización», desde el punto de vista terminológico. Pues, si bien en nuestro país contamos con una fecunda y original tradición correccionalista —a la que en su lugar me referiré— el término «resocialización» es una novedad. Ante todo, porque no es un término admitido por el diccionario de la Real Academia Española de la Lengua.

Se trata de un término «importado». Es grave, como observa Muñoz Conde (20), «que el optimismo en la idea de resocialización haya sido hasta tal punto acrítico, que nadie sepa muy bien lo que se quiere decir con ella». Pero tal vez sea aún más grave el momento y el modo en que se produce la recepción (importación) de este concepto: olvidando nuestra tradición correccionalista; cuando el propio concepto de resocialización se encuentra en crisis; y nada menos que en normas legales de gran trascendencia, no precedidas del obligado debate.

En efecto, un término tan impreciso como el de «resocialización» ha conseguido una fulminante e impropia acogida. El artículo 25.2 de la Constitución española advierte que «las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social...». La declaración es, sin duda, prudente: porque no se utiliza el término «resocialización», y porque no se afirma sea aquél el «fin único» de las penas y medidas de seguridad privativas de libertad, sino uno de los objetivos hacia el que se «orientarán» en el posterior momento de la «ejecución». Pero el anteproyecto de Ley General Penitenciaria (21) complica y distorsiona el problema con declaraciones inexactas, imprecisas e innecesarias. En efecto, su artículo 1.º declara que las «Instituciones Penitenciarias»... tienen como fin primordial la «reeducación» y la «reinserción social» del sentenciado a penas y medidas de seguridad privativas de libertad (fin, pues, no de las penas y medidas, sino de la actuación de las Instituciones penitenciarias). Ahora bien, en su exposición de motivos, se advierte que «la finalidad fundamental que doctrina y legislación atribuyen en la actualidad a las penas y medidas de privación de libertad, es la prevención especial, entendida como reeducación y reinserción social de los condenados». Lo que, ni coincide con la declaración anterior, que no se refiere a las penas ni a las medidas, sino a la acción de las instituciones penitenciarias; ni es correcto,

(20) *La resocialización*, cit., pág. 3.

(21) Cfr. MUÑOZ CONDE, F., *La resocialización*, cit., pág. 1. Con posterioridad a la presentación de este trabajo, el «Boletín Oficial del Estado» acaba de publicar la Ley General Penitenciaria («B. O. E.» de 5 de octubre), suprimiendo el criticado preámbulo al que me refiero.

porque en la actualidad ni doctrina ni legislación entienden que la «prevención especial» sea la «finalidad fundamental» de las penas y medidas de seguridad privativas de libertad. Pero, es más: el propio Anteproyecto, a continuación, identifica «resocialización» y «prevención especial» y fundamenta ésta de un modo que, si bien coincide con formulaciones legales de otros países (22), no es por ello, pacífico: «al defender en primer término la finalidad resocializadora de la pena —dice— la Ley pretende significar que el penado no es un ser eliminado de la sociedad, sino una persona que continúa formando parte de la misma, incluso como miembro activo, si bien sometida a un régimen jurídico particular, motivada por el comportamiento antisocial anterior de aquél y encaminado a preparar su vuelta a la vida libre en las mejores condiciones para ejercitar socialmente su libertad». Dicho de otro modo: el Anteproyecto de la Ley General Penitenciaria decide: 1.º que el fin primordial de la pena es la prevención especial; 2.º que los términos «reeducación» y «reinserción social» del mismo —que son los citados en el artículo 25 2.º de la Constitución— han de interpretarse en el sentido de: «resocialización»; 3.º que: «resocialización» es sinónimo de «prevención especial», sin más; 4.º que la meta de la actuación de las instituciones penitenciarias es, también, la «reeducación» y «reinserción social» del penado, en el sentido de «preparar su vuelta a la vida libre en las mejores condiciones para ejercitar socialmente su libertad».

Ciertamente, en nada beneficia la inseguridad conceptual y continuas imprecisiones del Anteproyecto. Pero más inoportuno parece, aún, acoger un término, como el de la resocialización, sin la necesaria crítica previa y discusión; precisamente cuando dicho concepto se encuentra en crisis; cuando, desde diversos puntos de vista, se cuestiona su conveniencia, su viabilidad e incluso su propia legitimidad. La importación parece, pues, tardía. Y poco reflexiva. Se invocan las doctrinas dominantes «actuales» sobre la pena y sus fines, desconociendo la profunda crisis «actual» y el justificado «escepticismo» y «resignación» que despierta en nuestros días la idea resocializadora; cuando, pasados ya los tiempos de la «euforia del tratamiento», y de la «Meca de la prevención especial», en los propios países nórdicos se habla del «retroceso de la ideología del tratamiento», del «mito del tratamiento» (23), etc. Parece como si nuestro legislador quisiera actualizar todas nuestras leyes e instituciones de un plumazo, incorporando a las mismas la savia mágica de un reciente «descubrimiento», que, en realidad, dista mucho de serlo.

(22) Cfr. MUÑOZ CONDE, R., *La resocialización*, cit., pág. 2.

(23) Cfr. KAISER, G., *Resozialisierung und Zeitgeist*, cit., reseña bibliográfica citadas en notas 9, 15, 16 y 17.

III. *El pensamiento de la resocialización y las correlativas concepciones del Derecho, que subyacen al mismo: a) «Antirretribucionismo dogmático»; b) Concepción «asistencial» del Derecho; c) Neorretribucionismo.*

Una segunda aproximación al problema de la resocialización obliga a precisar el alcance y significado de este término. Pues, si desde posturas ideológicas afines no se coincide en su aceptación o rechazo, mientras que se comparte el «sí» o el «no» a la resocialización desde concepciones contrapuestas, es, sin duda, porque se otorga al concepto contenidos distintos. ¿Qué se quiere afirmar, por tanto, cuando se propugna la «resocialización» —o, tal vez más exactamente: qué es lo que se quiere negar o compartir— cuando se rechaza ésta?

Me he referido en páginas anteriores, a la criticada ambigüedad del concepto de «resocialización», y a sus implicaciones ideológicas. Lo cierto es que dicha «ambigüedad» es la que ha permitido que este término se imponga. Y que aglutine concepciones diversas que sólo coincidían, tal vez, en lo negativo: en su manifiesta hostilidad al retribucionismo. Ha sido un lema, una bandera; pero, también, un cajón de sastre, una caja de sorpresas; una etiqueta para contenidos heterogéneos.

Siguiendo la exposición de Naucke (24), podemos comprobar cómo bajo el lema de resocialización se alinean tanto los antirretribucionistas, como los partidarios de un Derecho penal entendido como derecho de asistencia social y quienes propugnan una versión moderna y actualizada del retribucionismo de siempre.

a) *Antirretribucionismo dogmático.*—Los primeros, continúa Naucke, emplean el término «resocialización» como sinónimo de «supresión del Derecho penal retribucionista», lema con el que se expresa un «antirretribucionismo dogmático» (25). Ahora bien, estos autores no se han esforzado por precisar el contenido de la alternativa que ofrecen al Derecho penal retribucionista. A juicio de Naucke, cabe apreciar aquí dos directrices. Una, encabezada —entre otros— por Lüderssen (26), para la que el Derecho penal resocializador no retribucionista, en cuanto expresión del Derecho de la sociedad que autocontrola y dirige su propio proceso de cambio, sería el Derecho de la futura sociedad. Un Derecho penal que no sería ya un Derecho dirigido al «pasado», a las relaciones individuales autor-víctima, sino un poderoso instrumento de conformación de la futura sociedad. Las concepciones cibernéticas y las modernas orientaciones planificadoras («Planungsrecht») están presentes en este esquema resocializador que transforma el Derecho penal en componente de un vasto proceso social y en meca-

(24) *Tendenzen*, cit., págs. 35 a 42.

(25) *Tendenzen*, cit., pág. 35.

(26) *Handbuch zur Rechtswissenschaft*, 1972, pág. 474 y ss.

nismo de autocontrol del mismo (27). La segunda directriz utiliza los términos «resocialización» o, en su caso, «supresión del Derecho penal», como mecanismo para dispensar mayores oportunidades sociales, en nombre de un nuevo concepto de «igualdad ante la Ley» (igualdad real). Se parte, aquí, de una sociedad ideal, que no requiere de la coacción para conseguir la adaptación a la misma de sus miembros. Y se traslada al delincuente, a la víctima, a la justicia penal y al Derecho penal todo el ímpetu pedagógico imaginable, toda la confianza posible en la educabilidad del hombre y de la propia sociedad. Desde esta perspectiva optimista y confiada, se censurará la insolidaridad del vigente Derecho penal, la falta de comprensión de la Administración de Justicia, el desigual impacto del delito en los diversos grupos sociales: la desigualdad ante la Ley (28). La resocialización o la supresión del Derecho penal serían los únicos modos de dispensar a todos los ciudadanos mayores cuotas de igualdad real, de oportunidades sociales. Callies, Klose y Plack (29) pueden citarse en esta dirección. Discrepan, eso sí, en el modo de fundamentar la necesidad de la resocialización, que entienden, más bien, en el sentido de «socialización». Para Callies, su justificación debe encontrarse en la norma constitucional (30). Para Klose, aunque no pueda demostrarse tal apoyo legal a la idea de la resocialización, sólo cabe imaginar (!) un Derecho resocializador de medidas (31). Plack renuncia a todo fundamento jurídico, buscando en una explicación procedente de las ciencias sociales una razón de ser al pensamiento de la resocialización del que, por sus pretensiones y absolutización, se ha dicho supone un «moderno retroceso hacia el Derecho natural» (32).

b) *Concepción «asistencial» del Derecho penal.*—Con el término «resocialización» quieren significar otros autores una exigencia diferente: la de un Derecho penal que concentra todo su interés en la persona del «autor», con un propósito «asistencial» y bienhechor. Se trata, pues, no de un Derecho penal del «hecho», retributivo («Tatvergeltungsstrafrecht»), sino de un Derecho penal (resocializador) que incide en el sujeto. De este modo, el Derecho penal tendría que convertirse en un derecho de asistencia social tanto para el autor como para la víctima; el delito, contemplarse como un «accidente social»; las penas y medidas, trocarse en remedios asistenciales. y el proceso penal, articularse como mecanismo diri-

(27) Cfr. NAUCKE, W., *Tendenzen*, cit., pág. 36.

(28) Cfr. NAUCKE, W., *Tendenzen*, cit., págs. 37 y 38.

(29) Cfr. NAUCKE, W., *Tendenzen*, cit., pág. 38, nota 53.

(30) *Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat*, 1974. Cfr. NAUCKE, *Tendenzen*, cit., pág. 38, nota 53.

(31) Vid. su artículo en ZStW, 86 (1974), págs. 64 y ss. Según NAUCKE, en la tesis de CALLIES, como en la de KLOSE, late un dilema insalvable, cuando tratan de fundamentar la pena en la necesidad de la resocialización. Y es que, no pudiendo apelarse ni a la revelación ni al Derecho natural, tienen que buscar (en la Constitución o en otras fuentes) un sucedáneo de aquéllos para lograr la fundamentación de la tesis resocializadora.

(32) Cfr. NAUCKE, W., *Tendenzen*, cit., pág. 38, nota 53.

gido a la constatación y ponderación del «accidente social» (delito) con los consiguientes resortes compensatorios para la rehabilitación del autor y de la víctima (33). Esta moderna orientación que parece haber encontrado eco en el ámbito de la ejecución de las penas y en materia de indemnización a víctimas de hechos criminales (34), choca en la práctica con numerosos obstáculos reales. Porque no parece aún viable el intento de extender el Derecho «asistencial» a supuestos críticos, a conflictos agudos entre autor y víctima, de forma que la etiqueta de «accidente social» —para el delito— y la de «rehabilitación» —para las consecuencias jurídicas de aquél— ofrecen una visión muy pálida y parcial de la realidad total del crimen. Lo que, anticipando alguna idea, puede afirmarse respecto a quienes explican éste como mera solución al problema personal del autor («Problemlösungsansatz») o como resultado de un proceso definitorio que lleva a cabo la sociedad a través de ciertas instancias criminalizadoras («Labeling approach»): que tratan de vaciar el concepto de delito de todo contenido social valorativo (35).

c) *Neorretribucionismo*.—Finalmente, el término «resocialización» se invoca en nombre de una determinada «política criminal» que persigue una eficaz y racional lucha contra la criminalidad y, en definitiva, la coactiva adaptación del ciudadano al «status quo» mediante un Derecho penal efectivo. Esta orientación puede percibirse en la remodelación del Derecho de «medidas» y de la pena de multa, entre otros signos (36). Aquí parece oponerse, nominalmente al menos, el término «resocialización» al de «retribución», pero, en definitiva, estamos en presencia de una versión actualizada y moderna del retribucionismo. Porque las funciones de éste vienen a asumirse por la «adaptación coactiva a través de la resocialización» (37), siempre en nombre de la eficacia y del defensismo. Es lógico, por ello, que se tema de esta política criminal un impacto semejante al del Derecho penal retributivo del pasado siglo, e incluso más peligroso y nocivo: pues éste, al menos, era expresión de un Derecho penal liberal de la época, mientras el pensamiento de la resocialización no está necesariamente comprometido con una tradición liberal (38), ni ha dado hasta la fecha pruebas de ello.

(33) Cfr. NAUCKE, W., *Tendenzen*, cit., pág. 39.

(34) Cfr. NAUCKE, W., *Tendenzen*, cit., págs. 39 y 40.

(35) Cfr. NAUCKE, W., *Tendenzen*, cit., págs. 40 y 41 y nota 56. Objeciones prácticas. Cfr. autor cit., págs. 41 y 42.

(36) Cfr. NAUCKE, W., *Tendenzen*, cit., pág. 42.

(37) Así, NAUCKE, W., *Tendenzen*, cit., pág. 42.

(38) Para una relación de los autores que han expresado sus temores respecto al impacto de esta dirección de política criminal, vid.: NAUCKE, W., *Tendenzen*, cit., pág. 42, nota 60. En cuanto a una falta de antecedentes de un sistema penal basado en el principio de la prevención especial desde una concepción liberal, cfr. BACIGALUPO, E., *Significación y perspectivas de la oposición «Derecho Penal-Política Criminal»*, en «Revue Internationale de Droit Pénal» (que recoge las actas del primer coloquio regional español so-

IV. *Problemas e interrogantes que suscita todo programa resocializador. Análisis de las respectivas opciones.*

Pero una ulterior aproximación al significado de la «resocialización» no puede satisfacerse con el prurito «clasificador»; con encuadrar un programa resocializador completo en alguno de los tres esquemas ideales mencionados, con «clasificarlo». Lo que realmente interesa es examinar cuáles son los grandes problemas que suscita cualquier meta resocializadora: en la selección del modelo final, en el proceso de acercamiento del individuo y del comportamiento desviado al mismo, en el grado de intensidad de tal aproximación, en los medios idóneos y lícitos para conseguirlo, en las transformaciones que esto conlleva en el individuo, etc.

Estos problemas fundamentales, a mi juicio, son cinco. En primer lugar, el propio encuadramiento de la polémica sobre la resocialización, su ámbito. Esto es, si el pensamiento de la resocialización interesa a la teoría de la «pena» (esencia, fines de ésta) o al posterior y más limitado ámbito de su «ejecución». En segundo lugar, como se concibe el «proceso» resocializador, en cuanto proceso de aproximación del individuo al modelo social: si en términos fundamentalmente «funcionales» (acoplamiento, adaptación), o con un alcance más profundo, partiendo de la modificación (mejora, enmienda, corrección, etc.) cualitativa del propio individuo. En tercer lugar, cuál es la dinámica de dicho proceso de aproximación o identificación, y cuál es el grado de acercamiento exigible y deseable para la consecución efectiva de la meta resocializadora. Un problema, pues, de «intensidad» y de «legitimidad» de los medios empleados. Por último, concepto o imagen del hombre, de la sociedad y de las relaciones entre uno y otra que subyace a cada proyecto resocializador y naturaleza meramente defensiva o tutelar de los mismos.

1) *Ámbito o encuadramiento de la polémica sobre la resocialización.*

El ámbito, en el que ha de operar el postulado de la resocialización ofrece ya un primer tema polémico. En efecto, para unos la resocialización constituye nada menos que el fundamento de toda la función penal; mientras otros sectores de la doctrina entienden que su papel es más modesto, limitado al campo de la ejecución y como criterio orientador de la misma (39); tesis que gana adeptos en los últimos años.

Sin entrar en este lugar de la exposición en consideraciones

bre Política Criminal y y Derecho Penal, celebrado en octubre de 1977), página 23.

(39) Una reseña bibliográfica de los dos puntos de vista en la doctrina alemana, en SCHMIDHÄUSER, EB., *Strafrecht, All. T.* 2.ª ed., pág. 51.

críticas, parece oportuno señalar, sin embargo, que todo intento de distinguir drásticamente entre «fines de la pena» y fines de la «ejecución de la pena» es artificioso y contradictorio. Esto es: la pena puede operar de forma resocializadora en su ejecución, si ya en la Ley se concibe como instrumento resocializador. Y a la inversa: si la pena, de hecho, estigmatiza y su ejecución produce un notorio impacto «destructivo» mal puede configurarse, conceptualmente, como medio resocializador. Por otra parte, a las posturas reseñadas cabría añadir sendas puntualizaciones. En cuanto a la primera, contra el supuesto fundamento exclusivo de aquélla: porque la pena, como institución, no surge para resocializar al delincuente (40) y porque está lejos de toda duda que la pena, en todo caso, no sería el medio más idóneo para resocializar, desde el momento en que no es el mismo delito, sino el cumplimiento de la pena lo que, de hecho, suele estigmatizar a los ojos de la sociedad (41). Y, en cuanto a las teorías que se conforman con un cometido más modesto para la idea de la resocialización: que incluso tal cometido resultará contradictorio si se parte de una concepción retribucionista de la pena y de un concepto material de culpabilidad. Si la pena es un mal que se aplica para retribución de otro mal precedente culpable, carece de sentido plantear su función resocializadora (42). A no ser que se atribuya a esta última un contenido mínimo, en el sentido de «ejecución humanitaria» de la pena, en cuyo caso creo que dejaría de ser problemática. Sin embargo, en este último sentido, que descarto, parece pronunciarse algún autor al justificar la necesidad de la resocialización con el argumento de que no cabe prescindir de la misma, ya que en la mayoría de los casos, se reduce a una labor asistencial y caritativa (43), y no necesariamente terapéutica.

2) *Naturaleza del proceso de «adaptación». Diversas concepciones del mismo.*

El programa resocializador puede ir dirigido, en términos de un relativo neutralismo valorativo, a la «adaptación» del individuo a las estructuras y pautas sociales; esto es, puede concebirse «funcionalmente»; o bien, puede pretender una «corrección», «mejora», «reeducación» del delincuente, que se entienden, como es lógico, desde una determinada escala de valores. Aunque una distinción drástica entre una y otra concepción no es posible, sí cabe apreciar en las diversas posturas doctrinales la mayor acentuación

(40) Así, STRATENWERTH, G., *Strafrecht, All. T., Die Straftat*. 2.ª edición, pág. 26.

(41) Así, SCHMIDHÄUSER, EB., *Vom Sinn der Strafe*, 2.ª ed., 1971 (Göttingen), pág. 65.

(42) Sobre esta contradicción, vid. BACIGALUPO, E., *Significación y perspectivas*, cit., pág. 16.

(43) Así, H. J. KERNER, cit., por KAISER, G., en *Resozialisierung und Zeitgeist*, cit., pág. 371, nota 55.

del aspecto funcional o del valorativo. La teoría de la «socialización» y la «correccionalista» («Besserungstheorie») podrían corresponder a la fundamentación funcional y a la valorativa, respectivamente.

a) La teoría de la «socialización» (44) alude, en puridad, a ese proceso en virtud del cual el hombre aprende los valores, normas y directrices del grupo a que pertenece (45). El término «socialización» —que otros prefieren sustituir por el de «integración» (46)— procede de la psicología social, y ha recibido un fuerte impulso cuando el psicoanálisis y la antropología cultural han demostrado que también las normas de comportamiento y los sistemas normativos sociales se «aprenden» y «asumen» a través de ciertos mecanismos de «interiorización» (47). No es otra cosa ese proceso a través del cual aprendemos a querer y a hacer lo que debemos, sin percatarnos de ello (48). Se trata, como se ha dicho, de un nacimiento socio-cultural del hombre (49), que limita su inicial más amplio radio de posibilidades de actuar, mediante la asunción de los *standards* del grupo: primero, a través de los controles externos de su comportamiento, y después, cada vez más, interiorizando las normas del grupo y dejando guiar su conducta por las estructuras Internas motivadoras (50); desde este punto de partida, la teoría de la socialización explica el delito como consecuencia de un déficit, defecto o trastorno en los procesos de socialización («Mangel an Sozialisation») (51), que se traduce en el lógico aislamiento y conflicto del ciudadano con las pautas y estructuras sociales: un conflicto de sistemas valorativos. El hombre —el delincuente— aparece para la teoría de la socialización como un «retrasado» (52) en el proceso de desarrollo social, debido a trastornos que inciden en la normal evolución de éste. Desde este punto de vista, lógicamente, el objetivo será «reintegrar» al individuo a la sociedad, compensar su «déficit de socialización» y los procesos fallidos o incompletos de aprendizaje y maduración per-

(44) Sobre la «socialización» y su significado, vid, por todos, KAISER, G., *Strategien und Prozesse strafrechtlicher Sozialkontrolle*, en *Sozialwissenschaften und Recht*. Athenäum Rechtswissenschaft, págs. 6 y ss.

(45) Así, KAUFMANN, H., *Kriminologie*, I (Stuttgart-Berlin), 1971, págs. 146 y ss.

(46) Así, KREBS, A., *Die Aufgabe des Freiheitsstrafvollzuges*, en *Mschr-Krim.*, 53 (1970), pág. 156.

(47) Así, KAISER, G., *Strategien*, cit., pág. 9.

(48) Así, POPITZ, H., *Der Begriff der sozialen Rolle als Element der soziologischen Theorie*. Tübingen, 1967, pág. 6. Cfr. KAISER, G., *Strategien*, cit., pág. 9.

(49) Así, CLAESSENS, D., *Familie und Wertsystem. Eine Studie zur «zweiten sozio-kulturellen Geburt» des Menschen*. Berlin, 1962, loc. cit.

(50) En este sentido, STENDENBACH, F., *Soziale Interaktion und Lernprozess. Beiträge zur Soziologie und Sozialphilosophie*. Vol. XII, Köln, 1963, pág. 199, loc. cit.

(51) Así, por todos, MÜLLER-DIETZ., *Strafvollzugsrecht.*, cit., pág. 26.

(52) Cfr., referencia bibliográfica sobre esta tesis y sus oponentes, MÜLLER-DIETZ., *Strafvollzugsrecht.*, cit., pág. 26.

(53) Así, MÜLLER-DIETZ., *Strafvollzugsrecht.*, cit., pág. 26.

sonal (53). En todo programa resocializador, como dice Kaiser (54), se trata de integrar al individuo en el mundo de sus conciudadanos, y, ante todo, en las colectividades sociales básicas, como la familia, la escuela, profesión, trabajo, proporcionándole una auténtica ayuda que le haga salir del aislamiento y asumir su propia responsabilidad. A este planteamiento ha contribuido poderosamente la tesis de la corresponsabilidad de la sociedad: la sociedad, beneficiaria del esfuerzo de sus ciudadanos, no puede desentenderse, tampoco, de la suerte de sus penados ni ignorar su tanto de culpa; antes bien, debe comprometerse con éstos y ofrecerles perspectivas esperanzadoras de una vida humana en libertad (55). Pues sólo entonces, advierte Roxín (56), una vez reincorporado el reo a la sociedad, puede contemplarse la pena —como fenómeno total— justificadamente, con buena conciencia.

Pero la teoría de la socialización no convence, ni como explicación integradora y global de la criminalidad ni como soporte de las concepciones «resocializadoras». Un primer reparo lo ha formulado Schüller-Springorum, calificándola de banal y tautológica: si la criminalidad es, simplemente, comportamiento desviado o no conforme, la constatación de que lo típico en el delincuente es un déficit de adaptación social resulta banal e incluso tautológica (57). Además, en cuanto intento de explicación causal de la criminalidad sirve, tal vez —y siempre que no se la falsifique empíricamente (58)— para examinar la delincuencia de los grupos sociales marginados y de los reincidentes, pero no en cuanto teoría «integradora» de la criminalidad (59). Pues una gran parte de las personas que alguna vez en su vida delinquen apenas si manifiestan, en su estructura individual o desarrollo social, diferencia de relevancia alguna en comparación con el ciudadano normal (60). En ciertas infracciones, como las de tráfico, delitos contra la burocracia, o los denominados crimines sin víctima, es muy frecuente el delincuente «integrado», cumplidor, que no requiere ser «resocializado». Es decir, en los infractores con «socialización normal» no se puede explicar teóricamente la criminalidad, a no ser como «normalidad» (61); por otro lado, no parece que la pena privativa de libertad sea un medio resocializador efectivo, ni el más idóneo

(54) *Resozialisierung und Zeitgeist.*, cit., pág. 362.

(55) Sobre esta idea de «corresponsabilidad social», vid. NOLL, P., *Die ethische Begründung der Strafe*, 1962, Tübingen, pág. 17; SCHMIDHÄUSER, Eb., *Vom Sinn der Strafe.*, cit., pág. 102.

(56) ROXIN, C., *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, 1973, Berlin-New York, W. de Gruyter, pág. 27.

(57) SCHÜLER-SPRINGORUM, *Was stimmt nicht.*, cit., pág. 161.

(58) Cfr., SCHÜLER-SPRINGORUM, *Was stimmt nicht.*, cit., págs. 42 y ss.

(59) Así, KAISER, G., *Criminología. Una introducción a sus fundamentos científicos*. Madrid, 1978. Espasa-Calpe (traducción a la segunda edición alemana, por J. Belloch Zimmermann), pág. 147.

(60) Así, Z. B. PVEDA, *The image of the criminal: a critique of crime and delinquency theories, Issues in Criminology*, 5 (1970), págs. 59 a 83. Cfr., MÜLLER-DIETZ., *Strafvollzugsrecht.*, cit., pág. 27.

(61) Así, KAISER, G., *Criminología*, cit., pág. 147.

para recuperar o compensar, por ejemplo, en los adultos un defecto de socialización padecido durante la infancia (62).

Desde el punto de vista valorativo, si contemplamos la «resocialización» en el sentido de adaptación «ritual» y «coactiva» a los valores del grupo, nada puede evitar que dicho proceso termine en sistemas de valores socialmente no deseables, que se asumirían e interiorizarían, también, con las consiguientes actitudes de desinterés, resignación, apatía, pérdida de la identidad, regresión, etc. (63). Porque, en definitiva, la (re)socialización es positiva o negativa, según que sean positivos o negativos los modelos que ofrece cada sociedad, baremo básico implícito en la idea de «(re)socialización».

b) La «*Besserungstheorie*» y el «correcionalismo» ponen el acento más en las transformaciones cualitativas que ha de experimentar el sujeto a través de la pena —en su propia actitud interna, en su voluntad— que en su reincorporación a la comunidad jurídica, una vez cumplida aquélla. Desde la óptica correcionalista, el delincuente es un ser incapaz de dirigir libremente, por sí mismo, su vida, un necesitado de ayuda; el delito, consecuencia de una «voluntad» débil, viciosa o pervertida; y la reacción jurídica, un bien, e incluso un derecho del delincuente, que está obligado a prestar el Estado, y que tiene como única justificación la corrección y enmienda de aquél. Para los correcionalistas, la función penal tradicional debía dar paso a una función «tutelar», individualizada, protectora del delincuente: a una «pedagogía correcional» (64) que aproxima el «tratamiento» a una auténtica «cura de almas» (65).

El moderno pensamiento de la «resocialización» entronca, sin duda alguna, con la filosofía correcionalista, que constituye un importante antecedente del mismo (66). A diferencia de las teorías de la «socialización», lo que caracteriza a la «*Besserungstheorie*» es una connotación pedagógica y tutelar. No se trata, sin más, de una «adaptación» («*Anpassung*») del delincuente a las pautas y modelos sociales —cuyas normas ha de interiorizar y asumir— sino de compensar, curar, su voluntad débil, de corregirle y enmendarle; y de reincorporarle a la comunidad jurídica, una vez rehabilitada su libertad interior mediante una terapia individualizada, tutelar y pedagógica.

(62) Cfr., MÜLLER-DIETZ., *Strafvollzugsrecht.*, cit., pág. 28.

(63) Así, KAISER, G., *Strategien*, cit., pág. 11.

(64) Sobre el pensamiento de GINER DE LOS RÍOS, que utilizaba esta formulación, vid. SAINZ CANTERO, J. A., *La Ciencia del Derecho Penal y su evolución*, 1970 (Bosch), págs. 144 y 145.

(65) En este sentido, Dorado Montero, cfr., SAINZ CANTERO, J. A., *La Ciencia del Derecho Penal*, cit., pág. 152.

(66) Así, MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del Derecho Penal*, Bosch, 1976, pág. 74, nota 138. También expresamente MUÑOZ CONDE, F., *La resocialización*, cit., nota 1.

«El delito —decía Dorado Montero (67)— no es más que un signo, un síntoma del estado de anormalidad psíquica de quien lo comete; prueba de su desarreglo moral, de la perturbación que su voluntad experimenta; un dato inequívoco que denuncia la necesidad de acudir prontamente por quien corresponda, con el remedio, si no se quiere contribuir a la prolongación de la injusticia...; como el delincuente, por el hecho de serlo, ha demostrado no tener aptitud suficiente para regir por sí solo su vida de un modo racional, es decir, ha demostrado encontrarse en una situación de inferioridad con respecto a los individuos no delincuentes, necesita que aquéllos de entre éstos que dispongan de medios a propósito, los empleen en su beneficio, tiene, pues, derecho a estos medios... Al efecto, se hace preciso someterle a un tratamiento tutelar conveniente, análogo al que se emplea con otros individuos que se hallan en situaciones semejantes (niños, locos, enfermos, etc.), y el tratamiento tutelar que conviene a los delincuentes es la pena... De esta suerte, la pena resulta ser un bien verdadero, contra lo que generalmente se piensa y, no obstante, que el reo mismo la juzgue un mal» (68); y termina Dorado Montero así: «el correccionalismo es un sistema penal perfectamente preventivo, y no represivo, por cuanto en él no se atiende al delito como objetivo al cual hay que dirigirse para castigarlo, sino como señal del desarreglo que en el mundo moral del delincuente existe, y que debe ser curado para prevenirse contra probables atentados futuros. O, lo que es igual, se trata de un sistema donde se ataca la raíz, la causa del delito, y no para borrar el que ya ha tenido lugar, pues «*infectum fieri ne quit*», sino para impedir los que en adelante pudieran cometerse» (69). En términos semejantes se pronunciaba Roeder: «es indudable que el derecho no se contrae únicamente a la mitad exterior del hombre y que la legalidad externa sola no satisface al Derecho, ni a la sociedad para el Derecho, como una especie de semi-equidad. Más bien, la pura disposición injusta del espíritu, como origen continuo de la acción exterior, constituye un ataque al orden jurídico perfecto...; la Ley del Derecho no quedará completamente satisfecha, hasta que el daño exterior causado por aquélla y el daño interior (inmoralidad o contrariedad al deber del Derecho) en el autor, se hayan extinguido, reparado totalmente (70)... pero aquí no se cuestiona tan solo el derecho y el deber del Estado a castigar, sino la obligación en el que cometió el delito de aceptar la pena, y, al mismo tiempo, su derecho a exigirla... El objeto íntimo de la pena... consiste en la destrucción por medios justos y apropiados de la injusticia e inmo-

(67) DORADO MONTERO, P., *Estudios de Derecho Penal preventivo*, Madrid, 1901, pág. 56.

(68) *Estudios*, cit., págs. 56 a 58.

(69) *Estudios*, cit., pág. 62.

(70) ROEDER, C. D. A., *Estudios sobre Derecho Penal y sistemas penitenciarios*, Madrid, 1875 (traducción y anotaciones de V. Romero y Girón), páginas 151 y 152.

ral disposición de un hombre, manifestada con toda claridad en un hecho. La voluntad inmoral debe ser extirpada de raíz, según su clase y grado, sustituyéndola con la voluntad moral, el justo querer, el justo deseo (71)... Porque no es la sensibilidad como tal, según pretende Feuerbach, aunque de ella proceda el primer impulso, lo que constituye el verdadero fundamento de la negación del Derecho, sino la mala y egoísta voluntad, y por consecuencia ésta ha de ser el verdadero objetivo de la reacción jurídico-penal... Por eso la pena ha de ser también algo más que una simple aplicación de fuerza material, que una especie de educación animal... (72). Los criminales deben ser tratados según la extensión y medida de su injusto arbitrio, pero no más allá como menores faltos de educación y, por tanto, necesitados de ella... Y esto se hace hasta que no queda duda alguna de que los motivos internos que los precipitaron a la injusticia han desaparecido, esto es, hasta que se produzca la enmienda y el arrepentimiento. Según lo dicho, el carácter y espíritu del procedimiento justo aplicable, es el de una post-educatio de los individuos abandonados, enteramente incultos o sumidos en la corrupción de costumbres y en la barbarie, por medio de un influjo bienhechor sobre el fundamento interno u origen de su injusticia, esto es, sobre el error del juicio y del sentimiento, y, por consiguiente, de la voluntad acerca del Derecho. Porque con la reforma del concepto y del sentimiento del Derecho, se despierta, también, y se anima la justa voluntad, aunque ésta, además, deba elevarse gradualmente por el hábito de obrar conforme a justicia y con fin siempre vivificador de la libertad moral, hasta llegar a la perfección y a la costumbre, desterrando de esta suerte la voluntad perniciosa» (73). Y concluye así Roeder: «Todo lo que ... se reconoce como consecuencia jurídica del injusto arbitrio de un hombre, debe imponérsele por muy doloroso y sensible que le parezca, como privación de la libertad, alejamiento de la mala sociedad habitual, del bienestar acostumbrado, del ocio, etc., porque aquí nada absolutamente importan su gusto o su sentimiento, sino el derecho y el objeto esencial jurídico de su rehabilitación interior para la plena libertad exterior y su regreso mediante tal requisito a la sociedad civil. Ahora bien, que la pena, considerada en su cualidad externa como limitación de la libertad exterior, como privación de un bien exterior, aparezca en general a aquél a quien se le impone como un mal físico y sea sentida con dolor, es cosa natural, pero en derecho, de todo punto insignificante y eventual. Tan lejos se halla de ser un carácter esencial, o mejor, el carácter principal de la pena, como un daño exterior se halla del crimen... La pena, pues, debe aplicarse sin consideración a que afecte al criminal de un modo desagradable, o que la haya reconocido como saludable y para su propio bien... pero nunca ha de imponerse con el fin inmo-

(71) ROEDER, *Estudios sobre Derecho Penal*, cit., págs. 153 y 154.

(72) ROEDER, *Estudios sobre Derecho Penal*, cit., pág. 157.

(73) ROEDER, *Estudios sobre Derecho Penal*, cit., págs. 160 y 161.

ral de causarle un mal (como objeto propio), o sólo de hacerle sentir superioridad de fuerzas...» (74).

Comparando, pues, una vez más ambos planteamientos «resocializadores» —las teorías de la «socialización» y las «correccionistas»— puede concluirse que mientras las primeras, persiguen unos objetivos funcionales (mera adaptación del individuo al grupo), desde una óptica relativamente neutral en el plano axiológico y contando siempre con los recíprocos procesos de interacción: «individuo-sociedad, sociedad-individuo», las segundas pretenden unas metas más ambiciosas (no ya adaptación, sino «corrección», «enmienda»), son proclives a los planteamientos utópicos y maximalistas, y orientan su «pedagogía penal» exclusivamente hacia el individuo, partiendo de una escala de valores apriorísticos que vienen ya dada y no se cuestiona.

El planteamiento «correccionalista» no ha sido blanco de menos críticas que las doctrinas de la socialización. Ya Roeder se hizo eco, y trató de replicar a algunas de ellas (75): en cuanto a la supuesta confusión de la moral y el Derecho; imposibilidad de trazar diferencias entre la injusticia en general y el crimen; inexistencia, a favor del Estado, de un derecho o de un deber de corregir, mejorar o educar al ciudadano; imposibilidad de medir proporcionalmente la pena y de fijar, con carácter previo en la ley, la misma; impracticabilidad del criterio básico de la corrección, y consecuencias inadmisibles que se desprenderían en otro caso, etc. Y, probablemente, tenía razón Dorado Montero cuando resaltaba que los principios correccionalistas fueron formulaciones excesivamente genéricas, más «intuiciones luminosas de un espíritu superior, que resultado de una firmísima convicción apoyada en datos de hecho» (76). Lo cierto es que, sin perjuicio de aceptar o no aceptar la romántica, ficticia y eufemística concepción del delincuente como «minusválido» necesitado de la paternal ayuda estatal desinteresada (que patrocinan los correccionalistas), esta filosofía presenta muchos puntos débiles. Comenzando por su optimismo utópico —la corrección del delincuente— que pronto se desmoronó al constatar que muchos criminales no tienen que ser corregidos (vg. los ocasionales), no pueden ser corregidos (los incorregibles por causas constitucionales o adquiridas) o no es lícito tratar de reformarles contra su voluntad (los que no quieren serlo, fundamentalmente si para ello fuese necesario una intervención o tratamiento que modifique cualitativamente sus estructuras mentales o corporales) (77). En segundo lugar, el correccionalismo presenta los inconvenientes propios de todos los programas resocializadores «máximos», que invocan la función «pedagógica» de la

(74) ROEDER, *Estudios sobre Derecho Penal*, cit., págs. 162 y 163.

(75) ROEDER, *Estudios sobre Derecho Penal*, Apéndice, págs. 172 y ss.

(76) DORADO MONTERO, P., *Estudios*, cit., pág. 60.

(77) Cfr., BUENO ARÚS, F., *Algunas consideraciones sobre la política criminal de nuestro tiempo*, en *Revue Internationale de Droit Pénal*, cit., páginas 116 y 117.

pena y reclaman la concordancia plena entre el comportamiento externo del sujeto y su actitud interna. Pues no es fácil justificar que incumba al Estado el deber o el derecho de «corregir» y «educar» a sus ciudadanos (78), ni parece probable se obtenga la enmienda del delincuente precisamente a través de la pena. Aquí, los programas resocializadores máximos y las teorías absolutas de la «expiación» —aunque parezca paradójico— tienen notables puntos de coincidencia. Todo ello sin perjuicio de la dificultad insalvable, en la práctica, de conseguir tales metas sin la plena cooperación del penado, o de someterle a un «lavado de cerebro» gravemente atentatorio para la dignidad del mismo (79).

3) *Grado de aproximación o identificación del individuo al modelo social.*

a) *Diversas opciones.*—El efecto «resocializador» que dice perseguirse con la pena, es susceptible de graduación. No ya porque pueda imaginarse una mayor o menor aproximación a mismo —a cada modelo social—, sino porque bajo el término «resocialización» se entienden procesos y resultados también diferentes. Unas veces, se piensa, sin más en una «ejecución humanitaria» de las penas, evitando males innecesarios y no inherentes a las mismas. «Un procedimiento de ejecución —afirma H. J. Kerner (80)— que no ofrezca socialización ni tratamiento, significa deshumanización y retroceso porque en la mayoría de los casos el tratamiento no hay que entenderlo en el sentido terapéutico estricto, sino simplemente como atención de carácter genérico, asistencia social y prestaciones caritativas». Otras veces, se concede al término un significado puramente negativo: la resocialización que se menciona como fundamento de la pena se agota en el pronóstico razonable respecto a la futura no reincidencia del penado (81). Las más de las veces «resocialización» es un sinónimo de «reinserción social», con el que se alude al momento final de un proceso que culmina con el retorno del penado a la sociedad civil y que implica, por parte de aquél, la asunción formal de las normas del grupo (no necesariamente su conversión a las mismas), y por parte de la sociedad, el reconocimiento de su propia culpa, su reconciliación con el penado a quien recupera, y el ofrecimiento al mismo de salidas viables de vida honrosa en libertad. Se trata, entonces, de compensar, primero, el propio impacto estigmatizador de la pena cumplida (82), y, des-

(78) Sobre un conocido fallo jurisdiccional alemán que negaba al Estado tal «derecho», en sentido crítico, PETERS, K., *Resozialisierung und Erziehungsvollzug*, cit., pág. 509.

(79) Cfr., BUENO ARÚS, F., *Algunas consideraciones*, cit., pág. 117.

(80) Cfr., KAISER, G., *Resozialisierung und Zeitgeist*, cit., pág. 371.

(81) Expresamente, ZUGALDIA, A., *Consideraciones sobre las tendencias del desarrollo de la ciencia del Derecho Penal*, en *Revista mexicana de Derecho penal*, núm. 3.º, enero-junio 1978, pág. 74.

(82) Sobre esta interpretación, que ve hoy el único fundamento posible a la función penal, vid, KAISER, G., *Strategien*, cit., pág. 6.

pués, de ofrecer un vasto repertorio de prestaciones sociales, asistenciales y de diversa índole que hagan posible la efectiva reinserción (83), y que eliminen en el futuro las causas que condujeron al crimen. En este último sentido, el término «resocialización» se aproxima, en parte, al de «rehabilitación», reclamando eventualmente un tratamiento que, en todo caso, ha de contar con la aprobación del penado, y no puede afectar esencialmente a las estructuras de su personalidad.

Por último, el término «resocialización» se utiliza, a menudo, en sentido «cualitativo», reclamando una particular transformación de la actitud interna del sujeto («corrección», «enmienda», «mejora», «reeducación», etc.), o el pleno acatamiento e interiorización de los valores sociales, sin distinción entre conducta externa y actitud interna del sujeto (los denominados «programas máximos»).

b) *Programas resocializadores «máximos» y «mínimos». Análisis y crítica de los mismos.*

De toda esta escala matizada de grados e intensidades, la polémica doctrinal se centra hoy día en la alternativa: programa máximo resocializador y programa mínimo resocializador. El dilema es claro: es necesario no limitarse en la tarea de socialización al logro de una mera actitud exterior de educación a la ley, pues de esta manera no se alcanzarán los objetivos buscados. Pero, toda socialización que tienda más allá de dicha conformidad externa, encierra el peligro de una adaptación coactiva a una determinada concepción de la vida social, lo que choca con los principios de una sociedad pluralista (84). En efecto, la idea resocializadora, a la que tradicionalmente se le ha objetado la dificultad de ser llevada a la práctica y los peligros que para la prevención general representaría, es cuestionada, en nuestros días, desde el punto de vista de su legitimidad. No se objeta su romanticismo utópico sino, fundamentalmente, su ilegitimidad en un modelo de sociedad democrática, humanitaria y pluralista.

La polémica comenzó a suscitarse desde una perspectiva ideológica conservadora-humanitaria. Llamándose la atención sobre la progresiva «desetización» y «desmoralización» que el ideal resocializador experimentaba en los modernos textos legales y, en consecuencia, la dificultad de llevar a cabo aquél con un mínimo de estabilidad y eficacia desde el neutralismo moral y axiológico. Si se «escamotean» en la propia ley todas las tradicionales referencias al fundamento «moral» de la resocialización; si ésta, por utilizar las categorías kantianas: «moralidad» y «legalidad», se orienta exclusivamente hacia la segunda; si los tribunales cuestionan o niegan el derecho del Estado a «corregir» al ciudadano

(83) Cfr., BUENO ARÚS, F., *Algunas consideraciones*, cit., pág. 117.

(84) Así, BACIGALUPO, E., *Significación y perspectivas*, cit., págs. 24-25.

o se advierte que «la ejecución de la pena no puede ir orientada a una modificación de la personalidad o de las convicciones del penado» (85), entonces no cabe en nombre de la resocialización de adultos más que una llamada al mantenimiento de la legalidad sin ulteriores exigencias morales (86). Es: o es: entenderla en el sentido de «prevención de la reincidencia» (*programas mínimos*).

El punto de vista que considera términos correlativos: resocialización y mero respeto de la legalidad penal (programas «mínimos»), sería consecuente con la estructura funcional del sistema sancionatorio penal: la norma penal, afirma Muñoz Conde, contiene una serie de expectativas de conductas legalmente determinadas, cuya frustración posibilita, bajo ciertas condiciones, la aplicación de una pena. Fin de la ejecución de esa pena sería, por consiguiente, restablecer en el delincuente el respeto por esas normas básicas, haciéndole corresponder en el futuro a las expectativas en ellas contenidas, evitando así la comisión de nuevos delitos, en una palabra, la reincidencia (87). Este programa resocializador «mínimo» se suscribe, en nuestro país, de forma expresa por un decidido partidario del Derecho de «medidas», antirretributivo: «...La expresión resocialización —afirma Zugaldía (88)— debe reservarse para hacer referencia a fines más modestos de los que hasta ahora se le han venido asignando. Debe reservarse, en definitiva, para hacer referencia a la prevención especial: dentro del principio del mínimo de intervención (carácter subsidiario del Derecho penal), en el marco de una sociedad democrática y pluralista, y con absoluto respeto a la dignidad de la persona. Al Derecho penal sólo le cabe como fin primordial, la modesta y difícil tarea de evitar el delito y, sobre todo, la reincidencia...».

Sin embargo, la viabilidad de un programa mínimo resocializador, que limita éste a la mera conformidad del comportamiento externo del sujeto a la norma legal penal es muy discutible. Ante todo, porque una resocialización eficaz y duradera no puede basarse en el mero miedo a la pena ni en la conformidad formal del comportamiento externo con la ley. Porque sin la «interiorización» moral de la norma —que presupone una actitud axiológica— falta el fundamento estable a su fuerza determinadora. Conformismo y temor al castigo sin convicción interna respecto al valor o desvalor de la conducta subsisten mientras subsisten los controles coactivos sobre el sujeto (89). No cabe resocialización alguna si detrás de la conducta respetuosa para la ley sólo existe un «vacío moral», o una «contradicción» entre las pautas legales y las convic-

(85) Cfr., A. ESER, *Resozialisierung in der Krise? Gedanken zum Sozialisationsziel des Strafvollzugs*, en Festschrift für K. Peters, 1974, págs. 509 a 511.

(86) Cfr., ESER, A., *Resozialisierung*, cit., pág. 511, citando a MÜLLER-DIETZ.

(87) *La resocialización*, cit., pág. 8.

(88) *Consideraciones sobre las tendencias*, cit., págs. 74 y ss. En el mismo sentido, vid. bibliografía alemana citada por ESER, A., op. cit., pág. 511, nota 28.

(89) Así, ESER, A., *Resozialisierung in der Krise*, cit., pág. 511, y bibliografía citada en nota 30. PETERS, K., *Die ethischen Voraussetzungen*, cit., pág. 511.

ciones íntimas del sujeto. O si no significa más que imposición a éste, de forma coactiva, de unos modelos de conducta —una adaptación forzosa— que pugnan con la pretendida pedagogía de la «autorresponsabilización» y de la «autodeterminación» (90). A esto se ha añadido por K. Peters que todo programa resocializador mínimo implica una peligrosa autorrenuncia a la consecución de objetivos imprescindibles y un planteamiento formalista y negativo que desfigura la genuina función del Derecho penal. Es un error comenzar cediendo terreno en nombre de una falsa identificación de la «tolerancia» y el «neutralismo valorativo», de una determinada «moral» y la «etización» o «desetización» del Derecho (91). Referir la resocialización —continua— al tipo penal, a la prohibición penal (al «no hacer...») concreta, desfigura la función del Derecho penal, la recorta, la «empobrece». Pues el delito no es, simplemente, la infracción de un tipo penal, y al Derecho penal le interesa no ya reforzar las prohibiciones —negativamente— sino poner el acento —de forma positiva— en los valores que las mismas encarnan. Del mismo modo que la meta resocializadora no puede ceñirse a un hecho concreto. La función educadora que ésta conlleva —dice, también, Peters (92)— ha de hacer referencia al «hombre total», a su personalidad integral, y no a conductas aisladas y concretas.

Lo expuesto no significa, sin embargo, que los denominados programas «máximos» ganen terreno, ni que estén libres de objeciones. En efecto, como ya he apuntado, la resocialización implica un proceso recíproco: sociedad-individuo, individuo-sociedad de interacción, de forma que las pautas y modelos de conducta no se pueden imponer unilateralmente por ninguna de las dos partes, y no es lícito propugnar la resocialización del individuo sin la posibilidad eficaz de cuestionar y modificar las propias estructuras sociales (93). Pero, además, un efecto resocializador máximo parece pugnar con la estructura de una sociedad democrática y pluralista, en la que coexisten una pluralidad de conjuntos normativos, a veces incluso contradictorios, y los inevitables «conflictos» (94). La resocialización exige un modelo de referencia, compacto, definido, hacia el que ha de aproximarse o identificarse (en los programas máximos) el individuo. Y la sociedad actual no puede ofrecer tal modelo, porque el caos de concepciones, de ideologías, de estilos rompen cualquier imagen unitaria y congruente de la misma. Entonces, si falta esa base, difícil es trazar un objetivo también común (95). Se quebrará, con frecuencia, la necesaria

(90) Así, ESER, A., *Resozialisierung in der Krise*, cit., pág. 512.

(91) *Die ethischen Voraussetzungen*, cit., pág. 510.

(92) PETERS, K., *Die ethischen Voraussetzungen*, cit., págs. 505 a 507 y reseñas bibliográficas en notas 9 y 12.

(93) Así, MUÑOZ CONDE, F., *La resocialización*, cit., pág. 5.

(94) Así, MUÑOZ CONDE, F., *La resocialización*, cit., pág. 6.

(95) Sobre cómo falta en la sociedad de nuestros días una imagen unitaria de sí misma y de los modelos y fines que persigue: ESER, A., *Resozialisierung in der Krise*, cit., pág. 512.

«identidad» entre resocializador y resocializado (96). Y la «selección» a que será necesario acudir para decidir qué conjuntos normativos integran el modelo de conducta deseado —caso de conflicto— aparecerá como arbitraria. Será una mera «imposición» autoritaria (97). Late, pues, en el fondo de todo programa resocializador máximo la contradicción que denunciará Haffke (98) entre dos realidades irreconciliables: autodeterminación («Selbstdestimmung») y dominio («Herrschaft»). La pena y el tratamiento desempeñarán impropios cometidos de «adoctrinamiento ideológico» (99), manipulando al individuo. No cabe duda que, desde el punto de vista defensivo, es más eficaz un programa resocializador máximo: sólo cuando se busca la conformidad entre el comportamiento externo y la actitud interna del sujeto, puede conseguirse lo que K. Polak denomina «incardinación del recluso en la organización y disciplina social» (100); pero es obvio, también, que esto sólo es viable a costa del sacrificio de los valores de la libertad personal. Y que toda prolongación del Derecho en el campo propio de la moral, conlleva el peligro de adquirir fórmulas «rigurosas» (101). Incluso cuando se predica desde posturas altruistas, asistenciales y de tutela, yace en la misma una tendencia a la absoluta posesión de la persona. Políticamente, el necesario respeto a los derechos fundamentales de la persona que reconoce nuestra Constitución (102) pugna con los objetivos de todo programa resocializador máximo. La alternativa no puede ser nunca: voluntaria aceptación del modelo social o resocialización. El clima doctrinal, por último, no es propicio a los programas resocializadores máximos. Son hoy, precisamente, las posturas progresivas las que cuestionan la legitimidad de los mismos, como se expondrá a continuación. Baste con observar, por si fuera poco, que entre quienes propugnan los programas máximos, se discrepa en lo esencial: el diagnóstico de nuestra sociedad. Así, mientras unos autores fundamentan su pesimismo en la crisis moral de valores, y propugnan un programa moralizador como base a todo intento de resocialización (103), otros condicionan éste a la previa «desetización» del Derecho penal retribucionista, al abandono del pensa-

(96) En este sentido, RUNDE, *Resozialisierung als wissenschaftliches und sozialpolitisches Problem*, en *Die Strafvollzugsreform*, ed. por A. KAUFMANN, 1971, pág. 116 (cit. por MUÑOZ CONDE, F., *La resocialización*, cit., pág. 6).

(97) Cfr., BUENO ARÚS, F., *Algunas consideraciones*, cit., pág. 117.

(98) Así, HAFFKE, *Widerspruch von Therapie und Herrschaft, exemplifiziert an grundlegenden Bestimmungen des neuen Strafvollzugsgesetzes*, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 88 (1976), págs. 607 y ss., cit., por MUÑOZ CONDE, F., *La resocialización*, cit., pág. 11. En un sentido semejante, pero desde otro punto de vista, ESER, A., *Resozialisierung in der Krise*, cit., pág. 512.

(99) En este sentido, KAUFMANN, H., *Kriminologie*, cit., pág. 159.

(100) Cfr., ESER, A., ... *Resozialisierung in der Krise*, cit., pág. 515.

(101) ESER, A., *Resozialisierung in der Krise*, cit., pág. 515.

(102) Por todos, artículo 16, 1 (Libertad ideológica, religiosa y de culto...).

(103) Así, PETERS, K., *Die ethischen Voraussetzungen*, cit., pág. 516.

miento categorial, y al radical cambio de la actitud de la «sociedad punitiva» que, con sus dogmas, su doble moral y estructuras criminógenas, hace imposible todo ideal resocializador (104).

c) *Examen de las «fórmulas de compromiso» y «terceras vías».*

Dados los inconvenientes de las dos opciones examinadas (los programas máximos y los mínimos), se han intentado formular alternativas variadas. Unos persiguen señalar el camino adecuado para que la resocialización no sea «imposición», sino «autodeterminación». Otros, procuran dar un contenido concreto al proceso resocializador (revolucionario), a fin de que no sea una mera «teoría utópica». En el primer sentido, se enmarca la propuesta de Esser, quien cree encontrar en la «pedagogía de la autodeterminación» la tercera vía a la alternativa: resocialización para la legalidad o resocialización para la moralidad. A su juicio, no se trata de contenidos morales y valorativos concretos, sino de ofrecer al recluso los caminos y metas existentes en una sociedad heterogénea y plural, a fin de que el mismo decida. Puesto que es necesaria una interiorización moral de normas —si bien no de una determinada concepción del mundo— hay que procurar, dice Eser (105), no vincular al penado a una concreta moral, sino a sentirse motivado por el reclamo positivo de los caminos y alternativas que dispensan una protección de los bienes jurídicos afectados. No muy diferente a esta postura —aunque pretenda serlo— es la de Haffke, quien sugiere una «terapia social emancipadora» (106) que, a su juicio, no sería mera «imposición» al individuo de modelos de conducta. También Haffke tiene que vaciar de todo posible contenido al programa resocializador (de contenido «valorativo»), y de carácter coactivo. Se trata de llevar a cabo una labor pedagógica, pero sin adoctrinamiento ideológico. De poner al penado en condiciones de que pueda resolver los problemas derivados del contexto social, pero respetando su capacidad de autodeterminación. De romper la contradicción «autodeterminación»-«imposición», pero sin remitir, como hacen las teorías revolucionarias utópicas, a un futuro cambio de estructuras que nunca llega a producirse.

No es fácil imaginar, sin embargo, cómo es posible articular una «pedagogía de la autodeterminación por la autodeterminación» o una «terapia social emancipadora», sin referencia a contenidos concretos y a sistemas determinados de valores o modelos.

(104) Cfr., SESSAR, K., *Die Resozialisierung der strafenden Gesellschaft. Gedanken zu einer Tagung der Stuttgarter Gemeinschaft «Arzt und Seelsorger»*, en Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, LXXXI, páginas 377 y ss.

(105) ESER, A., *Resozialisierung in der Krise*, cit., pág. 518. La expresión «pedagogía de la autodeterminación» procede, en realidad, de H. v. HENTIG, *Spielraum und Ernstfall*, 1969, págs. 10 y ss.

(106) Cfr., MUÑOZ CONDE, F., *La resocialización*, cit., pág. 13.

Todo proceso «educador» o «pedagógico» pretende unas metas, unos objetivos, unos modelos.

Y, aunque no quiera reconocerse, toda terapia «emancipadora» y toda «pedagogía autodeterminista» implica necesariamente una «imposición». Tal vez más dúctil, más refinada, pero «imposición», en definitiva. No obstante, la crítica más generalizada a estas «terceras vías» —fundamentalmente desde una perspectiva marxista o neomarxista— censura la falta de «contenido» (entiéndase: de contenido «revolucionario») de las mismas. Así, por ejemplo, cuando Esser coloca, entre la «infraestructura económica» y la «superestructura ideológica», la «estructura intermedia del hombre», con su identidad, su conciencia, sus instintos, y su contexto social, lamenta censurar Haffke, que su programa tenga escaso alcance político porque «no pretende eliminar las contradicciones sociales objetivas que se reproducen en el sistema penal»; todo lo más, añade Haffke, «pretende poner de relieve la disfuncionalidad del sistema y la amarga realidad de una sociedad clasista, insolidaria y agresiva», con la que forzosamente hay que contar para evitar que el entusiasmo rehabilitador «desemboque en resignación, odio o escapismo, impidiendo entonces toda labor emancipadora» (107). Y, a su vez, Muñoz Conde (108) y Sack (109) reprochan a Haffke que acepte el sistema y que, con el pretexto de no querer caer en una utópica ideología revolucionaria, deje al delincuente abandonado a su suerte, en aras de un futuro social mejor que nunca llega. En este sentido, Muñoz Conde, después de cuestionar la propia institución carcelaria (110) y la viabilidad, en nuestros días, de un tratamiento rehabilitador que no funcione como utopía o engaño (111), concreta su punto de vista con tres afirmaciones: 1.ª La meta final ha de ser la abolición de la institución carcelaria, abolición que, como dice Baratta (112), tiene para la nueva criminología el mismo significado que la demolición de los muros del manicomio para la nueva psiquiatría. 2.ª Dicha abolición hoy sería un mero gesto simbólico inútil, mientras no se modifiquen las actuales estructuras sociales y relaciones de poder, por lo que es necesaria una estrategia adecuada. 3.ª Tal estrategia ha de asumir, de las tesis reformistas, aquellas realidades que implican un debilitamiento del actual sistema represivo y una mayor protección de los intereses colectivos, sin caer en la trampa revolucionaria de renunciar a determinadas garantías, más o menos eficaces, del estado burgués que históricamente han significado un control y limitación democrática del poder punitivo. Pero no ha de olvidar esta estrategia la alternativa revolucionaria, el «mito» de la resocialización: la verdadera reeducación del condenado —afirma Ba-

(107) Cfr., HAFFKE, en *Abweichendes Verhalten*, III, págs. 311 a 313.

(108) *La resocialización*, cit., pág. 14.

(109) *Abweichendes Verhalten*, cit., III, pág. 261.

(110) *La resocialización*, pág. 14.

(111) *La resocialización*, cit., pág. 22.

(112) Cfr., MUÑOZ CONDE, F., *La resocialización*, cit., pág. 23.

ratta— «es aquélla que transforma una reacción individual e irracional en conciencia y acción política dentro del movimiento de clase» (113), a través, pues, de la toma de conciencia de clase y de las condiciones sociales que hay que superar.

4) *Finalidad «defensista» o «tutelar» de los programas resocializadores.*

El último aspecto polémico de los programas resocializadores es el de la finalidad defensista o tutelar de los mismos. Esto es, si se pretende una mejor y más eficaz protección de la sociedad, atacando a las causas del delito, o si primordialmente se persigue la tutela del delincuente, aunque también se vea en ésta un índice de seguridad para la sociedad. Podrá pensarse que entre unas y otras concepciones media sólo una diferencia insignificante de matices. Pues, si exceptuamos las posiciones basadas rabiosamente en la idea de la prevención especial (defensistas puras), quienes propugnan la (re)socialización del individuo al amparo de la teoría de la socialización afirman que de este modo se procura el bien del individuo, salvándole de un perjudicial estado de aislamiento y conflicto, que es la causa del delito (114); y, por su parte, los correccionalistas no ocultan que la enmienda del delincuente, al incidir en la raíz misma del crimen, repercute en favor de la seguridad social (115).

Sin embargo, el problema es más complejo. Porque detrás de cada concepción del ideal resocializador hay siempre una distinta imagen del hombre que la inspira. Una imagen del hombre y de sus relaciones con la sociedad que permiten distinguir posturas aparentemente coincidentes en el «sí» o en el «no» a la resocialización.

a) Las tesis extremas de la *prevención especial* parten de una concreta imagen del hombre-delincuente: el delincuente es, para Lombroso (116), un salvaje resucitado por un fenómeno de atavismo, en el seno de las sociedades civilizadas. Si para los clásicos era un pecador llamado a expiar su falta, para los positivistas es un irresponsable condenado al crimen por su naturaleza. El delito no es, tampoco, el «fiat incondicionado de la voluntad humana», sino el producto de una serie de factores, individuales y sociales, y, en todo caso, mero «síntoma» de la peligrosidad y temibilidad de su autor; el Derecho mismo es producto social, y la pena, basada en razones de mera necesidad y orientada a la prevención especial, cumple una función preventiva básica, ajustándose a la peligrosidad del delincuente. Como este es el criterio decisivo, no se descarta la segregación por tiempo indeterminado, hasta que el

(113) Cfr., MUÑOZ CONDE, F., *La resocialización*, cit., pág. 25.

(114) Por todos, KAISER, G., *Resozialisierung und Zeitgeist*, cit., pág. 362.

(115) Cfr., ROEDER, *Estudios sobre Derecho Penal*, cit., págs. 148 y ss.

(116) Cfr., SAINZ CANTERO, J. A., *La Ciencia del Derecho Penal*, cit., pág. 81.

reo se «readapte» a la vida libre (117). En definitiva, pues, el delincuente es un sujeto «peligroso», «temible». La pena, un resorte «defensivo». La eventual reincorporación de aquél a la sociedad, no una meta ni un objetivo, sino una *consecuencia* derivada de la previa innocuización del delincuente que ha dejado de ser peligroso... Este no será recibido de nuevo en la comunidad jurídica mientras siga siendo peligroso, porque la función penal persigue, ante todo, la tutela de la sociedad —incidiendo en las causas últimas del crimen— y no la reincorporación del delincuente a la sociedad. La «resocialización», desde la óptica positivista, es un eufemismo, un tópico defensista.

b) Los *correccionalistas* parten de una imagen del hombre como ser inválido, disminuido, incapaz de dirigir por sí mismo su vida como consecuencia de una voluntad defectuosa y enfermiza necesitada de ayuda. El delincuente es como un niño o un loco (118). El pietismo paternalista del correccionalismo —aunque el español sea más ecléctico y realista (119)—, proclive a la utopía romántica, permite asignar a la pena una función pedagógica, curativa, restauradora del equilibrio que el delincuente perdió en el orden moral. La pena es un bien, una ayuda, tutela. Pero subyacen, también, aquí pretensiones defensistas. Roder, por ejemplo, advirtió que la pena correccional era la única eficaz. La idea de la prevención general, basada en la teoría psicológica de Feuerbach, a su juicio, resultaría... insuficiente, dado que el solo temor a la pena «será siempre remedio incompleto y débil paliativo de delitos futuros, y en vano se contará con él en la mayoría de los casos». Habría que incidir en las «causas» del delito, destruyendo el verdadero germen de lo malo, pues sólo después de esta rehabilitación interior, sería posible la reincorporación del penado a la sociedad civil (120). Giner de los Ríos, concebía la pena como un bien, como una restricción y protección de la libertad del sujeto «en interés del organismo del Derecho», que eleva a aquél «desde la condición de criminal a la de miembro útil de la Humanidad y del Estado» (121). Silvela advierte que la enmienda no se busca en favor del culpable, «sino como exigencia y derecho del Estado y de todos sus miembros». Porque, a su entender, la restauración del orden jurídico no se consigue plenamente con el castigo del delincuente si subsiste la causa real de su conducta antijurídica,

(117) Cfr. SAINZ CANTERO, J. A., *La Ciencia del Derecho Penal*, cit., páginas 85 y 86.

(118) Así, expresamente, DORADO MONTERO, P., *Estudios de Derecho Penal preventivo*, Madrid, 1901, cit., pág. 57.

(119) Así lo entiende, con toda razón, ANTÓN ONECA, J., en *La teoría de la pena en los correccionalistas españoles*. Estudios Jurídico-sociales, Santiago, 1960, II, pág. 1025 (Homenaje a Legaz Lacambra).

(120) ROEDER, *Estudios sobre Derecho Penal*, cit., págs. 149 y 163.

(121) GINER DE LOS RÍOS, F., *Resumen de Filosofía*, II, págs. 200 y 201 (en Obras completas, vols. XIII y XIV, Madrid, 1926).

que es la que debe extirparse (122). El mismo Dorado Montero, al razonar por qué el correccionalismo no es un sistema represivo, sino preventivo, decía: «... se trata de un sistema donde se ataca la raíz, la causa del delito, y no para borrar el que ya ha tenido lugar... sino para impedir los que en adelante pudieran cometerse» (123).

Para el correccionalismo, por tanto, la resocialización, entendida en el sentido de reincorporación natural del delincuente a la sociedad, una vez compensado su déficit de voluntad a través de una terapia pedagógica individualizada, es un *objetivo* primordial del Derecho penal. La tutela social será —contra la tesis de los positivistas— una consecuencia derivada de la previa corrección y enmienda del delincuente. Y éste, no un pecador que ha expiado su mal, ni un ser peligroso, sino un ser «inferior», necesitado de protección. La resocialización, pues, es más una utopía romántica y paternalista que un pretexto defensivo.

c) Una postura intermedia mantienen los partidarios de la *Defensa social* (124), movimiento de política criminal que trata de conciliar la eficaz lucha contra el delito y la resocialización del delincuente. La actitud ante éste es, sin duda, la nota más característica de la nueva defensa social: el reo —afirma Marc Ancel— no será sometido a la justicia penal con un fin de expiación, de venganza o retribución, sino con el propósito de aplicarle un tratamiento encaminado a su resocialización. Este tratamiento constituye, a su vez, una actividad de protección de la sociedad y materializa la lucha de ésta contra el crimen. Su objetivo inmediato es la resocialización, esto es, devolver al delincuente a la comunidad jurídica en condiciones de «una vida social libre y consciente» (125); su objetivo mediato, la más eficaz lucha contra el crimen y defensa de la sociedad. Su humanismo, como su imagen del delincuente, permite distinguirla y diferenciarla. Porque (126) el delincuente es considerado no como un pecador llamado a expiar su falta, como pensaron los clásicos, ni como un irresponsable condenado al crimen por su naturaleza —versión de los positivistas radicales— ni como un minusválido o un enfermo necesitado de ayuda, tesis de los correccionalistas, sino como un miembro de la sociedad que ésta debe tratar de comprender, investigando los motivos de su crimen y el porqué de su actitud antisocial. La meta de la resocialización, para la defensa social, es un objetivo «realista» que trata de alcanzarse y espera alcanzarse, con una coordinada acción del Derecho penal, de la Criminología y de las disciplinas peniten-

(122) SILVELA, L., *Derecho Penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, I (1874), Madrid, págs. 263 a 269.

(123) DORADO MONTERO, P., *Estudios*, cit., pág. 62.

(124) En cuanto a la denominada «defensa social nueva», cfr., SAINZ CANTERO, J. A., *La Ciencia del Derecho Penal*, cit., págs. 98 y ss.

(125) *La nueva defensa social*, Buenos Aires, 1961 (traducción de F. Blasco y D. García), págs. 127 y 145.

(126) SAINZ CANTERO, J. A., *La Ciencia del Derecho Penal*, cit., pág. 101..

ciarias, esto es, científicamente. En este sentido, la imagen del hombre no se mide necesariamente en términos de «peligrosidad»; ni es equiparado al enfermo o minusválido, ni al «retrasado social».

d) Finalmente, para el *marxismo*, el delincuente es una víctima de las estructuras de la sociedad capitalista. Quien tiene que resocializarse es la sociedad y no el individuo. La resocialización (al modelo de la sociedad capitalista) es un «mito» (127) o un «engaño», con el que sólo se pretende la defensa del «status quo», y la imposición al sujeto, de los valores de la sociedad burguesa, de la clase dominante.

Por el contrario, el programa resocializador en las declaraciones oficiales de las democracias populares, se presenta como expresión indiscutible del «humanismo socialista». «A pesar de que las causas de la criminalidad van venciendo, de forma paulatina, a través de la capacidad de concienciación de la sociedad socialista, nuestro Estado —se afirma en una de ellas (128)— no puede renunciar aún en nuestros días, a la pena privativa de libertad en cuanto resorte específico en el marco de un sistema de medidas estatales y sociales. En el supuesto de aplicación de la misma, por su propio contenido ha de ir dirigida, también, a la educación del infractor, educación que si bien se lleva a cabo bajo condiciones especiales, se inserta obviamente en el proceso de educación social y allana al condenado el camino para el retorno a la vida social. Como toda actividad estatal, la de los Organos de la Administración de Justicia, ha de servir para buscar el camino de la lucha consciente para la victoria del socialismo... Desde este punto de vista la reinserción del penado en la vida social es, no sólo expresión, sino exigencia incondicionada del socialismo humanista... Por ello, es necesario reconocer y comprender que el proceso de reinserción no es sólo un período especial, dentro del tiempo de duración del de prisión, sino que debe continuar persiguiéndose tal fin más allá de éste». La necesidad de un programa resocializador máximo y omnicomprensivo, prestado no sólo por los órganos de la ejecución, sino por toda la sociedad, como programa reeducador, deriva de la evidencia de que la reinserción del penado será efectiva sólo en cuanto éste «comience una nueva vida sobre firme suelo» (129). Y encuentra su fundamento en la Ley, en el «derecho» del penado a la reinserción, y en la obligación «moral», que incumbe a los órganos del Estado y a la sociedad, como expresión misma de la concepción marxista leninista del mundo (130). La

(127) Por todos, MUÑOZ CONDE, F., en su trabajo reciente sobre *La resocialización del delincuente. Análisis y crítica de un mito*.

(128) Wiedereingliederung aus der Straftat entlassener Personen in das gesellschaftliche Leben. Staatsverlag der Deutschen Demokratischen Republik, que recoge y comenta la declaración del Presidente del Consejo de Estado de la DDR ante la Volkshammer, el 4 de octubre de 1960 (páginas 11 y ss).

(129) *Wiedereingliederung*, cit., pág. 13.

(130) *Wiedereingliederung*, cit., pág. 14.

importancia decisiva de las reminiscencias del pensamiento y hábitos capitalistas en las causas de la criminalidad (131) y la correlación existente entre reincidencia y proceso de resocialización insatisfactorios (132) demuestra la necesidad de una eficaz orientación resocializadora del penado al modo de pensar y a las costumbres socialistas. La actitud personal del penado será de particular significación en este sentido, pero nunca un impedimento. Hay caracteres «fuertes» y personas débiles de voluntad o de actitud lábil. Mas, como la voluntad no está condicionada, de forma necesaria, por la herencia, podrá ser remodelada y desarrollada. Pues, en definitiva, la configuración de la voluntad del hombre depende, en buena medida, del hombre mismo (133).

En todo caso, prescindiendo de la polémica doctrinal reseñada y de sus connotaciones ideológicas, lo cierto es que la consecución de una función penal resocializadora y humanitaria, en interés del recluso y no sólo por móviles «defensistas» sigue siendo una meta codiciada que se señala como última fase en el proceso histórico de evolución del Estado y del Derecho (134).

V. *Polémica actual sobre el concepto de resocialización.*

a) *El éxito e implantación de la «filosofía de la resocialización»: sus causas.*

De todo lo expuesto, se desprende que el término resocialización es absolutamente problemático. Que existe una total discrepancia en cuanto a su alcance, fundamento y consecuencias. Que puede entenderse como un «fin» esencial de la función penal, que legitima a ésta, o como un criterio de interpretación en materia de ejecución de penas y medidas privativas de libertad (ejecución individualizada y humanitaria); resaltándose el efecto de adaptación del individuo al modelo social (planteamiento «funcionalista») o el cambio cualitativo: reforma, corrección, etc., que ha de experimentar el sujeto para reinsertarse en la comunidad jurídica (tesis correccionalistas); reclamando un comportamiento externo del sujeto acorde con la legalidad penal (programas resocializadores mínimos), o exigiendo que aquél acate, interiorice y asuma los valores y normas del grupo, sin distinguir conducta externa y actitud interna (programas máximos), ni conformarse con evitar la reincidencia; desde una óptica meramente defensiva, para una mejor protección de la sociedad, sin contar, si fuera preciso, con la voluntad y cooperación del penado, sometiendo a éste a un tratamiento capaz de modificar sus propias estructuras mentales

(131) *Wiedereingliederung*, cit., pág. 15.

(132) *Wiedereingliederung*, cit., págs. 18 y 19.

(133) *Wiedereingliederung*, cit., pág. 14.

(134) MTR PUIG, S., *Introducción a las bases*, cit., 74.

o corporales (tesis de fensistas: positivismo): o desde una concepción humanitaria, llevando a cabo una función «tutelar» en interés del penado, con el consentimiento de éste y renunciando a terapias que impliquen falta de respeto a su dignidad de hombre; viendo en éste un pecador que ha expiado ya su culpa (clásicos), un ser peligroso y temible del que hay que proteger a la sociedad (positivistas), un enfermo o un minusválido necesitado de protección y tutela (correccionalistas), un «retrasado social», como consecuencia de trastornos y déficit en el proceso de socialización, que ha de ser extraído de su aislamiento (teoría de la socialización). un miembro de la sociedad a quien ésta ha de comprender, buscando las causas del crimen y poniendo remedio a las mismas (defensa social nueva); una víctima de las estructuras socio-económicas de la sociedad capitalista, un simple producto o resultado de procesos sociales de interacción y del poder definitorio de ciertas instancias (marxismo, criminología crítica, etc.)..., etc.

Sin embargo, a pesar de la equivocidad del programa resocializador, de las muchas acepciones y significados de éste, el término «resocialización» se ha impuesto de forma avasalladora. La razón tal vez deba encontrarse en su indiscutible valor «lemático», facilitado por la indeterminación de su contenido, que le han permitido presentarse como expresión abreviada del «antirretribucionismo dogmático», como alternativa al mismo, y como bandera de una acertada y oportuna estrategia de política criminal (135). El ideal resocializador, en cuanto bandera antirretribucionista, ha amparado numerosas posiciones doctrinales que sólo tenían en común el propugnar una alternativa válida a las teorías absolutas, pero ocupándose más de resaltar su oposición global a éstas que sus importantes dimensiones internas. A su éxito han contribuido, también, como es lógico, su cariz humanitario —al que dice ser tan sensible nuestra época— y, de algún modo, el ingrediente utópico de la idea de resocialización, que presagia una sociedad mejor que no necesita de la coacción ni de la fuerza frente al comportamiento desviado (136); esa sociedad —en palabras de Radbruch— que permitirá no ya un Derecho penal mejor, sino algo mejor que el Derecho penal (137).

b) Argumentos a favor de la «resocialización» del delincuente.

El ideal resocializador, a pesar de su ambigüedad y contradicciones, presenta un saldo muy favorable. Sobre todo, en lo que ha contribuido a superar y desterrar las doctrinas absolutas de la pena y apuntar nuevos caminos a la función penal (137 bis).

(135) Vid., KAISER, G., *Resozialisierung und Zeitgeist*, cit., nota 3.

(136) Una exposición crítica de los planteamientos «utópicos», en NAUCKE, W., *Tendenzen*, cit., pág. 37.

(137) RADBRUCH, G., *Rechtsphilosophie*, 1950 (4.ª ed.), por E. Wolf., pág. 269.

(137 bis) Cfr., GARCÍA-VALDÉS, C., *La nueva penología*, Madrid, 1977 (Instituto de Criminología), pág. 48, y bibliografía allí citada.

Por una parte, en lo *metodológico*, ha significado un importante giro hacia lo concreto. Ha puesto de relieve, por ejemplo, el gran abismo que separa la teoría de la praxis y la necesidad de estudiar la pena como proceso total que incide en un hombre concreto y determinado. La ha desmitificado, librándola de los tópicos y mágicos mecanismos con que la habían rodeado las teorías absolutas; contribuyendo a su oportuna racionalización, además, en el sentido de resaltar el carácter «instrumental» de la pena, medio que ha de producir, para que se justifique, un saldo positivo en el «balance» de sus «pros» y «contras» (138).

Las tesis resocializadoras, por otro lado, son perfectamente congruentes con la *realidad política* del modelo de Estado de nuestros días: el Estado social-intervencionista. El Estado clásico-liberal no podía admitir, como es lógico, ni la idea de la resocialización, ni la del tratamiento. Pero el Estado social, activo gestor —y no mero observador— de los procesos sociales, atento y preocupado por las causas del delito y por evitar la reincidencia, asumió la bandera de la resocialización. Nada más eficaz, incluso, desde el punto de vista de la lucha contra la criminalidad que incidir en las causas de la misma y procurar la readaptación del individuo a las normas y pautas del grupo. El fracaso de la pena retributiva, especialmente a propósito de determinados tipos de delincuencia, avalaban la necesidad del tratamiento resocializador.

Finalmente, desde un punto de vista de *política criminal*, ¿cómo dudar siquiera de que el ideal «resocializador» parece apuntar una alternativa válida de futuro? En efecto, si la pena no es una cuestión de principios, un imperativo categórico (139), un resorte dialéctico (140), un remedio mágico que restaura el orden jurídico violado y el señorío del Derecho (141) o que permite la sublime reconciliación del delincuente consigo mismo y con la sociedad (142); si la pena es una «amarga necesidad», que se justifica por los cometidos de prevención que desempeña, es obvio que la «resocialización» aparece, conceptualmente, como una alternativa válida.

¿Cómo puede cuestionarse que el interés de la comunidad en recuperar al delincuente tras de cumplir su pena como miembro apto para la vida y fiel al Derecho, se corresponde asimismo con el verdadero bien del penado y con la idea del desarrollo de su

(138) Así, SCHMIDHÄUSER, Eb., *Vom Sinn der Strafe*, cit., págs. 72 y 73.

(139) Sobre el pensamiento de KANT, vid., *Metaphisik der Sitten*, al parágrafo 49E, I; KANT, *Studienaufgabe der wissenschaftlichen Buchgesellschaft IV*, 1956, págs. 453 y ss. (1797). Cfr., ROXIN, C., *Strafrechtliche*, cit., pág. 2.

(140) HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Recopilación de G. Gens, 1883, parágrafos 87 a 88. Cfr. SCHMIDHÄUSER, Eb., *Vom Sinn der Strafe*, cit., pág. 21.

(141) BINDING, K., *Die Normen und ihre Ubertretung*, I (Normen und Strafgesetze), 3.ª ed., 1916, pág. 420. Cfr., *Lebendiges und totes in Bindings Normentheorie*, de ARMIN KAUFMANN, Göttingen, 1954, págs. 16 y 17.

(142) En cuanto a las teorías de la «expiación», vid. NOLL, P., *Die ethische Begründung der Strafe*, 1962, págs. 8 y ss.

personalidad? (143). El ideal resocializador, como apunté, enlaza, además, con el principio de solidaridad y de corresponsabilidad, que compromete a la comunidad con la suerte de sus miembros, del mismo modo que éstos son, también, partícipes del propio bienestar social. En último término, la resocialización parece presentarse como la codiciada tercera vía a la alternativa: retribución o utópica lucha contra las estructuras.

c) *Objeciones al pensamiento de la resocialización.*

No puedo terminar, sin embargo, esta exposición sin aludir a los numerosos reparos que se han objetado a la idea de la resocialización. Reparos que, a entender de algunos, son útiles para reflexionar sobre los límites y contenido de aquélla; mientras para otros, obligan a rechazar el «mito» —cuando no el «engaño»— de una determinada sociedad; o sirven para reforzar posturas retribucionistas tradicionales (144).

Me referiré a las objeciones genéricas contra la idea de resocialización, como modalidad de las tesis prevencionistas, y a las formuladas en los últimos años por la denominada criminología crítica.

1') Las objeciones *genéricas* apuntan a consideraciones políticas y a la teoría de los fines de la pena.

Políticamente, se ha dicho, la idea de la resocialización no permite trazar un límite claro y preciso al «ius puniendi» estatal, con lo que se frustra uno de los objetivos liberales más trascendentales (145). Porque, ¿quién no necesita, de algún modo o en alguna ocasión de su vida, corregirse, adaptarse o resocializarse, sin que por ello se justifique en todos estos casos la imposición de una pena! Por otra parte, la experiencia histórica ha demostrado que los ideales resocializadores son proclives al abuso, a la manipulación política (146). Que, de hecho, siempre suele ser el contrincante o el adversario político el necesitado de corrección, de reforma, de resocialización. No me constan antecedentes del ideal resocializador en regímenes liberales, por lo que no es una garantía tranquilizadora el humanismo del que hacen gala algunos de los autores que lo propugnan.

Desde la teoría de los *fines de la pena*, se ha dicho gráficamente que ésta, en cuanto institución y control social, no se justi-

(143) Así, en favor de este ideal resocializador, ROXIN, C., *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, cit., págs. 24 y 25.

(144) Porque la crítica de la idea de la resocialización se lleva a cabo tanto desde posturas conservadoras-retribucionistas como desde posturas progresistas.

(145) En este sentido, por todos: ROXIN, C., *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, cit., págs. 6 y 7. En general, y respecto a todas las teorías «relativas», RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Significado político y fundamento ético de la pena y de la medida de seguridad*, en R. G. de Legislación y Jurisprudencia, 1965 (separata), págs. 11 y s.

(146) RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Significado político*, cit., pág. 23.

fica por razones de resocialización: que no castigamos para resocializar, ni es este el motivo de que se criminalicen ciertos comportamientos desviados (147). Una función penal exclusivamente resocializadora, además, comprometería las necesidades de prevención general, pues ésta obliga a incidir, con eficacia, no sólo sobre los criminales necesitados de resocialización (que son los menos), sino también sobre los delincuentes que no la requieren porque están «socializados», y sobre la criminalidad potencial, que aún no ha franqueado las barreras de la legalidad (148). La meta de la resocialización, al hacer referencia a la «total» personalidad del autor, y no a una parte de ésta ni a un comportamiento aislado (149), rompe con el principio de la responsabilidad penal proporcionada a la gravedad del hecho cometido. Pues, del mismo modo que hay delincuentes que no necesitan resocializarse —y viceversa—, cabe una rápida resocialización después de un grave delito, y una lenta resocialización tras la comisión de hechos punibles de escasa estidad (150). Se pone el acento, excesivamente —y con poco realismo— en la dignidad del delincuente, olvidando, tal vez, los no menos dignos intereses de la víctima. Y no se evitan las ficciones e incoherencias de las teorías absolutas. Pues, si la pena es un «mal», retribución del hecho «culpable», difícilmente se puede pretender con ella la «resocialización» del autor. No es fácil conciliar prevención defensiva y resocialización en interés del penado —mal y bien— por más que se distinga artificiosamente entre la «conminación legal abstracta», dirigida a fines preventivistas, y la «ejecución» de la pena concreta, orientada a metas resocializadoras. La pena no resocializa, sino que estigmatiza.

Pero la propia *filosofía* de la «adaptación» y de la «resocialización» ofrece numerosos puntos débiles. Ante todo, porque exige un modelo o referencia al que ha de aproximarse o identificarse el individuo; y en la sociedad pluralista de nuestros días no existe un tal modelo unitario y definido, sino una pluralidad de conjuntos normativos con frecuencia contradictorios y un mosaico fraccionado de esquemas de vida, ideologías y programas. Falta la base unitaria y la comunidad de intereses y metas que hacen posible un programa resocializador. En segundo lugar, porque tampoco existe acuerdo respecto al grado de aproximación del individuo al grupo en los programas resocializadores, presentando graves problemas, tanto los denominados programas «máximos» como los «mí-

(147) Así, expresamente, SCHMIDHÄUSER, Eb., *Strafrecht., All. T.*, 2.^a ed., pág. 54; del mismo, *Vom Sinn der Strafe*, 2.^a ed., 1971, págs. 42 y ss.; STRATENWERTH, G., *Strafrecht., All. T.*, cit., pág. 26.

(148) En este sentido, LÄW, *Individuelle und kollektive Schuld*, en ZRP, 1973, 4, pág. 93.

(149) Como reconoce K. PEIERS, *Resozialisierung*, cit., pág. 507, nota 12.

(150) Lo que conduce, penalmente, a unas «valoraciones» inadmisibles, que rompen toda relación entre la gravedad del hecho cometido y las consecuencias jurídicas del acto. Cfr., RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Cara y cruz de las sanciones penales*, en Cuadernos para el Diálogo, 1963, pág. 48. ROXIN, C., *Strafrechtliche*, cit., pág. 7.

nimos». En tercer lugar, porque los presupuestos (inadaptación y necesidad de resocialización) y los medios resocializadores (pena o tratamiento) están justamente muy cuestionados. En cuanto a los primeros, adolecen del relativismo y circunstancialidad de los pronósticos de «peligrosidad», pues en nuestros días carecemos aún de datos empíricos fiables para emitir un juicio de futuro sobre la necesidad de resocialización o el éxito del tratamiento adecuado para un concreto sujeto. Considerar a un hombre «retrasado social», por razón de un déficit del mismo en los procesos de aprendizaje y adaptación, parecerá más halagador que la imagen de «subhombre», «minusválido» o «salvaje», que otras doctrinas prefieren, pero sus consecuencias son muy semejantes: se emite un pronóstico sobre la personalidad «total» de un individuo en base a una concreta manifestación o perspectiva de la misma, prescindiendo del necesario análisis global de aquélla —del «balance total», que podría ser favorable (151)—; quedan fuera de toda sospecha ciertas formas de la moderna criminalidad, porque no se asocian a la imagen tradicional de lo «asocial» («white collar») y se olvida que necesitado de resocialización no lo es sólo ni principalmente el criminal que cae en manos de la justicia; todo ello sin perjuicio de que —como se ha apuntado —la resocialización no siempre es necesaria, ni posible: y que, en el segundo caso, no queda otra alternativa que la inocuización. Por último, los medios resocializadores hoy conocidos (pena o tratamiento) son también cuestionados. La resocialización no puede ni debe «imponerse» coactivamente. La pena, en todo caso, no es el instrumento más adecuado, por sus efectos destructivos, irreversibles y estigmatizadores. Es más fácil resocializar a quien no ha sufrido una pena que a quien ya la ha sufrido; hasta el punto de que, en la consideración social, suele ser más el hecho de haber cumplido la pena que el de la comisión del delito, lo que desmerece a los ojos de los conciudadanos. La pena no resocializa, sino todo lo contrario; sin olvidar que, en buena lógica, la idea de resocialización debería conducir a un Derecho de «medidas» y no de «penas»; y que, planteado el problema en las coordenadas políticas actuales, es obvio que el Estado moderno, que es un Estado «intervencionista», cuenta, sabe utilizar y, por tanto, puede exigírsele que utilice un sinnúmero de resortes eficaces y adecuados antes que la pena.

Pero el argumento más poderoso contra el ideal resocializador tal vez sea el panorama que ofrece la *realidad penal y penitenciaria* en no pocos países. Las penas que se aplican y el modo en que se aplican. Precisamente por la acusada tendencia a la «prevención general», que se aprecia en determinados sectores de la criminalidad, y en el empleo de ciertas penas, se ha dicho que es necesario contrarrestar dicha tendencia con un giro hacia la prevención «especial». En materia de «tráfico», de «delincuencia económica» y «po-

(151) Sobre la «estrechez» de las bases del juicio resocializador, vid., en este sentido, SCHMIDHÄUSER, Eb., *Vom Sinn der Strafe*, cit., págs. 62 y 63.

lítica», de «faltas», el ordenamiento jurídico tiende a dar rienda suelta a los mecanismos de control penal que se orientan de acuerdo con las exigencias de la prevención general (152). Prescindiendo ya del escaso efecto resocializador que puedan producir las penas privativas de libertad, por el sistema de ejecución actual de las mismas (153), no cabe duda que el elevado porcentaje que en el total de la criminalidad y en el repertorio de penas significan la delincuencia económica y la pena de multa (154), respectivamente, son argumentos contra la supuesta orientación de los sistemas punitivos de nuestros días hacia la meta resocializadora. A lo que se añade, desde luego, la existencia de penas privativas de libertad de duración perpetua, y el régimen de la multirreincidencia, que tampoco parecen avalar optimistas augurios. En el marco procesal, por último, se ha destacado, también, que no es el ideal resocializador criterio básico del proceso, en todas sus fases, sino, a lo sumo en la final (ejecución), pues en las anteriores prevalecen las exigencias de la prevención y de la retribución (155).

2') *Oposición actual al pensamiento de la «resocialización»: crisis de la denominada «ideología del tratamiento» y aportaciones de la criminología crítica.*

En los últimos años se ha acentuado la oposición al pensamiento de la resocialización. El debate y la polémica se han centrado, desde entonces, en el tratamiento y en la legitimidad de la propia idea resocializadora. Se aunan los esfuerzos por coordinar los datos suministrados por la Sociología, la Psicología, el Psicoanálisis, la Criminología, etc. Paradójicamente, lo que preocupa sin embargo, no es la posibilidad efectiva de la resocialización, sino su legitimidad. La «culpabilidad» de la sociedad, el carácter «normal» del crimen y su «ubicuidad», la importante «función social» que éste cumple —función necesaria e imprescindible— hacen de la delincuencia un «producto de sociedad». Por lo que no tendría sentido —se afirma— hablar de resocialización del individuo, sino de cambio de las estructuras sociales. Metodológicamente esto significa un cambio de objeto: hasta ahora se había examinado al sujeto social, ahora hay que pasar la cuenta a la sociedad culpable y

(152) Así, G. KAISER, *Resozialisierung und Zeitgeist.*, cit., pág. 370. A juicio del autor, la sociedad tiende, por inercia, a satisfacer las necesidades de la prevención general, al menos en ciertos sectores de la criminalidad. Por ello, habría que contrarrestar esta tendencia, considerando las necesidades de la prevención especial.

(153) Sobre el problema, por todos, GARCÍA-VALDÉS, C., *La nueva penología*, cit., págs. 32 y ss. y 46 y ss.

(154) Cfr., NAUCKE, W., *Tendenzen*, cit., págs. 25 y ss. El argumento se utiliza también por KAISER, G., *Resozialisierung und Zeitgeist.*, cit., pág. 369; y por SIMSON, *Behandlung statt Strafe? Zu den schwedischen Kriminalreformen*, en ZRP, 1972 (11), pág. 266.

(155) Así, NAUCKE, W., *Tendenzen*, cit., págs. 33 y 34.

estudiar su psicología, con la ayuda de los nuevos instrumentos científicos; no se trata ya tanto de «a quién» queremos castigar, sino de «quién» es el que castiga. No es necesario resaltar que esta sociedad, blanco de todas las críticas, es la sociedad capitalista occidental, cuyas estructuras de jerarquía, de dominación y explotación —se dice— «producen» el crimen.

La «ideología del tratamiento» es objeto, en nuestros días, de un profundo proceso de revisión, fundamentalmente en lo que se refiere al denominado «tratamiento social pedagógico» y «social-terapéutico» (156), que constituyen el centro de todas las críticas. Y cuentan con el respaldo de años de investigaciones empíricas en los países nórdicos.

El carácter «normal» —no patológico— y la «ubicuidad» del crimen han sido, en una primera etapa, argumentos favoritos para demostrar la inutilidad de cualquier tratamiento resocializador. El delincuente —se insistía— no es un enfermo y la criminalidad, además, opera como un fenómeno normal, inevitable, necesario (157). Posteriores investigaciones han demostrado, sin embargo, el valor más limitado de las de los primeros pioneros, tal vez un poco «naiv» (158). Porque lo cierto es que actualmente nadie afirma, con solidez científica, que el delincuente sea un enfermo. El concepto de enfermedad no juega papel alguno en la justificación, ni siquiera de los establecimientos de terapia social (159). Por otro lado, la repetida comisión de hechos criminales muy graves se ejecutan por un número muy reducido de expenados, minoría cuya posible descripción y análisis posibilita —y justificaría, en su caso— un tratamiento resocializador (160).

La primera objeción de peso, sin embargo, es de carácter pedagógico. Simson se ha referido a ella, enlazando con el sector más progresista de criminólogos y sociólogos suecos, que censuran desde finales de la década del sesenta la efectividad, orientaciones y metodología del tratamiento, con expresiones tan sugerentes como: «el tratamiento como pena», o el «mito del tratamiento». Para el autor, las posibilidades de un tratamiento resocializador aparecen de antemano limitadas por la flagrante contradicción que implica querer adaptar un hombre a la sociedad y —precisamente

(156) Como apunta KAISER, el concepto de «tratamiento» es equívoco, siendo, fundamentalmente, las dos modalidades apuntadas las únicas que suscitan críticas (Cfr., KAISER, G., *Resozialisierung und Zeitgeist*, cit., página 366).

(157) En cuanto a los partidarios de estas objeciones, cfr., KAISER, G., *Resozialisierung und Zeitgeist*, cit., pág. 367.

(158) En este sentido, KAISER, G., *Resozialisierung und Zeitgeist*, cit., página 368.

(159) Cfr., KAISER, G., *Resozialisierung und Zeitgeist*, cit., pág. 367, y relación bibliográfica allí citada.

(160) En este sentido, KAISER, G., *Resozialisierung und Zeitgeist*, cit., página 368.

por ello— aislarle coactivamente de la misma (161). De un sistema de tal naturaleza —añade Simson— no cabe esperar más que una terapia «desintoxicadora», «purificadora» o de trámite (162). A este contrasentido, que sin duda produce un efecto antipedagógico en el penado, se añaden las consecuencias derivadas de los medios y sistemas que se adoptan en los diversos tratamientos. No es que éstos hagan difícil la meta resocializadora, sino que producen el impacto contrario. En efecto, cada vez son más los autores que, al examinar la vida en la prisión, advierten que ésta se caracteriza por la aparición de una genuina «subcultura» (163). Esto es, un conjunto normativo autónomo que coexiste paralelamente con el sistema oficial de valores, y al que el preso tiene que adaptarse, por mucho que pugne dicha subcultura con los valores y pautas oficiales y, por supuesto, con los programas resocializadores. Desde Clemmer se admite la existencia de un «código del recluso» (164) y se examina el proceso de incorporación de éste a la nueva cultura —«subcultura»— cuyos pasos inmediatos se han caracterizado con los términos de «desculturación» (pérdida de las capacidades vitales y sociales mínimas para la vida en libertad: del control situacional, de la propia iniciativa, y de la autorresponsabilidad) y «prisonización» («asunción del código de valores, usos y tradiciones del establecimiento penitenciario») (165). La vida en prisión, por tanto, no sólo no favorece la actuación o el aprendizaje de los valores ignorados o lesionados por el delito, sino que obliga a aprender al recluso un específico código de valores: el propio de una subcultura que se halla en conflicto con el modelo oficial de sociedad hacia la que pretende orientarse al penado (resocializarle) con el tratamiento.

El carácter coactivo del tratamiento y la imprecisión o inefectividad de los controles jurisdiccionales del mismo constituyen una segunda objeción. Se ha insistido frecuentemente que significa un atentado contra los derechos fundamentales del recluso (166), por cuanto éste es tratado como un mero «objeto» al que se «manipula». Por ello gana terreno la tesis favorable al tratamiento «en libertad», y, en todo caso, la convicción de que tanto éste como el que se lleve a cabo en régimen de privación de libertad, es un «derecho» de la persona afectada, y no una «obligación» que pueda imponerse coactivamente (167). El «derecho a no ser tratado» aparecería como manifestación del «derecho

(161) «*Behandlung als Strafe*», «*Behandlungsmythos*», etc., cfr., SIMSON, *Behandlung statt Strafe*, cit., pág. 264.

(162) SIMSON, *Behandlung statt Strafe*, cit., pág. 266.

(163) Cfr., GARCÍA-VALDÉS, C., *La nueva penología*, cit., págs. 37 y ss., y bibliografía allí citada.

(164) Cfr., MUÑOZ CONDE, F., *La resocialización*, cit., pág. 16.

(165) Terminología de GOFFMAN y de CLEMMER (Cfr., MUÑOZ CONDE, F., *La resocialización*, cit., pág. 17).

(166) Por todos, KAISER, G., *Resozialisierung und Zeitgeist*, cit., pág. 363.

(167) Cfr., MUÑOZ CONDE, F., *La resocialización*, cit., pág. 18.

a ser diferente», incuestionable en toda sociedad pluralista y democrática (168). El consentimiento, la aceptación del afectado, y la activa participación de éste en el concreto tratamiento, son exigencias ampliamente compartidas, que comienzan a adquirir consagración legal en diversos ámbitos jurídicos. De ahí que despierten justificados recelos textos, como el del Anteproyecto de Ley General penitenciaria, donde se alude al «deber» del interno de colaborar en el tratamiento (169).

La tercera y última objeción apunta a la insuficiencia de nuestros actuales conocimientos, tanto respecto al fenómeno de la criminalidad como al de la terapia en cada caso adecuada (170). No hemos avanzado tan deprisa como fuera de desear. La criminalidad y sus causas sigue siendo un «acertijo», como dice Lange (171). Algunos autores han llegado a afirmar que nos aproximamos al «punto cero» en las ciencias criminológicas (172). Se trata, tal vez, de una actitud prudente y realista, más que de decepción, pero es un dato más. La alternativa: «penar» o «tratar» es, hoy por hoy, prematura, porque falta una base empírica sólida que permita programar científicamente y con un mínimo de garantías los oportunos tratamientos, y las terapias en cada caso más adecuadas al complejísimo y todavía poco conocido espectro de la delincuencia.

La actual encrucijada conduce a tres opciones. Para unos, no se puede renunciar al tratamiento, si bien éste no es una alternativa global y excluyente de la pena, sino sólo válida para ciertos supuestos de criminalidad y siempre perfectible (173). Para otros, es un mito, un engaño, por la forma en que se ejecuta y la manipulación que implica (174). Otros autores pretenden buscar una mágica «tercera vía» (175). En este sentido, parece valiosa la apreciación de Karl Peters: una imagen total, desde el punto de vista criminológico del crimen y del delincuente —afirma el autor—, falta aún a pesar de las completas investigaciones empíricas de los últimos años; y la razón estriba —continúa— en el orden metodológico: en el planteamiento estrictamente «científico» (esto es: empírico) con que se orientan, al olvidar que hay realidades, como el crimen, que no se pueden comprender satisfactoriamente

(168) Cfr., MUÑOZ CONDE, F., *La resocialización*, cit., pág. 19.

(169) Así, en sentido crítico, MUÑOZ CONDE, F., *La resocialización*, cit., pág. 19.

(170) Es la objeción, tal vez, más extendida: Cfr., MÜLLER-DIETZ, *Strafvollzugsrecht*, cit., pág. 22, y amplia reseña bibliográfica contenida en nota 9; PETERS, K., *Die ethischen Voraussetzungen*, cit., págs. 511 y 512; Löw, *Individuelle und kollektive Schuld*, cit., págs. 92 y ss.

(171) Cfr., Löw, *Individuelle und kollektive Schuld*, cit., nota 14.

(172) Así, KUTCHINSKY, Cfr., KAISER, G., *Criminología*, cit., pág. 161.

(173) En este sentido, la matizada postura de KAISER, que parte de la necesidad de un planteamiento distinto al de la alternativa: «penar» o «tratar» (*Resozialisierung und Zeitgeist*, cit., págs. 368 y ss.).

(174) MUÑOZ CONDE, F., *La resocialización*, cit., pág. 22.

(175) Cfr., KAISER, G., *Resozialisierung und Zeitgeist*, cit., pág. 368.

desde una sola óptica, con desprecio de toda referencia al mundo de los valores. Cuanto más pretenda explicarse el delito—dice el autor citado—exclusivamente de la mano de la sociología, de la psicología o del psicoanálisis, tanto más fácil será encontrar mecanismos que expliquen el porqué de la comisión del delito, pero, también, tanto más se prescindirá del trasfondo ético y moral sin el que no cabe hablar de resocialización. Es necesario conectar con el mundo de los valores, de las grandes concepciones del hombre y de la sociedad, que quedan fuera de las ciencias empíricas del «dato». Lo contrario supondría reducir el problema de la resocialización a una técnica de correlación de fuerzas, y el hombre a una mera víctima de la misma (176).

La *criminología crítica* constituye, en nuestros días, la fuente de una política criminal alternativa (177), que parte de los datos poco armónicos y homogéneos suministrados por un sinfín de disciplinas extrajurídicas, y, fundamentalmente, por la denominada sociología criminal liberal (178). En lo metodológico supone un importante cambio del «objeto», culminando un proceso histórico que comenzó por examinar el «delito» primero, el «delincuente», después, y las «estructuras sociales» y procesos de interacción, por último (179). El planteamiento «interaccionista» (180), que ve en el crimen no una «cualidad ontológica de la acción», sino el producto de un proceso interaccionista, la resultante neutra de un poder social definitorio que se concreta a través de las denominadas «instancias criminalizadoras»; el paso de un planteamiento clásico «bio-psicológico», que cree encontrar en el propio individuo o en su «inadaptación» las causas del crimen, a un planteamiento macrosociológico, preocupado de poner de relieve las relaciones de funcionalidad o disfuncionalidad entre el «comportamiento desviado» y las «estructuras sociales»; y el salto cualitativo que supone la superación del «paradigma etiológico» de la criminología tradicional (181), con el consiguiente paso del examen de las «causas» del delito (teorías de la criminalidad) al de los «mecanismos de control social» del comportamiento desviado (teorías de la criminalización), son tal vez las notas más significativas de esta «nueva» o «joven» Criminología. En orden al pensamiento de la «resocialización», las consecuencias son obvias. Si la «crimina-

(176) *Die ethischen Voraussetzungen*, cit., págs. 511 y ss.

(177) Así, BARATTA, A., *Criminología crítica y política penal alternativa*, en *Revue internationale de Droit pénal*, cit., págs. 43 y 44 (y reseña bibliográfica allí citada).

(178) Cfr., reseña bibliográfica en BARATTA, A., *Criminología crítica*, cit., pág. 44, nota 3.

(179) Cfr., SCHUR, en *Abweichendes Verhalten*, I, cit., págs. 73 y ss.

(180) La acentuación de la nota «interaccionista», como particularidad metodológica y sus implicaciones, en H. J. SCHNEIDER, *Kriminalitätentstehung und -behandlung als Sozialprozesse. Kritische Überblick über die kriminologischen Kongresse im Herbst 1977*, JZ, 1972, pág. 192.

(181) Sobre esta característica fundamental de la Criminología crítica, vid. BARATTA, A., *Criminología crítica*, cit., págs. 44 y 45.

lidad» no es algo patológico, anormal, aislable, propio de una «minoría inadaptada», «externo» a la sociedad y que deba aniquilarse por completo, sino un comportamiento social normal, producto de las propias estructuras sociales, necesaria siempre que se mantenga dentro de ciertos parámetros, y que cumple importantes funciones; si cada sociedad tiene la criminalidad que merece (182) y que necesita; entonces, lejos del «optimismo naiv» que cree poder terminar con la criminalidad, o de «declarar la guerra» de la sociedad contra ésta (183), habrá que reconocer que no se puede atribuir el delito a deficiencias genéticas o psicológicas individuales, eludiendo el contexto social (184); que no se puede —ni se debe— terminar por completo con la criminalidad, ya que, en definitiva, es la sociedad la que produce tan pronto ciudadanos honrados como comportamientos desviados, siendo unos y otros, por igual, «funciones» y partes «integrantes» del sistema social (185). En dos palabras: que criminal sería la sociedad, al «producir» la criminalidad, a través de tres mecanismos: el mecanismo de producción de las «normas» (criminalización primaria), el mecanismo de aplicación de las normas o de «selección» (id. secundaria) y el mecanismo de ejecución de penas y medidas (186), pero nunca el individuo. Y que la meta no puede reducirse a criminalizar ni a resocializar, sino a modificar profundamente las estructuras sociales (187). La culpable es la sociedad, y, por tanto, no es el individuo quien tiene que resocializarse.

Del examen de los procesos de criminalización desprende la criminología crítica sus objeciones contra el Derecho penal «burgués» que, con sus «mitos» (igualdad ante la Ley, culpabilidad, legalidad, resocialización, etc.) trataría de encubrir y reforzar la realidad de unas situaciones de desigualdad y de dominio.

a") *Negación del ideal resocializador desde determinados sectores de la psicología y el psicoanálisis.*

Desde la psicología y el psicoanálisis, han procurado explicarse los ocultos mecanismos de la declaración de culpabilidad, concluyéndose que, en definitiva, se trata de un mito más; pues, con ellos —se dice— la sociedad se limita a satisfacer ciertas necesidades, sin que para nada cuenten los méritos o deméritos individuales. El individuo es, simplemente, el «chivo expiatorio» o cabeza de turco, en el que se proyectan y descargan las culpas propias. Pero

(182) SCHUR, en *Abweichendes Verhalten*, cit., I, pág. 73.

(183) SCHUR, *Abweichendes Verhalten*, cit., I, pág. 62.

(184) SCHUR, *Abweichendes Verhalten*, cit., I, pág. 54. O como afirma BARATTA, A. (*Criminología crítica*, cit., pág. 44): que no se puede partir de la criminalidad como dato ontológico que precede a la «reacción social» y al propio «Derecho Penal».

(185) SCHUR, *Abweichendes Verhalten*, cit., I, pág. 62.

(186) Así, BARATTA, A., *Criminología crítica*, cit., pág. 45.

(187) SCHUR, *Abweichendes Verhalten*, cit., I, pág. 78.

en cuanto titular de esta importante función —más bien víctima anónima y fungible— el delincuente no es culpable de nada, paga por los demás, por la sociedad, atrayendo la carga de agresividad, frustraciones y culpa que sus conciudadanos tienen que «liberar» (188). Por eso sería utópico y falso todo programa resocializador que pretenda incidir en el individuo y no considere las estructuras sociales. Es más, la declaración de culpabilidad, con arreglo a la teoría del «chivo expiatorio», es un mecanismo psicológico que explica la función de la «criminalidad», y explica, también, por qué se apela tanto a los cometidos «expiatorios» de la pena y, sin embargo, se tiene tan poco interés en la «resocialización» del penado (189). En puridad, no tiene sentido hablar de ésta. Porque es la propia sociedad, que necesita el crimen, la que está creando un «clima emocional» propicio a la pena, un «super-yo agresivo y destructivo» (190) contrario al indispensable fundamento «racional», de aquélla. La «etización», la particular «moral» dualista y la «psicología» retribucionista y categorial de nuestra sociedad son, en realidad, culpables del «envenenamiento» de la atmósfera social que hace inútil todo ideal resocializador (191). Su instrumento es la «pena retributiva», con su notable coloración moral, falta de toda capacidad de convicción; la absolutización de los valores: «lo bueno» y «lo malo», propia de las éticas dualistas, que rompen en dos partes y enfrentan al hombre, desencadenando los mecanismos de proyección y de expiación antes aludidos (192). En conclusión, más que examinar al delincuente individual, asocial o inadaptado, hay que examinar a la sociedad punitiva y su agresiva psicología, causa del clima inhumano y criminógeno que aquél padece. Y antes de hablar de resocialización debe desterrarse el Derecho penal «retributivo», reconocer el carácter «fragmentario» del Derecho penal y acelerar la retirada de éste hacia terrenos libres de toda implicación valorativa y moralizadora, con la consiguiente renuncia al pensamiento categorial (193).

Estos puntos de vista deben tenerse en cuenta, a pesar de que se hallan, también, muy cuestionados. La sociedad, desde luego, necesita del delincuente y del no integrado: porque en ellos des-

(188) Cfr., sobre la teoría del «chivo expiatorio», Löw., *Individuelle und kollektive Schuld*, cit., pág. 94 y ss.; NAEGELI, E., *Aspekte des Strafens*, en *Hat Strafe Sinn?*, 1974, Herder, págs. 36 y ss.; SESSAR, K., *Die Resozialisierung der strafenden Gessellschaft.*, cit., págs. 375 y ss.

(189) Cfr., SESSAR, K., *Die Resozialisierung der strafenden*, cit., pág. 375.

(190) Cfr., SESSAR, K., *Die Resozialisierung der strafenden*, cit., pág. 373. Un examen particularizado de esta carga de «agresividad» que implica el penar, por más que se trate de recubrir con «justificaciones metafísicas», en NAEGELI, E., *Aspekte des Strafens*, cit., págs. 35 y ss.

(191) Cfr., SESSAR, K., *Die Resozialisierung der strafenden*, cit., pág. 377.

(192) NAEGELI, E., *Aspekte des Strafens*, cit., págs. 40 y ss. SESSAR, K., *Die Resozialisierung der strafenden*, cit., págs. 378 y ss.

(193) Cfr., SESSAR, K., *Die Resozialisierung der strafenden*, cit., págs. 382 y 385.

carga sus afectos y agresividades (194), y porque el castigo recuerda la existencia de la norma infringida y actualiza la efectividad de los valores que subyacen a la misma. Pero la teoría de la «víctima propiciatoria» no explica por qué discurren como discurren los procesos de selección y control de la criminalidad. El modelo de «proyección» parece demasiado simplista. Es muy positivo su afán crítico y su preocupación por la humanización del sistema penal, así como su frecuente apelación a la responsabilidad solidaria de la sociedad, pero no satisface en cuanto respuesta al fenómeno complejo, global e integrador de la delincuencia. La teoría de la víctima propiciatoria puede hacer comprender que ciertas personas o grupos, son estigmatizados como «ovejas negras» y que así se cumple una función «expiatoria», «liberadora» y «consolidadora» de la propia sociedad; pero, como apunta Kaiser (195), no puede explicar por qué se elige a una y no a otra persona para cumplir este cometido, por qué se envía a la cárcel, por ejemplo, a diez —y no a una, a cien o a mil— y, por qué no basta con imponer una multa u otra sanción. La Biblia, al menos, lo atribuía a la «suerte»; Lombroso, al estigma corporal del delincuente; y la doctrina hoy dominante, al efectivo carácter nocivo del comportamiento del sujeto (196). La muy diferente reacción de la sociedad ante las diversas clases de criminalidad (por ejemplo: la de grupos inadaptados y la «white collar») parecen avalar la tesis contraria (197).

b") *La «resocialización» como «mito». Planteamientos contrarios a la misma desde la sociología y la criminología.*

Pero es desde la sociología y la criminología donde proceden las críticas más duras para el ideal resocializador.

Baratta, en un conocido trabajo (198), ha resumido aquéllas, calificando de «mito» y de meras «declaraciones ideológicas» (en el sentido marxista, esto es: en el de falsa conciencia que pretende legitimar instituciones sociales, atribuyéndolas funciones ideales distintas de las que realmente cumplen) los postulados básicos del Derecho penal de la sociedad (burguesa) de nuestros días. A su juicio, tales postulados son: 1.º El principio del bien y del mal. El delito es un mal para la sociedad, y el delincuente un elemento

(194) Así, KAISER, G., *Criminología*, cit., págs. 149 y 150, quien estima evidente la importancia de la «actitud» de la sociedad para el tipo de control y resocialización del delincuente. Así como comparte la tesis de que la sociedad necesita—si bien sólo en cierto sentido—a la criminalidad, que cumple una función.

(195) *Criminología*, cit., pág. 150.

(196) *Criminología*, cit., pág. 150.

(197) KAISER, G., *Criminología*, cit., pág. 150.

(198) BARATTA, A., *Criminologia liberale e ideologia della difesa sociale*. Estratto da: «La questione criminale», núm. 1, enero-abril 1975). Società ed., il mulino. Bologna, págs. 7 y ss.

disfuncional para el sistema. La sociedad encarna el bien. 2.º Principio de culpabilidad. El delincuente representa una actitud interior reprochable, antes incluso de ser contemplada en la ley, en cuanto violación de los valores y normas de la voluntad general. 3.º Principio de legalidad. El delito es la violación de la legalidad penal y, por ello, comportamiento de una minoría desviada. La Ley penal es igual para todos, como lo es la reacción efectiva del ordenamiento jurídico para quienes la infringen. 4.º Principio de legitimidad. El Estado, expresión de la sociedad, está legitimado para reprimir el crimen, a través de las instancias oficiales de control social. Estas interpretan fielmente la legítima reacción de la sociedad frente al comportamiento desviado. 5.º Principio del interés social y del delicto natural. El núcleo esencial del repertorio de delitos de los códigos representaría el catálogo de intereses fundamentales reales y de condiciones esenciales para la existencia de cualquier sociedad: los intereses comunes a todos los ciudadanos. 6.º Principio de la verdad procesal. La misión del proceso es el esclarecimiento de la verdad material, y en el mismo todos los ciudadanos son iguales, presumiéndose la inocencia de aquellos hasta la condena. 7.º Principio de la prevención. La pena no tiene la función de reprimir, sino la de prevenir. En abstracto, significa un contramotivo para el estamento criminal. En concreto, apunta a la resocialización del delincuente (198). Pero, frente a este mito de la «igualdad» formal, advierte el propio Baratta (200), se alza el hecho real innegable de la efectiva desigualdad que produce ese mismo Derecho penal, desigualdad que puede formularse con dos proposiciones: 1) El Derecho penal no defiende todos y solo los bienes en los cuales tienen igual interés todos los ciudadanos; y, cuando penaliza las ofensas a los bienes esenciales, lo hace con intensidad desigual y de modo fragmentario. 2) La ley penal no es igual para todos; el status de «criminal» se aplica de modo desigual a los sujetos independientemente de la dañosidad social de sus conductas y de la gravedad de las infracciones cometidas.

Todos los postulados transcritos, según Baratta, quedarían desvirtuados a tenor de los actuales conocimientos científicos que coordina la criminología crítica. Pero, sobre todo, gracias a las aportaciones del pensamiento «funcionalista», del «labeling approach» y demás metodologías interaccionistas. El ideal resocializador, por supuesto, como un «mito» más, correría la misma suerte.

Particular interés tiene el pensamiento funcionalista de Durkheim, para quien el delito debía estimarse «parte integrante» de la sociedad y la reacción social cumpliría la importante función de estabilizar y mantener vivo el sentimiento colectivo en los ciudadanos de conformidad con las normas» (201). Merton apor-

(199) BARATTA, A., *Criminología liberale*, cit., págs. 11 y 12.

(200) BARATTA, A., *Criminología crítica y política penal alternativa*, cit., pág. 45.

(201) Cfr., BARATTA, A., *Criminología liberale*, cit., pág. 13.

taría a esta dirección funcionalista su tesis de la «anomia», según la cual el comportamiento desviado es un comportamiento normal más, que responde al tipo «innovador» (frente a los de: «conformidad», «ritual», «apatía», y «rebelión», que integrarían las cinco modalidades del comportamiento social humano); y, en último término, a la contradicción existente entre «objetivos culturales» o «estructura cultural» y «medios institucionales» o «estructura social» (202). Desde ambos puntos de vista se llega a la conclusión de que la criminalidad es un fenómeno «social» y «normal» —no patológico—, inherente a toda estructura social y que cumple una función útil al equilibrio y desarrollo socio-cultural. Por otro lado, las teorías de la «subcultura criminal» demostrarán cómo los mecanismos de aprendizaje y de interiorización de las normas y modelo de conducta, constatables también en el hecho criminal, no difieren en nada de los mecanismos de «socialización» que explican el comportamiento normal, el no desviado: unos y otros operan de la misma manera. De modo que si la teoría de la «anomia» contribuye a una «relativización» del mundo de los valores, afirmando la «normalidad» del comportamiento criminal, la teoría de la subcultura, además de una negación de toda teoría normativa, implica una negación del propio principio de culpabilidad individual y de responsabilidad ética (202). Y si la «causa» del comportamiento desviado no reside en el hombre, sino en las estructuras sociales: ¿cómo puede hablarse de resocialización?

Como se ha dicho, dos son las etapas que han llevado a los umbrales de la sociología crítica: el giro del planteamiento teórico del autor a las estructuras sociales y el del interés cognoscitivo, de las causas de la desviación criminal al de los mecanismos sociales e institucionales que producen aquélla (criminalización primaria y secundaria) (204). En este proceso desempeña un papel decisivo la metodología interaccionista del «*labeling approach*», que no es una criminología del «autor», ni una teoría de la criminalidad, ni una teoría del delito, sino una teoría de la «criminalización», una criminología del sancionar, que analiza el comportamiento a través del cual ciertas personas o instituciones (instancias criminalizadoras) atribuyen a otra u otras un hecho punible —estigmatizándoles—, en virtud de ciertos procesos de definición, primero (criminalización primaria), y de selección, después (id. secundaria) (205). La «criminalidad» no es, pues, una cualidad negativa de la acción del sujeto, inherente a ésta, sino una «etiqueta social», el producto de complejos procesos sociales de interacción que se aplican a un suceso en sí mismo «neutro» (206). Un proceso,

(202) Cfr., BARATTA, A., *Criminologia liberale*, cit., págs. 13 a 16.

(203) Cfr., BARATTA, A., *Criminologia liberale*, cit., pág. 20.

(204) Cfr., BARATTA, A., *Criminologia crítica*, cit., págs. 44 y 45.

(205) Así, NAUCKE, W., *Las relaciones entre la criminología y la política criminal*, en Cuadernos de política criminal, 1978, núm. 5, pág. 98.

(206) Cfr. NAUCKE, W., *Las relaciones*, cit., pág. 97. Para una exposición de la metodología del «*labeling*», aplicada a la delincuencia «económica», e

afirma F. Tannenbaum (207) «de etiquetamiento, de definición, de identificación, de especialización, de descripción, de acentuación, de concienciación, de autoconcienciación», en el que toman parte no sólo el que realiza la acción, sino también los que reaccionan a la misma (208). Criminal es el que resulta «estigmatizado»: no todo el que infringe la norma penal, sino sólo aquel que recibe el «nuevo estatus» a través de los oportunos mecanismos de «selección», y que se verá sometido a un procedimiento ritual de degradación (209), asumiendo el «roll» criminal y, por tanto, la inevitable «desviación secundaria» que éste conlleva (210). La criminalidad es como un «bien negativo», sometido a los mismos mecanismos de distribución de los bienes positivos: el estatus, el roll, etc. (211). Si los procesos interaccionistas de definición y selección, y los de desviación primaria y secundaria (consecuencia de la estigmatización) constituyen los centros de interés del «labeling», la criminalidad de «white collar» y la «cifra negra», son los datos que maneja e interpreta con preferencia.

c") *Consideraciones críticas a la metodología funcionalista y al «labeling approach».*

Pero tanto las tesis funcionalistas, como la metodología del «labeling» —negadoras ambas de la propia idea de la «resocialización»— tienen sus puntos débiles.

Que todo programa resocializador que pretenda operar exclusivamente con medidas sobre el individuo —sin considerar las estructuras sociales— está condenado al fracaso, es evidente. La resocialización, como se ha dicho, se encuentra equidistante de la adaptación del individuo y la reforma de la sociedad. Pero contentarse con declarar culpable a la sociedad —exonerando al individuo— puede ser un mito más. Tal vez una salida fácilmente explicable, que consiste en «anonimizar» una responsabilidad que amenaza con convertirse en insoportable (212). En principio, la

interesantes consideraciones críticas de la misma, vid: BAJO FERNÁNDEZ, M., *Derecho penal económico. Aplicado a la actividad empresarial*. Civitas, 1978, páginas 59 y ss.

(207) TANNENBAUM, *Crime and community*, New York, 1938, págs. 19 y 20.

(208) Cfr., HOWARD S. BECKER, *Outsider*, 1963 (New York-London), pág. 14. Una exposición en H. J. SCHNEIDER, *Kriminalitätsteststehung*, cit., pág. 192.

(209) Cfr., H. J. SCHNEIDER, *Kriminalitätsteststehung*, cit., pág. 192, notas 5 y 6.

(210) Sobre el concepto de «desviación secundaria», vid., EDWIN M. LEMERT, *Human deviance, social problems and social control*, Englewood Cliffs/N. J. 1967, págs. 1107 y ss. Cfr., H. J. SCHNEIDER, *Kriminalitätsteststehung*, cit., pág. 192, nota 7.

(211) Así, BARATTA, A., *Criminologia liberale*, cit., pág. 29.

(212) En este sentido, H. MARCUSE, en *Suddeutsche Zeitung*, 34 de junio de 1972. Cfr., Löw., *Kriminalitätsteststehung*, cit., pág. 95. Así afirma SCEZESNY: «Ninguna propaganda, ninguna manipulación psicológica o política estará en condiciones de impedir el hecho de que la realidad humana se llame

esperanza de que un cambio de las estructuras permita terminar con el crimen es utópica, porque precisamente si éste es un producto de la sociedad, y no del individuo, cada tipo de sociedad producirá su «clase de delincuencia». Y de hecho esto es así (213). La experiencia, además, ha demostrado que una mejora sustancial de las estructuras sociales lejos de terminar con el crimen, no ha hecho sino engendrar una delincuencia distinta (214). Desde un punto de vista metodológico, cuando se abandonan todas las teorías monocausales de la criminalidad, cuando se rechaza, por su simplismo, el dogma de la «casualidad» y se prefieren explicaciones «plurifactoriales» del crimen, sugerir una lucha contra éste basada simplemente —y solo— en una mera sustitución de las estructuras sociales es una contradicción (215). La imagen «inhumana» de un programa resocializador que prescinde del mismo hombre, por último, puede esconder la apelación a una vacía reforma de las estructuras que, mientras llega —y suele tardar demasiado— no hace sino aplazar la lucha contra el retribucionismo sin ofrecer alternativas válidas al mismo. Lo que en el campo de la ejecución de la pena no favorece nada su necesaria «humanización», ya que ésta —la ejecución humanitaria o no humanitaria de la pena— en definitiva, no afecta para nada ni contribuye al perfeccionamiento de las «estructuras».

La metodología del «labeling approach» ha aportado una buena dosis de realismo y de sentido crítico. Hoy comienza a admitirse ya que el ordenamiento jurídico no es un compendio de normas positivas, sino el «derecho vivido», el derecho «efectivamente aplicado» (216). A lo que, sin duda, ha contribuido el «labeling», atento más al proceso de concreción de la norma a través de las instancias de criminalización (criminalización secundaria, estigmatización, desviación secundaria) que a la norma misma considerada en abstracto. El planteamiento «interaccionista», específico del «labeling», es una de las notas más características de las metodologías más avanzadas (217) y su dinámica promete excelentes fru-

siempre Meier, o Müller o Schulze» (*Das sogenannte Gute*, 1972, pág. 25), loc. cit.

(213) En cuanto a la criminalidad en los países socialistas y la existencia de «factores de criminalidad» neutros respecto al sistema, vid. KAISER, G., *Criminología*, pág. 54.

(214) La criminalidad del ocio, de la sociedad de consumo superdesarrollada, lo demuestra. Si la miseria produce criminalidad la saturación y el hastío también. Vid. sobre este tema, GIMBERNAT, E., *Relación general del colquio regional español*, cit., *Revue Internationale de Droit Pénal*, cit., XXVIII.

(215) Contra el simplismo de los monismos metodológicos que creen poder terminar con la delincuencia mediante la sola reforma de las estructuras sociales, vid. ALBERT K. COHEN, *Mehr Faktoren Ansätze*, en SACK, F.-KÖNIG, R., *Kriminalsoziologie*, págs. 219 y ss.

(216) Cfr., G. ENDRUWEIT, citando a ARTHUR KAUFMANN y a K. MAIHOFFER, en *Kriminologisches Journal*, editado por el círculo de jóvenes criminólogos, 1972 (4), pág. 65.

(217) Así, H. J. SCHNEIDER, *Kriminalitätstestung*, cit., págs. 191 y ss.

tos. No obstante, hay que convenir que esta joven orientación presenta serios reparos, aunque pretenda monopolizar el cientifismo más riguroso, la neutralidad política y el más saludable progresismo. Prescindiendo ya de temas accesorios, como el del lenguaje que utiliza —del que se ha dicho que es «intimidante», «agresivo», «cansino», «burocrático» e incluso «inhumano» (218)— parece indiscutible que el «labeling» adolece, hoy por hoy, de una excesiva carga especulativa (219), favorecida por el «eclecticismo metodológico», con el que trata de combinar signos y modelos heterogéneos, procedentes de la nueva fenomenología, de la filosofía del lenguaje, de la cibernética, etc., cuya idoneidad para integrar los resultados de las respectivas investigaciones es muy dudosa. Ha de descender, todavía, al terreno de lo concreto, para verificar sus postulados y apriorismos. Se han denunciado, también, su vacío fenomenológico y el desprecio que manifiesta respecto a los datos e investigaciones criminológicas ya realizadas. Parte —se dice— (220) del hecho «social» de la criminalidad, sin más matices, como si hubiera un cuadro unitario de la misma; sin distinguir, desde un punto de vista cualitativo ni cuantitativo, las diversas clases de delitos y de delincuentes; haciendo gala de una «globalización» y «vulgarización» del tema que pugna con la imagen diferenciada del crimen y de sus causas que arroja la criminología moderna. Todo queda reducido a una simplista explicación: a unos procesos sociales de interacción y al efecto criminalizador que producen ciertas instancias. Que éstas, de hecho, influyen en la criminalidad es de siempre sabido. Pero la «absolutización» con que el «labeling» afirma el carácter «constitutivo» de tal proceso «criminalizador», choca con la evidencia de «carreras criminales» que no han tenido contacto alguno con aquellas instancias (Administración de Justicia, policía, etc.) y viceversa: que la mayor parte de los jóvenes que alguna vez tuvieron contacto, no vuelven a delinquir (221). El número de expenados, por otra parte, que vuelven a cometer delitos de particular gravedad es muy reducido, y responde a características definibles, lo que habla contra la supuesta y exclusiva eficacia criminalizadora y definitiva de las denominadas: «instancias de criminalización» (222). El «labeling», al preocuparse del proceso de concreción de la norma a la realidad, se desentiende del momento previo: de la propia instancia legislativa (223), como si fuera irrelevante. Y sobreviene

(218) Así, NAUCKE, W., *Las relaciones entre la Criminología y la Política Criminal*, en Cuadernos de Política Criminal, 1978 (5), págs. 99 (traducción de E. BACIGALUPO, con la colaboración de A. ZUGALDÍA) y 100.

(219) En este sentido, *Dietrich Engelhardt*, en *Kriminologisches Journal*, cit., 1972 (4), págs. 58 y 59. Para Kaiser su mérito deriva más de sus pretensiones metodológicas que de sus resultados prácticos (*Criminología*, cit., pág. 157).

(220) D. ENGELHARDT, *Kriminologisches Journal*, cit., pág. 59.

(221) D. ENGELHARDT, *Kriminologisches Journal*, cit., pág. 59. No todos los delincuentes (que, por tanto, han tenido ya contacto con las «instancias.

lora, probablemente, el significado de hechos nunca desconocidos, como es el de la «cifra negra» (224). En todo caso, el «labeling» no es una teoría del autor, ni de la criminalidad (de sus causas), sino de la «criminalización», lo que no puede satisfacer enteramente. Porque, incluso si se acepta que aquélla se produce en virtud de ciertos procesos de «interacción», siempre quedará por responder una interrogante: por qué tales procesos discurren en la forma que lo hacen y cuáles son, a su vez, sus presupuestos, sus condiciones y sus causas: cómo y por qué se desencadenan y afectan a las personas que afectan (225). Finalmente, cabe apuntar dos objeciones más. La primera, en el campo «valorativo». El «labeling» en su intento de realizar un análisis científico, químicamente puro (226), rompe con toda consideración axiológica, vacía el delito de toda referencia normativa; lo trata como si fuera una «etiqueta social» que se aplica a un hecho social «neutro» y fungible. Con lo que, en definitiva, lo desvirtúa (227), porque es difícil explicar el «proceso»: «delito», prescindiendo de la carga social (des)valorativa, que le da todo su significado. Del «formalismo» de la teoría jurídica del delito se pasa al otro extremo: a un sociologismo que olvida lo específico del Derecho: el ámbito de lo normativo. La segunda objeción, muy relacionada con la anterior, es fundamentalmente práctica: el «labeling» al interesarse sólo por los procesos sociales de interacción y despreñar el mundo de los valores, no puede ofrecer —porque no lo tiene— un modelo (228) o referencia hacia el que se oriente la sociedad. No puede justificar ni orientar una «intervención» ni una «anticipación» al crimen. Desde un punto de vista criminológico y de política criminal, dicho vacío e indiferentismo puede ser peligroso. En todo caso, como ha puesto de manifiesto Naucke, no es lícito que pretenda atribuirse el monopolio del científismo, del neutralismo ni del progresismo. La supuesta prioridad de las teorías de la criminalización, basada en la dependencia de las teorías de la criminalidad de alguna «ontología» es un argumento esgrimido antes y después de Kant, pero

oficiales de criminalización») vuelven a cometer delitos de gravedad: Cfr., KAISER, G., *Resozialisierung und Zeitgeist*, cit., pág. 368.

(222) Cfr., KAISER, G., *Resozialisierung und Zeitgeist*, cit., pág. 368.

(223) En este sentido, JOHANNES FEEST, *Kriminologisches Journal*, cit., 1972 (4), pág. 63.

(224) Así, NAUCKE, W., *Las relaciones entre la Criminología y la Política Criminal*, cit., pág. 107.

(225) Tal vez es la objeción más esgrimida contra el «labeling approach». Cfr., NAUCKE, W., *Las relaciones entre la Criminología y la Política Criminal*, cit., pág. 110; ENDRUWEIT, G., *Kriminologisches Journal*, cit., pág. 65; HANS HAFERKAMP, en *Kriminologisches Journal*, cit., págs. 66 y 67.

(226) El «labeling» se presenta como método científico químicamente puro, acusando a las teorías tradicionales de la criminalidad de depender de un «ontologismo» poco científico. Sin embargo, tal objeción, antes o después de Kant, no es de excesivo peso en la teoría del conocimiento (Cfr., NAUCKE, W., *Las relaciones*, cit., pág. 102).

(227) Así, NAUCKE, W., *Tendenzen*, cit., pág. 40.

(228) Así, D. ENGELHARDT, *Kriminologisches Journal*, cit., pág. 60.

no excesivamente convincente desde el punto de vista de la teoría del conocimiento (229). La neutralidad de las teorías de la criminalización no es ni más ni menos cierta que la de las teorías de la criminalidad, pues unas y otras conectan —aunque se trate de negar— con una determinada concepción de la sociedad y con una determinada política criminal (230). Por último, el progresismo del «labeling» —que no puede discutirse— puede sugerir una alternativa que sería falsa: pues sería falso tachar de reaccionarios a todos los representantes de las tradicionales teorías de la criminalidad (231). Podría recordarse, en este sentido, lo que ya he expuesto a propósito de una alternativa similar: que existe un retribucionismo liberal y un retribucionismo reaccionario, igual que existe un programa resocializador liberal y otro que no lo es (232).

VI. Conclusiones.

1) Con frecuencia, el pensamiento de la resocialización suscita una drástica alternativa, que se plantea como «test» de la actitud del jurista. Este ha de decidirse: sí o no a la resocialización. Y, entonces, el «sí» se interpreta como síntoma de «actitud progresista», y el «no», como expresión del tradicional «retribucionismo». En la opción juega un papel decisivo el «modelo» social, la imagen de la sociedad ideal que pretende construirse.

Este trabajo pretende poner de relieve que el problema es mucho más complejo, que no puede preguntarse, sin más, si se comparte o se rechaza la idea de la resocialización, porque ésta puede significar —y de hecho significa— muchas cosas distintas. Puede contestarse «sí» o «no» a esta u otra opción, pero habrá siempre que precisar previamente qué es lo que se entiende por «resocialización». Esto es: cuál es el modelo de sociedad que se toma de referencia, cuáles son las normas y valores básicos de la misma, qué grado de aproximación ha de exigirse al individuo respecto a las pautas del grupo y por qué medios pretende conseguir dicho acercamiento o identificación. Pero, del mismo modo que no es válida la alternativa: sí o no a la resocialización, tampoco cabe identificar toda tesis positiva a la resocialización como «actitud progresista», ni tachar de «conservador» o «retribucionista» a quienes la rechacen. En la «resocialización» se esconden, a veces, verdaderos pretextos defensistas. Constituye, otras, la línea de retirada del (neo)retribucionismo. Y es tachada de ilegítima e inadmisibles por las tesis más progresistas.

2) El justificado y trascendental auge de las ciencias «sociales» y el evidente trasfondo ideológico del problema hace que éste se plantee, fundamentalmente, en torno a los respectivos «modelos».

(229) NAUCKE, W., *Las relaciones*, cit., pág. 102.

(230) NAUCKE, W., *Las relaciones*, cit., págs. 103 y ss.

(231) NAUCKE, W., *Las relaciones*, cit., pág. 104.

(232) NAUCKE, W., *Tendenzen*, cit., pág. 18.

Se traslada el centro de gravedad del hombre a las estructuras sociales y a los procesos de interacción social. Importa más la bondad de los respectivos modelos sociales que el propio proceso de aproximación o identificación del individuo a las normas de los mismos, y la legitimidad de los medios empleados en los procesos de «aprendizaje».

Este trabajo pretende poner de manifiesto, en tal sentido, dos reflexiones. Una, de mera coherencia. El problema de la resocialización no puede plantearse en los mismos términos en la sociedad monista y en la sociedad pluralista. Dicho de otro modo: tan contradictorio es propugnar la resocialización desde el modelo liberal clásico, como no exigirla un estado social intervencionista que se encuentre en una fase avanzada. No puede extrañar, por ello, que el neomarxismo rechace la meta de la resocialización (a la sociedad burguesa) en las democracias occidentales, y que, sin embargo, la invoquen y la practiquen, con todo convencimiento (a la sociedad socialista) las democracias populares. La segunda reflexión es de índole metodológico. Creo que es un error convertir el debate sobre la resocialización en un debate ideológico sobre los respectivos modelos sociales. Por supuesto, no ha de tratarse de comparar esquemas abstractos, sino modelos «reales», vigentes. La resocialización debe abordarse «aquí» y «ahora»: a la sociedad de hoy —no a una futura sociedad que no existe, por deseable que sea—; y ponderando el impacto real y efectivo de los medios resocializadores (?) con que esa sociedad cuenta. Es decir, partiendo de los resultados que arrojan las investigaciones empíricas sobre los efectos de la «pena», en su actual forma de ejecución, y del «tratamiento», tal y como hoy efectivamente se practica. Pero, sobre todo, entiendo que no debe tratarse de un mero debate ideológico sobre modelos sociales, en el sentido de que no basta con la discusión sobre éstos: a mi juicio, es necesario trasladar el centro de gravedad al proceso de aprendizaje social, a los mecanismos, técnicas y métodos que emplea el grupo para forzar la interiorización de sus normas. En una palabra: más que los modelos (concretos), hay que analizar la dinámica de la resocialización. Sus medios, la legitimidad de éstos, el impacto que producen en el individuo, los límites que deben imponerse a todo proceso de aprendizaje social.

3) El pensamiento de la resocialización es un cajón de sastre y una caja de sorpresas. Un lema bajo el cual militan muy distintas concepciones del Derecho. Hay en él muchas y nobles esperanzas, pero también, muchas y absurdas contradicciones, utopías, mitos, e incluso bellas palabras que encubren engañosos afanes represivos.

Pero todos invocan la «resocialización». Tanto los preventivistas, como los neorretribucionistas. Tanto en nombre de la necesaria defensa de la sociedad, y como mejor garantía de la misma, como en nombre de desinteresados y altruistas programas tute-

lares. Sin que parezca importar la concepción del hombre y del Derecho que se profese: lo mismo si se ve en el delincuente un salvaje peligroso que hay que domesticar, que si se le concibe como un minusválido necesitado de ayuda, un retrasado social a quien hay que sacar de su aislamiento, o una víctima de las estructuras injustas.

Aunque, tal vez, el mayor contrasentido reside en convertir el pensamiento de la resocialización en una meta absoluta del actual sistema penal de nuestra sociedad. A pesar de que los 2/3 de la delincuencia de ésta no necesita de resocialización alguna, por tratarse de delincuentes perfectamente socializados. A pesar de que sigue incrementándose la tasa de reincidentes —del otro tercio— sector del que proceden la mayor parte de los individuos no susceptibles de resocialización, incorregibles. Y a pesar de que está comprobado que los actuales sistemas penales no se orientan precisamente hacia la resocialización del delincuente. Porque en ciertos sectores de la criminalidad preocupa de forma casi exclusiva la prevención general (tráfico, delincuencia económica, delincuencia política violenta, contravenciones, etc.). O porque la naturaleza de las penas que efectivamente se aplican y el modo en que hoy por hoy se aplican, producen el efecto contrario (vg. penas perpetuas, penas privativas de libertad, etc.). ¿No parece contradictorio que un país pionero en el pensamiento de la resocialización, como Alemania, se queje del retraso en que se encuentra el proceso de individualización y de ejecución de las penas privativas de libertad, al que suele calificarse de «escandaloso»? ¿No es paradójico que un sistema, como el alemán, en el que el 90 por 100 de las penas efectivamente impuestas son penas «pecuniarias», se pretenda servir al fin de la resocialización?

4) Cuatro de las soluciones básicas que se ofrecen al problema de la resocialización me parecen insatisfactorias.

a) Para la doctrina dominante, resocialización significa «ejecución» resocializadora de la pena; ejecución humanitaria, tendente a la «reinserción» del penado. Sus premisas son dos: la idea de que la pena es un mal lo suficientemente gravoso y destructivo, como para que no se añadan al mismo, en la fase de su ejecución, males adicionales innecesarios; y el principio de corresponsabilidad social, que hace solidaria a la comunidad de la suerte futura del penado, igual que es, también, beneficiaria, del progreso y del esfuerzo de todos los conciudadanos.

Comparto las exigencias derivadas de ambos principios, pero creo que —precisamente por la evidencia de los mismos— ni es un tema problemático, ni afecta al pensamiento de la resocialización, en sentido estricto.

Esta tesis, a mi juicio, se enfrenta demasiado tarde con el problema de la pena y lo hace con un peligroso sentido acrítico. Pues, en efecto, no analiza la pena como control social, como institución, sino la pena efectivamente impuesta. Se parte de la pena

ya impuesta, planteando la necesidad de su «ejecución» resocializadora. Pero, no se cuestiona la propia justificación de la pena, ni se analizan críticamente los modelos sociales, con lo que la aparente «neutralidad» de esta solución tenderá a consolidar ciegamente cualquier «status quo». Por otro lado, creo que esta tesis opta por cerrar los ojos a datos empíricamente comprobados, acudiendo a la ficción de distinguir entre «fines» de la pena y fines de la «ejecución» de la pena. Pues si se parte de que la pena es un «mal», y somos conscientes de que produce un efecto destructivo y estigmatizador, el supuesto efecto «resocializador» con que se recompensa al delincuente al ejecutar aquel «mal», parece no puede ser, a lo sumo, más que un mito o un eufemismo.

b) Para los programas resocializadores «máximos», a la pena incumbe, además, la función de facilitar el proceso de identificación del individuo al modelo de valores y normas del grupo; de interiorización de los mismos, allanando el camino de la reinserción del penado a la comunidad jurídica. Una función, pues, «pedagógica».

A mi juicio, tal planteamiento es inadmisibles, tanto si se predica en nombre de una determinada moral, como del humanismo. Pugna con la más modesta función del Derecho penal en la sociedad democrática pluralista, que no es, desde luego, ni la de moralizar ni la de adoctrinar. Olvida que la «resocialización» implica necesariamente un proceso recíproco de «interacción»: sociedad-individuo, individuo-sociedad, que, por tanto, no puede trazarse unilateralmente ni desde el individuo, ni desde la sociedad. Y olvida, sobre todo, que si la resocialización supone un proceso «pedagógico», el modelo que ofrecen estos programas máximos no es el de «autodeterminación», sino el de «imposición», absolutamente contraindicado para una sana, eficaz y duradera interiorización de normas y valores. Hablar de resocialización —hacia un determinado modelo— sin la previa discusión de éste; sin que todo ciudadano pueda contribuir a su definición, corrección o sustitución por otro; o sin que se analice la legitimidad de los medios empleados para conseguir la fidelidad del individuo, es un mero pretexto defensivo. Los modelos sociales han de ser modelos abiertos y flexibles. Y la función «pedagógica», insustituible, desde luego, y más eficaz que la represiva debe fomentarse: ¡pero no a través de la pena, que es el resorte pedagógico menos indicado!

c) Para un sector doctrinal muy heterogéneo, resocialización no significa mucho más que «antirretribucionismo». Se trata, pues, de un lema, de una bandera bajo la que militan muy distintas concepciones, que sólo tienen en común un dato negativo: el rechazo a las teorías absolutas de la pena. A los modelos, entre otros muchos, cibernéticos, asistenciales, estructuralistas o funcionalistas ya me he referido en su lugar, al que me remito.

Considero positivo el esfuerzo desplegado por superar la fundamentación absoluta de la pena, y la función unificadora que ha

desempeñado el impreciso —deliberadamente impreciso— término «resocialización», en este sentido. Pero creo no merece el mismo juicio la gran cantidad de opciones, a veces contradictorias —y la ambigüedad de sus respectivos contenidos y programas— que se amparan bajo un lema que se ofrece y presenta como alternativa única y global.

El monopolio del progresismo y de la pureza metódica que algunos de estos sectores se atribuyen, me parece, también, rechazable. En cuanto al primero, porque no se puede olvidar que las teorías absolutas tuvieron como soporte histórico-político el Estado liberal. Son, tal vez, algunos de los partidarios de un «sí» testimonial a la «resocialización» quienes tendrían que dar pruebas de su sincera profesión «liberal»; porque carecemos aún de precedentes históricos, en cuanto al posible desarrollo total de un sistema humanitario basado en la idea de la prevención especial. Y, porque no parece viable la necesaria «limitación» del «ius puniendi» estatal previa renuncia o superación de ciertas garantías y conquistas del denominado Estado «burgués». En cuanto al monopolio del cientifismo, reitero lo ya dicho. Cuando en las propias ciencias del dato se rechazan, por simplistas, los planteamientos «causales» y «monistas»; cuando se acude, cada vez más, a tesis «plurifactoriales» para «explicar» el crimen, o incluso se habla, con buena dosis de realismo del «punto cero» de la criminología, o de que el crimen, hoy por hoy, es todavía, un «acertijo», ¿cómo puede creerse en geniales descubrimientos metodológicos?

d) Finalmente, el sector más «crítico» de la doctrina rechaza la idea de la resocialización; o, lo que viene a ser lo mismo: prefiere referirse a la «resocialización de la sociedad» y al cambio de sus estructuras criminógenas. El auge de las ciencias «sociales», que fascinan incluso con su criptolenguaje; y la imposición avasalladora de los métodos «interaccionistas» explican que hoy se vuelvan los ojos a la sociedad, a sus estructuras, a su psicología «sancionadora», superándose el tradicional «paradigma etiológico» del crimen.

He de expresar, sin embargo, mis reservas hacia todo programa resocializador que prescinda del hombre y cuente sólo con las estructuras. Los planteamientos «despersonalizados», terminan siendo «inhumanos». El fantasma de la «utopía» estará siempre al acecho. Porque las reformas estructurales siempre tardan demasiado en llegar, si es que llegan, y mientras la situación sigue siendo la misma. El peligro de que se consolide el «status quo», y de que el sistema de ejecución de las penas sea inhumano parece obvio, pues, en definitiva, éste no afecta a la modificación de las estructuras sociales.

Con lo que si las tesis del apartado a) aceptaban todo, y aportaban poco, dado su escaso criticismo, estas otras, por cuestionar todo, corren el peligro de poder aportar menos aún que aquéllas. De hecho, por último, la experiencia ha demostrado que el cambio

de las estructuras no termina con la criminalidad, sino que produce una criminalidad distinta. Porque el delito no es patrimonio de los desheredados, de los marginados sociales (233); ni el delincuente es el otro, el inadaptado, el antisocial (234); ni tiene sentido pretender el aniquilamiento total de la criminalidad, sino el control de la misma dentro de ciertas tasas razonables (235), lejos de una utópica actitud optimista «naïv».

5) Tampoco me parece realista la supuesta alternativa: pena o tratamiento. Hoy por hoy, estimo que no son incompatibles. A la pena no podemos aún renunciar, por razones de prevención general. El tratamiento, aunque no es tampoco un sustitutivo global de la pena, si ha producido en algunos sectores de la delincuencia resultados satisfactorios. Con ayuda de los datos que suministren las ciencias empíricas, y discriminando, prudentemente, los muy distintos tipos de autor, debe progresarse en esta dirección. Pero hay que evitar el simplismo fácil de las rotundas alternativas. El futuro no puede depender de la opción entre la prevención general, proclive al «terror», y la prevención especial, que convierte la pena en mera medida de higiene social.

6) Pero el Derecho penal llega demasiado tarde, y sus efectos son, normalmente, destructivos. ¡Cómo no compartir el sueño de Radbruch; el sueño de padecer no un mejor Derecho penal, sino algo mejor que el Derecho penal! Dicha meta, sin embargo, ha de ser fruto de un proceso.

El primer paso consiste en limitar las pretensiones de política criminal en cuanto a la actitud frente al delito. Ver en éste un fenómeno normal que hay que controlar, pero no erradicar. Que hay que asumir, tolerar siempre que se mantenga dentro de ciertas cuotas, y no desterrar. Una sociedad sana no puede desear la «paz: de los cementerios».

El segundo implica una anticipación realista al delito, incidiendo en sus causas, y no, tardíamente, en sus manifestaciones. Un examen crítico de las estructuras sociales, y la oportuna transformación de las mismas a través de una eficaz y progresiva política económica y social capaz de reducir las desigualdades e injusticias. Antes de castigar la lesión de un bien jurídico, es más importante y eficaz fomentar en el ciudadano el respeto positivo y activo hacia tales bienes jurídicos. Ahora bien, en esta labor pedagógica todavía no ha de intervenir el Derecho penal.

El tercer paso consiste en asignar al Derecho penal la modesta función de prevenir razonablemente la reincidencia. Sin apelar a bellas palabras ni a coartadas metafísicas. Este es el cometido básico del Derecho penal, que, además, debe llevarlo a cabo respetando su naturaleza «subsidiaria». Cediendo ante cualquier otro

(233) Cfr. RODRÍGUEZ DEvesa, J. M.^a, *Alegato contra las medidas de seguridad en sentido estricto*, Anuario de Derecho Penal, 1978. Separata, pág. 7.

(234) Así, RODRÍGUEZ DEvesa, J. M.^a, *Alegato*, cit., pág. 7.

(235) Así, RODRÍGUEZ DEvesa, J. M.^a, *Alegato*, cit., pág. 7.

resorte de semejante eficacia y de menor capacidad destructiva, esto es, sólo como «última ratio». Y procurando la deseada y paulatina sustitución del mismo por otros controles sociales no penales: controles que, por más que sigan actuando «represivamente», pues no hay controles sociales «neutros», contarán, sin duda, con una menor carga estigmatizadora.

En definitiva, y parafraseando una frase muy conocida, la historia del Derecho penal más que la historia de su «desaparición» es, y debe seguir siendo, la historia de su progresiva «racionalización».

El no reintegro de cantidades anticipadas para construcción de viviendas como modalidad de apropiación indebida

LORENZO MORILLAS CUEVA

Profesor Adjunto Numerario de Derecho Penal en la Universidad de Granada

SUMARIO: I, *Introducción*.—II, *Elementos*. 1. Elemento objetivo. A) Sujetos del delito. A') Sujeto activo. B') Sujeto pasivo. B) Conducta típica. A') Conducta descrita. A'') La entrega de cantidades a cuenta. B'') La no devolución de las cantidades recibidas. B'') Naturaleza de la obligación. C') Diferencias con figuras afines. A'') Con hurto. B'') Con estafa. 2. Elemento subjetivo.—III *Iter criminis*.—IV, *Pluralidad de acciones y unidad de delito*. 1. Delito continuado. 2. Delito masa.—V, *Penalidad*.—VI, *Conclusiones*.

I. INTRODUCCION.

La realidad social y política de España en la década de los años cuarenta engendra una amplia gama de problemas económicos de enorme envergadura. Uno de los más importantes es el de la escasez de viviendas, que repercute en una serie de efectos negativos para el ciudadano: promiscuidad, chabolismo, condiciones de habitabilidad inadecuadas, delincuencia, etc. (1). Esta carestía se intenta solucionar con la edificación de nuevas viviendas que en ningún momento guarda relación con el crecimiento demográfico y con las necesidades de la población. Dos son las vías para obtener un piso: el arriendo y la compra, ésta asequible exclusivamente a las minorías económicamente fuertes. Por tanto, para la gran mayoría de familias modestas únicamente quedaba una: el alquiler.

Semejantes factores sociales y las propias limitaciones que imponía la legislación de arrendamientos urbanos, dirigidas a impedir los abu-

(1) Vid., sobre la influencia de la vivienda como factor criminógeno: AFTALIÓN, Enrique R., *Derecho penal económico*. Buenos Aires 1959, páginas 242 y ss. FERNÁNDEZ ALBOR, Agustín, *El agio arrendaticio* (en torno a las primas por arrendamiento de vivienda), Madrid 1969, páginas 29 y ss. LÓPEZ-REY, Manuel, *Criminología*, tomo I, Madrid 1975, páginas 400 y ss.

sos provenientes de esta necesidad producen una situación excelente para el nacimiento de la especulación alrededor de la vivienda. La primera manifestación, apunta Fernández Albor, se origina con una serie de arbitrariedades por parte de algunos arrendadores de viviendas en forma de primas de traspaso, con frecuencia muy elevadas, que repercuten sobre el precio normal de los alquileres y dan nacimiento a una nueva forma delictiva y a un tipo de delincuente (2).

Para evitar las primas por arrendamiento de viviendas se dicta la ley penal especial impropia de 27 de abril de 1946, cuyo contenido es el siguiente: Artículo 1.º: «El que para arrendar, subarrendar, traspasar o de otro modo ceder, total o parcialmente, el uso de vivienda, cobre en concepto de prima cualquier cantidad, además de la que pretenda percibirse por su alquiler, cometerá el delito a que se refiere el artículo 540 del Código penal, y serán coautores del mismo cuantos traten de lucrarse o se lucren con la dádiva». Artículo 2.º: «El agio cuya ilicitud declara el artículo anterior se reputará fraude sobre objetos de primera necesidad, siendo de aplicación a todos los efectos el artículo 541 del Código penal. Ello no obstante, los Tribunales, atendiendo a las circunstancias de cada caso, y especialmente a la cuantía del agio, podrán imponer la pena en sus grados mínimo o medio, salvo cuando el reo fuera reincidente, en que la pena se impondrá en su grado máximo». Con posterioridad, en el ámbito civil se promulgan las Leyes de 31 de diciembre de 1946 y 21 de abril de 1949, que intentan coadyuvar a la protección de los inquilinos contra los abusos de los propietarios.

La aplicación de la Ley de 1946 no logra las finalidades que se proponía, produciéndose nuevas modalidades comisivas de difícil detección legal, las cuales originan una importante cifra negra y hacen del agio una institución conocida y soportada por el pueblo que proporciona saneados beneficios a los que a esta actividad se dedican. En este sentido, Fernández Albor acepta que la aplicación de la Ley evidencia cómo son muy pocos los casos en que efectivamente se impone en proporción con las muchas veces que el delito se comete (3). Se empieza a desarrollar en España la delincuencia invisible de cuello y corbata (4) que tanta proliferación e impunidad ha tenido durante largos años en nuestro país, dado que las valoraciones colectivas a este respecto mediatizadas por el aparato ideológico del poder no han sido ni son todo lo reprobatorias que debieran.

En los años posteriores el rudimentario proceso económico-financiero se transforma paulatinamente con la introducción de nuevos factores que imprimen un ritmo mayor que altera notoriamente la problemática de la vivienda. De entre estos factores podemos destacar con

(2) FERNÁNDEZ ALBOR, Agustín, *El agio...*, cit., pág. 28.

(3) *Ibid.*, pág. 29.

(4) Semejante calificación se puede encontrar en: AFTALIÓN, Enrique R., *Derecho Penal...*, cit., pág. 26. Vid. también KAISER, Günther, *Criminología*, Madrid 1978, págs. 209 y ss. FERNÁNDEZ ALBOR, Agustín, *Estudios sobre criminalidad económica*, Barcelona 1978, págs. 9 y ss.

Aftalión los siguientes: a) la aceleración del crecimiento demográfico —en España propiciado y premiado por el propio Estado—; b) las inmigraciones canalizadas del campo hacia la ciudad, provocadas por el proceso de industrialización del país; c) el aumento sufrido por los costos de la construcción; d) el fuerte retraimiento de los inversores inmobiliarios que justificándose en presuntas pérdidas soportadas por el alquiler, sólo construyen viviendas para sus necesidades, para el comercio, para venta o para propiedad horizontal, pero pocas veces para arrendar; e) la progresiva acentuación del deterioro de los edificios viejos, que no son reparados, ni demolidos para reemplazarlos por otros nuevos por las dificultades que ofrece en la práctica el desalojo de los inquilinos (5).

Esta nueva crisis de la vivienda se compensa de alguna manera con el despegue económico iniciado en España a partir de los años sesenta. Hasta entonces la necesidad de ser propietario de un piso no era acuciante, ante la posibilidad del alquiler. Es en estos años cuando la clase media piensa en la viabilidad de adquirir su propia vivienda. Por tanto, dos causas influyen notoriamente: la escasa construcción para alquilar y el auge del sistema de compra. A ellas hay que unir la actividad de la Administración tendente a estimular la construcción de viviendas en su deseo no conseguido de resolver uno de los mayores problemas de la época.

El cambio de vivienda-arrendada a vivienda-propiedad engendra una nueva serie de dificultades jurídicas y sociales que requieren una regulación adecuada y conveniente; al no lograrse totalmente este anhelo se abre la puerta a la carrera de la especulación que busca desenfrenadamente la obtención de mayores y mejores beneficios.

Uno de los problemas fundamentales que plantea semejante situación es la entrega por parte del comprador de una vivienda de cantidades a cuenta. En este sentido, el Decreto de 3 de enero de 1963 sobre viviendas de renta limitada intenta prevenir los posibles abusos que se daban cuando en la construcción de viviendas con protección y ayuda del Estado los promotores pactaban con los futuros beneficiarios la entrega de estas cantidades sobre la base del simple otorgamiento de la calificación provisional. El Decreto, de carácter exclusivamente administrativo, encauza la financiación parcial de las obras mediante ese procedimiento con una serie de garantías y cautelas exigidas a los promotores para, según el propio Decreto, salvaguardar los intereses de los beneficiarios aportantes sin restringir la iniciativa de los promotores de buena fe.

A pesar del Decreto citado se dejan sin protección el resto de construcciones urbanas destinadas a vivienda sin la cobertura oficial, y en las que de igual manera los promotores reciben cantidades anticipadas de los futuros titulares. Esta laguna se intenta subsanar con la

(5) Vid., AFTALIÓN, Enrique R., *Derecho penal...*, cit., pág. 248. El estudio de Aftalión está dirigido a la realidad argentina. No obstante, pueden trasladarse perfectamente los factores enunciados a la problemática española.

Ley de 27 de julio de 1968, que regula la percepción de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, completada por los Decretos de 10 de agosto y 12 de diciembre de 1968.

La Ley, de naturaleza penal especial impropia, consta de siete artículos. Cinco de ellos de carácter exclusivamente administrativo y civilístico (6). El primero y el sexto, por contra, son de bifronte contenido, orientados en una doble vertiente de carácter civil una y penal típicamente otra (7). El artículo primero impone las siguientes obligaciones: a) Garantizar la devolución de las cantidades entregadas más el 6 por 100 de interés anual, mediante contrato de seguro otorgado por entidad aseguradora inscrita y autorizada en el Registro de la Subdirección General de Seguros o por aval solidario prestado por entidad inscrita en el Registro de Bancos y Banqueros, o Caja de Ahorros, para el caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin por cualquier causa en el plazo convenido. b) Percibir las cantidades anticipadas por los adquirentes a través de una entidad bancaria o Caja de Ahorros, en las que habrán de depositarse en cuenta especial, con separación de cualquier otra clase de fondos pertenecientes al promotor y de las que únicamente podrá disponer para las atenciones derivadas de la construcción de las viviendas. Para la apertura de estas cuentas o depósitos la entidad bancaria o Caja de Ahorros, bajo su responsabilidad, exigirá la garantía a que se refiere la obligación anterior.

El artículo sexto castiga el incumplimiento por el promotor de lo dispuesto en la Ley con una multa por cada infracción. Su párrafo 2.º pena la no devolución por el promotor al adquirente de la totalidad de las cantidades anticipadas como falta o delito sancionados en los artículos 587, número 3.º y 535 del Código penal, en este último supuesto se impondrán las penas del artículo 528 en su grado máximo. Lógicamente, como recoge la propia Ley, el cumplimiento del artículo 1.º invalida la efectividad del párrafo 2.º del artículo 6.º, ya que la cuenta separada y el aval de lo que procediera devolver en caso de incumplimiento, garantizaría en todo caso la devolución voluntaria o judicialmente forzada de lo adelantado, como solución supletoria y optativa por la no entrega de lo contratado (8).

El artículo 535 del Código penal, al cual principalmente se remite la Ley, tipifica la apropiación indebida incluida en la Sección 4.ª del Capítulo IV (De las defraudaciones), del Título XIII (Delitos contra la propiedad). En este sentido la Sentencia de 28 de octubre de 1975 considera que la Ley no viene a ser más que una forma, acaso irregular, de interpretación «auténtica» del artículo 535, al puntualizar y prevenir en el artículo 6.º, párrafo 2.º que la no devolución se entiende encasillada en el antijurídico penal común citado, y de paso creando una agravación específica por motivos socio-económicos cuan-

(6) Artículos 2.º, 3.º, 4.º, 5.º y 7.º.

(7) Vid., en este sentido, Sentencia de 2 de mayo de 1977 (*Repertorio Jurisprudencia Aranzadi* 2056).

(8) Vid., sentencia cit.

do esta apropiación gravita sobre la promoción de construcción de viviendas (9). Semejante afirmación será matizada más adelante.

En otro orden de cosas, la Ley, como sucedió con el Decreto anterior, no prevé todas las hipótesis necesitadas de protección, así lo demuestra la aparición, meses después, del Decreto 12 de diciembre 1968, que aplica lo dispuesto en la Ley a la construcción de viviendas que no sean de protección oficial, por medio del régimen de comunidad (10).

II. ELEMENTOS

Al presentarse «ex lege» la tipicidad especial del artículo 6.º de la Ley como una modalidad de apropiación indebida, sus elementos fundamentales coinciden de alguna manera con los de la apropiación. No obstante, al ser una figura especial muestra también características peculiares. A ellas vamos a prestar particular interés. A título de ejemplo, y como cita con exclusivo carácter de introducción, la Sentencia de 20 de marzo de 1978 (R.J.A. 1044) enumera separadamente caracteres de una y otra. Los requisitos que integran el delito de apropiación indebida los resume en los siguientes: a) En cuanto al objeto, se ha de tratar de dinero, efectos o cualquier otra cosa mueble. b) En cuanto al título, ha de mediar una recepción de tales objetos, bien mediante depósito, comisión, administración, comodato, arrendamiento de obras o de servicios o cualesquiera otro que transmita legítimamente la posesión de aquéllos, mas sin atribuir el dominio o la disponibilidad sobre las cosas. c) Respecto a la dinámica de ejecución, o acción propiamente dicha, ya delictiva, el agente recibe los referidos objetos, y aprovechando las facilidades que la tenencia física e inmediata de las cosas, convierte la posesión legítimamente adquirida, con ciertas facultades de autónoma disposición, en propiedad antijurídica, asumiendo facultades de disposición que sólo al dueño competen, bien incorporando las cosas a su propio patrimonio, bien disponiendo de ellas en provecho propio o ajeno, o distrayéndolas del destino que debería darles según el título por el que las recibió o negaren haberlas recibido. d) Animo de lucro o propósito de obtener en beneficio propio o ajeno, elemento este esencial de la culpabilidad (11). En cuanto al no

(9) Vid., Sentencia 28 de octubre de 1975 (R. J. A. 4022).

(10) En este sentido: SAPENA TOMÁS, Joaquín; CERDÁ BAÑULS, Jerónimo, y GARRIDO DE PALMA, Víctor Manuel. *Las Garantías de los adquirentes de viviendas frente a promotores y constructores*. En Ponencias presentadas por el Notariado español a los Congresos Internacionales del Notariado Latino. XIII, Barcelona 1975, pág. 91. Por contra, la Sentencia de 14 junio 1977 (RJA 2749) parece ampliar las tipicidades de la Ley a viviendas de protección oficial al considerar la no devolución de cantidades a cuenta sobre viviendas con cédula de calificación provisional de protección oficial, como apropiación indebida.

(11) En parecido sentido, entre otras, Sentencias de 30 junio 1970 (RJA 3167), 20 enero 1971 (RJA 228), 15 de junio 1972 (RJA 3147), 7 noviembre 1973 (RJA 4258), 20 marzo 1974 (RJA 1392), 6 mayo 1974.

reintegro de anticipo para construcción de viviendas que no sean de protección oficial, para que se produzca el delito de apropiación indebida enumera éstos: a) Que exista defraudación económica de otra persona. b) La presencia de dolo peculiar del mismo. c) La falta por parte del constructor de las garantías prevenidas en el artículo 1.º de la Ley. d) No puede bastar para crear tal delito el mero incumplimiento formal de las garantías preventivas, pues este incumplimiento, sin dolosa defraudación y perjuicio cierto, obrando de buena fe, sin ánimo de lucro, sin menoscabo económico, con ausencia de culpabilidad y sin desvío del patrimonio de afectación, puede dar lugar a sanciones gubernativas. Mas sin tales datos, no existe el delito que ha de buscarse en la realidad del apoderamiento enriquecedor de aquéllos (12). Pasemos a completar y sistematizar su estudio.

1. Elemento objetivo

A) Sujetos del delito

A') La Ley de 27 de julio de 1968, cuando reseña las personas a las cuales es aplicable, utiliza distinta terminología. Así, se refiere a «las personas físicas y jurídicas que promuevan la construcción de viviendas que no sean de protección oficial, destinadas a domicilio o residencia familiar, con carácter permanente o bien a residencia de temporada accidental o circunstancial...», a «los cedentes del contrato de cesión de vivienda...» y, sobre todo, en el artículo 6.º, aludiendo concretamente al sujeto activo de la modalidad delictiva en estudio, al «promotor».

Del contenido de la Ley y de las diferentes apreciaciones e interconexiones de su articulado se puede precisar una interpretación amplia del concepto de promotor, en el sentido de incluir a todas las personas que promuevan la construcción de viviendas que no sean de protección oficial. Consecuentemente, semejante afirmación exige que se incluyan como sujetos activos junto al promotor en sentido estricto, el constructor y los gerentes o representantes de las personas jurídicas,

(RJA 2150), 6 febrero 1975 (RJA 372), 14 octubre 1975 (RJA 3640), 10 noviembre 1975 (RJA 4121), 13 diciembre 1976 (RJA 5336), 25 marzo 1977 (RJA 1304), 12 mayo 1977 (RJA 2267) y 11 octubre 1977 (RJA 3706). En la doctrina, con carácter general, vid.: PETROCELLI, Biagio, *L'appropriazione indebita*, Nápoles 1933. QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, tomo II (Infracciones patrimoniales de apoderamiento), 2.ª ed., puesta al día por Carlos García Valdés, Madrid 1977, págs. 884 y ss. FERRER SAMA, Antonio, *La apropiación indebida*. "Nueva Enciclopedia Jurídica Seix", tomo II, año 1950, págs. 757 y ss. RODRÍGUEZ DEVESA, José María, *Derecho penal español*. P. E., 7.ª ed., Madrid 1977, págs. 357 y ss. MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal*, P. E., 2.ª ed., págs. 236 y ss. SÁINZ-PARDO CASANOVA, José A., *El delito de apropiación indebida*, Barcelona 1977, págs. 70 y ss.

(12) En igual sentido, entre otras, Sentencias de 11 octubre 1973 (RJA 3673), 28 marzo 1974 (RJA 1468), 25 junio 1975 (RJA 2985) y 2 mayo 1977.

en el caso de que se haga en nombre de éstas la construcción o promoción.

Constructor es, según el Diccionario de la Real Academia Española, el que construye. En el tráfico jurídico, el profesional de la construcción de edificios, que puede hacerlo por cuenta ajena o por cuenta propia y, en este último caso, para vender las viviendas en proyecto, en construcción o terminadas (13). El que interesa a nuestro estudio es el constructor vendedor, es decir, el que edifica para lucrarse con la venta, con el que el adquirente contrata directamente y, por tanto, ha de responder ante él de las cantidades entregadas a cuenta.

Promotor es, conforme el Diccionario, el «que promueve una cosa, haciendo las diligencias conducentes para su logro». La figura como tal no está expresamente regulada por el Derecho positivo español. No obstante, del Reglamento de viviendas de protección oficial de 24 de julio de 1968 podemos sacar algunas conclusiones interesantes. Para el citado Decreto es promotor quien pudiendo disponer jurídicamente del terreno para construir sobre él, como propietario o titular de un derecho de superficie o de edificación (artículo 79, e), emprende la empresa para destinar la vivienda a uso propio, arrendamiento, venta o cesión (artículo 101), pudiendo tener tal condición los particulares, sociedades inmobiliarias, corporaciones públicas, privadas, etc. (artículo 22) (14).

Desde esta perspectiva, es fácil la confusión entre el constructor-vendedor y el promotor, dando lugar en la mayoría de los casos, a la figura aceptada internacionalmente del promotor-constructor. De cualquier manera, sujeto activo será la persona que vende la vivienda o responde de su construcción, ya en calidad de constructor-vendedor, promotor o promotor-constructor.

Hay que excluir como sujeto activo al denominado falso promotor, es decir, al que se limita a poner en contacto al constructor-vendedor con el adquirente, promocionando la construcción, en cuanto es un simple mediador. Tampoco es sujeto activo de esta modalidad comisiva el apoderado que recibe la cantidad a cuenta a los solos efectos de su entrega al promotor y no lo hace, disponiendo de ella en su propio provecho (15), en este caso existe el delito de apropiación indebida, pero al margen del tipo cualificado por la Ley.

Por otro lado, la actividad que supone la construcción de viviendas, y en general toda la función económica, está mayoritariamente en manos de sociedades mercantiles. Por eso no es infrecuente que en los delitos que estudiamos esté implicada una sociedad de esta clase. La propia Ley admite semejante posibilidad al estimar promotores de

(13) Vid., SAPENA TOMÁS, Joaquín; CERDÁ BAÑULS, Jerónimo y GARRIDO DE PALMA, Víctor Manuel, *Las garantías de los adquirentes...*, cit., pág. 23.

(14) Vid., *Ibid.*, pág. 24.

(15) En este sentido: RODRÍGUEZ DEVESA, José María, *Derecho penal...*, cit., P. E., pág. 367.

viviendas tanto a personas físicas como jurídicas, e incluso, el citado artículo 22 del Reglamento de Viviendas de Protección Oficial igualmente considera a las sociedades inmobiliarias y empresas constructoras. Ante esta aceptación legal de las personas jurídicas como promotores de viviendas surge el problema de su responsabilidad penal.

El tema en general tiene larga tradición en el Derecho positivo español, en la jurisprudencia y en la doctrina. El principio rector para solucionar el problema es, en opinión absolutamente mayoritaria, el de «Societas delinquere non potest». El Derecho penal moderno ha abandonado cualquier inclinación a la responsabilidad penal colectiva.

Desde que la lejana Sentencia de 16 abril 1914 declaró «que la responsabilidad criminal es personalísima e individual, sólo imputable a las personas naturales, no pudiendo ser sujeto activo del delito las entidades o personas jurídicas o colectivas, sino los individuos que en su nombre y representación realizaron los actos delictivos» (16) hasta la actualidad, nuestro alto Tribunal sigue firme en esta línea (17).

Igualmente, la opinión doctrinal dominante niega a las personas jurídicas la posibilidad de ser sujetos activos de delito, en cuanto no tienen voluntad de acción, ni capacidad de culpabilidad, ni capacidad de pena (18). A esta trilogía de razones aporta Rodríguez Devesa la sugerente observación de que tampoco las normas del procedimiento penal permiten hacer efectiva una responsabilidad criminal en una persona jurídica (19).

En nuestro Derecho positivo se reconoce expresamente la exclusividad de la responsabilidad individual. En este sentido los artículos 174, 175, 176, 238, 265, 319, 349 y 499 bis disponen que cuando se trate de una asociación, sociedad, entidad o cualquier otra modalidad de persona jurídica, la responsabilidad recaerá sobre las personas físicas que hubieren cometido el hecho en nombre de aquéllas: directores, presidentes, gerentes, etc. Sólo los artículos 265 y 349 contienen una medida a aplicar a la persona jurídica: la disolución. No obstante, en opinión de Bajo Fernández, no se trata de una pena criminal

(16) Antón cita, además, las Sentencias de 8 mayo 1928, 18 enero 1909 y 13 diciembre 1913. Vid., ANTÓN ONECA, José, *Derecho penal*, tomo I, P. G., pág. 156.

(17) En este sentido, Sentencia de 17 junio 1967 (C.L. 761), 2 abril 1975 (RJA 1547).

(18) En este sentido, haciendo hincapié en uno u otro argumento, vid., RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *Derecho penal*. P. G., Madrid 1977, pág. 228. ANTÓN ONECA, José, *Derecho penal*, cit., P. G., págs. 152 y ss. RODRÍGUEZ DEVESA, José María, *Derecho penal español*, P. G., Madrid 1976, pág. 331. BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, *Derecho penal económico*, Madrid 1978, págs. 109 y ss. Críticamente, vid., BARBERO SANTOS, Marino, *¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas?*, "Revista de Derecho Mercantil", 1957, págs. 285 y ss. BRICOLA, Franco, *Il costo del principio "societas delinquere non potest" nell'attuale dimensione del fenomeno societario*, "Rivista Italiana di Diritto e Procedura penale", 1970, páginas 951 y ss.

(19) Vid., RODRÍGUEZ DEVESA, José María, *Derecho penal...*, cit., P. G., pág. 331.

sino de una medida administrativa más de las que autorizadamente imponen los tribunales de justicia (20).

En el caso concreto que ocupa nuestra atención, la Sentencia 31 enero 1973 (E.C.J. 128) considera expresamente que la responsabilidad penal que se imputa por el incumplimiento por el promotor —persona jurídica— de la obligación de devolver al adquirente la totalidad de las cantidades anticipadas debe de repercutir en los gestores, representantes o apoderados que actuaran en nombre de la sociedad, «pues de otra forma vendría a consagrarse por los Tribunales que por el fácil expediente y artificio de crear real o aparentemente un ente social, se podría defraudar impunemente a los que pretendieran adquirir una vivienda, soslayando la responsabilidad penal de los gestores, bastando aducir para conseguirlo que la promoción era una actividad social no individualizada y que no cabría, por consiguiente, ni incriminar a la sociedad, porque dicho queda que no es legalmente posible, ni a sus gestores, por no ser promotores, aunque como órganos de ejercicio promovieran, con lo cual se tutelarían verdaderas defraudaciones penales quedando sin adecuada sanción sus verdaderos autores físicos o individuales, restando sólo expeditas las acciones civiles contra la sociedad de contingente y problemático resultado» (21).

En este sentido, el citado Decreto de 12 de diciembre de 1968 que amplía las disposiciones contenidas en la Ley a la construcción de viviendas que no sean de protección oficial por medio del denominado «régimen de comunidad», traslada la responsabilidad al gestor o gestores, ya sean personas físicas o jurídicas, que negocien la adquisición del solar y la construcción del edificio, y, en consecuencia, perciban las cantidades anticipadas, bien en calidad de propietarios del solar o como mandatarios, gestores o representantes de aquéllos, o bien con arreglo a cualquier otra modalidad de hecho o de derecho, directamente o por persona interpuesta; y a las personas integradas en las juntas rectoras de las cooperativas.

B') El sujeto pasivo del delito como titular del bien jurídico protegido es el adquirente, o comunero en el caso de comunidades o cooperativas de viviendas que no sean de protección oficial, destinadas a domicilio o residencia familiar permanente o accidental que entregue cantidades a cuenta al vendedor-constructor, promotor o constructor-promotor. No importa que se trate de una persona jurídica, la cualidad del sujeto pasivo puede recaer en entes colectivos.

B) Conducta típica.

A') La conducta descrita por la Ley consiste en la no devolución de la totalidad de las cantidades anticipadas, con infracción de lo dispuesto en el artículo 1.º. Por tanto, los elementos constitutivos del tipo están determinados por los requisitos esenciales exigidos por el artículo 1.º. Dos son los apartados que interesa tratar: La entrega de cantidades a cuenta de viviendas que no sean de protección oficial,

(20) BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, *Derecho penal...*, cit., pág. 113.

(21) En igual sentido: Sentencia 11 octubre 1973 (RJA 3673).

destinadas a domicilio o residencia familiar, con carácter temporal o permanente o bien a residencia de temporada accidental o circunstancial y la no devolución de las cantidades recibidas una vez expirado el plazo de iniciación de las obras o de la entrega de vivienda sin que una u otra hubiese tenido lugar.

A") El anticipo de cantidades ha de recaer sobre unas concretas clases de viviendas. En primer lugar, se excluye «ex lege» las viviendas de protección oficial, que mantienen una regulación distinta.

La expresión vivienda empleada por la Ley ha de entenderse en su concepción vulgar, que en este caso se identifica con la jurídica. El Diccionario de la Real Academia la precisa como «morada o habitación» de las personas o familias. En contra de la Ley de 27 de abril de 1946 que reduce las conductas de agio sólo a las viviendas de primera necesidad al remitirse al artículo 541 del Código penal, ahora se amplía no sólo a viviendas de uso permanente sino también a residencias de temporada. Se comprende, pues, las residencias de verano. En contra hay que excluir los bajos comerciales.

B") Es evidente que la inicial entrega de cantidades no presupone la conducta típica, para que ésta se realice en su totalidad es preciso que el sujeto activo incumpla los requisitos establecidos por el artículo 1.º de garantizar la devolución mediante contrato de seguro con entidad oficial, o por aval solidario, prestado por Bancos o Cajas de Ahorros reconocidas y de percibir la suma anticipada a través de una cuenta especial exclusiva a tal fin, y dirigida a satisfacer sólo la construcción, a través de entidad bancaria o Caja de Ahorros y se verifiquen los plazos temporales establecidos en el contrato entre promotor y adquirente para la iniciación de las obras o para la entrega de la vivienda con cédula de habitabilidad.

Por tanto, la conducta se realiza no cuando el sujeto activo recibe las cantidades anticipadas empleadas en usos distintos al indicado o en la misma construcción de viviendas sin las medidas preventivas detalladas en el artículo 1.º de la Ley, sino cuando no las devuelve transcurridos los plazos previstos. El verbo núcleo del tipo es el de «no devolver». Es evidente, por otro lado, que el que no devuelve se apropia ilegítimamente de la cosa. No será responsable penalmente según los postulados citados el individuo que recibe cantidades a cuenta para la construcción de viviendas e incumpliendo las medidas del artículo 1.º de la Ley no entrega aquéllas en el plazo convenido, pero sí el dinero recibido a cuenta más los intereses legales.

En definitiva, la conducta típica reseñada por la Ley no supone la mera inobservancia formal de las garantías preventivas del artículo 1.º, la cual puede ser sancionada administrativamente por el artículo 6.º párrafo 1.º, sino precisamente la pérdida del dinero anticipado, por la ausencia de devolución unida a la falta de entrega de la vivienda adquirida. Se trata, pues, de un delito de resultado, como todos los delitos contra la propiedad, por exigir la necesaria defraudación económica de otra persona (22).

(22) En este sentido, Sentencia 25 junio 1975.

B^o) Aspecto importante para la exacta delimitación de esta modalidad delictiva, verdadera clave de bóveda de su integración en el delito de apropiación indebida, es la concreta determinación del título mediante el cual se recibe el dinero y del que dimana la obligación de devolverlo.

La Ley de 27 de junio de 1968 utiliza reiteradamente terminología propia del contrato de cesión: cedente, cesionario, contrato de cesión, etcétera. No obstante, parece evidente que el legislador no está pensando estrictamente en la cesión típica que el Código civil regula bajo la denominación de «transmisión de créditos y demás derechos incorporales» en el Capítulo VII, artículos 1.526 y siguientes, dentro del título IV dedicado al contrato de compraventa. Pues, entre otras cosas, la expresión legal, afirman Sapena Tomás, Cerdá Bañuls y Garrido de Palma, pretende que no se evada de su aplicación cualquier tipo de operación por la que se transmita y adquiera una vivienda recibiendo el transmitente cantidades a cuenta del precio. Es claro, para estos autores, que el contrato más frecuente será la compraventa, en la que sí existe auténticamente precio *strictu sensu*, pero la terminología empleada impide que un contrato diferente escape de la aplicación de la Ley o pretenda serlo por una interpretación literal de unos términos demasiado estrechos aunque fueran técnica y jurídicamente depurados (23).

La aceptación de la compraventa como título adecuado conlleva importantes problemas, desde el momento en que al transmitirse la propiedad y no la posesión es imposible calificar de apropiación indebida tal como hace la expresa remisión legal, sino, en todo caso, si existiere engaño, como estafa. En la apropiación indebida, por definición, sólo se transfiere por el «tradens al accipiens» la posesión pero no la propiedad de las cosas confiadas («rei commendata»).

En este sentido, Sáinz-Pardo, al considerar que se trata de una compraventa con entrega de cantidades anticipadas, cuyos efectos reales son de traspaso de propiedad de tales cantidades al vendedor, rechaza su inclusión en el artículo 535; lo contrario, dice, convertiría la apropiación indebida en el «refugium peccatorum» de todas las nuevas leyes garantizadoras del tráfico comercial (24).

La jurisprudencia, ajustándose a la valoración que hace la propia Ley rechaza la posibilidad de una transmisión de la propiedad. La Sentencia de 18 abril 1975 (RJA 1692) es clara al afirmar que en fuerza a la disposición legal, no cabe hablar de una operación de compraventa de vivienda, sin plazo fijo para la entrega y que el comprador rescinde unilateralmente, sino de la posesión de un dinero en cuenta separada para garantizar la devolución. Más concreta es la Sentencia de 11 octubre 1973 en cuanto puntualiza que «(...) la dación del dinero es en mera posesión y con dinero impuesto, y a la

(23) SAPENA TOMÁS, Joaquín; CERDÁ BAÑULS, Jerónimo y GARRIDO DE PALMA, Víctor Manuel *Las garantías de los adquirentes...*, cit., pág. 91.

(24) Vid., SÁINZ-PARDO CASANOVA, José Antonio, *El delito...*, cit., páginas 126-127.

vez condicionada al buen uso y adecuada finalidad, sin admitirse siquiera la inejecución de la vivienda de manera parcial, pues califica como injusto enriquecimiento, abuso de confianza y ausencia de lealtad debida, la transmutación de la entrega del dinero en posesión por título fiduciario de comisión, en su más amplio sentido, en propiedad ilegítima, que no se consiente por tratarse de un acto de autoridad propia prohibida y que se genera, por la no devolución del dinero adelantado, luego que transcurre el plazo pactado, sin la construcción acabada de la vivienda y su entrega con cédula de habitabilidad».

Con esta perspectiva, es opinión unánime en la jurisprudencia que desde el punto de vista civil puede hablarse de un reforzado depósito irregular en cuanto a la fungibilidad y disposición de la cosa depositada, pero perfectamente garantizada ya no sólo en cuanto a su devolución, sino en cuanto a la exclusividad de la inversión, o, si se prefiere, de un verdadero patrimonio separado, de afectación o fin, en cuanto el dinero entregado al promotor conserva su individualidad patrimonial a virtud de la finalidad a que únicamente puede ser destinado; todo lo cual explica que desde el punto de vista penal se califica que el quebrantamiento de depósito (Sentencia 28 marzo 1974) o su falta de constitución (Sentencia 9 febrero 1977 —RJA 414) por el promotor como delito o falta de apropiación indebida (25). La Sentencia 20 marzo 1978 habla de contrato con cláusula resolutoria.

Sáinz-Pardo contesta también la posibilidad de un depósito irregular al no incluirlo entre los títulos que dan lugar a la apropiación indebida, equiparándolo en cierta medida con el contrato de mutuo (26). La Sentencia de 16 diciembre 1976 niega categóricamente esta posibilidad («¡cantidades no prestadas, puesto que el mutuo traslada la propiedad!»).

En este tema, la frontera entre lo técnicamente convincente y la realidad legal es difícil de situar. Cierto es que el artículo 1.450 del Código civil dice que «la venta se perfeccionará entre comprador y vendedor, y será obligatoria para ambos, si hubieren convenido en la cosa objeto del contrato, y en el precio, aunque ni la una ni el otro se hayan entregado», pero también lo es que en la concreta relación jurídica que analizamos se introducen elementos atípicos e irregulares de indudable importancia. Por otro lado, nuestra más antigua jurisprudencia no es ajena al cambio, en supuestos diferentes pero en alguna medida parecidos al propuesto, como el pago aplazado con pacto de reserva de dominio, la decisión condenatoria por apropiación indebida procura no romper de lleno con la tradición que hace de la

(25) En idéntico sentido: Sentencias de 18 abril 1975, 16 diciembre 1976 (RJA 5356), 2 mayo 1977, 14 junio 1977 (RJA 2749), 13 abril 1978 (RJA 1333).

(26) Vid., SÁINZ-PARDO CASANOVA, José Antonio, *El delito...*, cit., pág. 96. Sobre el depósito irregular, vid.: CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho Civil Español, Común y Foral*, tomo IV, 10.^a ed., Madrid 1977, página 668. Díez PICAZO, Luis, y GULLÓ, Antonio, *Instituciones de Derecho civil*, vol. I, Madrid 1973, pág. 554-555. FLORES MICHEO, V., *El Depósito irregular*, "Revista de Derecho privado", 1963, págs. 753 y sL.

compraventa contrato inadecuado, alegándose la ficción de que las cosas apropiadas no se tienen en calidad de compra efectiva, sino de depósito, por lo que en rigor esta especie delictiva pudiera caber en la de dicho título contractual nominado del primer inciso del artículo 535 (27). En nuestro caso, y con un planteamiento inverso, la ficción puede pasar a realidad desde el momento en que el propio legislador exige el depósito de las cantidades anticipadas en cuenta especial con absoluta independencia de cualquier otra clase de fondos y con la exclusiva finalidad de atender a la construcción de la vivienda, lo que limita de forma importantísima el dominio sobre la cosa, pudiéndose considerar, de esta manera, que el dinero no se recibe a título de propiedad, sino meramente posesorio, en cuanto la fungibilidad de aquél se neutraliza por el depósito constituido «ope legis». Interpretación que no deja de ser arriesgada, pero que es consecuente con las precisiones legales.

En definitiva, parece conveniente aceptar los criterios jurisprudenciales para de algún modo justificar la precipitada remisión legal, lo que no supone de ninguna manera quebranto para el buen desarrollo jurídico, aunque en aceptable técnica el fantasma de la traslación de dominio esté presente en la estructura de este tipo.

C') La fragilidad del título en virtud del cual se reciben las cantidades anticipadas hace bastante problemática la ya de por sí complicada diferenciación entre la apropiación indebida y alguna de las figuras afines a ella. Dadas las características de la especial tipificación que estudiamos es conveniente relacionarla con el hurto y la estafa.

A'') Al mostrarse histórica y comparativamente la germinación del delito de apropiación indebida como un primer desglose del «furtum», que en no pocos aspectos, como dice Quintano, no se ha consumado plenamente (28), las afinidades entre ambas figuras delictivas oscurecen, en algunas ocasiones, a sus signos diferenciales. Coinciden, según el autor citado, en el sustantivo que les da nombre, y los verbos de él derivados, que igual pueden convenir a una u otra figura delictiva, puesto que el ladrón se apropia incuestionablemente de lo que es ajeno. Concomitancia que subsiste en cuanto que ambas versan precisamente sobre el mismo objeto, las cosas muebles; y también en su ajeneidad y, para los que así lo aceptan, en el ánimo de lucro. No obstante, donde las similitudes son más visibles es con el hurto cualificado por el abuso de confianza o la domesticidad (29).

Consecuente a este grado de identidad, la diferenciación entre las dos presenta graves inconvenientes tanto de tipo práctico como teórico. Viada, haciéndose eco de la opinión dominante en aquel momento, las distinguió en razón a que el primer elemento de la apropiación indebida lo constituye el «haber recibido» mientras que en el hurto

(27) Vid., QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Tratado...*, tomo II, página 961.

(28) *Ibid.*, pág. 865.

(29) *Ibid.*, págs. 865-866.

su primer elemento es el de «tomar» (30). Sin embargo, este criterio que, como bien dice Sáinz-Pardo, puede ayudar, no es decisivo en los momentos actuales (31). El problema se complica en los supuestos de hurto con abuso de confianza, donde el sujeto activo tiene la posesión de la cosa. Ante semejante situación, afirma Muñoz Conde, la separación hurto-apropiación indebida no puede llevarse a cabo en nuestro derecho positivo en base al concepto de posesión sino en el título en virtud del cual se tiene la posesión (32).

La jurisprudencia no es pacífica en este punto (33). Según la reciente Sentencia de 6 mayo 1978 (RJA 1897) «en el sutil tema de diferenciar el delito de hurto, perpetrado con abuso de confianza, del vecino delito de apropiación indebida, la trayectoria jurisprudencial, reflejando la vacilación y perplejidad doctrinales, ha pasado por sucesivas etapas que pueden reconducirse a tres fundamentalmente: Una primera en que ateniéndose estrictamente a la dinámica de la acción reflejada por los verbos del tipo recogidos en el artículo 514-1.º y 535 del Código penal, respectivamente, y expresados en las palabras tomar y recibir, entendió que siempre que la cosa había sido transferida a manos del culpable por el dueño de la misma, la acción depredadora constituía apropiación indebida (estafa en la nomenclatura antigua) y no hurto (SS. de 25 marzo 1874, 12 febrero 1879, 9 enero 1882, 30 diciembre 1918 y 27 abril 1923, resolución esta última que llegó a reproducir el slogan doctrinal entonces imperante: hurta el que toma y estafa el que recibe); una segunda fase jurisprudencial en que apartándose de la anterior postura, mecanicista en exceso, atendió preferentemente al ámbito normativo de la titularidad que ligaba al «tradens» y al «accipiens», de modo que sólo los títulos que engendraran la efectiva entrega de la posesión de la cosa luego apropiada podían dar paso al delito del artículo 535 del Código penal, de suerte que la mera tenencia a precario de las cosas dadas por su dueño al detentador de las mismas no tenían poderío bastante para desplazar el hurto cualificado por el abuso de confianza del 516-2.º del Código penal (SS. de 7 marzo 1931 (R. 1507), 16 marzo y 21 noviembre 1942 (R. 365 y 1324), 26 abril 1951 (R. 1171), 24 noviembre 1952 (R. 2818), 22 mayo 1954 (R. 1217), 5 julio y 12 noviembre 1955 (R. 2174 y 3003), 28 febrero 1959 (R. 798), 29 marzo 1960 (R. 1143), 27 marzo y 21 abril 1961 (R. 1296 y 1349), 27 enero 1964 (R. 403), y otras muchas, entre las que no falta alguna que retrocede al viejo criterio, como la de 28 febrero 1964, o en que se pone de manifiesto la injusta consecuencia que se deriva del criterio normativo imperante, según cual sea la posición jerárquica de los coautores, dentro de la empresa perjudicada pero unidos todos ellos en la misma acción de-

(30) Vid., VIADA Y VILASECA, Salvador, *Código penal reformado de 1870*, 4.ª ed., tomo III, Madrid 1890, págs. 514-515.

(31) SÁINZ-PARDO CASANOVA, José Antonio, *El delito...*, cit., pág. 52.

(32) MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal*, cit., P. E., pág. 233.

(33) Vid., con cierto detenimiento la evolución jurisprudencial en: SÁINZ-PARDO CASANOVA, José Antonio, *El delito...*, cit., págs. 52 y ss.

lictiva, no obstante lo cual, sobre unos recaía una u otra calificación, como en la Sentencia de 25 mayo 1963 (R. 2453); y, en fin, una tercera etapa jurisprudencial que bien puede decirse que es la actual y dominante, la que partiendo de un generoso postulado de justicia material, trata de coordinar los dos sucesivos y anteriores criterios, de modo que se atienda tanto a la dinámica del acto como al título traslativo de posesión de la cosa, pero bien entendido que tal posesión no ha de ser definida con módulos civilistas cuya ardua diferenciación en ese campo ya está indicando la inoperancia de los mismos en el área iuspenalista en que deben de imperar criterios eminentemente realistas; de modo que en el caso límite de los que están ligados al dueño de la cosa por un contrato de servicios, no basta con esa relación contractual para que se dé paso, sin más, al delito de hurto con abuso de confianza, sino que si la cosa salió de algún modo de la «esfera de custodia» o de la «esfera de actividad» del principal, de manera que el serviciario tenga algún «poder autónomo» sobre la misma, dada la índole de los servicios prestados, entonces habrá base bastante para proclamar que la cosa fue «confiada» («res commendata») y no que el sujeto del delito se hizo con ella de manera subrepticia («res furtiva»), todo lo cual implica que habrá de examinarse caso por caso para concluir si, además de los títulos fiduciarios que enuncia el artículo 535, concurre algún otro —único o superpuesto a la relación o contrato de servicios— que implique aquella peculiar entrega de la cosa bastante a generar una posesión de la misma en el sentido expuesto (SS. de 9 marzo y 18 noviembre 1971 (R. 876 y 4674), 12 junio y 4 noviembre 1972 (R. 3088 y 4766), 15 abril 1973 (R. 1762), 25 junio 1974 (R. 2948), 29 octubre 1976 (R. 4382) y otras).

En el caso concreto que nos ocupa, la no devolución de las cantidades a cuenta, a pesar de que participa de las mismas analogías con el hurto que la apropiación indebida en general y por tanto de idénticas dificultades de diferenciación, se inclina en la disyuntiva hurto-apropiación indebida claramente por esta última. Las cantidades entregadas a cuenta no las tiene el promotor como una mera detentación sin facultades de disposición, al contrario, ejerce sobre ellas cierto grado de disponibilidad, aunque esté limitado exclusivamente a las atenciones derivadas de la construcción de viviendas. Además, si seguimos los pasos jurisprudenciales, el título de depósito irregular que fundamenta la relación es propicio para tipificar por el artículo 535.

B'') La diferencia entre el delito de estafa y el de apropiación indebida, que a nivel general no crea esenciales complicaciones, se embrolla, no obstante, en este supuesto. El dilema inicial se dirige a la naturaleza del título que conduce la relación entre el promotor y el adquirente que entrega cantidades a cuenta. Si se opta por una compraventa con traspaso de la propiedad queda inicialmente claro que no habrá apropiación indebida, sino, en todo caso, estafa, si existiere engaño. Pero aunque se acepte la tesis jurisprudencial del título posesorio las contradicciones no desaparecen.

Buena parte de la jurisprudencia y de la doctrina percibe la separación fundamental entre la apropiación indebida y la estafa en función del engaño. «La diferencia entre una y otra figura delictiva viene clara y específicamente marcada en los respectivos textos punitivos que las tipifican, al ser la estafa una defraudación patrimonial obtenida por engaño y la apropiación un apoderamiento o distracción de lo recibido en posesión transitoria con finalidad de devolución, entrega o destino prefijado, o sea, en la estafa el tipo delictivo se cualifica y caracteriza por el engaño que antecede o es simultáneo al desplazamiento y defraudación patrimonial, mientras en la apropiación su cualidad esencial radica en el abuso de confianza en que el culpable incide y del que prevale para quedarse con lo que ya tenía recibido, con fin determinado, trasmutando la mera posesión accidental, pero indudablemente lícita y jurídica, en propiedad ilegítima, al arrogarse la facultad de disposición de la cosa mueble recibida, despojando de la misma a su titular y verdadero dueño, por ser tal facultad circunscrita, inherente y destructiva del dominio, que con ánimo de lucro usurpa el culpable con correlativo perjuicio del perjudicado y auténtico legitimario de la cosa cuestionada, y ello conforme al consabido símil de la aprehensión, extensión y cierre de mano, respectivamente descriptivo del hurto, de la estafa y de la apropiación indebida» (34).

En nuestra materia concreta la dificultad se presenta al calificar aquellos supuestos en los cuales al sujeto le anima el engaño inicial, como el caso recogido por la Sentencia de 16 diciembre 1976, en el que un individuo se finge miembro de una sociedad dedicada a la construcción que no existía y se propone no acabar los pisos, quedándose con el dinero anticipado. La sentencia citada y la de 27 marzo 1974, en caso análogo, entiende, a pesar de la claridad del engaño, por apropiación indebida en base a la Ley de 27 julio de 1968. En contra, en un supuesto parecido, la Sentencia de 14 mayo 1977 (RJA 2282) parece encontrar un criterio salomónico: al fingir una solvencia de la que carecía el sujeto activo y actuar inicialmente de forma engañosa para obtener una contraprestación defraudatoria con ánimo de lucro y perjuicio notorio de 3.º, se remite a la estafa prevista en el artículo 529 núm. 1.º del Código penal. Para añadir: «Aunque hubiera inexistido el engaño ello no hubiera beneficiado al impugnante, pues deduciéndose incluso de su propio recurso que era un promotor de la construcción de viviendas, al contratar recibiendo el precio anticipado, venía obligado a avalar la devolución de lo anticipado y situar lo adelantado en cuenta separada y devolverlo si no empezaba y entregaba la construcción en el plazo convenido, con los intereses legalmente establecidos, todo ello según la Ley (...), y como nada de ello consta cumplido, es evidente que de no haber cometido la estafa por la que se le condenó, hubiera incurrido en la similar figura delictual,

(34) Sentencia 29 abril 1975 (RJA 1781). En la doctrina vid., QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Tratado...*, cit., tomo II, págs. 874 y ss. MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal*, cit., P. E., pág. 232. SÁINZ-PARDO CASANOVA, José Antonio, *El delito...*, cit., págs. 58 y ss.

apropiación indebida del artículo 535, que acarrea igual pena que la impuesta en la sentencia recurrida, que por el principio de «pena justificada» hubiera sido obligado mantener». La solución es inaceptable por cuanto la sentencia olvida el grado máximo agravatorio de la Ley. Con ella se llegaría a la paradoja de castigar con pena menos grave en los supuestos de existencia de engaño y con pena más grave (la anterior en su grado máximo) cuando aquél no se diere.

2. Elemento subjetivo.

Las características específicas del elemento subjetivo en la modalidad delictiva que analizamos se presentan con cierta complejidad. Al remitir la Ley al tipo de apropiación indebida que figura dentro del capítulo de las defraudaciones, y ser una auténtica defraudación, parece obligado, aunque no se diga expresamente, reconocer la necesidad de ánimo o propósito de lucro y ánimo de apropiación («animus rem sibi habendi») (35), que consisten, según la Sentencia 25 junio 1975, en «la ventaja, goce, utilidad o provecho alcanzado con el indebido apoderamiento». No basta lógicamente el mero incumplimiento formal de las garantías preventivas aludidas, lo cual puede ser sancionable administrativamente según el artículo 6 párrafo 1.º de la Ley, sino también precisamente la pérdida del dinero anticipado al promotor, por la ausencia de devolución unida a la falta de entrega de la vivienda o comienzo de la obra, pues sin dolosa defraudación y perjuicio cierto no existe delito (36).

De todos modos, las discrepancias fundamentales no vienen determinadas por la necesidad de un dolo peculiar, específico o dolo «in re ipsa», sino por su contenido. La Sentencia 13 abril 1978 considera de forma restrictiva el concepto de lucro y ánimo de apoderación al absolver al sujeto que no ingresa el dinero anticipado en ninguna cuenta especial bancaria ni concierta seguro para su devolución, pero lo «invierte en los pagos propios de la construcción de las mismas obras», debiéndose el incumplimiento de entrega de la vivienda en la fecha pactada a dificultades económicas nacidas principalmente de la crisis general en dicho ramo laboral, unidas a una grave enfermedad que padeció la esposa, que originó cuantiosos gastos que le evitaron el fallecimiento de la misma, causa a su vez de que la testamentaria, en la que participaban cuatro hijos de corta edad, bloqueara y congelara los medios económicos y fondo de maniobra que instrumentaba el sujeto en su negocio, si bien en el momento de la sentencia el edificio se encuentra nuevamente en construcción, estando prevista la terminación y entrega del piso a los compradores: «es decir, que además de no existir acción de apropiación en sentido estricto, puesto que se destinaron las cantidades recibidas de los querellantes al fin pactado, aunque con in-

(35) En este sentido, Sentencias 25 junio 1975, 16 diciembre 1976, 13 abril 1978, 20 marzo 1978, 29 diciembre 1978 (RJA 4401).

(36) Vid., Sentencia 25 junio 1975.

fracción de las garantías legales para su devolución, en caso de mora, tampoco puede hablarse de dolo correlativo a dicha acción a virtud de las fortuitas causas sobrevenidas antes expuestas; por lo que sólo resta un ilícito administrativo a corregir, en su caso, en dicha vía, y un incumplimiento de contrato a reclamar en vía civil por los presuntos perjudicados». En sentido análogo, la Sentencia de 20 marzo 1978. Conclusivamente, en ambas sentencias se fundamenta la no apreciación de culpabilidad en la no presencia de ánimo enriquecedor del sujeto al invertir las cantidades en la construcción de la propia obra, a pesar de no realizar las medidas preventivas exigidas por la Ley, en circunstancias marginales a la relación contractual (crisis, fallecimiento de la esposa, etc.) y en el posterior ánimo de entregar las viviendas.

En contra de esta opinión se manifiestan las Sentencias de 16 diciembre 1976 y 29 diciembre 1978. Esta última afirma claramente que «el lucro lo constituye las cifras de las cantidades anticipadas y que recibidas por el procesado fueron utilizadas en su beneficio, sin que correlativamente terminara la construcción del piso vendido en el plazo convenido, imputación que no queda oscurecida por el hecho de que el dinero recibido fuera en parte o enteramente invertido en la construcción (...), pues el querellante se encontró frustrado respecto a la vivienda adquirida y defraudado en cuanto a la suma del dinero entregada a tal fin, dándose realmente un empobrecimiento de éste con el simultáneo y recíproco enriquecimiento del acusado, que aun cuando invirtiera lo percibido en el edificio construido, fue aprovechado, o al menos sirvió, para saldar otros créditos pendientes contra el mismo».

El punto clave de este enfrentamiento jurisprudencial es la determinación de si el emplear las cantidades recibidas a cuenta en la construcción de la vivienda objeto del contrato, sin antes haber, por parte del promotor, satisfecho las medidas preventivas del artículo 1.º de la Ley, conlleva la imposibilidad del delito por falta de ánimo de lucro y enriquecimiento injusto. Parece que a tenor del estricto contenido de la Ley esta posibilidad no es aceptable, aunque pueda ser razonable. El elemento subjetivo del lucro ha de entenderse en el momento en que el sujeto no cumple con la devolución de cantidades ni con la entrega de la vivienda. En ese momento el dinero engrandece su patrimonio aunque haya sido invertido en la propia vivienda objeto de litigio, que no es sino parte del patrimonio del sujeto activo. Se produce, pues, un provecho o utilidad de la apropiación que es indebida en cuanto no se ha entregado la vivienda en los términos del acuerdo, lo que lógicamente produce un perjuicio al adquirente. Por otra parte, el ánimo posterior de devolución, de construcción o de terminación de las viviendas no excluye el dolo. La solución, que nos parece correcta técnicamente, puede presentar en determinados casos problemas de justicia material. Así lo entiende la Sentencia de 9 febrero 1977, que propone «en atención al cúmulo de circunstancias concurrentes en los hechos, el precio relativamente bajo en que se vendieron las viviendas y el aumento considerable tanto del coste de la mano de obra,

como de los materiales de construcción, y el escaso grado de malicia del procesado, carente de antecedentes penales», hacer uso de la facultad concedida por el párrafo 2.º del artículo 2 del Código penal para pedir un indulto parcial al Gobierno. De todo lo expuesto se deduce claramente la no posibilidad de castigar estos supuestos a título culposo.

III. «ITER CRIMINIS»

El delito se consuma cuando transcurre el plazo para la entrega de las viviendas o para el inicio de éstas, según los términos del contrato, o en su caso devolución de lo anticipado, sin que se produzca ni una cosa ni la otra, con el consiguiente perjuicio para el titular del derecho, es decir, para el adquirente, que desde el punto de vista civil, según el artículo 3.º de la Ley, podrá optar por la rescisión del contrato, lo que conlleva la figura delictiva o por conceder al cedente prórroga, que se hará constar en una cláusula adicional del contrato otorgado, especificando el nuevo período con la fecha de terminación de la construcción y entrega de la vivienda.

La posterior concesión de la vivienda o la reparación del daño con la restitución de las cantidades anticipadas no afecta a la consumación, puede tenerse en cuenta a los efectos de atenuar la responsabilidad con arreglo al artículo 9, pero nunca para justificar el delito ya cometido (37).

La especial configuración de esta modalidad, en cuanto que la acción, o se produce, y entonces queda consumada, o no se produce, y la propia realidad práctica excluyen cualquier posibilidad de tentativa o frustración (38).

IV. PLURALIDAD DE ACCIONES Y UNIDAD DE DELITO

1. *Delito continuado*

La figura del delito continuado que el propio Tribunal Supremo circunscribe a una serie de infracciones, entre las que se encuentra la apropiación indebida (39), puede ser apreciada en algunos casos de no devolución de cantidades anticipadas para la construcción de viviendas, siempre que se den los requisitos exigidos para este delito,

(37) En esta línea y con carácter general, vid., SÁINZ-PARDO CASANOVA, José Antonio, *El delito...*, cit., págs. 161-162.

(38) Con carácter general, vid., MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal*, cit., P. E., pág. 240. PETROCELLI, Biaggio, *L'appropriazione...*, citada, pág. 420. SÁINZ-PARDO CASANOVA, José Antonio, *El delito...*, cit., página 162.

(39) Vid. CÓRDOBA RODA, Juan, *Comentarios al Código Penal*, tomo II, Barcelona 1972, pág. 320. SÁINZ-PARDO CASANOVA, José Antonio, *El delito...*, cit., pág. 172.

ficción según unos, necesidad ontológica según otros. La indefinición legal que en España padece el delito continuado hace que la doctrina y jurisprudencia no sean siempre coincidentes en torno a los requisitos que lo configuran. La Sentencia de 5 mayo 1977 (RJA 2184) intenta resumir las distintas posiciones con los siguientes: a) diversidad de acciones, pues si hubiera unidad holgaría toda problemática; b) unidad de precepto penal violado, de tal forma que todas las acciones puedan subsumirse en un artículo del Código penal o en un grupo de preceptos establecidos en el mismo, íntimamente relacionados o conectados entre sí; c) unidad de sujeto activo, aunque pueden admitirse en ocasiones importantes excepciones; d) homogeneidad del objeto y de la dinámica operativa o técnica ejecutiva o comisiva; e) sobre todo, unidad de propósito, dolo unitario o designio único, puesto que si el agente descompone su quehacer delictivo en varias acciones, es porque su ambición es vasta y compleja, con lo que conforme a un método o sistema programado de antemano, desarrolla lo proyectado y planeado, a través del tiempo, frente a distintas personas y en diversos lugares, por fases o etapas, pero obedeciendo todo, como ya se ha dicho, a un propósito único que, gracias a su complejidad y amplitud, pasa a fase ejecutiva de modo múltiple y aparentemente diverso; f) la unidad de sujeto pasivo no es siempre esencial; y g) tampoco lo es la de tiempo y lugar, la que habrá de ponderarse por los Tribunales de modo circunstancial y relativo, es decir, de acuerdo con las peculiaridades del caso (40).

2. Delito masa

La carestía de viviendas y la especulación destacada en su torno originan en la figura delictiva que analizamos, el llamado delito masa (41), característica de fraude colectivo que está íntimamente vinculada a esta modalidad comisiva. Se dará el delito masa, según Sáinz Cantero, «siempre que el sujeto activo, mediante una sola acción o por varias acciones que, consideradas independientes, constituiría cada una de ellas un delito o falta, pone en ejecución un designio criminal único encaminado a defraudar a una masa de personas, cuyos

(40) En este sentido, recogiendo el texto de la sentencia, vid., LANFROVE DÍAZ, Gerardo, *Los fraudes colectivos*, Barcelona 1978, págs. 59-60. Sobre el delito continuado en general, con abundante bibliografía, vid., CASTIÑEIRA, María T., *El delito continuado*, Barcelona 1977, págs. 7 y ss.

(41) La exacta diferenciación entre el delito continuado y el delito masa se presenta cada vez más compleja, sobre todo a raíz de las nuevas versiones jurisprudenciales del delito continuado que hemos transcrito, las cuales hacen que éste y aquél se acerquen significativamente. Alguna sentencia habla del delito masa como de una figura peculiar del delito continuado (por ejemplo, Sentencia de 6 febrero 1970, RJA 889). Lanfrove Díaz, a través de un profundo análisis jurisprudencial llega a plantear la conveniencia de reducir ambas modalidades de delito único en un delito continuado, concebido con la suficiente amplitud y descrito en nuestro Código, de la misma forma que lo ha sido en textos legales foráneos. *Los fraudes...*, cit., págs. 68 y ss.

componentes individuales, en principio indeterminados, no están unidos entre sí por vínculos jurídicos» (42). Conforme a la definición establecida y recogiendo la doctrina y jurisprudencia sobre el tema, el mismo autor cita los siguientes elementos: el elemento subjetivo o unidad de plan criminal; el presupuesto material, constituido por la pluralidad de acciones en unos casos o por una pluralidad de actos integrantes de una sola acción, en otros; la unidad de precepto penal violado; y, el sujeto pasivo masa (43).

La realidad del delito masa en la no devolución de las cantidades, entregadas a cuenta de viviendas, es reconocida por el propio legislador en el Preámbulo de la Ley de 27 de julio de 1968 lo que supone, según la Sentencia de 28 de marzo de 1974, que «a los que sea aplicable la mentada disposición legal la contemplación de un solo delito de fraude colectivo se hace obligada en una perspectiva de interpretación ya no sólo jurisprudencial, sino de «mens legislatoris» o auténtica».

V. PENALIDAD

Como ya hemos recogido, el artículo 6.º párrafo 2.º de la Ley de 27 de julio de 1968 remite a la apropiación indebida en los siguientes términos: «(...) será constitutivo de falta o delito sancionado en los artículos 587, número 3 y 535 del vigente Código penal, respectivamente, imponiéndose las penas del artículo 528 en su grado máximo». En orden a su penalidad podemos sacar las siguientes deducciones:

a) Obviamente la falta no se castigará por el artículo 528. Existe en este sentido un claro defecto de coordinación legislativa, desde el momento que el artículo 528 sólo puede sancionar delitos y no la falta del número 3 del artículo 587, que se regirá por el propio artículo 587, lo que plantea la duda de si a pesar de castigar por el 587 habrá que hacerlo con el máximo de la pena que fija, pues la Ley explícitamente sólo se refiere al grado máximo del artículo 528. Rodríguez Devesa parece inclinarse por la respuesta negativa, es decir, la agravación ha de entenderse para el solo caso en que el hecho se califique como delito, y no como falta (44). En rigor es la solución correcta.

b) En la remisión que establece la Ley, se mantiene lógicamente el criticable sistema de fijación de penas en función del valor de la defraudación propio del artículo 528.

c) Las penas establecidas por el artículo 528 son: 1.º) Presidio mayor si la defraudación excediese de 600.000 pesetas; cuyo grado

(42) SÁINZ CANTERO, José Antonio, *El delito masa*, ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES, año 1971, pág. 664.

(43) *Ibid.*, págs. 668 y ss. En este mismo sentido, LANDROVE DÍAZ, Gerardo, *Los fraudes...*, cit., págs. 45 y ss.

(44) Vid., RODRÍGUEZ DEVESA, José María, *Derecho penal...*, cit., P. E. pág. 366.

máximo es de diez años y un día a doce años. 2.º) Presidio menor excediendo de 150.000 pesetas y no pasando de 600.000; su grado máximo es de cuatro años, dos meses y un día a seis años. 3.º) Arresto mayor si la defraudación fuese superior a 15.000 pesetas y no excediese de 150.000 pesetas o si no excediese de 15.000 pesetas y el culpable hubiere sido condenado anteriormente por delito de robo, hurto, estafa, apropiación indebida, cheque en descubierto o receptación, o dos veces en juicio de faltas por hurto, estafa o apropiación indebida; el grado máximo es de cuatro meses y un día a seis meses. La falta se castiga según el artículo 587 con arresto menor.

d) La apropiación indebida del artículo 535, que también se remite para sus sanciones al 528, lo hace igualmente y, en su caso, a las del 530, donde se castiga con la pena respectivamente superior en grado a los culpables que fueren dos veces reincidentes en el mismo o semejante especie de delito. La Ley nada dice del artículo 530. El silencio legal hay que interpretarlo como no remisión, ya que en caso de querer aplicarlo hubiere bastado el envío a la propia penalidad de la apropiación indebida; por el contrario, el artículo 6.º de la Ley prefiere citar de forma concreta el 535 y el 528 y omitir el 530. Esta solución, correcta técnicamente, produce una clara contradicción: para los no reincidentes por dos veces la Ley se manifiesta como una agravación con respecto al artículo 535; por contra, para los reincidentes por dos veces en los términos fijados por el artículo 530 será una forma privilegiada con relación a la apropiación indebida. Pero lo contrario es franquear la letra de la Ley, en perjuicio del reo.

VI. CONCLUSIONES

El estudio realizado del contenido penal de la Ley de 27 de julio de 1968 sobre percepción de cantidades entregadas en la construcción y venta de viviendas muestra la justificada alarma de la opinión pública ante los reiterados abusos producidos en este tema y el loable deseo del legislador de combatir semejante problema de fraude colectivo. No obstante, esas buenas intenciones legislativas se ven frenadas en el aspecto penal por una defectuosa y contradictoria redacción del tipo, que se manifiesta en su precipitada remisión al delito de apropiación indebida, en el encorsetamiento excesivamente rígido de la conducta descrita como infracción y en el cercano parentesco de algunas de sus modalidades con otras figuras delictivas. Todo ello agravado, al margen de los importantes defectos puramente técnicos, con una pena que basada en la cuantía se manifiesta, en muchos casos, como excesivamente grave. Piénsese que en las circunstancias actuales pocas son las cantidades anticipadas para la compra de una vivienda que no rebasen las 600.000 pesetas, lo que conlleva que en casi todos los supuestos de no devolución se castigará con la pena de presidio mayor en su grado máximo, es decir, diez años y un día a doce años.

Con esto no negamos que el tratamiento de esta forma de defrau-

ación, basada en la necesidad fundamental del alojamiento familiar, exija energía y rigidez, pero al mismo tiempo reclamamos coherencia y claridad en la conducta tipificada. El propio Preámbulo de la Ley advierte que para combatir estos atropellos son necesarias medidas preventivas de carácter administrativo y sanciones penales, bastante más aquéllas que éstas, añadimos nosotros. En estos momentos, la frontera entre el mero incumplimiento de las garantías administrativas y la no devolución de alguna manera justificada y la auténtica infracción criminal es, en la práctica, excesivamente oscura. Realmente, y poco hace la Ley para evitarlo, se entrecruzan y confunden con extrema facilidad ilícitos civiles, administrativos y penales. Su estricto deslinde lleva al intérprete a resultados excesivamente duros. Para mitigarlos la jurisprudencia, en los citados supuestos de las Sentencias de 13 abril 1978, 20 de marzo 1978 y 9 febrero 1977, recorta inadecuadamente el concepto de lucro o utiliza la salida del indulto parcial.

Todo lo expuesto justifica la urgente revisión del contenido penal de la Ley, con la consiguiente creación de un tipo específico, que albergado en el Código penal bajo una nueva titulación referida a los delitos económicos, proteja a los adquirentes que entreguen cantidades a cuenta a promotores que de mala fe defrauden sus legítimas expectativas de obtención de vivienda, sin remisión a ningún otro tipo, con diáfana distinción de otras formas de ilícitos y con penas adecuadas a las distintas variedades que la conducta delictiva puede presentar.

SECCION LEGISLATIVA

LEY ORGANICA 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria. ("B. O. E.", 5 octubre 1979).

DON JUAN CARLOS I, REY DE ESPAÑA

A todos los que la presente vieren y entendieren,
Sabed: Que las Cortes Generales han aprobado con el carácter de Orgánica y Yo vengo en sancionar la siguiente Ley:

TITULO PRELIMINAR

Artículo primero

Las instituciones penitenciarias reguladas en la presente Ley tienen como fin primordial la reeducación y la reinserción social de los sentenciados a penas y medidas penales privativas de libertad, así como la retención y custodia de detenidos, presos y penados.

Igualmente tienen a su cargo una labor asistencial y de ayuda para internos y liberados.

Artículo segundo

La actividad penitencia se desarrollará con las garantías y dentro de los límites establecidos por la Ley, los reglamentos y las sentencias judiciales.

Artículo tercero

La actividad penitenciaria se ejercerá respetando, en todo caso, la personalidad humana de los reclusos y los derechos e intereses jurídicos de los mismos no afectados por la condena, sin establecerse diferencia alguna por razón de raza, opiniones políticas, creencias religiosas, condición social o cualesquiera otras circunstancias de análoga naturaleza.

En consecuencia:

Uno. Los internos podrán ejercitar los derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales, sin exclusión del derecho de sufragio, salvo que fuesen incompatibles con el objeto de su detención o el cumplimiento de la condena.

Dos. Se adoptarán las medidas necesarias para que los internos y sus familiares conserven sus derechos a las prestaciones de la Seguridad Social, adquiridos antes del ingreso en prisión.

Tres. En ningún caso se impedirá que los internos continúen los procedimientos que tuvieren pendientes en el momento de su ingreso en prisión y puedan entablar nuevas acciones.

Cuatro. La Administración penitenciaria velará por la vida, integridad y salud de los internos.

Cinco. El interno tiene derecho a ser designado por su propio nombre.

Artículo cuarto

Uno. Los internos deberán:

a) Permanecer en el establecimiento a disposición de la autoridad que hubiere decretado su internamiento o para cumplir las condenas que se les impongan, hasta el momento de su liberación.

b) Acatar las normas de régimen interior, reguladoras de la vida del establecimiento, cumpliendo las sanciones disciplinarias que le sean impuestas en el caso de infracción de aquéllas y de conformidad con lo establecido en el artículo cuarenta y cuatro.

c) Mantener una normal actitud de respeto y consideración con los funcionarios de instituciones penitenciarias y autoridades judiciales o de otro orden, tanto dentro de los establecimientos penitenciarios como fuera de ellos con ocasión de traslado, conducciones o prácticas de diligencias.

d) Observar una conducta correcta con sus compañeros de internamiento.

Dos. Se procurará fomentar la colaboración de los internos en el tratamiento penitenciario con arreglo a las técnicas y métodos que les sean prescritos en función del diagnóstico individualizado.

Artículo quinto

El régimen de prisión preventiva tiene por objeto retener al interno a disposición de la autoridad judicial. El principio de la presunción de inocencia presidirá el régimen penitenciario de los preventivos.

Artículo sexto

Ningún interno será sometido a malos tratos de palabra u obra.

TITULO PRIMERO

De los establecimientos y medios materiales

Artículo séptimo

Los establecimientos penitenciarios comprenderán:

- a) Establecimientos de preventivos.
- b) Establecimientos de cumplimiento de penas.
- c) Establecimientos especiales.

Artículo octavo

Uno. Los establecimientos de preventivos son centros destinados a la retención y custodia de detenidos y presos. También podrán cumplirse penas y medidas penales privativas de libertad cuando el internamiento efectivo pendiente no exceda de seis meses.

Dos. En cada provincia podrá existir más de un establecimiento de esta naturaleza.

Tres. Cuando no existan establecimientos de preventivos para mujeres y jóvenes, ocuparán en los de hombres departamentos que constituyan unidades con absoluta separación y con organización y régimen propios.

Artículo noveno

Uno. Los establecimientos de cumplimiento son centros destinados a la ejecución de las penas privativas de libertad. Se organizarán separadamente para hombres y mujeres y serán de dos tipos: de régimen ordinario y abierto.

Dos. Los jóvenes deberán cumplir separadamente de los adultos en establecimientos distintos o, en todo caso, en departamentos separados. A los efectos de esta Ley, se entiende por jóvenes las personas de uno u otro sexo que no hayan cumplido los veintiún años. Excepcionalmente, y teniendo en cuenta la personalidad del interno, podrán permanecer en centros destinados a jóvenes quienes, habiendo cumplido veintiún años, no hayan alcanzado los veinticinco.

Artículo diez

Uno. No obstante lo dispuesto en el número uno del artículo anterior, existirán establecimientos de cumplimiento de régimen cerrado o departamentos especiales para los penados calificados de peligrosidad extrema o para casos de inadaptación a los regímenes ordinario y abierto, apreciados por causas objetivas en resolución motivada, a no ser que el estudio de la personalidad del sujeto denote la presencia de anomalías o deficiencias que deban determinar su destino al centro especial correspondiente.

Dos. También podrán ser destinados a estos establecimientos o departamentos especiales con carácter de excepción y absoluta separación de los penados, dando cuenta a la autoridad judicial correspondientes, aquellos internos preventivos en los que concurran las circunstancias expresadas en el número anterior, entendiéndose que la inadaptación se refiere al régimen propio de los establecimientos de preventivos.

Tres. El régimen de estos centros se caracterizará por una limitación de las actividades en común de los internos y por un mayor control y vigilancia sobre los mismos en la forma que reglamentariamente se determine.

La permanencia de los internos destinados a estos centros será por

el tiempo necesario hasta tanto desaparezcan o disminuyan las razones o circunstancias que determinaron su ingreso.

Artículo once

Los establecimientos especiales son aquellos en los que prevalece el carácter asistencial y serán de los siguientes tipos:

- a) Centros hospitalarios.
- b) Centros psiquiátricos.
- c) Centros de rehabilitación social, para la ejecución de medidas penales, de conformidad con la legislación vigente en esta materia.

Artículo doce

Uno. La ubicación de los establecimientos será fijada por la Administración penitenciaria dentro de las áreas territoriales que se designen. En todo caso, se procurará que cada una cuente con el número suficiente de aquéllos para satisfacer las necesidades penitenciarias y evitar el desarraigo social de los penados.

Dos. Los establecimientos penitenciarios no deberán acoger más de trescientos cincuenta internos por unidad.

Artículo trece

Los establecimientos penitenciarios deberán contar en el conjunto de sus dependencias con servicios idóneos de dormitorios individuales, enfermerías, escuelas, biblioteca, instalaciones deportivas y recreativas, talleres, patios, peluquerías, cocina, comedor, locutorios individualizados, departamento de información al exterior, salas anejas de relaciones familiares y, en general, todos aquellos que permitan desarrollar en ellos una vida de colectividad organizada y una adecuada clasificación de los internos, en relación con los fines que en cada caso les están atribuidos.

Artículo catorce

La Administración penitenciaria velará para que los establecimientos sean dotados de los medios materiales y personales necesarios que aseguren el mantenimiento, desarrollo y cumplimiento de sus fines.

TITULO II

Del régimen penitenciario

CAPITULO PRIMERO

ORGANIZACIÓN GENERAL

Artículo quince

Uno. El ingreso de un detenido, preso o penado, en cualquiera de los establecimientos penitenciarios, se hará mediante mandamiento u orden de la autoridad competente, excepto en el supuesto de presentación voluntaria, que será inmediatamente comunicado a la autoridad judicial, quien resolverá lo procedente, y en los supuestos de estados de alarma, excepción o sitio en los que se estará a lo que dispongan las correspondientes Leyes especiales.

Dos. A cada interno se le abrirá un expediente personal relativo a su situación procesal y penitenciaria, del que tendrá derecho a ser informado, y para cada penado se formará un protocolo de personalidad.

Artículo dieciséis

Cualquiera que sea el centro en el que tenga lugar el ingreso, se procederá, de manera inmediata, a una completa separación, teniendo en cuenta el sexo, emotividad, edad, antecedentes, estado físico y mental y, respecto de los penados, las exigencias del tratamiento.

En consecuencia:

- a) Los hombres y las mujeres deberán estar separados, salvo en los supuestos excepcionales que reglamentariamente se determinen.
- b) Los detenidos y presos estarán separados de los condenados y, en ambos casos, los primarios de los reincidentes.
- c) Los jóvenes, sean detenidos, presos o penados, estarán separados de los adultos en las condiciones que se determinen reglamentariamente.
- d) Los que presenten enfermedad o deficiencias físicas o mentales estarán separados de los que puedan seguir el régimen normal del establecimiento.
- e) Los detenidos y presos por delitos dolosos estarán separados de los que lo estén por delitos de imprudencia.

Artículo diecisiete

Uno. La libertad de los detenidos, presos o penados sólo podrá ser acordada por la autoridad competente.

Dos. Los detenidos serán puestos en libertad por el Director del establecimiento si, transcurridas las setenta y dos horas siguientes al momento del ingreso, no se hubiere recibido mandamiento u orden de prisión.

Tres. Para proceder a la excarcelación de los condenados será precisa la aprobación de la libertad definitiva por el Tribunal sentenciador o de la propuesta de libertad condicional por el Juez de Vigilancia.

Cuatro. En el momento de la excarcelación se entregará al liberado el saldo de su cuenta de peculio, los valores y efectos depositados a su nombre, así como una certificación del tiempo que estuvo privado de libertad y cualificación profesional obtenida durante su reclusión. Si careciese de medios económicos, se le facilitarán los necesarios para llegar a su residencia y subvenir a sus primeros gastos.

Artículo dieciocho

Los traslados de los detenidos, presos y penados se efectuarán de forma que se respeten la dignidad y los derechos de los internos y la seguridad de la conducción.

Artículo diecinueve

Uno. Todos los internos se alojarán en celdas individuales. En caso de insuficiencia temporal de alojamiento o por indicación del Médico o de los equipos de observación y tratamiento, se podrá recurrir a dependencias colectivas. En estos casos, los internos serán seleccionados adecuadamente.

Dos. Tanto las dependencias destinadas al alojamiento nocturno de los reclusos como aquellas en que se desarrolle la vida en común, deberán satisfacer las necesidades de la higiene y estar acondicionadas de manera que el volumen de espacio, ventilación, agua, alumbrado y calefacción se ajuste a las condiciones climáticas de la localidad.

Tres. Por razones de higiene se exigirá un cuidadoso aseo personal. A tal fin, la Administración facilitará gratuitamente a los internos los servicios y artículos de aseo diario necesarios.

Artículo veinte

Uno. El interno tiene derecho a vestir sus propias prendas, siempre que sean adecuadas, u optar por las que le facilite el establecimiento, que deberán ser correctas, adaptadas a las condiciones climatológicas y desprovistas de todo elemento que pueda afectar a la dignidad del interno.

Dos. En los supuestos de salida al exterior deberán vestir ropas que no denoten su condición de reclusos. Si carecieran de las adecuadas, se les procurará las necesarias.

Artículo veintiuno

Uno. Todo interno dispondrá de la ropa necesaria para su cama y de mueble adecuado para guardar sus pertenencias.

Dos. La Administración proporcionará a los internos una alimentación controlada por el Médico, convenientemente preparada y que res-

ponda en cantidad y calidad a las ormas dietéticas y de higiene, teniendo en cuenta su estado de salud, la naturaleza del trabajo y, en la medida de lo posible, sus convicciones filosóficas y religiosas. Los internos dispondrán, en circunstancias normales, de agua potable a todas las horas.

Artículo veintidós

Uno. Cuando el Reglamento no autorice al interno a conservar en su poder dinero, ropas, objetos de valor u otros que le pertenezcan, serán guardados en lugar seguro, previo el correspondiente resguardo, o enviados a personas autorizadas por el recluso para recibirlos.

Dos. El Director, a instancia del Médico, podrá ordenar por razones de higiene la inutilización de las ropas y efectos contaminados propiedad de los internos.

Tres. El Director, a instancia del interno o del Médico, y de conformidad con éste en todo caso, decidirá sobre el destino de los medicamentos que tuviere en su poder el interno en el momento de ingreso en el establecimiento o reciba del exterior, disponiendo cuáles puede conservar para su personal administración y cuáles deben quedar depositados en la enfermería, atendidas las necesidades del enfermo y las exigencias de la seguridad. Si a los internos les fueran intervenidos estupefacientes, se cumplirá lo previsto en las disposiciones legales.

Artículo veintitrés

Los registros y cacheos en las personas de los internos, sus pertenencias y locales que ocupen, los recuentos, así como las requisas de las instalaciones del establecimiento, se efectuarán en los casos con las garantías y periodicidad que reglamentariamente se determinen y dentro del respeto a la dignidad de la persona.

Artículo veinticuatro

Se establecerán y estimularán, en la forma que se señale reglamentariamente, sistemas de participación de los internos en actividades o responsabilidades de orden educativo, recreativo, religioso, laboral, cultural o deportivo. En el desenvolvimiento de los servicios alimenticios y confección de racionados se procurará igualmente la participación de los internos.

Se permitirá a los internos la adquisición por su propia cuenta de productos alimenticios y de consumo dentro de los límites reglamentariamente fijados. La venta de dichos productos será gestionada directamente por la Administración penitenciaria o por Empresas concesionarias. Los precios se controlarán por la autoridad competente, y en ningún caso podrán ser superiores a los que rijan en la localidad en que se halle ubicado el establecimiento. Los internos participarán también en el control de calidad y precios de los productos vendidos en el centro.

Artículo veinticinco

Uno. En todos los establecimientos penitenciarios regirá un horario, que será puntualmente cumplido.

Dos. El tiempo se distribuirá de manera que se garanticen ocho horas diarias para el descanso nocturno y queden atendidas las necesidades espirituales y físicas, las sesiones de tratamiento y las actividades formativas, laborales y culturales de los internos.

CAPITULO II**TRABAJO****Artículo veintiséis**

El trabajo será considerado como un derecho y como un deber del interno, siendo un elemento fundamental del tratamiento.

Sus condiciones serán:

a) No tendrá carácter aflictivo ni será aplicado como medida de corrección.

b) No atentará a la dignidad del interno.

c) Tendrá carácter formativo, creador o conservador de hábitos laborales, productivo o terapéutico, con el fin de preparar a los internos para las condiciones normales del trabajo libre.

d) Se organizará y planificará, atendiendo a las aptitudes y cualificación profesional, de manera que satisfaga las aspiraciones laborales de los reclusos en cuanto sean compatibles con la organización y seguridad del establecimiento.

e) Será facilitado por la Administración.

f) Gozará de la protección dispensada por la legislación vigente en materia de Seguridad Social.

g) No se supeditarán al logro de intereses económicos por la Administración.

Artículo veintisiete

Uno. El trabajo que realicen los internos, dentro o fuera de los establecimientos, estará comprendido en alguna de las siguientes modalidades:

a) Las de formación profesional, a las que la Administración dará carácter preferente.

b) Las dedicadas al estudio y formación académica.

c) Las de producción de régimen laboral o mediante fórmulas cooperativas o similares de acuerdo con la legislación vigente.

d) Las ocupaciones que formen parte de un tratamiento.

e) Las prestaciones personales en servicios auxiliares comunes del establecimiento.

f) Las artesanales, intelectuales y artísticas.

Dos. Todo trabajo directamente productivo que realicen los internos será remunerado y se desarrollará en las condiciones de seguridad e higiene establecidas en la legislación vigente.

Artículo veintiocho

El trabajo será compatible con las sesiones de tratamiento y con las necesidades de enseñanza en los niveles obligatorios. A tal fin, la Administración adoptará las medidas que reglamentariamente se determinen para asegurar la satisfacción de aquellos fines y garantizar la efectividad del resultado.

Artículo veintinueve

Uno. Todos los penados tendrán obligación de trabajar conforme a sus aptitudes físicas y mentales.

Quedarán exceptuados de esta obligación, sin perjuicio de poder disfrutar, en su caso, de los beneficios penitenciarios:

a) Los sometidos a tratamiento médico por causa de accidente o enfermedad, hasta que sean dados de alta.

b) Los que padezcan incapacidad permanente para toda clase de trabajos.

c) Los mayores de sesenta y cinco años.

d) Los perceptores de prestaciones por jubilación.

e) Las mujeres embarazadas durante las seis semanas anteriores a la fecha prevista para el parto, y las ocho posteriores al alumbramiento.

f) Los internos que no puedan trabajar por razón de fuerza mayor.

Dos. Los sometidos a prisión preventiva podrán trabajar conforme a sus aptitudes e inclinaciones. La Administración del establecimiento les facilitará los medios de ocupación de que disponga, permitiendo al interno procurarse a sus expensas otros, siempre que sean compatibles con las garantías procesales y la seguridad y el buen orden de aquél. Los que voluntariamente realicen cualquiera de los trabajos expresados en el artículo veintisiete lo harán en las condiciones y con los efectos y beneficios previstos en esta Ley. Todo interno deberá contribuir al buen orden, limpieza e higiene del establecimiento, siendo reglamentariamente determinados los trabajos organizados a dichos fines.

Artículo treinta

Los bienes, productos o servicios obtenidos por el trabajo de los internos tendrán en igualdad de condiciones, carácter preferente en las adjudicaciones de suministros y obras de las Administraciones públicas.

Artículo treinta y uno

Uno. La dirección y el control de las actividades desarrolladas en régimen laboral dentro de los establecimientos corresponderá a la Administración penitenciaria.

Dos. La Administración estimulará la participación de los internos en la organización y planificación del trabajo.

Artículo treinta y dos

Los internos podrán formar parte del Consejo Rector y de la Dirección o Gerencia de las cooperativas que se constituyan. La Administración adquirirá la cualidad de socio de aquéllas, contribuyendo a la consecución del correspondiente objeto social de conformidad con la legislación vigente.

Artículo treinta y tres

Uno. La Administración organizará y planificará el trabajo de carácter productivo en las condiciones siguientes:

a) Proporcionará trabajo suficiente para ocupar en días laborables a los internos, garantizando el descanso semanal.

b) La jornada de trabajo no podrá exceder de la máxima legal y se cuidará de que los horarios laborales permitan disponer de tiempo suficiente para la aplicación de los medios de tratamiento.

c) Velará por que la retribución sea conforme al rendimiento, categoría profesional y clase de actividad desempeñada.

d) Cuidará de que los internos contribuyan al sostenimiento de sus cargas familiares y al cumplimiento de sus restantes obligaciones, disponiendo el recluso de la cantidad sobrante en las condiciones que se establezcan reglamentariamente.

Dos. La retribución del trabajo de los internos sólo será embargable en las condiciones y con los requisitos establecidos para el salario del trabajador libre.

Artículo treinta y cuatro

Los internos, en cuanto trabajadores por cuenta ajena o socios cooperadores, asumirán individualmente la defensa de sus derechos e intereses laborales o cooperativos, que ejercitarán ante los Organismos y tribunales competentes, previa reclamación o conciliación en vía administrativa y en la forma que reglamentariamente se determine.

Artículo treinta y cinco

Los liberados que se hayan inscrito en la Oficina de Empleo dentro de los quince días siguientes a su excarcelación y no hayan recibido una oferta de trabajo adecuada tendrán derecho a la prestación por desempleo en las condiciones que reglamentariamente se establezcan.

CAPITULO III

ASISTENCIA SANITARIA

Artículo treinta y seis

Uno. En cada centro existirá al menos un Médico general con conocimientos psiquiátricos, encargado de cuidar de la salud física y mental de los internos y de vigilar las condiciones de higiene y salubridad en el establecimiento, el cual podrá, en su caso, solicitar la colaboración de especialistas. Igualmente habrá cuando menos un Ayudante Técnico Sanitario y se dispondrá de los servicios de un Médico Odontólogo y del personal auxiliar adecuado.

Dos. Además de los servicios médicos de los establecimientos, los internos podrán ser asistidos en las instituciones hospitalarias y asistenciales de carácter penitenciario y, en casos de necesidad o de urgencia, en otros centros hospitalarios.

Tres. Los internos podrán solicitar a su costa los servicios médicos de profesionales ajenos a las Instituciones penitenciarias, excepto cuando razones de seguridad aconsejen limitar este derecho.

Artículo treinta y siete

Para la prestación de la asistencia sanitaria todos los establecimientos estarán dotados:

a) De una enfermería, que contará con un número suficiente de camas, y estará provista del material clínico, instrumental adecuado y productos farmacéuticos básicos para curas de urgencia e intervenciones dentales.

b) De una dependencia destinada a la observación psiquiátrica y a la atención de los toxicómanos.

c) De una unidad para enfermos contagiosos.

Artículo treinta y ocho

Uno. En los establecimientos o departamentos para mujeres existirá una dependencia dotada del material de obstetricia necesario para el tratamiento de las internas embarazadas y de las que acaben de dar a luz y se encuentren convalecientes., así como para atender aquellos partos cuya urgencia no permita que se realicen en hospitales civiles.

Dos. Igualmente podrá existir un local habilitado para guardería infantil y educación preescolar con el fin de que las internas puedan tener en su compañía a los hijos que no hayan alcanzado la edad de escolaridad obligatoria.

Tres. En los establecimientos de mujeres se facilitará a las internas los artículos necesarios de uso normal para la higiene íntima.

Artículo treinta y nueve

Los diagnósticos psiquiátricos que afecten a la situación penitenciaria de los internos deberán realizarse por un equipo técnico, integrado

por un especialista en psiquiatría, un Médico Forense y el del establecimiento, acompañándose en todo caso informe del Equipo de Observación o de Tratamiento.

Artículo cuarenta

La asistencia médica y sanitaria estará asegurada por el reconocimiento inicial de las ingresadas y los sucesivos que reglamentariamente se determinen.

CAPITULO IV

RÉGIMEN DISCIPLINARIO

Artículo cuarenta y uno

Uno. El régimen disciplinario de los establecimientos se dirigirá a garantizar la seguridad y conseguir una convivencia ordenada.

Dos. Ningún interno desempeñará servicio alguno que implique el ejercicio de facultades disciplinarias.

Artículo cuarenta y dos

Uno. Los internos no serán corregidos disciplinariamente sino en los casos establecidos en el Reglamento y con las sanciones expresamente previstas en esta Ley.

Las infracciones disciplinarias se clasificarán en faltas muy graves, graves y leves.

Dos. No podrán imponerse otras sanciones que:

- a) Aislamiento en celdas, que no podrá exceder de catorce días.
- b) Aislamiento de hasta siete fines de semana.
- c) Privación de permisos de salida por un tiempo que no podrá ser superior a dos meses.
- d) Limitación de las comunicaciones orales al mínimo de tiempo previsto reglamentariamente, durante un mes como máximo.
- e) Privación de paseos y actos recreativos comunes, en cuanto sea compatible con la salud física y mental, hasta un mes como máximo.
- f) Amonestación.

Tres. En los casos de repetición de la infracción, las sanciones podrán incrementarse en la mitad de su máximo.

Cuatro. La sanción de aislamiento en celda sólo será de aplicación en los casos en que se manifieste una evidente agresividad o violencia por parte del interno, o cuando éste reiterada y gravemente altere la normal convivencia en el centro. En todo caso, la celda en que se cumple la sanción deberá ser de análogas características que las restantes del establecimiento.

Cinco. Al culpable de dos o más faltas se le impondrán las sanciones correspondientes a todas ellas para su cumplimiento simultáneo si fuera

posible, y, no siéndolo, se cumplirán por orden de su respectiva gravedad, pero el máximo de su cumplimiento no podrá exceder nunca del triple del tiempo correspondiente a la más grave, ni de cuarenta y dos días consecutivos en caso de aislamiento en celda.

Seis. Las sanciones podrán ser reducidas por decisión del órgano colegiado correspondiente o a propuesta del Equipo Técnico, y, cuando se advierta que hubo error en la aplicación de un correctivo, se procederá a una nueva calificación, o, en su caso, a levantar inmediatamente el castigo.

Artículo cuarenta y tres

Uno. La sanción de aislamiento se cumplirá con informe del Médico del establecimiento, quien vigilará diariamente al interno mientras permanezca en esa situación, informando al Director sobre su estado de salud física y mental y, en su caso, sobre la necesidad de suspender o modificar la sanción impuesta.

Dos. En los casos de enfermedad del sancionado, y siempre que las circunstancias lo aconsejen, se suspenderá la efectividad de la sanción que consista en internamiento en celda de aislamiento, hasta que el interno sea dado de alta o el correspondiente órgano colegiado lo estime oportuno, respectivamente.

Tres. No se aplicará esta sanción a las mujeres gestantes y a las mujeres hasta seis meses después de la terminación del embarazo, a las madres lactantes y a las que tuvieran hijos consigo.

Cuatro. El aislamiento se cumplirá en el compartimento que habitualmente ocupe el interno, y en los supuestos de que lo comparta con otros o por su propia seguridad o por el buen orden del establecimiento, pasará a uno individual de semejantes medidas y condiciones.

Artículo cuarenta y cuatro

Uno. Las sanciones disciplinarias serán impuestas por el correspondiente órgano colegiado, cuya organización y composición serán determinadas en el Reglamento.

Dos. Ningún interno será sancionado sin ser previamente informado de la infracción que se le atribuya y sin que se le haya permitido presentar su defensa, verbal o escrita.

Tres. La interposición de recurso contra resoluciones sancionadoras suspenderá la efectividad de la sanción, salvo cuando por tratarse de un acto de indisciplina grave la corrección no pueda demorarse. Los recursos contra resoluciones que impongan la sanción de aislamiento en celda serán de tramitación urgente y preferente.

Artículo cuarenta y cinco

Uno. Sólo podrán utilizarse, con autorización del Director, aquellos medios coercitivos que se establezcan reglamentariamente en los casos siguientes:

- a) Para impedir actos de evasión o de violencia de los internos.
- b) Para evitar daños de los internos a sí mismos, a otras personas o cosas.
- c) Para vencer la resistencia activa o pasiva de los internos a las órdenes del personal penitenciario en el ejercicio de su cargo.

Dos. Cuando, ante la urgencia de la situación, se tuviere que hacer uso de tales medios se comunicará inmediatamente al Director, el cual lo pondrá en conocimiento del Juez de Vigilancia.

Tres. El uso de las medidas coercitivas estará dirigido exclusivamente al restablecimiento de la normalidad y sólo subsistirá el tiempo estrictamente necesario.

Cuatro. En el desempeño de sus funciones de vigilancia los funcionarios de instituciones penitenciarias no podrán utilizar armas de fuego.

CAPITULO V

RECOMPENSAS

Artículo cuarenta y seis

Los actos que pongan de relieve buena conducta, espíritu de trabajo y sentido de responsabilidad en el comportamiento personal y en las actividades organizadas del establecimiento serán estimulados mediante un sistema de recompensas reglamentariamente determinado.

CAPITULO VI

PERMISOS DE SALIDA

Artículo cuarenta y siete

Uno. En caso de fallecimiento o enfermedad grave de los padres, cónyuge, hijos, hermanos y otras personas íntimamente vinculadas con los internos, alumbramiento de la esposa, así como por importantes y comprobados motivos, con las medidas de seguridad adecuadas, se concederán permisos de salida, salvo que concurren circunstancias excepcionales.

Dos. Igualmente se podrán conceder permisos de salida hasta de siete días como preparación para la vida en libertad, previo informe del equipo técnico, hasta un total de treinta y seis o cuarenta y ocho días por año a los condenados de segundo o tercer grado, respectivamente, siempre que hayan extinguido la cuarta parte de la condena y no observen mala conducta.

Artículo cuarenta y ocho

Los permisos a que se refiere el artículo anterior podrán ser concedidos asimismo a internos preventivos con la aprobación, en cada caso, de la autoridad judicial correspondiente.

CAPITULO VII

INFORMACIÓN, QUEJAS Y RECURSOS

Artículo cuarenta y nueve

Los internos recibirán a su ingreso información escrita sobre el régimen del establecimiento, sus derechos y deberes, las normas disciplinarias y los medios para formular peticiones, quejas o recursos. A quienes no pueden entender la información por el procedimiento indicado, les será facilitada por otro medio adecuado.

Artículo cincuenta

Uno. Los internos tienen derecho a formular peticiones y quejas relativas a su tratamiento o al régimen del establecimiento ante el Director o persona que lo represente, a fin de que tome las medidas oportunas o, en su caso, las haga llegar a las autoridades u Organismos competentes. Si fueren hechas por escrito, podrán presentarse en pliego cerrado, que se entregará bajo recibo.

Dos. Si los internos interpusieren alguno de los recursos previstos en esta Ley, los presentarán asimismo ante el Director del establecimiento, quien los hará llegar a la autoridad judicial, entregando una copia sellada de los mismos al recurrente.

CAPITULO VIII

COMUNICACIONES Y VISITAS

Artículo cincuenta y uno

Uno. Los internos estarán autorizados para comunicar periódicamente, de forma oral y escrita, en su propia lengua, con sus familiares, amigos y representantes acreditados de Organismos e instituciones de cooperación penitenciaria, salvo en los casos de incomunicación judicial.

Estas comunicaciones se celebrarán de manera que se respete al máximo la intimidad y no tendrán más restricciones, en cuanto a las personas y al modo, que las impuestas por razones de seguridad, de interés de tratamiento y del buen orden del establecimiento.

Dos. Las comunicaciones de los internos con el Abogado defensor o con el Abogado expresamente llamado en relación con asuntos penales y con los Procuradores que los representen, se celebrarán en departamentos apropiados y no podrán ser suspendidas o intervenidas salvo por orden de la autoridad judicial y en los supuestos de terrorismo.

Tres. En los mismos departamentos podrán ser autorizados los internos a comunicar con profesionales acreditados en lo relacionado con su actividad, con los Asistentes Sociales y con Sacerdotes o Ministros de su religión, cuya presencia haya sido reclamada previamente. Estas

comunicaciones podrán ser intervenidas en la forma que se establezca reglamentariamente.

Cuatro. Las comunicaciones previstas en este artículo podrán efectuarse telefónicamente en los casos y con las garantías que se determinen en el Reglamento.

Cinco. Las comunicaciones orales y escritas previstas en este artículo podrán ser suspendidas o intervenidas motivadamente por el Director del establecimiento, dando cuenta a la autoridad judicial competente.

Artículo cincuenta y dos

Uno. En los casos de defunción, enfermedad o accidente grave del interno, el Director informará al familiar más próximo o a la persona designada por aquél.

Dos. Igualmente se informará al interno del fallecimiento o enfermedad grave de un pariente próximo o de persona íntimamente vinculada con aquél.

Tres. Todo interno tiene derecho a comunicar inmediatamente a su familia y Abogado su detención, así como a comunicar su traslado a otro establecimiento en el momento de ingresar en el mismo.

Artículo cincuenta y tres

Los establecimiento dispondrán de locales anejos especialmente adecuados para las visitas familiares o de allegados íntimos de aquellos internos que no puedan obtener permisos de salida.

Estas visitas se concederán con sujeción a lo dispuesto en el número uno, párrafo dos, del artículo cincuenta y uno, y en los casos, con los requisitos y periodicidad que reglamentariamente se determinen.

CAPITULO IX

ASISTENCIA RELIGIOSA

Artículo cincuenta y cuatro

La Administración garantizará la libertad religiosa de los internos y facilitará los medios para que dicha libertad pueda ejercitarse.

CAPITULO X

INSTRUCCION Y EDUCACION

Artículo cincuenta y cinco

Uno. En cada establecimiento existirá una escuela en la que se desarrollará la instrucción de los internos, y en especial, de los analfabetos y jóvenes.

Dos. Las enseñanzas que se impartan en los establecimientos se ajustarán en lo posible a la legislación vigente en materia de educación y formación profesional.

Tres. La Administración penitenciaria fomentará el interés de los internos por el estudio y dará las máximas facilidades para que aquéllos que no puedan seguir los cursos en el exterior lo hagan por correspondencia, radio o televisión.

Artículo cincuenta y seis

La Administración organizará las actividades educativas, culturales y profesionales de acuerdo con el sistema oficial, de manera que los internos puedan alcanzar las titulaciones correspondientes, a cuyo fin tendrán derecho a comunicar con sus profesores a los únicos efectos de realizar los correspondientes exámenes.

Artículo cincuenta y siete

En cada establecimiento existirá una biblioteca provista de libros adecuados a las necesidades culturales y profesionales de los internos, quienes además podrán utilizar los libros facilitados por el servicio de bibliotecas ambulantes establecido por la Administración o entidades particulares con el mismo fin.

Artículo cincuenta y ocho

Los internos tienen derecho a disponer de libros, periódicos y revistas de libre circulación en el exterior, con las limitaciones que, en casos concretos, aconsejen las exigencias del tratamiento individualizado, previa resolución motivada del equipo de observación y tratamiento del establecimiento. Asimismo estarán informados a través de audiciones radiofónicas, televisivas y otras análogas.

TITULO III

Del tratamiento

Artículo cincuenta y nueve

Uno. El tratamiento penitenciario consiste en el conjunto de actividades directamente dirigidas a la consecución de la reeducación y reinserción social de los penados.

Dos. El tratamiento pretende hacer del interno una persona con la intención y la capacidad de vivir respetando la Ley penal, así como de subvenir a sus necesidades. A tal fin, se procurará, en la medida de lo posible, desarrollar en ellos una actitud de respeto a sí mismos y de responsabilidad individual y social con respecto a su familia, al prójimo y a la sociedad en general.

Artículo sesenta

Uno. Los servicios encargados del tratamiento se esforzarán por conocer y tratar todas las peculiaridades de personalidad y ambiente del penado que puedan ser un obstáculo para las finalidades indicadas en el artículo anterior.

Dos. Para ello, deberán utilizarse, en tanto sea posible, todos los métodos de tratamiento y los medios que, respetando siempre los derechos constitucionales no afectados por la condena, puedan facilitar la obtención de dichas finalidades.

Artículo sesenta y uno

Uno. Se fomentará que el interno participe en la planificación y ejecución de su tratamiento y colaborará para, en el futuro ser capaz de llevar, con conciencia social, una vida sin delitos.

Dos. Serán estimulados, en cuanto sea posible, el interés y la colaboración de los internos en su propio tratamiento. La satisfacción de sus intereses personales será tenida en cuenta en la medida compatible con las finalidades del mismo.

Artículo sesenta y dos

El tratamiento se inspirará en los siguientes principios:

a) Estará basado en el estudio científico de la constitución, el temperamento, el carácter, las aptitudes y las actitudes del sujeto a tratar, así como de sus sistema dinámico-motivacional y del aspecto evolutivo de su personalidad, conducente a un enjuiciamiento global de la misma, que se recogerá en el protocolo del interno.

b) Guardará relación directa con un diagnóstico de personalidad criminal y con un juicio pronóstico inicial, que serán emitidos tomando como base una consideración ponderada del enjuiciamiento global a que se refiere el apartado anterior, así como el resumen de su actividad delictiva y de todos los datos ambientales, ya sean individuales, familiares o sociales, del sujeto.

c) Será individualizado, consistiendo en la variable utilización de métodos médico-biológicos, psiquiátricos, psicológicos, pedagógicos y sociales, en relación a la personalidad del interno.

d) En general será complejo, exigiendo la integración de varios de los métodos citados en una dirección de conjunto y en el marco del régimen adecuado.

e) Será programado, fijándose el plan general que deberá seguirse en su ejecución, la intensidad mayor o menor en la aplicación de cada método de tratamiento y la distribución de los quehaceres concretos integrantes del mismo entre los diversos especialistas y educadores.

f) Será de carácter continuo y dinámico, dependiente de las incidencias en la evolución de la personalidad del interno durante el cumplimiento de la condena.

Artículo sesenta y tres

Para la individualización del tratamiento, tras la adecuada observación de cada penado, se realizará su clasificación, destinándose al establecimiento, cuyo régimen sea más adecuado al tratamiento que se le haya señalado, y, en su caso, al grupo o sección más idóneo dentro de aquél. La clasificación debe tomar en cuenta no sólo la personalidad y el historial individual, familiar, social y delictivo del interno, sino también la duración de la pena y medidas penales en su caso, el medio a que probablemente retornará y los recursos, facilidades y dificultades existentes en cada caso y momento para el buen éxito del tratamiento.

Artículo sesenta y cuatro

Uno. La observación de los preventivos se limitará a recoger la mayor información posible sobre cada uno de ellos a través de datos documentales y de entrevistas, y mediante la observación directa del comportamiento, estableciendo sobre estas bases la separación o clasificación interior en grupos a que hace referencia el artículo dieciséis, y todo ello en cuanto sea compatible con la presunción de inocencia.

Dos. Una vez recaída sentencia condenatoria, se completará la información anterior con un estudio científico de la personalidad del observado, formulando en base a dichos estudios e informaciones una determinación del tipo criminológico un diagnóstico de capacidad criminal y de adaptabilidad social y la propuesta razonada de grado de tratamiento y de destino al tipo de establecimiento que corresponda.

Artículo sesenta y cinco

Uno. La evolución en el tratamiento determinará una nueva clasificación del interno, con la consiguiente propuesta de traslado al establecimiento del régimen que corresponda, o, dentro del mismo, el pase de una sección a otra de diferente régimen.

Dos. La progresión en el tratamiento dependerá de la modificación de aquellos sectores o rasgos de la personalidad directamente relacionados con la actividad delictiva; se manifestará en la conducta global del interno, y entrañará un acrecentamiento de la confianza depositada en el mismo y la atribución de responsabilidades, cada vez más importantes, que implicarán una mayor libertad.

Tres. La regresión de grado procederá cuando se aprecie en el interno, en relación al tratamiento, una evolución desfavorable de su personalidad.

Cuatro. Cada seis meses como máximo, los internos deberán ser estudiados individualmente para reconsiderar su anterior clasificación, tomándose la decisión que corresponda, que deberá ser notificada al interesado.

Cuando un mismo equipo reitere por segunda vez la calificación de primer grado, el interno podrá solicitar que su próxima propuesta de

clasificación se haga en la Central de Observación. El mismo derecho le corresponderá cuando, encontrándose en segundo grado y concurriendo la misma circunstancia, haya alcanzado la mitad del cumplimiento de la condena.

Artículo sesenta y seis

Uno. Para grupos determinados de internos, cuyo tratamiento lo requiera, se podrán organizar en los centros correspondientes programas basados en el principio de comunidad terapéutica.

Dos. Se concederá especial atención a la organización en los establecimientos de cumplimiento de cuantas sesiones de asesoramiento psicopedagógico y de psicoterapia de grupos se juzguen convenientes dada la programación del tratamiento y los criterios de selección usados en estos métodos así como a la realización de terapia de comportamiento y de procedimientos tendentes a modificar el sistema de actitudes del interno cuando sean desfavorables o negativos, todo ello con absoluto respeto a la personalidad del mismo.

Tres. En el programa de tratamiento se integrará también la formación y el perfeccionamiento profesional de aquellos sujetos cuya readaptación lo requiera, realizándose con asesoramiento psicológico continuo durante el proceso formativo y previa la orientación personal correspondiente.

Artículo sesenta y siete

Concluido el tratamiento o próxima la libertad del interno, se emitirá un informe pronóstico final, en el que se manifestarán los resultados conseguidos por el tratamiento y un juicio de probabilidad sobre el comportamiento futuro del sujeto en libertad, que, en su caso, se tendrá en cuenta en el expediente para la concesión de la libertad condicional.

Artículo sesenta y ocho

Uno. En los centros especiales el tratamiento se armonizará con la finalidad específica de cada una de estas Instituciones.

Dos. En los establecimientos para jóvenes menores de veintiún años, al concluir el tratamiento con la emisión del juicio pronóstico final, se procurará la evaluación del resultado del mismo a través de los datos que proporcionen los servicios centrales correspondientes.

Artículo sesenta y nueve

Uno. Las tareas de observación, clasificación y tratamiento las realizarán los equipos cualificados de especialistas, cuya composición y funciones se determinarán en el Estatuto Orgánico de Funcionarios. Dichos equipos contarán con la colaboración del número de educadores necesarios, dadas las peculiaridades de los grupos de internos tratados.

Dos. A los fines de obtener la recuperación social de los internos en

regímenes ordinario y abierto, se podrá solicitar la colaboración y participación de los ciudadanos y de instituciones o asociaciones públicas o privadas ocupadas en la resocialización de los reclusos.

Artículo setenta

Uno. Para el debido asesoramiento en materia de observación, clasificación y tratamiento de los internos, existirá una Central Penitenciaria de Observación, donde actuará un equipo técnico de especialistas con los fines siguientes:

- a) Completar la labor de los Equipos de Observación y de Tratamiento en sus tareas específicas.
- b) Resolver las dudas y consultas de carácter técnico que se formulen por el Centro directivo.
- c) Realizar una labor de investigación criminológica.
- d) Participar en las tareas docentes de la Escuela de Estudios Penitenciarios.

Dos. Por dicha central pasarán los internos cuya clasificación resulte difícil o dudosa para los equipos de los establecimientos o los grupos o tipos de aquellos cuyas peculiaridades convenga investigar a juicio del Centro directivo.

Artículo setenta y uno

Uno. El fin primordial del régimen de los establecimientos de cumplimiento es lograr en los mismos el ambiente adecuado para el éxito del tratamiento; en consecuencia, las funciones regimentales deben ser consideradas como medios y no como finalidades en sí mismas.

Dos. Las actividades integrantes del tratamiento y del régimen, aunque regidas por un principio de especialización, deben estar debidamente coordinadas. La Dirección del establecimiento organizará los distintos servicios de modo que los miembros del personal alcancen la necesaria comprensión de sus correspondientes funciones y responsabilidades para lograr la indispensable coordinación.

Artículo setenta y dos

Uno. Las penas privativas de libertad se ejecutarán según el sistema de individualización científica, separado en grados, el último de los cuales será el de libertad condicional, conforme determina el Código Penal.

Dos. Los grados segundo y tercero se cumplirán respectivamente en establecimientos de régimen ordinario y de régimen abierto. Los clasificados en primer grado serán destinados a los establecimientos de régimen cerrado, de acuerdo con lo previsto en el número uno del artículo diez de esta Ley.

Tres. Siempre que de la observación y clasificación correspondiente de un interno resulte estar en condiciones para ello, podrá ser situado

inicialmente en grado superior, salvo el de libertad condicional, sin tener que pasar necesariamente por los que le preceden.

Cuatro. En ningún caso se mantendrá a un interno en un grado inferior cuando por la evolución de su tratamiento se haga merecedor a su progresión.

TITULO IV

De la asistencia pospenitenciaria

Artículo setenta y tres

Uno. El condenado que haya cumplido su pena y el que de algún otro modo haya extinguido su responsabilidad penal deben ser plenamente reintegrados en el ejercicio de sus derechos como ciudadanos.

Dos. Los antecedentes no podrán ser en ningún caso motivo de discriminación social o jurídica.

Artículo setenta y cuatro

El Ministerio de Justicia, a través de la Comisión de Asistencia Social, organismo dependiente de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, cuya estructura y funciones se determinarán en el Reglamento Orgánico de dicho Departamento, prestará a los internos, a los liberados condicionales o definitivos y a los familiares de unos y otros la asistencia social necesaria.

Artículo setenta y cinco

Uno. El personal asistencial de la Comisión de Asistencia Social estará constituido por funcionarios que pasarán a prestar sus servicios en el citado órgano, con exclusión de cualesquiera otras actividades que no sean las estrictamente asistenciales.

Dos. La Comisión de Asistencia Social colaborará de forma permanente con las entidades dedicadas especialmente a la asistencia de los internos y al tratamiento de los excarcelados existentes en el lugar donde radiquen los establecimientos penitenciarios.

TITULO V

Del Juez de Vigilancia

Artículo setenta y seis

Uno. El Juez de Vigilancia tendrá atribuciones para hacer cumplir la pena impuesta, resolver los recursos referentes a las modificaciones que pueda experimentar con arreglo a lo prescrito en las Leyes y regla-

mentos, salvaguardar los derechos de los internos y corregir los abusos y desviaciones que en el cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario puedan producirse.

Dos. Corresponde especialmente al Juez de Vigilancia.

a) Adoptar toda las decisiones necesarias para que los pronunciamientos de las resoluciones en orden a las penas privativas de libertad se lleven a cabo, asumiendo las funciones que corresponderían a los Jueces y Tribunales sentenciadores.

b) Resolver sobre las propuestas de libertad condicional de los penados y acordar las revocaciones que procedan.

c) Aprobar las propuestas que formulen los establecimientos sobre beneficios penitenciarios que puedan suponer acortamiento de la condena.

d) Aprobar las sanciones de aislamiento en celda de duración superior a catorce días.

e) Resolver por vía de recurso las reclamaciones que formulen los internos sobre sanciones disciplinarias.

f) Resolver en base a los estudios de los Equipos de Observación y de Tratamiento, y en su caso de la Central de Observación, los recursos referentes a clasificación inicial y a progresiones y regresiones de grado.

g) Acordar lo que proceda sobre las peticiones o quejas que los internos formulen en relación con el régimen y el tratamiento penitenciario en cuanto afecte a los derechos fundamentales o a los derechos y beneficio penitenciarios de aquéllos.

h) Realizar las visitas a los establecimientos penitenciarios que previene la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

i) Autorizar los permisos de salida cuya duración sea superior a dos días, excepto de los clasificados en tercer grado.

j) Conocer del paso a los establecimientos de régimen cerrado de los reclusos a propuesta del Director del establecimiento.

Artículo setenta y siete

Los Jueces de Vigilancia podrán dirigirse a la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, formulando propuestas referentes a la organización y desarrollo de los servicios de vigilancia, a la ordenación de la convivencia interior en los establecimientos, a la organización y actividades de los talleres, escuela, asistencia médica y religiosa, y en general a las actividades regimentales, económico-administrativas y de tratamiento penitenciario en sentido estricto.

Artículo setenta y ocho

Uno. En lo que respecta a las cuestiones orgánicas referentes a los Jueces de Vigilancia y a los procedimientos de su actuación, se estará a lo dispuesto en las Leyes correspondientes.

Dos. Los Jueces de Vigilancia tendrán su residencia en el territorio en que radiquen los establecimientos penitenciarios sometidos a su jurisdicción.

TITULO VI*De los funcionarios***Artículo setenta y nueve**

Corresponde a la Dirección General de Instituciones Penitenciarias del Ministerio de Justicia la dirección, organización e inspección de las Instituciones que se regulan en la presente Ley, salvo respecto de las Comunidades Autónomas que hayan asumido en sus respectivos Estatutos la ejecución de la legislación penitenciaria y consiguiente gestión de la actividad penitenciaria.

Artículo ochenta

Uno. Para el desempeño de las funciones que le están encomendadas la Administración penitenciaria contará con el personal necesario y debidamente cualificado.

Dos. Los funcionarios penitenciarios tendrán la condición de funcionarios públicos, con los derechos, deberes e incompatibilidades regulados por la legislación general de funcionarios civiles de la Administración del Estado.

En el ejercicio de sus funciones se atenderá al principio de imparcialidad política, de conformidad con las normas constitucionales.

Tres. La selección y, en su caso, el ascenso de los funcionarios penitenciarios se ajustarán a los mismos procedimientos establecidos en el Estatuto de la Función Pública.

Cuatro. Antes de iniciar su actividad, los funcionarios penitenciarios deberán recibir la formación específica, tanto teórica como práctica, en el Centro oficial adecuado que reglamentariamente se determine.

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Primera.—Hasta que se dicten las normas referidas en el artículo setenta y ocho, el Juez de Vigilancia se atenderá a los artículos quinientos veintiséis, novecientos ochenta y cinco, novecientos ochenta y siete, novecientos noventa y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Segunda.—En el desarrollo reglamentario de la presente Ley se tendrán en cuenta las previsiones que, con relación a la Administración penitenciaria, puedan incluir los Estatutos de Autonomía que adopten las distintas nacionalidades y regiones.

DISPOSICIONES FINALES

Primera.—Los derechos reconocidos a los internos en esta Ley podrán ser suspendidos parcial y temporalmente por acuerdos de los Ministerios de Justicia e Interior en los supuestos de graves alteraciones del orden en un centro, que obliguen a la autoridad penitenciaria a requerir la intervención de los Cuerpos de Seguridad del Estado.

Uno. Desde el momento en que intervengan dichas fuerzas asumirá la dirección del establecimiento penitenciario en cuanto a custodia, vigilancia y restauración del orden el Jefe de las mismas, sin perjuicio de continuar la autoridad penitenciaria en la dirección de las actividades de tratamiento, procedimiento administrativo en relación con las autoridades judiciales, régimen económico-administrativo y funciones asistenciales.

Dos. Independientemente del supuesto considerado en el número anterior, los Ministerios de Justicia e Interior podrán acordar, por razones de seguridad pública, que la custodia y la vigilancia interior de un establecimiento cerrado o de un departamento especial de éste corresponda a los Cuerpos de la Seguridad del Estado.

Tres. En los supuestos comprendidos en los dos párrafos anteriores se dará cuenta inmediata del acuerdo adoptado por los Ministerios de Justicia e Interior a la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados a los efectos de que adopte la resolución que reglamentariamente proceda.

Segunda.—En el plazo máximo de un año el Gobierno aprobará el Reglamento que desarrolle la presente Ley, continuando entre tanto en vigor el Reglamento de los Servicios de Prisiones aprobado por Decreto de dos de febrero de mil novecientos cincuenta y seis y modificado por Decreto dos mil setecientos cinco/mil novecientos setenta y cuatro, de veintisiete de julio; ciento sesenta y dos/mil novecientos sesenta y ocho, de veinticinco de enero; mil trescientos setenta y dos/mil novecientos setenta, de treinta de abril y Real Decreto dos mil doscientos setenta y tres/mil novecientos setenta y siete, de veintinueve de julio, en lo que no se oponga a los preceptos de la Ley General Penitenciaria.

LEY 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos. («B. O. del Estado» de 6 de noviembre de 1979.)

DON JUAN CARLOS I, REY DE ESPAÑA

A todos los que la presente vieren y entendieren,
Sabed: Que las Cortes Generales han aprobado y Yo vengo en sancionar la siguiente Ley:

Artículo primero:

La cesión, extracción, conservación, intercambio y trasplante de órganos humanos, para ser utilizados con fines terapéuticos, sólo podrán realizarse con arreglo a lo establecido por la presente Ley y por las disposiciones que se dicten para su desarrollo.

Artículo segundo:

No se podrá percibir compensación alguna por la donación de órganos. Se arbitrarán los medios para que la realización de estos procedimientos no sea en ningún caso gravosa para el donante vivo ni para la familia del fallecido. En ningún caso existirá compensación económica alguna para el donante, ni se exigirá al receptor precio alguno por el órgano trasplantado.

Artículo tercero:

El Ministerio de Sanidad y Seguridad Social autorizará expresamente los Centros sanitarios en que pueda efectuarse la extracción de órganos humanos. Dicha autorización determinará a quién corresponde dar la conformidad para cada intervención.

Artículo cuarto:

La obtención de órganos procedentes de un donante vivo, para su ulterior injerto o implantación en otra persona, podrá realizarse si se cumplen los siguientes requisitos:

- a) Que el donante sea mayor de edad.
- b) Que el donante goce de plenas facultades mentales y haya sido previamente informado de las consecuencias de su decisión. Esta información se referida a las consecuencias previsibles de orden somático, psíquico y psicológico, a las eventuales repercusiones que la donación pueda tener sobre su vida personal, familiar y profesional, así como a los beneficios que con el trasplante se espera haya de conseguir el receptor.
- c) Que el donante otorgue su consentimiento de forma expresa, libre y consciente, debiendo manifestarlo, por escrito, ante la autoridad pública que reglamentariamente se determine, tras las explicaciones del médico que ha de efectuar la extracción, obligado éste también a firmar el documento de cesión del órgano. En ningún caso podrá efectuarse la extracción sin la firma previa de este documento. A los efectos establecidos en esta Ley, no

podrá obtenerse ningún tipo de órganos de personas que, por deficiencias psíquicas o enfermedad mental o por cualquier otra causa, no puedan otorgar su consentimiento expreso, libre y consciente.

d) Que el destino del órgano extraído sea su trasplante a una persona determinada, con el propósito de mejorar sustancialmente su esperanza o sus condiciones de vida, garantizándose el anonimato del receptor.

Artículo quinto:

Uno. La extracción de órganos u otras piezas anatómicas de fallecidos podrá hacerse previa comprobación de la muerte. Cuando dicha comprobación se base en la existencia de datos de irreversibilidad, de las lesiones cerebrales y, por tanto, incompatibles con la vida, el certificado de defunción será suscrito por tres médicos, entre los que deberán figurar, un neurólogo o neurocirujano y el jefe del servicio de la unidad médica correspondiente o su sustituto; ninguno de estos facultativos podrá formar parte del equipo que vaya a proceder a la obtención del órgano o a efectuar el trasplante.

Dos. La extracción de órganos u otras piezas anatómicas de fallecidos podrá realizarse con fines terapéuticos o científicos, en el caso de que éstos no hubieran dejado constancia expresa de su oposición.

Tres. Las personas presumiblemente sanas que falleciesen en accidente o como consecuencia ulterior de éste se considerarán, asimismo, como donantes, si no consta oposición expresa del fallecido. A tales efectos debe constar la autorización del juez al que corresponda el conocimiento de la causa, el cual deberá concederla en aquellos casos en que la obtención de los órganos no obstaculizare la instrucción del sumario por aparecer debidamente justificadas las causas de la muerte.

Artículo sexto:

El responsable de la unidad médica en que haya de realizarse el trasplante sólo podrá dar su conformidad si se cumplen los siguientes requisitos:

a) Que el receptor sea plenamente consciente del tipo de intervención que va a efectuarse, conociendo los posibles riesgos y las previsibles ventajas que, tanto física como psíquicamente, puedan derivarse del trasplante.

b) Que el receptor sea informado de que se han efectuado en los casos precisos los necesarios estudios inmunológicos de histocompatibilidad u otros que sean procedente, entre donante y futuro receptor, efectuados por un laboratorio acreditado por el Ministerio de Sanidad y Seguridad Social.

c) Que el receptor exprese por escrito su consentimiento para la realización del trasplante cuando se trate de un adulto jurídicamente responsable de sus actos, o por sus representantes legales, padres o tutores, en caso de pacientes con déficit mental o menores de edad.

Artículo séptimo:

Uno. Se facilitará la constitución de Organizaciones a nivel de Comunidad Autónoma y Nacional y se colaborará con Entidades internacionales que hagan posible el intercambio y la rápida circulación de órganos para

trasplante, obtenidos de personas fallecidas, con el fin de encontrar el receptor más idóneo.

Dos. Por el Ministerio de Sanidad y Seguridad Social se dictarán normas reguladoras del funcionamiento y control de los «bancos» de órganos que por su naturaleza permitan esta modalidad de conservación. Dichos «bancos» no tendrán, en caso alguno, carácter lucrativo.

DISPOSICIONES ADICIONALES

Primera:

El Gobierno deberá desarrollar por vía reglamentaria lo dispuesto en esta Ley, y en especial:

a) Las condiciones y requisitos que han de reunir el personal, servicios y Centros sanitarios mencionados en la presente Ley para ser reconocidos y acreditados en sus funciones; asimismo, revisará la base treinta y tres de la Ley de Bases de Sanidad Nacional de veinticuatro de noviembre de mil novecientos cuarenta y cuatro y el Reglamento de Policía Sanitaria Mortuaria para facilitar la aplicación de esta Ley y el traslado de cadáveres.

b) El procedimiento y comprobaciones para el diagnóstico de la muerte cerebral.

c) Las medidas informativas de todo orden a que, inexcusablemente, habrán de atenerse todos los Centros sanitarios, a fin de garantizar que todos los ciudadanos que en ellos ingresen y sus familiares tengan pleno conocimiento de la regulación sobre donación y extracción de órganos con fines terapéuticos o científicos.

Segunda:

La presente Ley no será de aplicación a la utilización terapéutica de la sangre humana y sus derivados; sin embargo, su Reglamentación se inspirará en los principios informadores de esta Ley. Las extracciones anatómicas efectuadas para la práctica de trasplantes de córnea y de otros tejidos que reglamentariamente se determinen podrá ser realizadas sin demora y en los propios lugares del fallecimiento.

DISPOSICION DEROGATORIA

Queda derogada la Ley de dieciocho de diciembre de mil novecientos cincuenta y cuantas disposiciones, cualquiera que sea su rango, se opongan a lo dispuesto en la presente Ley.

Por tanto,

Mando a todos los españoles, particulares y autoridades, que guarden y hagan guardar esta Ley.

CIRCULARES Y CONSULTAS DE LA FISCALIA DEL T. S.

a) Circulares

CIRCULAR NUM. 1/1978

Al término de las reuniones de la Junta de Fiscales Generales, celebradas bajo mi Presidencia, se ha dado a la publicidad un comunicado en el que se indican someramente los motivos de la convocatoria, los temas que se han sometido a debate y los acuerdos adoptados.

Como es muy probable que los órganos de comunicación social no lo reproduzcan en su integridad, es por lo que, para su conocimiento, le traslado el texto completo del mismo, que literalmente dice así:

«El Fiscal del Reino, en ejercicio de la facultad prevista en el núm. 2 del artículo 120 del Reglamento Orgánico del Estatuto del Ministerio Fiscal, ha reunido, durante los días 31 de enero y 1 y 2 de febrero, a la Junta de Fiscales Generales a fin de examinar la situación del orden público, estudiar las instrucciones a impartir a las Fiscalías y la posible solicitud de medidas legislativas que refuercen la función que le está encomendada.

Los reunidos han tomado conciencia del progresivo deterioro de la paz pública, de los índices de delincuencia y del desasosiego que acusa la sociedad española y que ratifican los datos que suministran las Fiscalías.

El Fiscal del Reino, coincidiendo con los Fiscales Generales en un análisis sereno de la situación, entiende que si se han registrado hechos atroces que sobrecogen el ánimo, no son menos perturbadores, como factor de intranquilidad pública, otros delitos, que aisladamente no significarían amenaza, pero cuya extensión y frecuencia van intensificando la alarma por el efecto multiplicador con que afectan a la libertad de las personas, la honestidad y la propiedad, objetos preferidos de agresión mediante diversas formas de intimidación, amenaza o coacciones.

Limitados a los estrictos términos del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, según manda todo Estado de Derecho, los Fiscales Generales han apoyado la propuesta del Fiscal del Reino sobre un conjunto de Circulares en las que se instruya a las Fiscalías respecto a la más extrema utilización legal del ordenamiento jurídico en la tutela de las personas, derechos y bienes.

Igualmente se ha estimado que las especiales circunstancias aludidas en cuanto a la *desproporción* entre la entidad aislada de la mayoría de los delitos, cuya proliferación se denuncia, y la escasa gravedad de su pena, imponen la necesidad de soluciones legislativas, siquiera sean transitorias, hasta tanto se configura el orden constitucional y se mejoran las condiciones económicas y de empleo, cuya incidencia en estos tipos delictivos y en la edad de sus autores ha sido ponderada por los Fiscales reunidos.

Quiere, en todo caso, destacar el Fiscal del Reino que los autores de los hechos denunciados se benefician de la escasa reacción de los ciudadanos,

que presencian impasibles incluso desmanes de escasa peligrosidad, sin acudir en auxilio de la víctima ni colaborar, en su caso, con la Autoridad.

Sin esta solidaridad poco podrá hacerse. El pueblo español no debe olvidar que es ahora protagonista directo de su suerte y su destino, lo que no está reñido con el refuerzo de los medios de vigilancia policial, que haga más ostensible la presencia tranquilizadora de los agentes encargados de velar por la seguridad pública.

El Fiscal del Reino ha solicitado la especial opinión de los Fiscales Generales sobre el estado de permanente y progresiva indisciplina de la población reclusa, en actitud de franca sedición no ya frente a los encargados de su custodia, sino también a los órganos jurisdiccionales.

Sobre todo ello se ha decidido aplicar o proponer, en su caso, un catálogo de medidas adecuadas, entre las que se contempla la cancelación de cualquier proyecto de indulto general, sin cuya precisión las disposiciones del Código Penal acabarán convirtiéndose en letra muerta.

No es la política, ni debe serlo jamás, función rectora de las decisiones del Ministerio Público y queda claro y terminante por ello que nada que afecte a dicho campo incide en estas consideraciones. Su Estatuto le ordena «velar por la observancia de las Leyes y promover la acción de la Justicia en cuanto concierne al interés público».

El Fiscal del Reino y la Junta de Fiscales Generales entiende que con las medidas acordadas contribuyen, como les ordena la Ley, al «mantenimiento del orden jurídico y la satisfacción del interés social».

Deseo también con esta información llamar la atención de usted sobre la indudable importancia de las cuestiones planteadas, invitándole a que comunique a esta Fiscalía del Reino cualquier consideración o propuesta que en relación con tan importantes temas le sugiera su celo e interés y que, con toda seguridad, habrán de servirnos de auxilio al concretar las medidas e iniciativas que, como resultado de los acuerdos adoptados, habrá de ponerse en práctica para la más eficaz colaboración del Ministerio Fiscal, por los medios a nuestro alcance, al aseguramiento de la paz pública.

CIRCULAR NUM. 2/1978

SOBRE PERSECUCION DEL DELITO FISCAL

(Ley 50/1977, de 14 de noviembre)

La Ley 50/1977, sobre medidas urgentes de reforma fiscal, establece la represión penal del fraude tributario introduciendo el delito fiscal, como figura común de delincuencia, sujeta a las normas ordinarias sobre jurisdicción, competencia y procedimientos, si bien con peculiaridades que requieren consideración especial y hace necesario fijar criterios interpretativos para la unidad de acción del Ministerio Fiscal.

La nueva ordenación realiza en alguna parte la iniciativa de este Ministerio, que fue objeto de amplia exposición en la Memoria correspondiente al año 1972, páginas 304 a 328

Se decía entonces que la tipificación de las transgresiones en materia tributaria, definidas a la sazón en el artículo 319 del Código Penal bajo la rúbrica «De la ocultación fraudulenta de bienes o de industria», no podía ser «más pobre y desafortunada». Por extenso se razonaban las deficiencias técnicas y sistemáticas de aquel precepto, su ineficacia para la represión del fraude fiscal y, en definitiva, su inoperancia práctica, demostrada por una casi absoluta falta de aplicación. Se citaba como dato significativo que el Tribunal Supremo sólo se había pronunciado sobre la aplicación del referido artículo 319 en dos sentencias, ambas del siglo XIX (5 de febrero de 1898 y 16 de julio de 1899).

Ahora el artículo 35 de la Ley 50/1977 modifica la rúbrica del Capítulo VI del Título III del Libro II, sustituyéndola por la «Del delito fiscal» y da nueva redacción al único artículo que comprende ese Capítulo y que es el dicho 319. Los artículos 36 y 37 de la Ley que comentamos dictan reglas sobre jurisdicción, competencia y procedimiento.

I. *El tipo penal*

Se dice en el nuevo texto «Cometerá delito fiscal el que defraude a la Hacienda estatal o local mediante la elusión del pago de impuestos o el disfrute ilícito de beneficios fiscales en una cantidad igual o superior a dos millones de pesetas».

El sujeto activo del delito será, pues, la persona que, según la Ley, resulte obligada al cumplimiento de la prestación tributaria, sea como contribuyente o como sustituto del contribuyente, tal como definen ambas figuras los artículos 30 y siguientes de la Ley General Tributaria, e igualmente las personas obligadas al pago de tributos, arbitrios y tasas en favor de las Haciendas provinciales o municipales.

Por impuestos habrán de entenderse no sólo los tributos que fiscalmente reciben aquella denominación, sino cualquier exacción fiscal o parafiscal, como resulta del propio texto legal, que en el apartado dos se refiere genéricamente a «tributos» y no a «impuestos», con una dicción mucho más amplia.

Aclara la Ley, como es de rigor, los supuestos en que el deudor tributario sea una persona jurídica, determinando la física a la que deba imputarse el delito, que se presume en quienes ejerzan funciones de administración directiva, salvo que se demuestre su irresponsabilidad. Debe interesarse en tal evento cuál haya sido el autor material y muy especialmente determinar el directo inspirador de la infracción.

Para que la responsabilidad recaiga en el administrador —director, gerente, consejero delegado u otros que efectivamente ejercen ese papel— será menester que en el ámbito jurídico de la estructura de la empresa le esté conferido poder de decisión y lo haya ejercido expresamente para ordenar o cometer el fraude. Pero entiéndase en todo caso que si éste se acredita como evidente no deberá aceptarse, por el simple juego y la interdependencia de las atribuciones civiles y mercantiles que configuran la organización de la empresa, que la infracción carece de titular penal responsable, es decir, que se ha producido sola.

El hecho antijurídico de la evasión fiscal se contrae tanto a la elusión del

pago del impuesto de modo directo, como, indirectamente, mediante la obtención o disfrute ilícito de cualquier exención, desgravación, bonificación u otro beneficio fiscal en cuya virtud se hubiere reducido indebidamente la deuda tributaria. Pero tanto una como otra figura sólo son punibles cuando excedan de determinada cuantía y respondan a la utilización de determinados medios fraudulentos.

«Se entiende —dice el último inciso del apartado uno— que existe ánimo de defraudar en el caso de falsedades o anomalías sustanciales en la contabilidad y en el de negativa u obstrucción a la acción investigadora de la Administración tributaria.»

a) Falsedad o anomalías sustanciales en la contabilidad.

Desde luego, podrá consistir en cualquier mutación de la verdad en los documentos contables que presente gravemente alterada o que enmascare de manera fundamental la verdadera situación o movimiento económico de la empresa simulando u ocultando datos de modo tendente a eludir el impuesto u obtener indebidamente el beneficio fiscal. Igualmente puede constituir un indicio que acucie el celo investigador la llevanza de la contabilidad al margen de las normas del Plan general cuando la empresa esté obligada a ello. Será, sin embargo, necesario que al sujeto le esté legalmente exigido llevar una contabilidad o que, sin obligación de llevarla, la utilice, exhiba o manifieste con propósito fraudulento. Lo que no podrá entenderse como circunstancia calificadora de fraude es la ausencia, en todo o en parte, de una contabilidad regular por quienes no tienen la obligación legal de llevarla.

b) Negativa u obstrucción a la acción investigadora de la Administración tributaria.

En esta segunda hipótesis la imputación tendrá su apoyo en la presunción «*iuris tantum*» de malicia en la omisión u ocultación total o parcial de la base tributaria al concurrir con la desobediencia al mandato expreso del funcionario público competente para el ejercicio de las facultades de inspección fiscal poniendo trabas injustificadas o torpemente confusionarias a la labor inspectora.

Así vendrá a constituir la conducta del contribuyente una actitud de resistencia análoga a la definida por el artículo 319 en su antigua redacción y, en este sentido, el tipo penal se constituye, entrando en juego esa presunción, en forma compleja, constituida por los siguientes elementos:

— Existencia de una actividad investigadora que haya establecido en principio, pero con suficientes motivos racionales, la omisión u ocultación determinante del fraude y su cuantía, o bien la ausencia de realidad en los hechos que hubieren fundado el beneficio fiscal.

— Existencia de un requerimiento concreto al deudor tributario para la manifestación o exhibición de los elementos de investigación del hecho que legalmente le sean exigibles.

— Desobediencia expresa o tácita, pero en todo caso notoria, del deudor tributario al anterior requerimiento.

No es necesario consignar que para que pueda reputarse fraudulenta la conducta del contribuyente ha de ser intencional y deliberadamente dirigida a la elusión del impuesto o al disfrute ilícito del beneficio fiscal. La conducta

basada en defectuosas informaciones o en cualquier otra negligencia tendrá sus consecuencias administrativas, pero carecerá de trascendencia penal. El delito fiscal es claramente de tendencia, necesariamente doloso y no puede ser cometido por imprudencia.

Además, para que la infracción revista caracteres de delito es menester que sobrepase determinados límites cuantitativos fijados por la Ley en cantidad igual o superior a los dos millones de pesetas.

La cuantía de la infracción no se determina por el total de la deuda tributaria. En primer lugar, porque no deberán computarse las sanciones fiscales, recargos por demora o en concepto de intereses. No obstante, sí lo serán los recargos que fueren procedentes y exigibles al liquidar originalmente la exacción.

Además no son acumulables las distintas cuantías defraudadas cuando corresponden a distintos tributos no periódicos, habiéndose de entender por tales aquellos que responden a hechos imponibles distintos cada uno de los cuales sea objeto de una propia y única liquidación. Los tributos periódicos, es decir, aquellos que responden al mismo hecho impositivo sí habrán de acumularse en tanto que correspondan a un mismo período impositivo.

II. *Jurisdicción y competencia*

Conforme al artículo 36, «el conocimiento de las causas por los delitos fiscales corresponderá a la jurisdicción ordinaria». Conforme a este pronunciamiento, el nuevo delito fiscal se somete exclusivamente a los Jueces y Tribunales ordinarios, sin contemplaciones a ninguna clase de fueros en favor de otras jurisdicciones.

La competencia territorial vendrá determinada por razón del domicilio de la persona física o jurídica imputada. Así resulta de la alusión al fuero del domicilio que contiene el artículo 37, párrafo 2, y que en tal sentido deja resueltas las difíciles cuestiones que pudiera plantear la determinación del lugar de comisión del delito.

El procedimiento aplicable, dada la naturaleza de las penas y la cuantía mínima de las sanciones pecuniarias que señala el artículo 35, párrafo 1, será el denominado procedimiento de urgencia, que regula el artículo 779 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

III. *El requisito de procedibilidad*

Conforme al tenor de la Ley, estos delitos fiscales no son perseguibles de oficio ni pueden ser objeto de acción pública, pues dispone el artículo 37, apartado uno: «los delitos fiscales sólo son perseguibles a instancia de la Administración, sin necesidad de querella».

Sin embargo, tampoco resulta que la acción penal haya de ser ejercida por la Administración, pues de los párrafos dos y tres de dicho artículo 37 se desprende que esa misión ha sido asignada al Ministerio Fiscal.

A tenor de las disposiciones de dichos párrafos dos y tres, los requisitos son los siguientes:

Primero.—Procedimiento administrativo de liquidación, determinación e

investigación del hecho imponible y de la cuantía defraudada por cada concepto contributivo y en el cual se haya agotado la vía gubernativa.

Es muy de tener en cuenta que la Ley no contempla la posibilidad de que el acto administrativo haya sido impugnado judicialmente en vía contencioso-administrativa. El Fiscal deberá tener en cuenta esta posibilidad, que, en su caso, constituiría cuestión prejudicial, conforme a lo prevenido en el artículo 4.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Segundo.—Decisión o acuerdo del Delegado de Hacienda previo informe del Subdelegado de Inspección e Inspector Jefe, del Administrador de Tributos, Impuestos Inmobiliarios o de Aduanas, según el tributo de que se trate, y del Abogado del Estado, o bien, en las defraudaciones contra las Haciendas locales, acuerdo o decisión del Alcalde o del Presidente de la Diputación, según los casos, previo informe de sus secciones de Hacienda y del Abogado de la Corporación, resolviendo poner en conocimiento del Ministerio Fiscal en ambos casos los hechos que se estimen constitutivos de delito fiscal.

Tercero.—Formulación de querrela por el Ministerio Fiscal, de acuerdo con las disposiciones de los artículos 105 y 271 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, si de la documentación remitida por el Delegado de Hacienda de la provincia o por la presidencia de la Diputación Provincial o por la Alcaldía correspondiente, resultan los datos necesarios que revelen suficientes indicios del delito fiscal y se acredite que se han cumplido todos los requisitos legalmente establecidos para su persecución.

Aunque las pruebas practicadas en el expediente administrativo y la resolución recaída no sean vinculantes para los Tribunales, constituyen la pieza fundamental de la instrucción una vez sean corroborados judicialmente los extremos de hecho que lo fundamenten.

Ejercitada la acción penal, la única acción acusadora será la del Ministerio Fiscal, que habrá de desplegar todo su celo para que la investigación sumarial sea eficaz en la determinación de los hechos imputados y de sus circunstancias.

CIRCULAR NUM. 3/1978

VISITAS A PRISIONES

Las funciones de mantenimiento del orden jurídico y la satisfacción del interés social que al Ministerio Público atribuye y confiere el Estado, concuerdan directamente con la defensa de los derechos humanos y, de entre ellos, muy esencialmente el que afecta a la libertad del ciudadano, atributo inseparable de su dignidad. Así se explica que el artículo 2.º del Estatuto de 21 de junio de 1926 precise entre las misiones del Ministerio Fiscal la de «investigar con la mayor diligencia las detenciones arbitrarias que se efectúen y promover su castigo» y que el artículo 6.º del Reglamento Orgánico, de 27 de febrero de 1969, desarrolle tal mandamiento, estableciendo el derecho de los Fiscales de las Audiencias para requerir de los jefes de los establecimientos penitenciarios relación certificada de los internados, motivo de su prisión y noticia de la autoridad que la hubiere decretado. Todo ello con la

facultad a los Fiscales de las Audiencias de visitar la prisión o prisiones de su territorio para cumplir aquellas funciones.

A estas preocupaciones responde la presente Circular, en la que se atiende no a las detenciones descaradamente arbitrarias, que ello, por escandaloso, se condena, sino a las prolongadas prisiones preventivas que pudieran incidir en ilegalidad si no existiera causa procesal que las justificare, así como a la misión de tutela que al Ministerio Fiscal corresponde sobre las condiciones materiales y humanas en que se hallen los internados, postulando, en aras del interés social, el amparo que proceda, tanto más acuciante para quienes ven restringidas no sólo su libertad, sino también las actividades o atenciones que demandan sus necesidades personales y familiares.

Es deseo de esta Fiscalía, compartido unánimemente por todos los miembros de la carrera fiscal, la efectividad en toda su plenitud de las múltiples prerrogativas y deberes que se desprenden de aquellas normas que perfilan lo noble de su misión ante la sociedad y sus miembros. Debe superarse, sin restricciones ni temores, la errónea imagen del Fiscal acusador y exigente, incapaz de ofrecer a la sociedad, a la que servimos y representamos, el amplio abanico de nuestras funciones, que, si por tutela de los más se convierte en ocasiones en castigo de los menos, viene también llamado a prevenir que aquel castigo no se exceda ni se cumpla en condiciones que afecten a los derechos del hombre.

Hoy y ahora quiere esta Fiscalía referirse a las visitas que a los establecimientos penitenciarios deberán hacer los Fiscales de las Audiencias —aparte de las que realicen con los Tribunales cumpliendo preceptos legales o reglamentarios— con la específica misión de detectar tanto las condiciones legales de las detenciones como para conocer el estado de las prisiones, el trato que se dispensa a los internados y las necesidades de éstos, tanto en lo que directamente pueda hacer referencia a su situación procesal o a las derivaciones de su condena como en lo que específicamente humano trascienda a sus problemas personales o necesidades familiares.

A tales efectos he considerado conveniente dar con carácter general las siguientes instrucciones:

1.ª Los Fiscales de las Audiencias deberán realizar sus visitas a los establecimientos penitenciarios de su territorio sin que transcurran más de dos meses sin realizarlas. Se llevarán a cabo siempre por dos miembros de la plantilla de la Fiscalía, pudiendo, en caso de dificultades del servicio, incorporar a ellas un Fiscal de Distrito.

2.ª Aparte de los avisos de natural cortesía al Jefe del Establecimiento sobre la fecha en que ha de realizarse la visita, se solicitará del mismo haga conocer a los internados la presencia del Ministerio Fiscal y facilite las entrevistas que quieran celebrar con los representantes de la Fiscalía, las que se celebrarán directamente y sin testigos, pero sin aceptar reuniones con comisiones de reclusos, debiendo, si son solicitadas, comunicar la petición a esta Fiscalía del Reino.

En el caso de que fuera excesivo el número de internos solicitantes de entrevistas se procurará elegir a los que puedan ser exponente de análogas circunstancias por el lugar de habitación, tipo de internamiento, procedencia, edad, antecedentes, etc. Si la razón del caso lo aconsejase se repetirá la visita en día próximo.

3.^a Deberá tomarse nota del estado material del edificio y de sus instalaciones, reseñar si en lo necesario o aconsejable hay obras emprendidas, proyectadas o solicitadas; el estado de realización, en su caso, de las mismas, su finalidad y urgencia, con los comentarios que los datos que obtengan les sugieran.

4.^a Merecerá especial atención en las visitas anotar la autoridad que hubiese decretado la prisión de los internados y a cuya disposición se encuentren. En caso de ilegalidad, anomalía o confusión en la situación legal de los mismos o si apareciese que la situación de prisión preventiva es excesivamente prolongada, atendidas las circunstancias del proceso, se interesará del Jefe del Establecimiento relación certificada de las personas a quienes afecte, con los datos y antecedentes necesarios para instar ante los Tribunales o Autoridades las medidas que en cada caso se considere oportunas y procedentes.

5.^a Además de estas preocupaciones por los problemas de instalación, tratamiento o situación legal de los reclusos, los Señores Fiscales cuidarán de conocer las cuestiones humanas que a aquéllos preocupen, interesándose por cuanto pueda beneficiar la situación familiar del internado y proporcionándole con ello mayor tranquilidad de espíritu.

Los Señores Fiscales visitantes trasladarán a su Jefe cuanto en estas entrevistas se detecte como tema de particular interés humano, para que aquél busque el medio de orientarlo o lo traslade, en su caso, a esta Fiscalía.

6.^a Se recuerda y mantiene en todas sus partes cuanto quedó expuesto en los apartados II y III de la Consulta núm. 5/1972, de 19 de mayo, cuyos conceptos serán complementarios de las presentes instrucciones.

De la realización de cada visita se dará cuenta exacta y detallada, con relaciones complementarias, en su caso, a esta Fiscalía del Reino.

CIRCULAR NUM. 4/1978

SOBRE PRISIONES PREVENTIVAS E INSPECCION DE SUMARIOS

En telegramas-circulares de fechas 8 de febrero y 9 de abril del corriente año, esta Fiscalía se dirigió a los Señores Fiscales Territoriales y Provinciales interesando una información urgente sobre inculcados o procesados en situación de prisión preventiva derivada de Sumarios o Diligencias Preparatorias en tramitación en sus respectivos territorios.

De las contestaciones recibidas, algunas con retraso debido a demoras en recibir los datos reclamados por los Fiscales a los Directores de los establecimientos penitenciarios, se destaca que el Ministerio Público no posee en forma precisa, actualizada y en condiciones de uso inmediato, relación y estado de las piezas de situación de las causas en que interviene, teniendo que acudir a fuentes ajenas a los datos obrantes en las Fiscalías.

Ello revela deficiencias a las que solidariamente, en relación cada uno con su categoría, que es a su vez medida de su responsabilidad, debemos buscar remedio. Es absolutamente necesaria la actuación de una permanente y constante vigilancia de los Sumarios y Diligencias Preparatorias al objeto de

conocer en todo momento su marcha y situación, sus demoras y retratos, la suficiencia o insuficiencia de las razones o causas de unas y otros, la situación de los detenidos y procesados, los casos de injustificada prolongación de las prisiones preventivas y, en general, todo lo que pueda tener repercusión o incidencia en la rápida tramitación de los procedimientos.

Si queremos cumplir con las obligaciones que la colectividad y en su nombre el Estado nos ha encomendado, si no podemos dejar en letra muerta cuanto establece al respecto el Estatuto del Ministerio Fiscal y su Reglamento Orgánico, es evidente que no podemos limitarnos a reaccionar, aunque sea con eficiencia y rapidez, ante las decisiones de los órganos jurisdiccionales o de las partes personadas en ellos, sino que es indispensable que, transformando en actividad cualquier pasividad procesal, sea el Ministerio Fiscal quien acucie con sus pretensiones la más rápida acción de la Justicia, sobre todo en aquellos aspectos que afectan a los elementales derechos humanos del inculgado.

A tales efectos, y aun sin olvidar esta Fiscalía que la intensidad de acción que se pretende exige medios humanos adecuados, he considerado conveniente dar, con carácter general, las siguientes instrucciones:

Primera.—Los Fiscales de las Audiencias deberán prestar especial atención a la tramitación de las causas en que existan inculgados o procesados en situación de prisión preventiva, habida cuenta que esta medida procesal, por su carácter cautelar, sólo debe durar el tiempo rigurosamente indispensable.

Segunda.—Para el más exacto control y vigilancia de las situaciones personales de prisiones preventivas, y sin perjuicio de los libros y carpetas prevenidas en el artículo 105 del Reglamento Orgánico del Ministerio Fiscal, se considera conveniente y aconsejable que cada Fiscal lleve un registro particular, mediante fichas o libretas, en el que se anotarán todas las incidencias de las causas con preso cuyo despacho le corresponda, al objeto de que pueda conocerse en cualquier momento la situación del detenido, preso o condenado.

Tercera.—Se recuerda el criterio que inspiran los artículos 503 y 504 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que al determinar los casos en que puede decretarse la prisión preventiva limita el arbitrio judicial en dicho punto y, aunque es justo reconocer la correcta aplicación con que en la generalidad de los casos proceden los Jueces y Tribunales, es misión del Ministerio Fiscal velar por que las leyes se cumplan en tales términos que su actuación ampare a la vez el derecho de la sociedad que le está confiado y el de los ciudadanos, cuyos derechos están también bajo su custodia.

En su consecuencia, cuando atendida la naturaleza del delito, la pena asignada al mismo, el volumen del Sumario, la complejidad de los hechos y los antecedentes del inculgado, se considerase excesivamente prolongada la situación de prisión preventiva del mismo, deberá solicitarse la terminación de dicha medida cautelar y su sustitución por la de libertad provisional, previa prestación de fianza de la clase y cuantía que se considere pertinente.

Cuarta.—Asimismo, cuando de los datos consignados en los libros registros de la Fiscalía se detectara retraso injustificado en la tramitación de las causas con presos, deberán los Fiscales, haciendo uso de la facultad inspectora que le asigna el artículo 306 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, promover las peticiones que su probado celo y constancia estime oportunas

para la remoción de los obstáculos que impidan la terminación de la instrucción sumarial, interponiendo, en su caso, los correspondientes recursos si las resoluciones judiciales no atendiesen sus peticiones.

Quinta.—Estas instrucciones, referidas de manera precisa a las prisiones preventivas excesiva e innecesariamente prolongadas, no están reñidas con la exigencia que la opinión pública demanda en casos, por fortuna, no graves por su dolo intrínseco, pero sí turbadores por su frecuencia y extensión, sobre todo en las grandes aglomeraciones urbanas, de hacer jurídicamente compatible la normativa procesal con la ejemplaridad del pequeño delincuente que reasume con la inmediata libertad sus actividades delictivas. En este sentido el Ministerio Público extremará su celo para conseguir que las consecuencias de la infracción penal pesen de manera inmediata en el ánimo del culpable, como una realidad más virtual que la mera y excesiva notificación del inicio de la acción jurisdiccional.

Sexta.—Igualmente se recuerda y dan por reproducidas las instrucciones impartidas por esta Fiscalía en anteriores circulares sobre la información que los Señores Fiscales deberán elevar a la misma respecto a los Sumarios más destacables que se tramiten en el territorio y, muy especialmente, de todos aquellos que por su gravedad e importancia causen alarma en la opinión pública o puedan dar lugar a excitaciones de cualquier clase, Sumarios que deberán inspeccionar de forma directa desde el primer momento de su instrucción, dándome cuenta de las incidencias más importantes en orden a las situaciones procesales personales de los encartados y al grado de su implicación en las responsabilidades perseguidas.

CIRCULAR NUM. 5/1978

SOBRE LA LEY 46/1978, DE 7 DE OCTUBRE, POR LA QUE SE MODIFICAN LOS DELITOS DE ESTUPRO Y RAPTO

La expresada Ley 46/1978, de 7 de octubre («Boletín Oficial del Estado» del 11), deroga, en su artículo 1.1, todos los artículos del Código Penal comprendidos en los Capítulos III y IV del Título IX y los 443 y 447, correspondientes a las disposiciones comunes a los delitos contra la honestidad (Capítulo V).

A renglón seguido, en el artículo 1.2, establece la nueva redacción de los artículos 434, 435, 436, 440 y 443, dejando sin ningún contenido los números 437, 441, 442 y 447.

Conforme a esta nueva legalidad, las figuras de estupro y abusos deshonestos no violentos resultan con el siguiente contenido sustancial:

1.º Comete estupro la persona que tuviere acceso carnal con otra mayor de doce años y menor de dieciocho prevaleándose de su superioridad originada por cualquier relación o situación. Determina la aplicación del grado máximo la pena, que es la de prisión menor, cuando el delito se cometiere por ascendiente o hermano del estuprado.

La nueva figura absorbe, pues, dentro de sus límites los antiguos estupros denominados doméstico (434), incestuoso (435), laboral (437) y el cometido

con abuso de cualquier situación de necesidad en que se hallare la persona estuprada (436, párrafo segundo), dándoles incluso mayor extensión al establecer que el prevalimiento puede ser de cualquier circunstancia familiar, social, profesional o personal que determine ascendiente del estuprador sobre la persona estuprada (nuevo artículo 434).

2.º También comete estupro la persona que, interviniendo engaño, tuviera acceso carnal con otra mayor de doce años y menor de dieciséis, castigándolo con arresto mayor (nuevo artículo 435).

La definición del tipo en este caso es análoga a la contenida en el correspondiente artículo derogado —párrafo primero del 436—, sin más diferencia que la de haber reducido el límite de edad de la persona estuprada.

En estos dos artículos —igual que en el 440, referente al rapto— la Ley, borrando toda referencia al sexo del sujeto activo y del sujeto pasivo, comprende, en una u otra posición indistintamente, al varón o a la hembra, es decir, que a partir de ahora el estupro, como ya ocurría con los abusos deshonestos violentos, puede ser cometido por mujer cuando actúe sobre un varón prevaliéndose de situación de superioridad o mediante engaño para incitarle al ayuntamiento carnal.

Cualquier otro acto sexual en las mismas circunstancias, pero que no constituya yacimiento, y, desde luego, todos los de carácter homosexual serán inculminables, en sus respectivos casos, dentro de las figuras de abusos deshonestos.

Es de notar que en tal sentido la nueva ley rompe con el concepto tradicional del estupro y del «acceso carnal», que siempre se han referido a acto de varón. También se quiebra el paralelismo hasta ahora existente entre las figuras del estupro y de la violación, ya que ésta permanece en su forma inveterada de ataque contra la libertad sexual de la mujer exclusivamente. Los ataques violentos contra la libertad sexual del varón en los términos que previene el artículo 429 habrán de continuar siendo reducidos a los abusos deshonestos violentos del 430.

Asimismo se rompe la tradicional congruencia entre las disposiciones del artículo 444 y los tipos de estupro, pues, naturalmente, los preceptos sobre dote, reconocimiento y mantenimiento de la prole sólo serán de aplicación cuando el sujeto pasivo del estupro sea hembra.

La figura de abusos deshonestos no violentos del nuevo artículo 436 viene a reproducir el antiguo texto del párrafo cuarto del mismo artículo, sin más variación que la que resulta de la referencia a las iguales circunstancias establecidas en los dos artículos precedentes en cuanto éstos han variado en su contenido.

En cuanto al rapto, el nuevo artículo 440 lo reduce al ejecutado contra la voluntad de la persona raptada, salvo que sea menor de doce años, en cuyo caso será punible aunque hubiere prestado su consentimiento. Para los mayores de esa edad, derogado el artículo 441, desaparece la figura del rapto con anuencia aunque se hubiere conseguido mediante engaño.

También desaparece la discutida figura penal del antiguo 442, que establecía responsabilidad del raptor casi equivalente a la del asesinato cuando no diera razón del paradero de la raptada.

Además desaparecen las siguientes formas de infracción:

a) El antiguo estupro doméstico cometido con doncella mayor de dieciocho y menor de veintitrés.

b) El mismo estupro, en toda su extensión, cuando no conste que el autor se hubiere prevalido de la superioridad originada por su situación en relación con la estuprada.

c) El estupro mediante engaño con mujer mayor de dieciocho años y menor de veintitrés.

d) El estupro, sin engaño, de mujer mayor de doce años y menor de dieciséis.

e) La agravación específica que constituía el engaño en el estupro con mujer mayor de doce años y menor de dieciséis.

f) Los abusos deshonestos cometidos con las personas y en las circunstancias a que se refieren los párrafos anteriores, excepto el último.

El artículo 443 sobre necesidad de denuncia para proceder por los delitos de violación, abusos deshonestos, estupro y raptó, así como sobre la eficacia del perdón otorgado por el ofendido, mantiene el mismo sentido que la legislación anterior, aunque introduce las siguientes variaciones:

— Excluye al cónyuge y al hermano de las personas legitimadas para denunciar (párrafo primero).

— Habilita a los menores de edad, pero mayores de dieciocho años, para otorgar personalmente perdón eficaz (párrafo cuarto).

— Al referirse a la necesidad de aprobación judicial del perdón otorgado por el representante legal o guardador de hecho del menor de dieciocho años o incapaz (párrafo quinto) introduce un inciso que dice: «en todos los delitos a que se refiere este Título», lo que claramente ha de entenderse en el sentido de que tales delitos son sólo aquellos para los cuales este artículo concede eficacia al perdón.

La derogación del artículo 447 suprime la facultad de imponer medidas protectoras a mujeres prostituidas o en peligro de prostitución, facultad de la que se había hecho poco o ningún caso.

La Ley no contiene cláusula especial relativa al momento de su entrada en vigor, por lo que la aplicación del artículo 2.1 del Código Civil será a los veinte días de su publicación.

Respecto a los hechos que eran constitutivos de delito y que a partir de la entrada en vigor de la nueva ley ya no lo serán, los Fiscales habrán de atender al exacto cumplimiento de lo prevenido en el artículo 24 del Código Penal y en su consecuencia:

1.º A partir del momento de la entrada en vigor de esta ley ya no podrá darse curso a denuncias o querellas fundadas en hechos que han dejado de constituir delito.

2.º En las causas en trámite y, según su estado, el Fiscal habrá de solicitar el sobreseimiento libre o retirar la acusación.

3.º En las causas sentenciadas, sea o no firme la sentencia, que fueren condenatorias habrá de solicitarse la revisión de la sentencia para que se deje sin efecto la condena.

4.º La revisión de la condena traerá como consecuencia la cancelación, con efectos absolutos y definitivos, de las anotaciones en el Registro Central de Penados y Rebeldes.

5.º Las responsabilidades civiles declaradas en sentencia firme, especial-

mente las establecidas con arreglo al artículo 444 del Código Penal, no podrán ser objeto de revisión ni resulta afectadas su ejecutoriedad.

Como dispone el artículo 117 del Código Penal, las responsabilidades civiles nacidas de delito o falta se extinguirán de igual modo que las demás obligaciones, con sujeción a las reglas del Derecho Civil, y para las disposiciones relativas a derechos civiles el artículo 2.3 del Código Civil establece que no tendrán efecto retroactivo si no dispusieren lo contrario.

La retroactividad de la ley penal en lo favorable al reo que establece el artículo 24 del Código Penal solamente es aplicable a las penas y no a sus efectos civiles aunque éstos tengan su fuente en el delito, ya que se rigen por la normativa civil y los derechos adquiridos no resultan afectados por la nueva ley porque ésta no contiene cláusula expresa de retroactividad.

CIRCULAR NUM. 6/1978

SOBRE INSPECCION DE PROCEDIMIENTOS PENALES

Las informaciones que sobre prisiones preventivas se han venido recibiendo en esta Fiscalía nos ha revelado el avance conseguido como consecuencia del cumplimiento que ha merecido nuestra Circular núm. 4/1978, de 27 de mayo.

Se refería aquélla, de modo fundamental y casi exclusivo, a las situaciones de prisiones preventivas, vigilancia y denuncia de las excesivas, aceleración del trámite en las causas con preso y formación de las pretensiones procedentes para que aquella medida cautelar se aplicara en su justo y equilibrado criterio procesal.

Transcurridos más de seis meses de aquella Circular, debemos dar un paso más en la misión de vigilancia e inspección que el Ministerio Fiscal tiene atribuida sobre los procedimientos penales, al objeto de que todos ellos, tanto con como sin preso, no se demoren más de lo estrictamente preciso ni se dilaten en ellos la práctica de diligencias y actuaciones, único motivo que procesalmente puede justificar su prolongación.

Actualmente, salvo aquellos casos excepcionales en que por la trascendencia penal de los hechos enjuiciados, alarma pública producida o derivaciones extrajudiciales se inspeccionan los sumarios de manera específica y constante, el Fiscal sólo interviene cuando se le notifican o dan traslado para dictamen las resoluciones judiciales. Entendemos que la misión del Ministerio Fiscal no puede reducirse a esta espera pasiva que, además de su legal función instructora, transfiere al Juez la promoción y el impulso que es atribución del Ministerio Público.

Debemos tomar plena conciencia de la gravedad que supone que un procedimiento penal pueda quedar estacionado; o se practican diligencias o se concluye. Tampoco puede estar pendiente de actuaciones o decisiones tan espaciadas, que, en realidad, pueden transformarse en corruptela dilatoria. Claramente previene el artículo 24.2 de la nueva Constitución contra las «dilaciones indebidas» en el proceso público. La celeridad de la justicia es la

mayor garantía de su eficacia y de la protección del ciudadano y esa celeridad la debe promover constantemente el Fiscal. Es su función.

Cierto que abruma el número de Diligencias Previas que pesan sobre los Jueces y Fiscales, pero debe advertirse que dichas Diligencias son, o al menos deben ser, pues su propia naturaleza lo exige, cortas y pasajeras. Introducidas en nuestro ordenamiento procesal por la Ley 3/67, de 8 de abril, como fase preparatoria de los dos procedimientos de urgencia, están limitadas a las actuaciones esenciales para determinar la naturaleza y circunstancias del hecho, las personas que hayan participado en él y el procedimiento aplicable, que deben ser practicadas por el Juez *sin demora* para adoptar alguna de las resoluciones prevenidas en el artículo 789 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Su finalidad concreta y precisa obliga a interpretar de forma estricta su alcance, no debiendo sustituirse con ellas la instrucción de la causa criminal, siendo misión de los Fiscales vigilar para que se ciñan a la materia objeto de las mismas y velar por los principios de simplificación, brevedad y aceleramiento que inspiran el procedimiento de urgencia.

Por lo que se refiere a las Diligencias Preparatorias y Sumarios, en todos sus trámites, la media más alta por Fiscal sobre plantillas teóricas debidamente estudiadas y contrastadas constituye a lo largo del año cifra que no puede mantenerse bajo un estricto control. Sin embargo, cabe, y por ello se aconseja, que cada Fiscal, mediante un pequeño fichero o agenda de hojas móviles, vigile el estado de tramitación de las causas cuyo despacho le esté asignado, por grupo de actuaciones, que pudieran ser los siguientes:

- a) Las que se hallan pendientes de alguna decisión instructora.
- b) Las que esperan el cumplimiento de algún despacho, oficio, exhorto, carta orden, en suma, trámite exterior.
- c) Las que penden de diligencias a practicar en el propio Juzgado.
- d) Las que se encuentren en estado de traslado a las partes para evacuar los trámites de emplazamiento, calificación, etc.
- e) Las ya calificadas por el Fiscal y pendientes de señalamiento de vista, cuyo número en algunos casos preocupa y sobre las que se debe actuar, instando la devolución de las que se hallen en poder de las acusaciones o defensas, habiendo transcurrido con exceso el plazo concedido para evacuar el trámite.

Ninguna causa debe estar parada o en estado «latente». Tal situación pugna con la esencia de la Justicia, que, como ya hemos advertido, es rapidez y agilidad. A tal fin bueno es recordar las Circulares de esta Fiscalía de 24 de marzo de 1932 —consecuencia del Decreto de 23 de marzo de 1932—, la de 27 de enero de 1953 y la de 29 de octubre de 1956 sobre inspección del procedimiento sumarial para que fuesen declarados conclusos dentro del término normal. En la primera se afirmaba que «la tardanza en terminar los procedimientos criminales no tanto es consecuencia de la falta de preceptos rituarios como de censurable incumplimiento de los mismos al amparo de prácticas abusivas, dañosas igualmente para el Estado y para el particular que tenga la inmensa desgracia de verse sometido a proceso». Y en ambas se encarecía la más rápida y cumplida administración de la justicia, recabando de los Señores Fiscales el celoso cumplimiento de las instruccio-

nes contenidas en las mismas, que ahora reitero, ordenando tener como vigentes las siguientes:

1.^a Los funcionarios del Ministerio Fiscal observarán con todo celo lo preceptuado en los artículos 306 y 315 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, procurando realizar personalmente el mayor número de inspecciones no sólo en los casos indicados en el artículo 318 de la citada Ley, sino en todos aquellos en que se observe retraso injustificado en la instrucción.

2.^a Cuidarán que los Jueces de Instrucción cumplan rigurosamente lo prevenido en el artículo 324 de la Ley ritual penal, reclamando no sólo los partes de adelanto, sino testimonios en relación para a su vista acordar lo que sea pertinente para la más pronta terminación del proceso.

3.^a Todo procedimiento que lleve más de seis meses de tramitación deberá ser inspeccionado personalmente cuando de los partes de adelanto no se deduzca claramente lo justificado de la demora.

4.^a El cumplimiento del deber a que se refiere el apartado anterior deberá extremarse con prioridad absoluta en las causas con preso, evitando que esta medida cautelar dure más de lo estrictamente necesario o que el tiempo de duración de la misma pueda exceder del de la condena que se imponga.

5.^a Evitarán, en cuanto sea posible, la revocación del auto de conclusión del sumario, salvo cuando se trate de diligencias esenciales para la calificación o de elementos de conocimiento que no puedan adquirirse por la práctica de prueba en el curso del juicio oral.

6.^a Cuando considere que se han reunido en el sumario los suficientes elementos para hacer la calificación de los hechos y poder entrar en el trámite de juicio oral deben hacer uso de la facultad establecida en el artículo 622, párrafo segundo, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y pedir su terminación, reservándose, en su caso, para el escrito de conclusiones el proponer las pruebas cuya aportación al sumario dificulte la conclusión de éste. En las Diligencias Preparatorias velará por el cumplimiento de los plazos prevenidos en la regla 1.^a del artículo 790 del Código Penal.

7.^a Extremarán su celo para que los trámites de instrucción y calificación no se demoren, instando, en su caso, ante el Juez o la Sala que las demás partes intervinientes hagan lo mismo con el fin de evitar que las acusaciones particulares o las defensas no incidan en corruptelas dilatorias.

8.^a Pondrán especial cuidado en que las ejecutorias se cumplan con rapidez, siguiendo su tramitación con vista de los libros reglamentarios y ficheros auxiliares hasta su archivo.

No es necesario advertir la prudencia con que debe hacerse compatible la rigurosidad que se propugna en la celeridad y permanente actividad de las actuaciones judiciales penales, con la comprensión que aconsejen los coyunturales excesos de trabajo en que puedan hallarse los Juzgados de Instrucción y las Audiencias. Debiendo asimismo, cuando esos excesos de trabajo —reales y comprobados— se transformen en endémicos, ponerlo en conocimiento de esta Fiscalía para que seamos portadores ante la Superioridad orgánica de la necesidad de adscribir medios con los que atender al trabajo y hacer posible su eficacia en servicio del justiciable.

Tampoco se me ocultan las muchas dificultades instrumentales de que adolecen las Fiscalías para hacer realidad estos criterios rectores de nuestra

función. Para subsanarlas deberán acudir al Servicio de Instalaciones y Medios, indicando las necesidades e imperfecciones que dificulten o puedan reducir el ritmo de trabajo. Ocioso es decir que la misma insistencia que esta Fiscalía aplica para la más exquisita puesta a punto de esta excepcional institución que es el Ministerio Fiscal, está poniendo continuamente para recabar cuanto material y humanamente necesite el servicio de su altísima misión.

Iniciamos en estas jornadas una nueva etapa del cotidiano hacer de nuestro pueblo, en la que los principios consagrados por la nueva Constitución deben hacerse realidad viva y constante. La protección jurisdiccional de los derechos y libertades que proclama su artículo 24 y la misión que al Ministerio Fiscal encomienda el artículo 124 nos impone, entre otros deberes de parigual trascendencia, éste de velar porque la justicia penal sea precisa y breve. Entre todos debemos conseguirlo.

CIRCULAR NUM. 7/1978

SOBRE EL MINISTERIO FISCAL ANTE LA CONSTITUCION

Promulgada la nueva Constitución española, entiende esta Fiscalía que es obligado considerar la misión que a nuestro Ministerio corresponde como defensor de los derechos humanos, cívicos y sociales proclamados en ella y del interés público tutelado por la ley y recordar con el necesario énfasis el exacto ejercicio de la altísima tarea que el artículo 124 nos encomienda. Servirá también la oportunidad para exponer a todas las Fiscalías la orientación que la General del Estado entiende necesario imprimir a nuestras actuaciones.

I. Los derechos de los ciudadanos

Claramente se ofrecen en los artículos 14 al 38 de la Constitución los derechos de los españoles en el orden personal, humano y político y en los artículos 39 al 52, los de carácter económico y social.

Para aquellos supuestos en que pudiera parecer escasa o dudosa la literalidad del texto constitucional, deberán los señores Fiscales tener en cuenta, para su más exacta comprensión, no sólo la Declaración de los Derechos Humanos proclamada el 10 de diciembre de 1948 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, sino también los Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966, así como la Convención de Salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales formulada en Roma por el Consejo de Europa en 4 de noviembre de 1950, cuyo valor interpretativo o complementario se deduce del artículo 10.2 de la Constitución.

Todos ellos constituyen el catálogo de vigencias, cuya tutela, protección y defensa atañe al Ministerio Fiscal, no como concepción abstracta y genérica, sino de manera precisa, como misión dinámica fundamental para el mantenimiento del orden jurídico, vigilancia y exigencia de su respeto y sa-

tisfacción del interés social. En su consecuencia, cuando las normas reguladoras de esos derechos del ciudadano hayan sido quebrantadas, corresponde al Ministerio Público ejercitar las acciones penales procedentes en orden a la restauración del derecho conculcado y persecución de los infractores y, en su caso, el ejercicio de las acciones o recursos a que puedan dar lugar el desarrollo legislativo de los artículos 53 y 162.

No basta una formulación adecuada del Estado de Derecho si no se consigue que las condiciones sociales de todo orden sean favorables al desarrollo y actuación de las libertades de los ciudadanos constitucionalmente reconocidas. Su ejercicio sólo estará sujeto a las limitaciones establecidas por la Ley con el único fin de asegurar el respeto y reconocimiento de los derechos y libertades de los demás y satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar social en una sociedad democrática, como expresamente se consigna en el artículo 29 de la Declaración de los Derechos Humanos de 1948.

De ahí la exigencia de un sistema de garantías jurídicas que salvaguarden el ejercicio de esos derechos dentro del orden de la vida general del país y de las relaciones de sus ciudadanos, sistema del que son presupuestos esenciales e insoslayables el principio de legalidad y la independencia de la Administración de Justicia.

Especial interés debe merecer como criterio rector de estas conductas tutelares, la igualdad de los españoles ante la Ley que proclama el artículo 14 de la Constitución: «Los españoles son iguales ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.» No habrá igualdad si se tolera cualquier acepción de personas por consideraciones de autoridad política, situación económica, preeminencia social ni aun de categoría intelectual, como tampoco lo sería, en sentido inverso, la demagógica estimación negativa de estas condiciones sin perjuicio de considerar las circunstancias, a cuya estimación puedan atraer los casos de quienes se encuentren más desheredados de la fortuna o marginados por las difíciles condiciones del diario vivir. «Toda forma de discriminación, ya sea social o cultural en los derechos fundamentales de la persona, por el sexo, raza, color, condición social, lengua o religión, ha de ser superada y rechazada como contraria a los designios de Dios» (Const. *Gaudium et Spes*, 29).

Por sí mismas, pues, ni unas ni otras posiciones deben influir ante la Ley, sin que ello prohíba, ante la casuística calificación de hechos y conductas, el juicio valorativo que, en un terreno estrictamente jurídico, puedan tener las específicas situaciones y reacciones de los protagonistas frente a los acontecimientos que se enjuicien.

II. La forma de Gobierno y la Corona

Los señores Fiscales deben atender cuidadosamente a superar la aparente antinomia que pudiera deducirse entre la declaración contenida en el artículo 1.3 de la Constitución respecto a la forma política del Estado como Monarquía parlamentaria, el contenido de todo el Título II, «De la Corona», que la consagra con la categoría supralegal que la inclusión en el texto constitucional representa y la inviolabilidad que se atribuye a la persona del

Rey en el artículo 56.3, de una parte, y los derechos a la libertad de expresión que se consignan en el artículo 20 de la Constitución, y que pudieran alegarse como fundamento para cuestionar aquellos principios o sustentar otros contrarios, de otra.

Aquellas normas deben relacionarse con los artículos comprendidos en el capítulo I, Título II del Libro II del Código Penal, advirtiendo el vacío de precisión coherente que las normas constitucionales requieren en relación con los preceptos penales aludidos y que habrá de cubrir próximamente el nuevo texto del Código Penal.

Cualquiera que sea la demora en su publicación no cabe aceptar que, entre tanto, pueda quedar desprovista de protección penal la forma de Gobierno, la Corona y las personas e Instituciones que constitucionalmente la integran.

La condición que al Rey se le otorga en el artículo 56.1 como símbolo de la unidad y permanencia del Estado, que asume su más alta representación en las relaciones internacionales; su inviolabilidad; al mando supremo de las Fuerzas Armadas que le atribuye, entre otras funciones de altísimo y egregio abolengo, el artículo 62; la legitimidad histórica que precisa el artículo 57.1 sobre la persona de S. M. el Rey Don Juan Carlos de Borbón, es obvio que le rodean y aureolan de una representación tan alta que en ella han de verse subsumidas la grandeza que comporta la dignidad humana de todos los españoles, la gloria histórica de los pueblos que constituyen la unidad de España y el honor de las generaciones que construyeron esta patria común e indivisible.

A reserva, pues, de las precisiones que en su momento aporte el Código Penal que se prepara, deberán todas las Fiscalías procurar desde este mismo momento de manera muy especial, que las figuras del Rey, de la Reina, del heredero de la Corona y de los Regentes, en su caso, queden amparadas y protegidas.

Son por ahora, indudablemente, pocos por consecuencia de la transición política los artículos 146, 147 y 148 del vigente Código Penal, pero es tan alto el interés jurídico a proteger, que no se puede admitir duda alguna sobre la amplitud que en tal supuesto cabría aplicar al delito de injuria, en el que se incluiría el deterioro, la ofensa y el desprestigio de la Corona que la Constitución ha elegido como símbolo de la unidad y permanencia del Estado.

No sólo el insulto o la ofensa, en cualquiera de sus formas de expresión, sino la información maliciosa, la utilización insidiosa del nombre o de la imagen, el dibujo o la alegoría atrevidos —y en todo caso políticamente innecesarios—, la impugnación o discusión pública de la legítima autoridad del Rey, deben entenderse como actos dolosos contra la más alta representación pública y exterior del Estado y de la Patria y, por lo tanto, incursos en los citados artículos del Código punitivo. La política es discutible; el Rey es inviolable.

Cuestión que puede merecer diferentes interpretaciones y sobre la que ya aludíamos y debe alertarse al Ministerio Público, es aquella que pueda hacer entrar en conflicto la libertad para «expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones» consignada en el artículo 20.1 a) de la Constitución, con las limitaciones que para esa misma libertad previene el punto 4

del mismo artículo, entre las que cobran primacía, como Ley de Leyes, las declaraciones y principios de la propia Constitución.

Habrán de reconocerse compatibles con los principios constitucionales la expresión y difusión de pensamientos, ideas u opiniones favorables a formas de gobierno distintas a la Monarquía parlamentaria. Sin embargo, cuando esas ideas u opiniones constituyan agresión a la misma o se conformen como actos de ataque o contradicción a sus símbolos o representaciones o, en fin, de planteamiento beligerante contra la forma de gobierno que se ha dado libremente el pueblo español, pueden incidir según su virulencia, en actividad penal, puesto que la de los partidos políticos, expresión del pluralismo que conforma la democracia, declara su libertad (art. 6) «dentro del respeto a la Constitución y a la Ley».

Dicho sea con expresión más concreta: Esta Fiscalía General del Estado entiende lícita la libre expresión ideológica de cuantas ventajas puedan entender los ciudadanos respecto a formas políticas de Estado distintas de la Monarquía parlamentaria, pero considera penalmente ilícito e incurso en la tipología del artículo 163 del Código Penal, cuando de irrespetuosa y agresiva discrepancia con el texto constitucional se plantee, exprese y difunda con ánimo de sustituir por caminos de ilegalidad o con ánimo de pública perturbación, la forma de gobierno que conforma el Estado español.

Si el ordenamiento constitucional se encomienda por el artículo 8.1 a la defensa y responsabilidad de las Fuerzas Armadas, es obvio que la legalidad es interés cuya protección nos corresponde a nosotros, según el artículo 124.1 y a esa responsabilidad debemos hacer honor cuando el desconsiderado ejercicio del derecho a la libertad de expresión derive hacia el ataque directo o indirecto, ofensivo o reivindicativo contra las Instituciones o principios proclamados en la Ley Fundamental. Entonces sólo cabe y es ocioso encarecerlo al celo de V. E., promover la acción de la justicia en defensa de esa legalidad en riesgo. Tanto el mandato como el interés jurídico protegido se nos ordenan y precisan en la misma Constitución. Innecesario es insistir en su más estricta observancia.

III. *Los ataques a la vida y al honor*

Aunque la reconocida preparación doctrinal de los señores Fiscales aplicará a la gama de derechos constitucionales antes mencionados, la adecuada categoría de valores, es aconsejable destacar por su trascendencia intrínseca y su proyección en el entorno social, un especial y extensivo espíritu de tutela sobre los derechos que afectan a la vida e integridad física de los ciudadanos y a su honor.

Si todos por sí mismos se razonan, éstos exigen una alerta constante por la escandalosa frecuencia con que la producen los ataques indiscriminados contra la vida y la seguridad personal. El respeto que merece el individuo debe ser exigido sin reparo a través de la función de protección que atañe a los órganos defensivos del Estado, apoyándola todos sin descanso para la obtención de la paz social que les está encomendada. Estemos advertidos para que una maliciosa o torcida interpretación de las garantías del justiciable, arropada en burdas maniobras demagógicas, no incida en la indefensión de la sociedad.

Constituiría burla imperdonable que la pretendida protección de los derechos de uno repercutiera en el general desamparo del derecho de todos, con gravísimas consecuencias para la tranquilidad ciudadana que es fundamento esencial para un normal desarrollo democrático.

Debe llamarse la atención sobre aquellos ataques que, si no extremosos en su intencionalidad y en sus resultados, proyectan por su difusión, su habitualidad y su descaro, una sensación generalizada de inseguridad. Tales los robos con violencia en las personas, el «tirón», la actuación agresiva, generalmente nocturna, de las bandas de delincuentes juveniles, el gamberrismo y la violencia sádica, indiscriminada, extendida por toda Europa, sin otra finalidad que producir daño y sembrar el desconcierto en la sociedad. Sobre estos delitos, que no por más exiguos en su entidad producen menos daños, debe actuarse con energía, excitando en cada caso la actuación de la Jurisdicción de menores y manteniendo una vigilancia sobre las medidas que aquélla adopte, porque no se debe olvidar que la edad del delincuente no exime al Ministerio Fiscal de su normal obligación de defensa de la sociedad.

Por lo que hace referencia a los derechos que afectan al honor, la dignidad de la persona, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, se hace apremiante una especial vigilancia ante la irresponsable degradación en el enjuiciamiento público de la vida y de las conductas ajenas.

Cierto que los preceptos sobre el delito de injurias, contenidos en los artículos 457 y 458 del Código Penal, han quedado anacrónicos y desfasados frente a la técnica expositiva de que abusan algunos medios, escritos y hablados, de comunicación de masas. Hábil y meditadamente soslayan los tipos penales de la injuria, empleando la insidia, la información maliciosa, incompleta o torcidamente sugerente, la mezcla confusa, pero de seguro impacto social, entre lo cierto lícito y lo incierto inmoral y el asalto a la vida íntima con infracción grave de la humana protección que asegura nuestro nuevo texto constitucional en su artículo 18.

Bien comprendemos que es mucho pedir a los servidores de la Ley que forman la Carrera Fiscal, que lleguen con su actuación y pretendan hacer llegar a los Tribunales en la suya, donde no llega la Ley penal vigente, pero cree el Fiscal general del Estado que es indispensable proclamar nuestra preocupación y hacer un llamamiento a los legisladores sobre la necesidad de nuevas normas penales protectoras de estos derechos, acrecentando el reconocido celo de todos los Fiscales para denunciar, perseguir y refrenar la desordenada carrera de los que confunden el ejercicio de la libertad de expresión con el asalto, sin medida ni derecho, al honor ajeno.

La Constitución en su artículo 20 reconoce y protege el derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción, así como la producción y creación literaria, artística, científica y técnica.

Proclamamos la sacralidad de estas libertades, pero también sus limitaciones, que la propia Constitución se cuida de fijar de forma clara y precisa en el número 6 del propio artículo 20 cuando dice que «tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollan y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia». Ello asegura que el ejercicio de aquellas libertades no puede transgredir de

manera alguna la frontera que constituye el contenido de estos precisos derechos.

IV. *La pornografía*

Relacionado íntimamente con la libertad de expresión, tenemos que contemplar el problema de la pornografía.

El brusco salto producido en nuestra Patria al pasar de un sistema de control gubernativo al otorgamiento de las libertades que al ciudadano corresponden, ha producido inevitables reacciones pendulares, agudizadas por la falta de una preparación íntima en la sociedad para crear, sentir y autoimponerse una moral de cuyo mantenimiento y defensa parecía haberse descuidado dejándola despreocupadamente en las manos del Estado como si de patrimonio ajeno se tratara. Cuando la Administración abandonó su inadecuada función subsidiaria de consolidación moral de las costumbres y de las conciencias, apareció el vacío. Ese vacío, que si en lo íntimo es problema insustituible de cada ser humano, en lo que se refiere a su proyección externa debemos llenarlo sin atentar a la libertad personal, antes al contrario, defendiéndola y exigiendo su respeto.

Hay que proclamar que frente al desenfrenado huracán de lo obsceno, la sociedad española ni tenía preparadas ni ha sabido ensayar con fruto las reservas morales de que venía haciendo ostentación como tesoro de su espiritualidad.

En todo caso, el hecho está ahí y el daño general, sobre todo respecto a la juventud, es patente: revistas, libros, filmes, objetos, espectáculos, ofrecen un panorama lamentable que asombra a los más libres ciudadanos de los más avanzados países occidentales.

El Fiscal ha dedicado muchas horas al estudio del problema de la pornografía y su incriminación en nuestro derecho positivo. Los artículos 431 y 432 la tipifican bajo las figuras delictivas de escándalo público, sancionándola con las penas de arresto mayor, multa hasta un máximo de doscientas mil pesetas e inhabilitación especial, aparte de las faltas tipificadas en los artículos 566, número 5.º, y 567, número 3.º, del mismo Cuerpo legal. La insuficiencia y la ambigüedad de tales preceptos son evidentes dada la gravedad que actualmente reviste lo pornográfico y de ahí la necesidad urgente de una modificación de dichos preceptos penales adaptándolos a la realidad social, así como de las normas procesales que faciliten la rápida acción de Jueces y Fiscales y la exigencia de normalizar gubernativamente el régimen de espectáculos, clarificando lo concerniente a su calificación moral y previniendo y sancionando eficazmente las infracciones que afecten a la asistencia indebida de menores. Y, como es natural, como así se piensa, así se tiene expuesto y solicitado de quien corresponde.

Por el momento y hasta que unas y otras disposiciones no se hayan elaborado, recuerdo a los señores Fiscales la ineludible obligación de ejercitar la acción penal cuando conozcan por cualquier medio la existencia de hechos constitutivos de delito conforme a la legalidad vigente, debiendo prestar atención y vigilancia a las publicaciones que se impriman en su territorio, a través del depósito administrativo prevenido en el artículo 12 de la Ley de Prensa y, en su caso, solicitar de los Jueces de Guardia la medida caute-

iar de secuestro que autoriza el artículo 816 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, lo que deberán interesar aun a reserva de la competencia que ulteriormente corresponda al entendimiento de la causa.

El amplio clamor que llega hasta esta Fiscalía General del Estado procedente de todos los sectores sociales e intelectuales y de la mayoría de las familias españolas garantizan de antemano la general anuencia que ha de provocar la inflexible decisión sobre estas medidas que sólo intentan proteger y garantizar, desde la esfera penal que nos está confiada, el ejercicio normal de las libertades y derechos que la Constitución reconoce.

V. *Derechos sociales y económicos*

Dedica nuestra Constitución el capítulo tercero del Título I a la regulación de los principios rectores de la política económica y social. En condensada y sustanciosa síntesis, se proclama en él una serie muy amplia, sin ninguna referencia ociosa, de derechos, exigencias, tutelas y disfrutes que, referidos directamente a la persona o a su entorno, encierran la más directa importancia para configurar la deseada futura sociedad española.

Amparadas ya algunas de estas declaraciones en las tipologías del Código Penal, pendientes otras de recibir su consagración en el nuevo texto de nuestro ordenamiento punitivo, estima conveniente esta Fiscalía llamar la atención de los señores Fiscales, sobre la necesidad de otorgar toda la importancia que merecen estos principios.

Algunos tienen ya su definición legal, como puede serlo el delito social que tipifica el artículo 499 bis del Código Penal, de que, obligado es decirlo, se ha hecho aplicación muy escasa por temor sin duda a la acusación de tendencias demográficas. La certidumbre en el empleo, la estabilidad económica, la seguridad e higiene en el trabajo, el cumplimiento de las normas de seguridad social, todo el contorno normativo enderezado a garantizar al español y a su familia una vivienda digna, son fundamentales exigencias de justicia que afectan al hombre y a su dignidad, cuyo incumplimiento, cuando aparejándolo la maquinación maliciosa o indiferente negligencia de los responsables quebrantan los principios básicos del humanismo cristiano como cualquier otro ataque a la integridad personal o a las bases más elementales de la convivencia que la Constitución proclama.

En la protección y defensa de tales derechos deberá V. E. proceder ejercitando las acciones penales cuando así lo exijan los hechos que se le ofrezcan, cuidando al mismo tiempo de que la protección penal de esos derechos no sea utilizada indebidamente como instrumento de coacción dentro del ámbito de las normales negociaciones laborales.

En todo caso hay que proceder con todo rigor en la persecución del delito social, como ya se indicó en su día respecto al delito fiscal (Circular 2/78), y sobre las conductas delictivas que afecten al tráfico de viviendas de protección oficial (Circular 5/75), puesto que la concepción de igualdad entre los españoles, el principio de solidaridad nacional y la tendencia que informa las corrientes filosóficas del mundo moderno hacia una humanidad más justa, deben acuciarnos a impedir el atropello de estos derechos, como crisparon en su día a nuestros predecesores la esclavitud, el trabajo agotador de las mujeres y niños o los horarios de trabajo nocturnos e inhumanos. Ni

abandonar la calificación penal de tales hechos por un criterio, ya periclitado, de que no inciden en el ilícito penal, ni dejarnos tampoco arrastrar por quienes, ajenos a la alta responsabilidad de preservar la Ley, intenten hacer de tan celosa obligación medio arbitrario que introducir como instrumento de amenaza en lugar de entendimiento, cuando la busca de la justicia social se haya situado en zonas de competencia claramente ajenas a lo penal.

Respecto a la protección cultural, la defensa del legado histórico-artístico y del medio ambiente, es de todos conocida la frecuencia y gravedad de la expoliación, del lucro inmoral y la negligencia destructiva que han asolado y asolan nuestro legado histórico-artístico, así como la irresponsabilidad, cuando no voluntaria indiferencia, incurra claramente en dolo eventual, con que se infringe toda la regulación administrativa encaminada a la defensa del medio ambiente. Gloriosas edificaciones que se deshacen entre el abandono y el vandalismo; retablos, imaginería y pintura, documentación preciosa de la que se hace mercancía fácil o saldo de exportación; playas arruinadas por la contaminación, ríos muertos en su fauna y su flora por el incalificable desprecio de los responsables de pingües instalaciones industriales, incendios forestales que devastan nuestras más bellas regiones y aun autoridades administrativas culpables del incumplimiento de los elementales deberes de vigilancia y enérgica exigencia. Todo ello va destruyendo lo que es herencia o entorno vital que estamos obligados a conservar para las generaciones futuras.

El Fiscal general del Estado encomienda y traslada a V. E. su decisión de ser inexorable en el cuidado y protección penal de estos tesoros cuya tutela, como patrimonio de la sociedad española, nos encomienda la Constitución. Bien conoce la escasa referencia de nuestro ordenamiento jurídico penal al respecto en contraste con su trascendencia social y económica, limitada por lo que afecta a la protección cultural a los preceptos contenidos en los artículos 547, número 1; 558, número 5; 561, 562, 563 bis y 579 del Código Penal, y por lo que hace relación al medio ambiente, sólo las faltas previstas en los artículos 577, números 6, 7 y 8, y 581 del mismo Cuerpo legal que velan por la salubridad, higiene y seguridad a causa de ciertas actividades peligrosas de escaso alcance, aun hoy estas últimas vaciadas de contenido y sustituidas por múltiples sanciones administrativas que, además, evitan que sus responsables puedan ser alcanzados, aunque sea en mínimo grado, por la represión penal.

Estimamos, pues, de urgente necesidad, tipificar dentro del Código Penal, como delito de riesgo, las actividades contaminantes de los centros industriales cuando por la inobservancia de las normas sobre depuración o límites de emisión de sustancias tóxicas, se haya creado una situación peligrosa para la salud humana colectiva o contraria al bienestar de nuestro pueblo.

En tanto se cuente con las adecuadas medidas sancionadoras, esta Fiscalía recomienda muy especialmente una interpretación rigurosa de los preceptos penales relacionados con las declaraciones de los artículos 45 y 46 de la Constitución, recordando las instrucciones contenidas en la Circular de 5 de diciembre de 1970 sobre protección penal del Patrimonio Histórico-Artístico Nacional.

VI. La protección penal en los Entes preautonómicos

Por Reales Decretos-leyes promulgados en los últimos meses, se han creado diversos Entes preautonómicos, dotados de sus correspondientes organismos rectores: Generalidad, Consejos, Juntas, Diputaciones Generales, etc. Ulteriormente estos Entes preautonómicos habrán de sustituirse, con arreglo a lo dispuesto en el capítulo tercero del Título VIII de la Constitución, por las Comunidades Autónomas, regidas por los Estatutos que se formulen en los términos allí prevenidos.

Estos Estatutos expresarán el rango y caracteres jurídicos de sus consejos de gobierno, así como la condición de sus componentes, su *status*, privilegios, responsabilidades, etc. Las nuevas jerarquías gozarán, como es consecuente, de la correspondiente protección penal en la extensión que al efecto se establezca.

Pero, entre tanto se aprueben los Estatutos de las Comunidades Autónomas, no puede olvidarse la realidad del ejercicio de una serie de funciones y competencias transferidas, asumidas por órganos propios cuyos representantes ejercen legítimamente funciones públicas y en quienes se dan los requisitos necesarios para considerarles investidos del carácter de autoridad.

Tal cualidad en los Presidentes y Consejeros de los Organismos preautonómicos resulta del artículo 119 del Código Penal, conforme al cual se reputará Autoridad, a los efectos penales, quien por sí solo o como individuo de alguna Corporación o Tribunal, tuviere mando o ejerciere jurisdicción propia.

En la copiosa jurisprudencia sobre esta materia está declarado qué Autoridad, a efectos penales, es quien ejercita mando o poder con capacidad de hacerse obedecer. Y por lo que hace referencia al ejercicio de jurisdicción propia, hay que entender, comprendida en tal expresión, no sólo la facultad de juzgar, sino también la competencia para resolver en negocios administrativos, y la de dictar normas o decisiones.

Consecuentemente, cuantos actos criminosos afecten a los Presidentes y Consejeros de los Entes preautonómicos, tanto como sujetos activos o pasivos, deberán encuadrarse como realizados por o contra personas investidas de función pública y de autoridad, siempre y cuando, naturalmente, los hechos enjuiciados guarden relación directa con la función pública que les haya sido atribuida y con su ejercicio.

Si el Ministerio Fiscal es constitucionalmente garante de la legalidad, no se infiere de tan alto mandato que la legalidad sea la estrictamente punitiva, exclusivamente limitada al Código Penal: «*Ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*». Así, pues, esa defensa de la legalidad no puede tener otro límite ni condición que la de la Ley, cualquiera que sea su alcance y función, salvo que el deber de su restauración no venga —también por Ley— encomendada a otro órgano del Estado.

Y para cuando la Ley escrita ofrezca dudas o confusiones, deben los Fiscales, con la prudencia que como primera virtud cardinal debe ser norma de su actuación, interpretar las normas, ayudándose, entre otros criterios, por el de la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas y atendiendo a su espíritu y finalidad.

La actitud del Ministerio Fiscal extendiendo su tutela a la protección pe-

nal de los representantes provisionales de las Comunidades Autónomas, no hace más que, fundado en la Ley Constitucional, en la interpretación de su espíritu, en la viva realidad social y en la normativa de creación de los Entes preautonómicos, servir a la defensa de la legalidad.

VII. *Apoyo al Defensor del Pueblo*

La Constitución española, en su artículo 53, introduce en nuestro ordenamiento jurídico la institución escandinava del «Ombudsman», tan extendida ya en el mundo, y que aquí se titula Defensor del Pueblo.

Son muchas las misiones que la Ley orgánica que regula esta nueva figura de nuestro Derecho público habrá de otorgarle y todas ellas tendentes a la protección de los derechos humanos. Es obvio que en su atribución influirá indudablemente la circunstancia de que el derecho a tutelar no tenga encaje en otra protección jurisdiccional, se desvíe por sus características de las tipologías penales o directamente incida en lo administrativo discrecional o en lo político indiscriminado.

En cualquier caso es notorio el límite que deberá suponer para tan efectiva tarea la introducción en las cuestiones que se le sometan, de un componente penal.

Sin conceder de las privativas funciones que constitucionalmente nos están atribuidas, recomiendo a V. E. que preste en su día al Defensor del Pueblo, en cuantas ocasiones lo interese, la ayuda y colaboración que de nuestra función requiera, procediendo de conformidad con lo que la Ley disponga en cada caso.

La tutela, defensa, protección y restauración, en su caso, de los derechos de los españoles, son los únicos módulos que han de prefigurar la actuación del Ministerio Fiscal en la trascendente misión que le ha sido confiada por la Constitución.

Reciba V. E. esta primera Circular enderezada a ese cometido, interpretado a la luz del principio de legalidad que es norma capital de nuestra Institución. Seamos severos cuando la Ley lo mande, tutelares si la Ley lo dispone. Independientes y justos siempre. Y prudentes.

CIRCULAR NUM. 8/1978

SOBRE LAS REFORMAS INTRODUCIDAS EN LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL POR LA LEY 53/1978, DE 4 DE DICIEMBRE, Y SU RELACION CON LA 56/1978, DE LA MISMA FECHA

Al entrar en vigor la importante modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que introduce la Ley 53/1978, de 4 de diciembre, conviene precisar su alcance para unificar el criterio del Ministerio Fiscal en orden a su interpretación.

La orientación de la reforma se centra en la aproximación de nuestro proceso penal al sistema acusatorio puro mediante la implantación de un equilibrio de facultades entre las partes —acusadora y acusada— desde los momentos iniciales de la instrucción.

A tal efecto, el artículo 118, en su nueva redacción, concede al imputado, cualquiera que sea la forma de imputación y la índole del procedimiento, capacidad para personarse y actuar su defensa desde el instante mismo en que la imputación se produzca. Coherentemente, el 520 desarrolla estos principios con el mayor rigor cuando la imputación haya dado lugar a la privación de libertad del sujeto, estableciendo las más eficaces garantías para favorecer la situación de presos y detenidos.

Las demás reformas que contiene la Ley son fundamentalmente complemento o concordancia del desarrollo de esos principios.

I

Todas estas medidas en orden a la igualdad de las partes en el proceso penal significan un paso adelante de especial trascendencia. El legislador de 1882 al redactar la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal tuvo muy presente la cuestión y en la exposición de motivos explicativa de las ideas rectoras del procedimiento penal, después de referirse a las garantías que se concedían para la defensa del acusado, dijo:

«Todas estas concesiones al principio de libertad, que a una parte de nuestros Jueces y Magistrados parecerán sin duda exorbitantes, no contentarán aún probablemente a ciertas escuelas radicales que intentan extender al sumario desde el momento mismo en que se inicia las reglas de publicidad, contradicción e igualdad que el proyecto del Código establece desde que se abre el juicio hasta que se dicta la sentencia firme. No niega el infrascrito que insignes escritores mantienen esta tesis con ardor y con fe; pero hasta ahora no puede considerársela más que como un ideal de la ciencia, al cual tiende a acercarse progresivamente la legislación positiva de los pueblos modernos. ¿Se realizará algún día por completo? El Ministro que suscribe lo duda mucho. Es difícil establecer la igualdad absoluta de condiciones jurídicas entre el individuo y el Estado en el comienzo mismo del procedimiento por la desigualdad real que en momento tan crítico existe entre uno y otro: desigualdad calculadamente introducida por el criminal y de que éste solo es responsable. Desde que surge en su mente la idea del delito o, por lo menos, desde que, pervertida su conciencia, forma el propósito deliberado de cometerlo, estudia cauteloso un conjunto de precauciones para sustraerse a la acción de la Justicia y coloca al Poder público en una posición análoga a la de la víctima, la cual sufre el golpe por sorpresa, indefensa y desprevenida. Para establecer, pues, la igualdad en las condiciones de la lucha, ya que se pretende por los aludidos escritores que el procedimiento criminal no debe ser más que un duelo noblemente sostenido por ambos combatientes, menester es que el Estado tenga alguna ventaja en los primeros momentos, siquiera para recoger los vestigios del crimen y los indicios de la culpabilidad de su autor. Pero sea de esto lo que quiera, la verdad es que sólo el porvenir puede resolver el problema de si llegará o no a realizarse aquel ideal. Entre tanto, los que tienen la honra de dirigir los destinos de un pueblo están obligados a ser prudentes y a no dar carta de naturaleza en los Códigos a ideas que están todavía en el período de propaganda, que no han madurado en la opinión ni mucho menos encarnado en las costumbres ni se han probado en la piedra de toque de la experiencia.»

Pues bien, para que ahora el nuevo toque de experiencia dé lugar a un contraste favorable y esta avanzada reforma arraigue en nuestra vida jurídica, como arraigaron los principios entonces tan liberales de la Ley de 1882, será menester que todos contribuyamos con especial atención y prudente celo a la observancia de las nuevas reglas.

Todo dependerá, en definitiva, del probado buen espíritu y rectitud de nuestros Jueces y Magistrados, del empeño y generosidad de Letrados y Procuradores y de la función vigilante del Ministerio Fiscal, al que corresponde velar por la observancia de los nuevos preceptos, interpretarlos con cautela y acierto, así como moderar cualquier exceso y combatir las corruptelas que, desbaratando la justeza de la medida, la desnaturalicen y conduzcan al fracaso.

II

El artículo 118 en su anterior redacción, puesto en relación con el 384, 652 y 788, sólo permitía la intervención del inculpado en las diligencias sumariales —absolutamente secretas para él— desde que fuere procesado y, en las Diligencias Preparatorias del juicio en primera instancia ante los Jueces de Instrucción, desde que se adoptare en ellas alguna medida cautelar contra su persona, bienes o derechos.

Prácticamente, pues, hasta ahora sólo la acusación actuaba libremente durante la fase instructora, sin posibilidad de contradicción, orientando la prueba con ausencia total de aquel contra quien se dirigía, pues, en la realidad, el auto de procesamiento y la adopción en medidas cautelares son, generalmente, decisiones que se producen cuando la parte sustancial de la investigación está terminada.

La única garantía del reo residía así en la objetividad del Juez y en la imparcialidad del Ministerio Fiscal, que constituían el centro de equilibrio; pero ese equilibrio se quebraba por la intervención unilateral del querellante particular, no sujeto a ningún deber de imparcialidad. Y no era raro —como la experiencia tristemente lo ha demostrado— que utilizara la querrela para perseguir efectos civiles, como instrumento de coacción sobre el querrellado o como medio de preconstituir prueba para el proceso civil.

Hoy ya nada de eso será posible: «Toda persona a quien se impute un acto punible podrá ejercitar el derecho de defensa, actuando en el procedimiento cualquiera que éste sea» (párrafo primero del art. 118).

El momento en que puede hacerlo lo consigna el mismo párrafo con toda claridad: «desde que se le comunique su existencia (la del procedimiento cualquiera que éste sea), haya sido objeto de detención o de cualquier otra medida cautelar o se haya acordado su procesamiento, a cuyo efecto se le instruirá de este derecho».

A renglón seguido, en el párrafo segundo, se ordena que desde el momento en que exista imputación de un delito contra persona o personas determinadas sea puesto inmediatamente en conocimiento de los presuntamente inculpados.

En caso de denuncia —dice— desde que sea admitida. Como en realidad no existe un trámite específico de admisión de denuncias habrá que entender como tal el mandato judicial de comprobación de los hechos y apertura de procedimiento a que se refiere el artículo 269. A estos efectos, no debe

olvidarse que los atestados de la Policía tienen el carácter de denuncia, como previene el párrafo primero del artículo 297.

La querrela igualmente habrá de ser comunicada al querrellado cuando sea admitida, conforme al artículo 312, antes o al tiempo de ordenar la práctica de las diligencias que en ella se propusieren. En este punto es de recordar que son muchos los Fiscales que de antiguo tienen expresado su parecer de que el traslado o comunicación de la querrela, tanto al Ministerio Fiscal como al querrellado, debiera ser al momento de su presentación, concediéndoles audiencia para poder oponerse razonadamente a la admisión y aportar los elementos que puedan corroborar su petición. No se ha atendido del todo a esta vieja aspiración, pero ha sido satisfecha en parte.

También resulta del nuevo texto legal que la comunicación de la existencia del procedimiento ha de efectuarse en cualquier caso, comprendiendo, naturalmente, la iniciación de oficio, por inhibición de otro Juzgado, por orden de proceder o por otra forma que implique «cualquier actuación procesal» contra persona determinada.

En todos estos casos los sujetos de imputación podrán, desde luego, actuar su defensa valiéndose de Letrado y Procurador. El mecanismo que la reforma consigna para la designación de éstos se mantiene en términos tan parecidos a la redacción anterior que no ofrecen dificultad de interpretación.

III

En su nueva redacción, el artículo 520 desarrolla los principios recogidos en el 118, especificando la normativa aplicable a los supuestos de privación de libertad y estableciendo un orden de garantías en favor del detenido o preso, garantías que tienen rango constitucional porque sustancialmente las proclama el artículo 17.3 del nuevo texto.

En el primer inciso del párrafo primero del 520 y en el párrafo segundo señala las prevenciones relativas a la moderación con que debe ejecutarse el arresto del detenido o preso, que son transcripción literal del texto anterior.

En el segundo inciso de dicho párrafo primero se establece que «todo detenido o preso debe ser informado, desde luego, y en términos claros y precisos, de modo que le sean comprensibles, de las causas que han determinado su detención y de los derechos que le asisten».

Esta notificación de los motivos de la detención no es posible ni en muchos casos sería prudente que se extendiera a más de lo que establece a tal efecto el artículo 513 para el contenido de las requisitorias, es decir, la mención específica de la figura de delito por el que se procede. Cualquier otro dato podría arriesgar el éxito de la investigación. En relación con la información de los derechos que le asisten parece lo más recomendable e inequívoco que los agentes encargados de ejecutar el arresto entreguen al detenido una copia de este artículo 520.

El inciso final de este mismo párrafo primero que comentamos dispone que al arrestado «en ningún caso se le podrá compeler a prestar declaración si, invitado a hacerlo, se negare». Más adelante, en el párrafo tercero, se vuelve sobre esta cuestión, estableciendo que «si el detenido o preso se

niega a declarar, aun en presencia de su Abogado, se consignará tal decisión en las actuaciones».

Queda así a la libre voluntad del detenido dar contestación, desde luego, a las preguntas que se le formulen, aplazarlo hasta que esté presente su Abogado o negarse a contestar con o sin la presencia de su defensor.

Mucho se ha debatido esta cuestión de la licitud del silencio. Toda persona está obligada a decir verdad, pero no en su propio perjuicio. Nadie tiene obligación de condenarse a sí mismo ni de facilitar la prueba de su delito. La Ley de Enjuiciamiento Criminal ha tenido siempre en cuenta estos principios: prohíbe que al reo se le exija juramento —artículo 287—, previene que si rehúsa contestar a las preguntas que se le dirijan la única consecuencia será que se le prevenga que, no obstante su silencio, se continuará la instrucción del proceso —artículo 392— y sienta, como regla absoluta, que en los interrogatorios no se podrá emplear género alguno de coacción y amenaza —artículo 389, *in fine*.

Sin embargo, la posibilidad legal del silencio no implica su licitud y acarreará responsabilidad por los perjuicios que con él puedan causarse, sin que suponga coacción el que se prevenga al interrogado sobre este eventual peligro, así como sobre los beneficios legales que para su defensa le depara una ocasión de justificarse.

En el párrafo sexto se establece el derecho del detenido a que se comunique a los suyos el hecho de su detención, el lugar de su custodia y la petición de asistencia de Abogado si la hubiera solicitado, designando la persona a quien desea que se haga esta notificación, sea o no familiar suyo. El curso de estos avisos es voluntario para los mayores de edad, pero es obligatorio si se trata de menores o incapaces y de modo que si no se hallare a la persona a quien hubiere de cursarse la notificación se hará al Ministerio Fiscal, que procurará suplir aquella noticia respecto a quien corresponda.

IV

El resto de este artículo 520 regula el derecho del preso o detenido a la asistencia de Abogado desde el momento mismo de detención, pudiendo solicitar su presencia en el lugar de custodia. Como hemos visto, esta designación puede cursarla a su familia para que provea en consecuencia.

La designación de Abogado y el requerimiento de su presencia en el lugar de custodia no son, en esta fase de las actuaciones, ni necesarias ni forzosas, sino que, como se desprende de todo el contexto, constituyen un derecho del detenido, al cual puede renunciar por cualesquiera razones y, entre ellas, para evitar demoras cuando entienda que pueden serle perjudiciales.

Cuando haga uso del derecho a requerir la presencia de su Abogado habrá de comunicarse, en todo caso, al Colegio de Abogados, el cual, si no resulta posible la actuación del Abogado designado, dispondrá lo necesario para la intervención de un Abogado de Oficio en el lugar de custodia.

Transcurridas ocho horas desde que se hubiere cursado el aviso al Colegio de Abogados sin que hubiere comparecido ningún Letrado podrá prescindirse de su presencia y proceder a la práctica de las diligencias que se consideren urgentes, sin perjuicio de que si posteriormente compareciere

participe en los términos que la Ley señala en las diligencias que estén en curso o pendientes de practicar.

Del tenor de la Ley se deduce que no será preciso esperar al transcurso de estas ocho horas para la práctica de aquellas diligencias que por su naturaleza sean inaplazables, tales como las de levantamiento de cadáver, restablecimiento del orden perturbado, asistencia a los lesionados, amparo de las víctimas, recogida de efectos, instrumentos y huellas del delito, análisis de alcoholemia, obtención de fotografías y consignación de datos sobre elementos perocederos, así como cualesquiera otras que sean igualmente perentorias. Tampoco para recibir declaraciones de testigos, practicar reconocimientos y depósito de objetos y las demás en las que en estos momentos no está legalmente autorizada la intervención del defensor del detenido.

Esa intervención del Abogado en estos primeros momentos tiene un carácter específico de protección personal, por lo que no será necesario la asistencia de Procurador hasta que las actuaciones adquieran su desarrollo procesal.

En cuanto a la intervención del Letrado, la Ley la refiere a cuatro finalidades y a ellas deben entenderse limitadas sus facultades:

- a) Recabar que se dé lectura a este artículo 520.
- b) Asistir a los interrogatorios del detenido o preso; esta mera limitación de asistencia veda cualquier otra intervención y su presencia no puede extenderse tampoco a otros interrogatorios.
- c) Intervenir en todo reconocimiento de identidad de que sea objeto el detenido.
- d) Entrevistarse personalmente con el detenido o preso después del interrogatorio de éste. Es decir, que la conversación Abogado-detenido no puede producirse antes del interrogatorio.

Por último, es de observar —y el matiz tiene gran importancia— que con arreglo a lo dispuesto en el artículo 527, que no ha sido modificado por la nueva Ley, este artículo 520 no será de aplicación en los casos en que se hubiere decretado la incomunicación del preso o detenido. Ello sin perjuicio de que, aun tratándose de reo incomunicado, se haya de respetar inexcusablemente lo preceptuado en el artículo 17.3 de la Constitución, es decir, que deberá ser informado de sus derechos y de las razones de su detención, que no estará obligado a declarar y que puede designar Abogado que le defienda. Sin embargo, la relación personal con el Abogado le puede ser impedida mientras se mantenga la incomunicación, como previene el artículo 523, que tampoco ha sido afectado por la reforma.

V

El secreto sumarial que establece el artículo 301 ha sidó tan atenuado en la nueva redacción del artículo 302 que realmente, para las partes, lo excepcional es el secreto.

«Las partes personadas —dice el párrafo primero— podrán tomar conocimiento de las actuaciones e intervenir en todas las diligencias del procedimiento.»

No obstante, queda exceptuado de esa intervención, por mandato del artículo 435, que no ha sido modificado, la declaración de testigos, que, como

manda la Ley, habrá de continuar recibándose «separada y secretamente a presencia del Juez Instructor y del Secretario», sin perjuicio de que después de recibida las partes puedan tomar conocimiento del acta de la declaración.

En todo caso, y cuando se considere necesario, podrá declararse el secreto total o parcial de las actuaciones para todas las partes, conforme al párrafo segundo del nuevo artículo 302, si bien atendiendo a que:

— Que sólo cabe esta declaración de secreto en las actuaciones por delitos públicos, sea o no necesaria denuncia para proceder, pero no en los delitos privados, sólo perseguibles por querrela del ofendido, en los que, senso contrario, no podrá declararse el secreto de las actuaciones.

— El secreto sólo podrá mantenerse, como máximo, durante un mes y siempre deberá alzarse diez días antes de la conclusión del sumario, sin que, en recta interpretación, sea permitido reiterarlo, cualesquiera que sean las circunstancias que sobrevengan.

— Que nada de todo esto puede ser obstáculo a la intervención del Ministerio Fiscal en los términos que establece el Capítulo II del Título IV del Libro II de la Ley Procesal Penal y las disposiciones de su Estatuto y Reglamento.

VI

La modificación de los artículos 23, 37, 53, 311, 316, 333 y 522 se ha limitado a concordarlos con los principios que inspiran al 118 y con la finalidad de dar entrada en el proceso penal, con calidad de parte, a todo aquel contra quien se dirija una imputación penal y desde el momento mismo en que conozca o le sea comunicada esa imputación.

En tal sentido, el 23 les extiende la facultad de reclamar ante el Tribunal superior por la supuesta incompetencia del Juez Instructor; el 37 les concede audiencia en el trámite de la inhibitoria; el 53 les incluye entre los legitimados para formular recusación contra Jueces y Magistrados, y los 311 y 333 les admiten también, una vez personados, entre los que pueden proponer e intervenir en la práctica de diligencias durante la instrucción.

El artículo 316 ha quedado derogado y sin contenido porque las normas que comprendía se han trasladado a los artículos 302 y 311.

En el 522 la reforma carece de trascendencia, pues se limita a sustituir la expresión «cárcel» —hoy inadecuada— por la de «establecimiento en que esté custodiado», refiriéndose al preso o detenido.

VII

Relación de vigencia de la modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal con la Ley 56/1978, de 4 de diciembre.

Esta Ley, temporal y excepcional, sobre medidas especiales en relación con los delitos de terrorismo cometidos por grupos armados suspende o condiciona la vigencia de todos los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, comprendidos los que incluye o modifica la Ley que estamos examinando en cuanto contradigan o se opongan a sus medidas de excepción.

La prioridad de esta Ley especial no resulta sólo de su propia naturaleza —que sería bastante—, sino además de que, formalmente, es Ley posterior.

Aunque ambas Leyes son de la misma fecha, la posterioridad de la número 56 resulta de su sanción y promulgación ulterior. La Ley de reforma de Enjuiciamiento Criminal lleva el número 53, por lo que cualquier duda sobre prioridad en el tiempo que pueda influir en la interpretación ha de resolverse en favor de esta última, número 56/1978.

En consecuencia de todo lo expuesto, los señores Fiscales velarán por el cumplimiento de las nuevas normas y se atenderán en sus intervenciones a lo que en aquéllas se preceptúa y, en lo que las complete e interprete, al contenido de esta instrucción general.

b) Consultas

CONSULTA NUM. 1/1978

ABONO DEL TIEMPO DE PERMISO CONCEDIDO A UN PENADO NO REINTEGRADO A LA PRISION

Consulta V. E., en su escrito de fecha 30 de marzo próximo pasado, el caso de un recluso que, extinguiendo pena privativa de libertad, obtuvo el permiso de siete días que autoriza el apartado D) del artículo 109 del Reglamento de Instituciones Penitenciarias, introducido por la reforma de 29 de julio de 1977, y el penado no se reintegró al Establecimiento Penitenciario el día y hora señalados para la finalización del expresado permiso.

Habiendo sido detenido dos meses después, se está practicando nueva liquidación de condena y V. E. plantea la cuestión sobre si le serán abonables, como de cumplimiento efectivo, los siete días de permiso legalmente concedido y disfrutado.

Conforme con el parecer de V. E., esta Fiscalía entiende que el período de permiso es legalmente abonable para el cumplimiento de la condena, pues la obligación de reintegrarse a la prisión, obligación que quebrantó, sólo le era exigible al finalizar el permiso y en el día y hora que se le había señalado y que el interno se había comprometido a realizarlo.

La analogía que hasta cierto punto existe entre el disfrute de permiso y la concesión de libertad condicional no justifica la aplicación de lo dispuesto en el párrafo 2.º del artículo 99 del Código Penal y en el artículo 64 del Reglamento de Instituciones Penitenciarias, tanto por la razón que V. E. señala de que dicha aplicación analógica ha de ser rechazada porque lo sería en perjuicio del reo, como porque la reincidencia o reiteración que produce la revocación de la libertad condicional, con pérdida del tiempo pasado en esa situación, es una condición existente durante el período de libertad y en el caso de permiso el hecho de que el reo no se haya reintegrado a la prisión es un acontecimiento que se produce y opera después de transcurrido y agotado el tiempo de permiso, por lo que, en buena lógica, no puede operar sobre el anterior período de excarcelación legalmente disfrutado.

En su consecuencia, habrá de instar V. E., si no se hubiere hecho, que se abonen al penado como cumplimiento efectivo de condena los siete días en que disfrutó el permiso.

CONSULTA NUM. 2/1978

INTERVENCION DEL FISCAL EN LOS PROCESOS POR CALUMNIAS
O INJURIAS CON PUBLICIDAD

En relación con el sumario 32/1978 del Juzgado de Instrucción núm. 2 de esa capital, instruido por injurias cometidas por medio de la prensa, consulta V. S., en su escrito de 21 de los corrientes, si el Ministerio Fiscal debe intervenir en la causa de referencia y en todas aquellas que se instruyan por los delitos de injuria o calumnia cometidos con publicidad.

En virtud de las disposiciones del Real Decreto-ley 24/1977, de 1 de abril, especialmente las que contiene en su artículo 4.º, basta la mera denuncia del ofendido para la persecución de los delitos de injuria y calumnia, definidos en los artículos 453 y siguientes del Código Penal, en los supuestos a que se refiere el 463, es decir, en los casos en que se reputan hechos por escrito y con publicidad o por medios de difusión legalmente equiparados a aquellas formas.

En su consecuencia, ha sido tácitamente derogado el párrafo 3.º del artículo 467 del Código Penal, que para tales delitos exigía inexcusablemente querrela de la parte ofendida, exigencia que ahora ha quedado reducida solamente para los delitos de calumnia e injuria cuando no hayan sido cometidos por escrito y con publicidad.

Conforme al artículo 105 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, los Fiscales han de intervenir como parte acusadora, haya o no acusador particular, en todas las causas penales, «menos aquellas que el Código Penal reserva *exclusivamente* a la querrela privada».

Desde que los delitos contra la honestidad dejaron de estar reservados exclusivamente a la querrela privada y bastó para su persecución la mera denuncia de las personas legitimadas por la Ley, se hizo preceptiva la intervención del Fiscal y este precedente corrobora que ahora en los delitos de calumnia e injuria, en que ya no es necesaria la querrela del ofendido, haya de intervenir el Ministerio Fiscal.

El denunciante sólo resulta imprescindible para poner en marcha el proceso y no asume otra responsabilidad que la que pueda derivarse de la falsedad de su denuncia. Por lo demás, no le alcanza ninguna carga procesal ni, como tal denunciante, es parte en el procedimiento.

De no intervenir el Ministerio Fiscal en estas causas de calumnia o injurias, desde que pueden iniciarse por mera denuncia del agraviado o sus representantes, se daría el contrasentido en nuestro sistema acusatorio de que pudiera entablarse un proceso penal sin parte acusadora.

El hecho de que el ofendido *pueda* personarse en forma para constituirse en parte no altera los términos de la cuestión, pues al Ministerio Fiscal no le cabe mantenerse a la expectativa de que se produzca tal evento ni admitirlo como condición para ejercer su actividad.

El denunciante no solamente podrá incorporarse como parte al proceso que inició con su denuncia, sino que también puede iniciarlo, desde luego, mediante querrela formal, pero todo ello no significa más que un orden de posibilidades u opciones facultativas que no suponen la reserva exclusiva de

la acción a que se refiere el artículo 105 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y que veda la intervención del Fiscal en el proceso.

Así, pues, dispondrá V. E. la intervención Fiscal en el sumario 32/78 del Juzgado de Instrucción núm. 2 de esa capital y al que se refiere en su Consulta, así como en todas las causas en instrucción o que se instruyen por delitos de calumnia o injuria cometidos por escrito y con publicidad en los términos del artículo 463 del Código Penal.

CONSULTA NUM. 3/1978

SOBRE APLICACION DEL INDULTO DE 14 DE MARZO DE 1977

Con fecha 20 de mayo del corriente eleva V. I. consulta en los términos siguientes:

En causa núm. 21/1973 del Juzgado de Instrucción núm. 1 de la capital de la provincia, seguida por delito de asesinato, se dictó sentencia, en recurso de casación, por la Sala Segunda del Tribunal Supremo en 10 de diciembre de 1974, condenando al procesado, como culpable de asesinato, cualificado por la premeditación y con las agravantes de despoblado y alevosía, a la pena de muerte. Por acuerdo de Consejo de Ministros de 25 de abril de 1975 se conmuta la pena de muerte por la de treinta años de reclusión mayor. Publicándose el correspondiente Decreto en el «Boletín Oficial del Estado» de 5 de junio de dicho año.

El 25 de noviembre de 1975 se promulga el Decreto 2940/1975, por el que se otorga Indulto general en las condiciones que dicho Decreto establece. Solicitado por el procesado la aplicación del beneficio le fue denegado por la Sala, en auto de 13 de enero de 1976, de conformidad con el dictamen del Fiscal.

Al pasar, en otro trámite, la Ejecutoria a la Fiscalía, el Fiscal dictaminó en el sentido de serle de aplicación los beneficios del Decreto de Indulto 388/1977, de 14 de marzo, lo que fue acordado, de conformidad con dicho dictamen, por la Sala en auto de 25 de marzo de 1977.

En el Centro Penitenciario donde el condenado se encuentra está redimiendo pena por el trabajo y ha sido propuesto para una reducción extraordinaria.

Se plantean en la consulta que se evacúa tres distintas cuestiones:

a) Si fue correcta la denegación de los beneficios del Indulto de 25 de noviembre de 1975; b) si igualmente lo ha sido la concesión del Indulto de 14 de marzo de 1977, y c) si a pesar de la prohibición contenida en el artículo 7 del Decreto 2940/1975 le es de aplicación el beneficio de redención de penas por el trabajo.

En cuanto a la primera de las cuestiones señaladas, visto lo dispuesto en el artículo 1.º c) del Decreto 2940/1975, como asimismo en los artículos 6.º y 7.º de la misma Disposición, está claro que en los casos de penas de muerte impuestas o cuya imposición proceda por delitos cometidos con anterioridad al 22 de noviembre de 1975, el legislador sólo quiso conmutar la pena capital por la de reclusión mayor, con duración de treinta años, independientemente

te de que dicha conmutación ya se hubiera concedido por una gracia anterior y particular, pues así se deduce de la letra c) del artículo 1.º cuando dice que se concede el indulto «de la sexta parte de las penas superiores a veinte años, salvo de las impuestas por conmutación de la pena capital». Ratifica este criterio el artículo 6.º, que al conceder indulto total de la pena que les quede por cumplir a los que hayan cumplido o cumplan veinte años de reclusión efectiva exceptúa expresamente a los condenados a penas privativas de libertad «por conmutación de la pena capital». Igualmente el artículo 7.º expresa de una forma evidente la voluntad del legislador de que en los casos de penas de muerte impuestas o que procedía imponer por delitos anteriores al 22 de noviembre de 1975 el único beneficio que se otorgue sea el de la conmutación por la de treinta años de reclusión, que, según el Decreto, habrían de ser de reclusión efectiva al negarles los beneficios de indultos generales posteriores y de redención de penas por el trabajo.

Fue, por tanto, correcta la postura adoptada por V. I. al oponerse a la aplicación del beneficio de Indulto al condenado en la causa objeto de la consulta y en el mismo sentido se pronunció esta Fiscalía en la Circular 4/1975, inserta en la Memoria correspondiente al año 1976.

Plantea V. I. como segundo objeto de consulta si fue correcta la aplicación al mismo penado del beneficio de indulto establecido en el artículo 4 del Decreto 388/1977 a pesar de la prohibición que en cuanto a gozar de futuros Indultos Generales estableció el artículo 7 del anterior Decreto, 2940/1975.

A este respecto se ha de tener en cuenta que, como en el preámbulo del Decreto 388 se dice, éste viene a completar el conjunto de las diferentes medidas de gracia que tienen el propósito de plena reincorporación de los beneficiarios a la sociedad, medidas de gracia concedidas por circunstancias especialmente extraordinarias vividas por la nación y que tienen su comienzo precisamente con el Decreto 2940/1975, razón ésta que obliga a considerar al 388/1977 como complemento de aquél y, por tanto, ampliatorio con respecto al mismo de los beneficios por él otorgados. En este sentido, el artículo 4.º del Decreto que examinamos, al disponer que se concede indulto de la cuarta parte de las penas impuestas «por todos los delitos y faltas incluidas en el Código Penal», emplea la expresión más amplia y el suprimir la limitación del Decreto 2940/1975 para las penas privativas de libertad por conmutación de la capital es evidente que el beneficio que concede es de aplicación a los condenados a reclusión mayor por conmutación de la pena capital impuesta, siendo indiferente en este caso que la conmutación haya sido resultante de un indulto particular o de la aplicación del Decreto 2940/1975.

Siguiendo en la tónica de excepcional generosidad, el Decreto que comentamos, de 14 de marzo de 1977, dispone en su artículo 6.º que *todos aquellos a quienes la aplicación de los beneficios que se conceden no suponga la inmediata libertad podrán disfrutar los beneficios de los artículos 80 y 100 del Código Penal* cuando se cumplan los requisitos que en ellos se establecen, valorando la conducta penitenciaria que se observe a partir de la entrada en vigor de esta disposición, o sea a partir del 18 de marzo de 1977.

Esto es, cualquiera que sea la cuantía y naturaleza de la pena que reste por cumplir al beneficiario, aunque sea resultante de conmutación de pena

capital, no sólo se beneficia del indulto de la parte de pena de privación de libertad que dispone el artículo 4.º, sino también de la redención de penas por el trabajo y libertad condicional, sin más requisitos y limitaciones que las establecidas en el Código Penal, pero sin que la mala conducta penitenciaria del condenado observada con anterioridad al 18 de marzo de 1977 pueda enervar el beneficio.

Por lo anteriormente expuesto, V. I. actuó correctamente al dictaminar a favor de la aplicación del Indulto que concede el Decreto 388/1977 al condenado en la causa 21/73 del Juzgado núm. 1 de la capital, y asimismo procede que dictamine favorablemente en cuanto a la reducción extraordinaria para la que el condenado ha sido propuesto si la misma se ajusta a lo dispuesto en el artículo 100 del Código Penal.

CONSULTA NUM. 4/1978

SITUACION PROCESAL DE CAUSA CON VARIOS PROCESADOS EN LA QUE UNO DE ELLOS SE ENCUENTRA PRESO EN EL EXTRANJERO.

Consulta V. I. sobre la situación planteada en la causa del rollo 261/1976, dimanante del sumario 49/76 del Juzgado núm. 2 de Castellón, por los delitos de rapto, hurto, estafa y apropiación indebida, en la que están procesados los súbditos alemanes Joachin Klaus, Peter Grafe y Berndt Günter Pulwey.

Según los datos que V. I. expone como antecedente de su Consulta y los informes recabados de la dirección General de Instituciones Penitenciarias, resulta que Berndt Günter Pulwey se hallaba en prisión desde el 24 de febrero de 1977 y por auto de 14 de abril de 1977 se decretó su libertad con fianza de 25.000 pesetas que constituyó el Procurador de los Tribunales doña María de los Angeles D'Amato Martín, expidiéndose, en su consecuencia, el oportuno mandamiento de libertad para el Centro Penitenciario de Castellón, donde a la sazón se encontraba el preso.

Sin embargo, en dicho Centro Penitenciario no se dio cumplimiento efectivo al referido mandamiento de libertad porque Berndt Günter Pulwey quedó retenido a virtud del expediente de extradición 11/1977, rollo número 7/1977, Juzgado Central núm. 2, sección segunda de la Audiencia Nacional, Tribunal que, por auto de 30 de junio de 1977, acordó acceder a la entrega del reo a las autoridades alemanas, a las que fue entregado el día 9 de agosto de 1977, constando que el 10 de agosto de 1977 Berndt Günter Pulwey se hallaba en Alemania, según certificación del director de la Institución de Ejecuciones de la Justicia en Francfort.

Las cuestiones que V. I. plantea en su consulta son las siguientes:

a) Si, cómo tiene solicitado el Procurador de los Tribunales doña María de los Angeles D'Amato Martín, debe serle devuelta la fianza de 25.000 pesetas que constituyó en favor de Berndt Günter Pulwey, lo que procede sea resuelto en sentido positivo, pues, conforme al artículo 534 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el fiador responde de la comparecencia de la persona que gozará de libertad con esa garantía, pero es lo cierto que Berndt Günter Pulwey no disfrutó en ningún momento de libertad a pesar

de la constitución de la fianza, por lo que ésta ha carecido absolutamente de objeto, y la suma depositada deberá ser reintegrada, sin más, a la persona que la constituyó.

b) Sobre la imposibilidad legal para la celebración del juicio contra el procesado presente Joachin Peter Grafe en tanto no sea declarado en rebeldía Berndt Günter Pulwey, declaración que no se considera viable, ya que la presunta rebeldía no es imputable al reo porque no se le ha dado oportunidad para comparecer ante el Tribunal de Castellón. Por tratarse de un procedimiento ordinario es de aplicación lo dispuesto en el artículo 842 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con arreglo a lo cual sólo podrá continuarse el curso de la causa respecto a los procesados presentes cuando se hubiese declarado la rebeldía de los ausentes.

Sin embargo, es de tener presente que en este caso el juicio contra Joachin Klaus y Peter Grafe no puede quedar indefinidamente suspendido, dando lugar a los perjuicios que para ese procesado y para la recta administración de justicia supone la indefinida situación de pendencia.

La Ley 28/1978, de 26 de mayo, que acaba de entrar en vigor, permite la continuación del juicio para los procesados presentes sin necesidad de previa declaración de rebeldía de los que no hubieren comparecido, siempre que éstos hayan sido citados personalmente y el Tribunal entienda, con audiencia de las partes, que existen elementos suficientes para juzgar a los procesados presentes, con independencia de los que no hubieren comparecido.

Esta solución discrecional del Tribunal requiere que los procesados que no hubieren comparecido hubieran sido citados personalmente y, en el caso de Berndt Günter Pulwey, la citación personal que pudiera hacerse sería una mera ficción, ya que es notorio que está impedido de comparecer por hallarse en prisión.

La solución racional en este caso es la de declaración de rebeldía de Berndt Günter Pulwey, conforme a lo prevenido en los artículos 834 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, entendiéndose que no tiene domicilio conocido el que carece de él dentro del territorio nacional y, por consiguiente, no se halla a disposición del Tribunal.

El hecho de que la incomparecencia de Berndt Günter Pulwey no le sea imputable deberá ulteriormente ser tomada en consideración a los efectos de impedir las consecuencias lesivas que en cualquier sentido pueda tener para ese procesado la expresada declaración de rebeldía y una vez que pudiendo hacerlo comparezca ante el Tribunal.

En consecuencia, se atenderá V. I. en su actuación a los términos expresados.

CONSULTA NUM. 5/1978

EXTRATERRITORIALIDAD DE LA LEY PENAL ESPAÑOLA EN RELACION CON UN DELITO DE ABORTO COMETIDO EN FRANCIA

Con fecha 5 de los corrientes ha tenido entrada en esta Fiscalía su escrito de 26 de mayo, al que acompaña consulta formulada por el Ilmo. señor Fiscal de la Audiencia de Tarragona sobre extraterritorialidad de la Ley Penal

española y competencia de nuestros Tribunales para el enjuiciamiento de un presunto delito de aborto cometido en Francia al que se refieren las diligencias previas 144/1978 del Juzgado de Instrucción núm. 2 de Tortosa.

Conforme al relato de hechos, antecedente de la consulta, una mujer, embarazada de su novio y de acuerdo con éste, se trasladó a Francia con el propósito de que le provocaran el aborto, lo que se llevó a cabo en una clínica francesa y por facultativos de aquella nacionalidad.

El presunto delito aparece, pues, cometido en el extranjero y siendo extranjero el autor principal, es decir, el médico o sanitario que provó el aborto, aunque el consentimiento prestado por la mujer española determine también su responsabilidad como coautora, y asimismo el varón español que la acompañó, que participó en la gestión y en atender los gastos, sea responsable en el grado de participación que le corresponda.

Como bien razona la consulta, tales hechos pudieran estar comprendidos en la excepción a la territorialidad de la Ley Penal que establece el artículo 339 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por cuanto autoriza la persecución en España de los delitos cometidos por españoles contra españoles siempre que concurren las demás circunstancias que dicho artículo contiene.

El citado artículo 339 dispone:

«El español que cometiere un delito en país extranjero contra otro español será juzgado en España si concurrieren las circunstancias siguientes: 1.ª Que se querelle el ofendido o cualquiera de las personas que puedan hacerlo con arreglo a las Leyes. 2.ª Que el delincuente se halle en territorio español. 3.ª Que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero.»

Desde luego, el presunto delito aparece perpetrado por españoles y, es más, por españoles que se han trasladado a un país extranjero a fin de realizar un acto punible conforme a la legislación nacional y tolerado en el país donde se proponen realizarlo, cometiendo de esta manera un fraude de ley que, con arreglo al artículo 6.4 del Código Civil, no impedirá la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir, principio asimismo aplicable a los conflictos de leyes en el ámbito internacional cuando la invocación de una norma de conflicto tenga como fin eludir una ley imperativa española, según dispone el artículo 12.4 del mismo texto legal. Aunque estos preceptos pertenecen al Ordenamiento Civil, tienen sentido general en cuanto condenan y declaran ineficaces los propósitos pretendidos mediante el fraude de ley.

Conforme a la hipótesis del artículo 339, antes transcrito, no basta que se trate de un delito cometido por un español, sino que ha de ser contra otro español, y en relación con la nacionalidad del sujeto pasivo, el delito de aborto consentido por la madre plantea sus dudas la consulta porque considera que en este caso la víctima es el feto, que «no es aún persona física, a quien, entre otras cosas, pueda atribuirse una nacionalidad».

Para examinar este punto se ha de partir de que el delito de aborto es indudablemente un delito contra la vida no sólo porque en la sistemática del Código aparezca junto a los demás atentados contra la vida (homicidio, parricidio, asesinato e infanticidio), sino porque fundamentalmente, y sin ningún género de duda, el feto es un ser vivo. La vida existe en el meramente concebido, aunque todavía no sea persona, sino sólo esperanza de per-

sona, que adquirirá tal condición por el nacimiento, y legalmente cuando cumpla las exigencias de viabilidad y supervivencia exigidas por la Ley Civil.

Con arreglo a esa misma Ley Civil —artículo 29 del Código— al concebido se le tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables y, evidentemente, nada es más favorable para el «nasciturus» que la conservación de su propia vida intrauterina.

También es de señalar que para la aplicación de la Ley Penal no es de rigor la exigencia del artículo 30 del mismo Código Civil, en cuanto requiere que «sólo se reputará nacido el feto que tuviere figura humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno». El mismo artículo determina que esas exigencias son solamente «a efectos civiles». Por esto la jurisprudencia penal considera persona a las víctimas de infanticidio, parricidio o asesinato, aunque el sujeto pasivo sea un recién nacido y no se hayan cumplido en él los requisitos necesarios para adquirir la personalidad conforme al citado artículo 30 del Código Civil. Así, pues, el concepto penal de persona y personalidad es mucho más amplio que el de la Ley Civil.

A los efectos penales basta la personalidad potencial y para determinar el supuesto de competencia debe bastar la nacionalidad potencial del feto, que en el concebido por padres españoles será la española, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 17.1 y 2 del Código Civil.

Por otra parte, razones de todo orden aconsejan que esta delicada cuestión sea sometida a la decisión de los Tribunales para dar ocasión a que la jurisprudencia se pronuncie, por lo que conviene plantearla en forma y no sustraer al conocimiento judicial un caso de tanto trascendencia jurídica y sociológica.

Se ha de observar, por último, que el enjuiciamiento de este asunto no corresponde a la Audiencia de Tarragona, pues, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 4.1 e) del Real Decreto-ley 1/1977, de 4 de enero, está atribuido a la Audiencia Nacional el conocimiento de todas las causas por delitos cometidos fuera del territorio nacional.

Por consiguiente, esa Fiscalía habrá de limitarse a pedir del Juzgado de Instrucción núm. 2 de Tortosa que, en cumplimiento de lo establecido en la regla primera del artículo 5.º del citado Real Decreto-ley de creación de la Audiencia Nacional, eleve a dicha Audiencia y en relación con las diligencias previas 144/1978 la exposición a que dicho precepto se refiere.

CONSULTA NUM. 6/1978

SOBRE DETERMINACION DE LA GRAVEDAD DE LAS PENAS A EFECTOS DE APLICACION DEL PARRAFO SEGUNDO DEL ARTICULO 71 DEL CODIGO PENAL

En consulta formulada por V. E. con fecha 13 de julio plantea la duda que ha suscitado en esa Fiscalía la aplicación del artículo 71 del Código Penal en la calificación de una causa por falsedad y estafa, siendo la primera medio necesario para cometer la segunda.

Señala V. E. que la pena correspondiente al delito de estafa, con arreglo al artículo 528, número 2, del Código Penal, es la de presidio menor, aunque por concurrir la circunstancia de multirreincidencia y por aplicación del artículo 530 del mismo texto la pena que correspondería sería la de presidio mayor. Para la falsedad, conforme al artículo 303 del Código punitivo, la pena señalada es la de presidio menor y multa. Según el parecer que motiva su consulta, la gravedad de las infracciones, a estos efectos, ha de apreciarse tal como los delitos estén penados en el Código, con independencia de la agravante calificada del 530, y, conforme a ese criterio, la pena más grave no sería la del delito de estafa, sino la del delito de falsedad, por lo que la pena máxima a imponer sería la de seis años de presidio menor y multa, criterio que conduce a que castigados conjuntamente los dos delitos resulte inferior la penalidad a la de sólo el delito de estafa, si éste fuera el únicamente enjuiciado, o se castigará por separado.

El problema planteado por V. E. consiste, en definitiva, en la determinación de si las penas a considerar para la aplicación o inaplicación del artículo 71 han de ser consideradas en abstracto y de acuerdo únicamente con las que se fijan para los respectivos tipos de delito, o bien en concreto, es decir, atendiendo a la que corresponda a cada uno de los reos según las reglas que, en cada caso, determinan la sanción individualizada atendiendo al grado de ejecución, forma de participación y circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

Esta Fiscalía, en las Circulares de 10 de enero y 11 de febrero de 1908, apuntó el criterio de la valoración en concreto de las penas, doctrina que ratifica la de 30 de noviembre de 1942.

La Jurisprudencia del Tribunal Supremo, después de diversas resoluciones que vacilan entre uno y otro criterio, ha declarado en sentencia de 1 de julio de 1975 que para la aplicación del artículo 71 las penalidades a comparar deben ser las determinadas en concreto por la aplicación de las reglas para la determinación de la pena y establece que «la manera de realizar la medición concreta en cada caso es sencilla en cuanto a la precisión de la excepción favorable al reo, en orden a fijar la suma de las penas de los diversos delitos, a imponer separadamente, pues se atenderá a la fijada típicamente para cada infracción en el tipo, aplicándose a su vez las reglas generales de penalidad y obteniéndose así el resultado, según el grado delictivo, forma de participación y circunstancias modificativas», añadiendo más adelante que para fijar cuál es la pena más grave «se atenderá la que resulte del juego de las tan citadas reglas generales para determinar la pena, pero operando sólo con la propia de los grados de ejecución, formas de participación y circunstancias atenuantes y agravantes de eficacia excepcional—eximentes incompletas, multirreincidencia, menor edad, etc—», doctrina que coincide con la opinión personal de V. E., tal como la expone al final de su consulta.

Aplicando estos criterios al caso de autos, la pena correspondiente al delito más grave es la de presidio mayor, conforme a lo prevenido en el artículo 528, número 2, en relación con el 530, que en su grado máximo tiene una extensión de diez años y un día a doce años. La pena señalada para el delito de falsedad, conforme al artículo 303, concurriendo la agravante de reiteración, es la de cuatro años, dos meses y un día a seis años.

Según establezca el Fiscal en su escrito de conclusiones, la extensión de las penas dentro de los límites legales resultará favorable o desfavorable para el reo la aplicación del artículo 71 o el castigo por separado de las diversas infracciones, debiéndose proceder, en consecuencia, a lo que le resulte más favorable.

A estos criterios, por tanto, deberá atenerse V. E. para la calificación del caso consultado.

CONSULTA NUM. 7/1978

SOBRE LA INTERVENCION EN EL PROCESO PENAL DE LOS ASEGURADORES DE RIESGOS EN EL USO Y CIRCULACION DE VEHICULOS DE MOTOR

Se ha recibido en esta Fiscalía, elevada a través de V. E., la consulta formulada por la Fiscalía de Lérida sobre la posibilidad de que el Ministerio Fiscal pueda interesar en los procesos penales que se declare la responsabilidad civil directa de las Compañías de Seguros que tuvieran suscrita con el acusado póliza de seguro voluntario, suplementario o complementario del obligatorio, hasta el límite concertado, así como exigir de las mismas prestación de fianza suficiente para garantizar dichas responsabilidades civiles de conformidad con los artículos 615 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En apoyo de su criterio afirmativo alega, sin otros razonamientos, la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de junio de 1977.

La importancia y trascendencia de la cuestión que se plantea, a la que se hizo referencia en la Circular de esta Fiscalía de fecha 12 de julio de 1969, aconseja un estudio de las disposiciones legales aplicables y del alcance de la doctrina sentada en la citada sentencia.

Los preceptos legales que regulan la responsabilidad civil derivada de infracciones penales están contenidos en los artículos 19 a 22, 25 y 101 a 110 del Código Penal, que hacen referencia a los tipos de responsabilidad civil en sus formas directa y subsidiaria; y en los artículos 100, 106 a 117, 615 a 621 y artículo 784, regla 5.ª de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que regulan el ejercicio de la acción para su efectividad y medidas cautelares garantizadas en las mismas que pueden adoptarse, disponiéndose, por lo que afecta al procedimiento de urgencia, el último de los preceptos indicados, que en los supuestos en que las responsabilidades civiles estén total o parcialmente cubiertas por el régimen del Seguro Obligatorio de Responsabilidad Civil derivada del uso y circulación de vehículos de motor se requerirá a la entidad aseguradora o al Fondo Nacional de Garantía, en su caso, para que afiance aquella hasta el límite del Seguro Obligatorio. Si la fianza exigida fuera superior al expresado límite el responsable directo o subsidiario vendrá obligado a prestar fianza o aval por la diferencia, procediéndose, en otro caso, al embargo de sus bienes. Pero sin que en ningún caso y por concepto alguno la intervención en el proceso de tales entidades pueda ser otra que la expresamente establecida en dicho precepto, esto es, las derivadas de

las obligaciones asumidas en el acto constitutivo de la fianza o del requerimiento para afianzar.

La sentencia del Tribunal Supremo de 1977, lo mismo que la de 21 de mayo del mismo año, siguiendo el criterio interpretativo ya establecido en la de 7 de mayo de 1975, admite la acción directa del perjudicado contra el asegurador del vehículo hasta el límite del seguro voluntario o complementario del obligatorio en cuanto a la indemnización que exceda de los límites previstos por este último, con la consecuencia obligada de que pueda ejercitarse en el proceso penal, conforme con el principio de rogación de los artículos 100, 108 y 111 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y dando correlativa entrada en el proceso a la Compañía aseguradora declarada tercero civil responsable, con todas las consecuencias legales que tal legitimación pasiva entraña, para la defensa de sus derechos.

Criterio interpretativo que se ha visto robustecido, se dice en uno de los considerandos, por la Orden del Ministerio de Hacienda de 31 de marzo de 1977, que regula como una de las modalidades del seguro voluntario de automóviles la que ampara la responsabilidad civil suplementaria que garantiza el pago de las indemnizaciones que en virtud de lo dispuesto en los artículos 1902 a 1910 del Código Civil y 19 del Código Penal se impongan al asegurado o al conductor autorizado y legalmente habilitado, siempre que la indemnización, dentro de los límites pactados, exceda del Seguro Obligatorio de Vehículos de Motor. Lo que viene, sigue diciéndose en dicho considerando, «a reafirmar» la posibilidad de accionar *el perjudicado* en el proceso penal para obtener de la entidad aseguradora declarada tercero civil responsable la efectividad de aquella responsabilidad civil suplementaria, como contrariamente si la acción no se ejercita por el perjudicado y, en su consecuencia, no se declara la responsabilidad civil, en concepto de tercero, de la entidad aseguradora, no podrá condenarse a la misma por razón del Seguro voluntario, sin perjuicio de que se dilucide tal responsabilidad en vía civil».

Se distingue, pues, en las sentencias que comentamos, y ello fija el alcance de su doctrina, entre el Seguro obligatorio de responsabilidad civil derivada del uso y circulación de vehículos de motor, respecto del cual las entidades aseguradoras son meros fiadores «ex lege», sin más intervención en el proceso penal que la permitida por la regla 5.ª del artículo 784 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y el Seguro voluntario de automóviles, suplementario, hasta ser complementario del obligatorio, en cuyo supuesto de existencia el perjudicado podrá, conforme al criterio jurisprudencial, accionar dentro del proceso penal contra la entidad aseguradora del responsable para que se declare la responsabilidad civil del tercero derivada de dicho contrato privado de seguro, con la consiguiente legitimación pasiva de esta última para personarse como parte en el procedimiento.

Ateniéndonos a los criterios mantenidos por esta Fiscalía, el Ministerio Fiscal al ejercitar la acción civil junto con la penal, en cumplimiento de la obligación que le impone el artículo 108 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, debe limitarse a las responsabilidades civiles, directa o subsidiaria, derivadas de la infracción criminal, conforme con el principio de responsabilidad subjetiva, y, en su consecuencia, la fianza a exigir a la Entidad asegu-

radora o al Fondo Nacional de Garantía, en su caso, no podrá exceder de los límites de cobertura legalmente establecidos para el Seguro Obligatorio de Automóviles.

A la interpretación que precede, recordándole las instrucciones consignadas en la Circular núm. 4/69 de esta Fiscalía, deberá atenderse V. E. en su actuación.

Jurisprudencia penal

ALFONSO SERRANO GOMEZ,

Profesor Agregado interino de Derecho penal (Criminología)
en la Universidad a Distancia

Artículo 3.º, párrafo segundo. Frustración.

El artículo 3.º del Código Penal se centra en el grado alcanzado por los actos de ejecución del delito consumado, de tal modo que si la ejecución del delito inconsumado, de tal modo que si la ejecución es incompleta, por no haber practicado el culpable todos los actos que debieran producir el delito, hay tentativa, y si la ejecución es completa, por haber practicado el culpable todos los actos que deberían producir como resultado el delito propuesto, hay frustración; y según parece de los hechos probados, el procesado —como se dice en el presente Considerando— se acercó como si fuera a cruzarse con el luego agredido, portando una navaja, con la que le infirió un golpe con ella en el abdomen, parte del cuerpo que aloja órganos vitales en el que le produjo heridas graves y otro en el hemitórax derecho, por lo que conjugando el instrumento o arma esgrimida, en si tan idónea y adecuadamente utilizada y los lugares tan vulnerables del cuerpo humano afectado, en que aloja órganos vitales, se pone de manifiesto la utilización por el autor del delito de los medios ejecutivos aptos y suficientes para haber producido como resultado la muerte del agredido, que no se produjo debido a circunstancias de excepción, totalmente ajenas a la voluntad del agente, como fue la inmediata intervención quirúrgica que se le practicó como medio insoslayable para evitar su muerte, por lo que puesto de manifiesto anteriormente el «animus necandi» el que guió al procesado al agredir a la víctima, y al no haber conseguido su finalidad fue acertada y hasta obligada la calificación que del delito se hizo en la sentencia recurrida de asesinato en grado de frustración. (Sentencia de 29 de junio de 1979.)

Artículo 8.º, 1.º. Trastorno mental transitorio.

La doctrina de esta Sala admite la vivencia del trastorno mental transitorio sin la existencia de una base patológica en el sujeto activo del delito, bastando la concurrencia de elementos exógenos o externos al mismo que influyan en la perturbación anímica, por lo que la diferenciación con el arrebató su obcecación, en el supuesto de que el trastorno psíquico venga

dado por estos condicionamientos externos y sus efectos no incidan de modo total en las facultades mentales, se hace sumamente difícil, en cuanto que el criterio cuantitativo, seguido en determinadas resoluciones casacionales, reservando la mayor intensidad para la atenuación por perturbación mental y la menor para el estado pasional o emocional, se ofrece a cierta arbitrariedad por la dificultad que encierra, en muchos casos, la medición del estado psíquico de la persona, lo que da lugar, en estos supuestos de dificultosa apreciación del grado mental, el que se tenga que acudir a la naturaleza y caracteres de los elementos exógenos motivadores de la disminución psíquica, a fin de encuadrarlos en una u otra causa afectiva de la responsabilidad, pudiéndose decir que para apreciar el trastorno mental transitorio, tanto como eximente completa como incompleta o atenuante, es necesario en aquellos supuestos sin base patológica, tener en cuenta: a) que el factor exógeno determinante de la perturbación tenga potencialidad o eficacia «per se» para producir una total privación de las facultades, ya que sin esta posibilidad, en buena técnica jurídica no debiera hablarse del trastorno mental tanto total como parcial, pues éste no es más que los efectos incompletos de aquél; y b) que cuando se trate de estímulos poderosos no incidan como estados emocionales o pasionales del arrebato o de la obcecación, en los que la inteligencia y la voluntad sufren la alteración a modo de cargas en las que el filtro del intelecto no recoge la reflexión necesaria y el freno de la voluntad no es suficiente para el perfecto control de la conducta. Sentencia de 14 de diciembre de 1978 sobre el trastorno mental transitorio; 15 del mismo mes y año sobre el arrebato u obcecación; y 29 también del mismo mes y año sobre la diferenciación de una y otra circunstancia. (Sentencia de 27 de junio de 1979.)

Artículo 8.º, 7.º. Estado de necesidad.

Los bienes jurídicos en colisión, pugna o conflicto, han de ser necesariamente la **vida** o subsistencia del acusado y la **salud pública** conturbada con el tráfico de sustancias estupefacientes efectuado por el referido agente; y lejos esta Sala de reputar indispensable que, en tales casos, el presunto necesitado se halle al borde de la extenuación o de parecer por inanición, ha de exigir, sin embargo, que no se trate de carencias leves o de privación de lo superfluo, sino de indigencia o de falta, prolongada y total, de medios de subsistencia que coloquen al afectado en situación de carencia o de grave penuria de alimentos, cobijo, vestido, asistencia médico-farmacéutica o de cualquier otra cosa indispensable para la vida o para la salud; carencia que, en este caso, no se detecta en absoluto en los presupuestos fácticos de la sentencia recurrida, puesto que, en primer lugar, que un sujeto de veintiséis años de edad viva separado de sus padres, es dato totalmente inane, y, en segundo término, «el estar sin trabajo», sin otro aditamento o matización, es decir, sin que conste que carecía de otros bienes o medios de vida, que no percibía subsidio de desempleo y que ello le ha abocado a una situación de pobreza, de indigencia o de grave penuria,

no permite presumir que su subsistencia se hallara, a la sazón, intensamente amenazada, y que se decidió a traficar con estupefacientes con la única finalidad de atender necesidades perentorias, llegándose, antes bien, a la conclusión contraria con sólo reparar en que se trasladó a Tánger y adquirió allí 5,400 kilogramos de «haschich», para todo lo cual, como es notorio, precisaba una crecida cantidad de dinero, de la que sin duda disponía, la que, de haberla aplicado a la satisfacción de sus más apremiantes necesidades, hubiera impedido tanto la iniciación de una vida de delincuencia como la precisión de invocar un estado de necesidad a todas luces inexistente. (Sentencia de 2 de julio de 1979.)

Artículo 9.º, 1.º. Enajenación mental incompleta.

Se alega en el recurso que la Sala de Instancia incurrió en error en la apreciación de la prueba al no aceptar la atenuante de estado mental, que en precedente sentencia de 7 de junio de 1973 le fue apreciada, por estimar en aquel entonces que el procesado sufre una sicopatía con períodos de total obnubilación de frenos inhibitorios y del sentido del bien y del mal; en contraste con la sentencia ahora discutida de **21 de septiembre de 1978**, en que fácticamente se declaró en forma terminante que el agente «**no padece enfermedad mental de clase alguna**», criterio que ratifica en el tercer Considerando, al mantener que el procesado carece de enfermedad alguna que limite sus facultades mentales. Este motivo es inestimable por las siguientes razones: 1.º. Porque como norma general todo Tribunal es independiente y autónomo para apreciar las pruebas que se articulan y practican en cada proceso sin que le vinculen otras, y distintas sentencias dictadas por otros Tribunales. 2.º. Porque es ponderable el tiempo transcurrido entre una y otra sentencia, en que han podido variar las circunstancias mentales del encausado. 3.º. Porque en la precedente sentencia se alegaba una sicopatía que en **determinados períodos** limitaba sus facultades mentales, sin que en este caso se haya demostrado eficazmente que se encontrara en uno de estos períodos, que la anterior sentencia calificó de transitorios. 4.º. Que antes al contrario los actos de ejecución no abonan un estado mental deficiente, sino una malicia plena y total tanto en el proyecto de acceso, forma de apoderamiento y de hacer desaparecer todo lo robado. 5.º. Que las simples sicopatías no han sido reconocidas por esta Sala como enfermedades mentales ni completas ni incompletas. (Sentencia de 3 de octubre de 1979.)

Artículo 9.º, 1.º. Legítima defensa incompleta.

Provocar es tanto como incitar a otro a que ejecute una cosa, a irritarle o excitarle, precisando para su existencia según la más reciente doctrina de esta Sala que sea inmediata, bastante y proporcionada a la agresión de ella derivada y ejecutada (Sentencias de 3-IV-28 y 28-V-68), en la inteligencia de cuyo requisito es preciso discernir si realmente existió o no provocación, pero

sobre todo, y en caso afirmativo, determinar si fue o no **suficiente**, lo que equivale a decir en términos generales, que provocar es tanto como comportarse un sujeto ante otro, de tal modo que determine en éste a su vez una reactiva conducta que sea fiel exponente al estímulo que supuso la actuación del primero, admitiendo el calificativo de suficiente tan sólo cuando tal estímulo baste, racional y lógicamente, para llevar a desencadenar la extensión e intensidad de la reacción del provocado, siendo por su propia naturaleza negativa una circunstancia eminentemente subjetiva, coyuntural y casuística que el juzgador penal ha de valorar y sopesar con reflexiva ponderación de cuantos elementos concurren en el supuesto contemplado, requiriendo una detenida atención de los hechos anteriores o simultáneos con la agresión, y la prueba del que la invoca de que las palabras o actos fueran causa proporcionada y motivo bastante a la agresión subsiguiente (Sentencias de 5-XI-18, 15-III-52 y 4-XII-72), cuya prueba sólo puede deducirse o hacerse del detenido examen de los hechos probados para sacar la consecuencia de que aun cuando mediara una mera provocación ligera que sólo consista en algún hecho o palabra, como lesión insignificante o una liviana injuria, no alcanzarían la condición o carácter de suficiente, que el texto legal expresamente exige, en cuyos supuestos el que es víctima de un ataque o agresión injusta y grave se vería en la dura alternativa de sucumbir a ella o de hacerse reo de un delito, ya que la provocación exigida presupone bastante más que la simple condición que da motivo o pretexto para la agresión, habiendo de resultar similar o equivalente a la respuesta agresora, por lo que cuando ésta exceda de la adecuación necesaria entonces el provocador se encuentra legalmente autorizado para su defensa, como ya lo afirmó la antigua jurisprudencia en Sentencias de 25 de septiembre de 1875, 20 de febrero de 1883, 3 de marzo de 1890, 21 de febrero de 1903 y más recientemente la de 24 de octubre de 1946). (Sentencia de 2 de octubre de 1979.)

Artículo 9.º, 2.ª. Embriaguez no habitual.

Cualquiera que sea el grado de acierto técnico penal de 1944 al resucitar el requisito de la **no habitualidad** en la embriaguez como atenuante, tomándolo de los códigos de 1850 y de 1870 en que también se exigía, es lo cierto que en plano de **lege data** se hace preciso acatarlo, si bien, a diferencia de aquellos arcaicos cuerpos legales que aún forman, en buena parte, el trasfondo de nuestra vigente legislación positiva, ni es menester fundar la noción de habitualidad en un determinado número de veces de ejecución del hecho, ni tener vista de las circunstancias de las personas y de los hechos, sino que basta la efectiva constatación de la **assiduitas** en la bebida (Sentencias de 22 de mayo de 1962, 30 de octubre de 1970, 8 de noviembre de 1974, 12 de febrero de 1975 entre otras) y que se exprese por el juzgador sin dar lugar a dudas al respecto (Sentencias de 27 de junio de 1903, 15 de noviembre de 1912, 28 de noviembre de 1917, etc.), para que se tenga por decaída la atenuante por faltar uno de sus requisitos—obstativo—que, para ser apreciada, debe concurrir con otro igualmente negativo: no estar preordenada al delito.

Haciendo aplicación del anterior criterio legal al **único motivo** del recurso, es visto que no puede ser acogido cuando postula la falta de aplicación en la instancia de la atenuante 2.ª del artículo 9.º del Código Penal, pues si bien es cierto que en el **factum** de la sentencia recurrida no se dice con la debida rotundidad que el procesado es habitual de la bebida, aunque sea fácil deducirlo de todo el contexto del relato, las dudas que pudieran quedar al respecto quedan totalmente desvanecidas en el **iudicium** (tercer «considerando»), en el que claramente se afirma que el recurrente «era tenido por bebedor habitual y pendenciero», ampliación fáctica que si bien tenía mejor encaje metódico en la declaración de hechos pibados, no por ello es menos virtual y efectiva, según constante doctrina de esta Sala; por lo que quedando firme la nota de habitualidad en la embriaguez surge el obstáculo legal inderogable para estimar la pretendida atenuante. (Sentencia de 28 de junio de 1979.)

Artículo 9.º, 4.ª. Preterintencionalidad.

La preterintencionalidad supone una disociación o falta de paralelismo entre los aspectos subjetivo y objetivo del delito o entre intención y resultado, más como aquélla por pertenecer a la intimidación de las personas es inapreciable por los sentidos y ha de deducirse de los hechos externos que ofrece la realidad física, es menester, al efecto, tomar en consideración todas las circunstancias concurrentes en cada caso concreto a fin de tratar de descubrirla, de modo que aunque entre estos datos tiene singular importancia el medio comisivo empleado, hasta el punto de que de dato sintomático se convierte en decisivo en muchas ocasiones, bien por falta de otros elementos de juicio, o bien por su especial idoneidad para producir el resultado que realmente se produjo, ello no ocurren así en otros casos, como el de autos, en el que existen otros datos que conjugados entre sí permiten deducir—con el margen de error que siempre puede haber en estos casos—, la medida del elemento intencional, como son, el que dada la fortaleza física de un hombre de treinta y un años y su habilidad o destreza para manejar un instrumento como el que utilizó, dada su profesión de albañil, así como la debilidad de la lesionada correspondiente a su edad, y, especialmente la naturaleza de las heridas o lesiones, es lógico suponer que la intención de aquél no iba más allá de causar las lesiones que tuvieron a la lesionada incapacitada para dedicarse a sus labores habituales durante veintiún días y que la secuela de la «diplopia» vino a constituir un «plus» no querido ni previsto, pues es notorio, que de haber accionado el instrumento comisivo con alguna fuerza el resultado hubiese sido mucho más grave. (Sentencia de 3 de octubre de 1979.)

Artículo 10, 16. Sexo.

Cada uno de los diversos incisos que comprende el núm. 16 del artículo 10 del Código Penal da vida a una agravante individualizada propia, que pueden coexistir entre sí, de modo que, en el caso de autos, el precepto es.

de aplicación tanto por razón de desprecio de edad, dada la diferencia que existe, en el aspecto ascendente, entre el procesado y la ofendida (treinta años aquél y setenta años ésta), como razón de sexo, pues también tiene declarado este Tribunal con reiteración que la agravante de desprecio de sexo surge, siempre que la víctima sea una mujer, salvo en aquellos supuestos en que tal condición sea inherente al delito, salvo que ella lo hubiese provocado. (Sentencia de 3 de octubre de 1979.)

Artículo 14, 1.º Autoría.

El recurrente considera indebidamente aplicado el núm. 1.º del artículo 14 del Código Penal y no aplicación del artículo 16 del mismo Cuerpo legal al efectuar el procesado el transporte de la droga por encargo y cuenta de otras personas, pues según la redacción dada al artículo 344 del Código Penal por la Ley de 15 de noviembre de 1971, basta con que el reo lleve a cabo cualquiera de las conductas en él tipificadas en relación a drogas tóxicas o estupefacientes para que se entienda cometido el delito, que como todas las infracciones contra la salud pública comprendidas en la Sección 2.ª del Capítulo II del Título V del Libro II del Código Penal, constituyen delitos de peligro abstracto y de riesgo general comunitario, los cuales, como viene declarando reiteradamente esta Sala, constituyen infracciones formales o de mera actividad que no requieren, para su perfección y consumación, un resultado lesivo y concreto; y según aparece de la declaración de hechos probados de la sentencia impugnada la participación del procesado fue material y directa—no secundario, que es lo que caracteriza la complicidad—, al transportar en una furgoneta de su propiedad, con destino al tráfico, ciento dos kilos de «haschisch», por encargo y cuenta de otras personas, de Tánger a Holanda, pasando por España, donde le fue ocupada la sustancia estupefaciente, conductas éstas de tenencia y transporte tipificadas por sí solas como delito en la actual redacción del artículo 344, de las que por su participación material, directa y necesaria es responsable el procesado en concepto de autor, conforme al núm. 1.º del artículo 14 del Código Penal. (Sentencia de 21 de junio de 1979.)

Artículo 14, 3.º Cooperación necesaria.

Cuando existe concierto previo para la comisión del delito, se actúa con unidad de acción, mutuo concurso e idéntico fin, distribuyéndose los participantes los actos ejecutivos de necesaria o difícil ejecución, aunque los papeles o intervenciones sean menores, pero necesarias a la ejecución, se crea una responsabilidad solidaria, por la actuación antijurídica realizada en equipo que crea una responsabilidad solidaria, entre todos los intervinientes en el hecho típico. Y que si esta actividad es de vigilancia del lugar de los hechos, mientras se realiza el delito es un acto de cooperación necesaria, porque protege a los compañeros que materialmente realizan el apoderamiento en el robo o en el hurto, previene de riesgos y peligros y da más seguridad a los ejecutores materiales, en cuanto les abriga de la posibilidad de ser sorprendidos. (Sentencia de 20 de junio de 1979.)

Artículo 61. Determinación de la pena.

Se plantea el problema relativo al criterio que debe adoptarse en el caso de concurrir una atenuante muy cualificada con pluralidad de atenuantes ordinarias, o lo que es lo mismo, si cuando concurren los dos presupuestos alternativamente comprendidos en la regla 5.ª del artículo 61, como son: el concurso de dos atenuantes ordinarias, debe hacerse una sola rebaja de la pena o cabe la acumulación de todas las procedentes, o la aplicación de las reglas del artículo 61 una vez rebajada la pena en uno o dos grados, más el tema de indudable interés teórico y de gran trascendencia práctica, es irrelevante en el concreto caso sometido a enjuiciamiento, por las razones siguientes: La pena señalada al delito de homicidio en el artículo 407 del Código Penal es la de reclusión menor; al concurrir una atenuante muy cualificada o dos o más ordinarias, conforme a lo dispuesto en la mencionada regla 4.ª del artículo 61, no concurriendo ninguna agravante, los Tribunales podrán imponer la pena inmediatamente inferior en uno o dos grados, aplicándola en el grado que estimen pertinente; así pues, como la pena impuesta fue la de prisión menor en su grado medio, es claro que el Tribunal de instancia impuso la pena inferior en dos grados a la pena tipo señalada para el delito, por lo que procede entender, aunque la sentencia no lo diga expresamente, que rebajó la pena en un grado por la concurrencia de las atenuantes de provocación y de arrepentimiento espontáneo y en otro grado por la concurrencia de la preterintencionalidad, lo que entra dentro de sus facultades discrecionales, ya que en caso de concurrir cualquiera de los dos presupuestos previstos en la regla 4.ª del artículo 61 queda a su arbitrio el rebajar la pena en dos grados o sólo en uno, por lo que no puede este Tribunal, con rectificación de lo resuelto por el Tribunal de instancia en uso de su referida facultad discrecional, rebajar en tres grados la pena tipo. (Sentencia de 20 de junio de 1979.)

Artículo 69. Delito continuado (estafa).

Se recurre contra la supuesta aplicación indebida de los artículos 528 y 529 del Código Penal al haber estimado la Sala que los hechos eran constitutivos de cuarenta y dos delitos de estafa en vez de calificarlos como un solo delito continuado, se hace preciso acoger parcialmente dicho motivo, ya que en el primer Resultando de la resolución impugnada se admite como probado que el recurrente en unión de otros tres individuos ya condenados en éste procedimiento, en el mes de septiembre de 1972, entablaron conversaciones con aquél quien les propuso y con ellos planeó montar el negocio defraudatorio que luego pusieron en marcha, con el que pretendían obtener ilícitamente fuertes ganancias lucrándose a costa de los futuros proveedores a quienes no pagarían vendiendo a bajo precio los productos así obtenidos, por lo que aceptada la idea por todos ellos y en punidad del propósito y acción decidieron instalar en Zarazoga una cadena de supermercados para llevar a cabo sus designios delictivos, lo que realizaron en la forma que en

dicho lugar de la sentencia se detalla, por lo que ateniéndose a tal narración, resulta indudable que los hechos fueron planificados a partir de la reunión conjunta que se cita, en unidad de ideación y consenso delictivos y desarrollados en una realidad sustantiva unitaria a través de una serie de acciones diversas en sí delictivas, que fueron cumpliendo un único objetivo doloso que actúa como núcleo aglutinante e integrador de las mismas que infringieron la norma contenida en el mismo tipo penal básico de la estafa, con homogeneidad del bien jurídico lesionado, constituyendo un solo delito continuado de estafa del núm. 1 del artículo 529, ya que fingiendo empresa y negociaciones imaginarias engañaron a sus proveedores determinándolos a través de tal engaño a entregarles mercancías a crédito cuyo importe no les fue satisfecho, provocando con ello causalmente un desplazamiento patrimonial con ánimo de lucro en beneficio propio y en perjuicio de aquéllos, sin que se haya podido individualizar lo defraudado en cada una de las operaciones de compraventa o suministro realizadas con cada proveedor, sino que sólo se habla de cantidades globales resultantes de los repetidos pedidos fraudulentos sin llegar a fijar sus fechas; resultando en cambio irrelevante a los fines de tal calificación la unidad del sujeto pasivo como sucede en subespecie del llamado delito-masa en el que los perjudicados son por definición diversos y varios, razones por las que procede la estimación parcial de dicho motivo. (Sentencia de 7 de junio de 1979.)

Artículo 71. Concurso ideal.

El artículo 71 del Código Penal, de acuerdo con la doctrina de hoy día —Sentencia de 24 de octubre de 1977—, comprende no solamente el conocido concurso ideal o formal de delitos, en sus dos vertientes de identidad total o parcial, cuando se contempla el supuesto de que un solo hecho constituya dos o más delitos y según que el hecho sea común a las dos o más infracciones—identidad total—o que constituya una figura delictiva siendo al mismo tiempo parte de otra—identidad parcial—, sino también el concurso real o material, circunscrito a la conexidad de medio a fin con el carácter de necesidad o nexo teleológico, al determinar, dentro de su normativa, los supuestos en que un hecho delictivo sea medio necesario para acometer otro y establecer una penología única del delito más grave en su grado máximo; siendo necesario para la apreciación de esta clase de concurso: 1.º. La existencia de dos o más acciones que estén tipificadas como delitos autónomos e independientes, pues en el supuesto de que sea una sola acción susceptible de subsumirse en dos o más preceptos daría lugar a un concurso de leyes y si integra dos o más delitos a un concurso ideal; 2.º. Que uno y otro hecho o conducta delictiva estén ligados por la necesidad de medio a fin, con lo que se recogen únicamente el delito instrumental y delito fin, pero no éste y el delito encubridor; 3.º. Que esta necesidad instrumental esté adornada de una conexidad teleológica, en el sentido de que la proyección o camino delictivo aparezca concatenado, no solamente por elementos lógicos, temporales y espaciales, sino también psicológicos a través de una unidad resolutive y dolosa; 4.º. Que la punición de un sólo delito le sea favorable.

pues en el supuesto de que la pena computada exceda de la suma de las penas que pudieran imponerse castigando separadamente los delitos, se sancionarán por separado, y 5.º. Que la absorción, «asperación» o punición conjunta sea permitida por la naturaleza de las penas, en cuanto que lógicamente si su contenido no permite la fusión, la penología que reclama el concurso delictivo no tendrá lugar. (Sentencia de 7 de junio de 1979.)

Artículo 236. Atentado.

La distinción entre el delito de **atentado** a agentes de la Autoridad, del artículo 236 del Código Penal y el vecino delito de **resistencia** a dichos Agentes, previsto en el artículo 237 del mismo Código, es ya clásica la doctrina de esta Sala, según la cual en el delito de resistencia, la dinámica del acto no rebasa los límites de la oponente pasividad, siquiera resuelta y tenaz, al cumplimiento de aquello que la autoridad o sus agentes conceptúan necesario en cada caso para el buen desempeño de sus funciones; pero cuando el delincuente traspasa la esfera de la pasividad y entra en la de la acometividad violenta, es reo de atentado, porque el acometimiento supone agresión y equivale a ataque o embestida superadora del acto de fuerza pasiva, a la que igualmente rebasa la llamada **resistencia grave**, integrada, por lo mismo en el delito de atentado, en tanto que la **simple resistencia** se degrada ya al delito del artículo 237, pues la **gravedad** que distingue ambas especies, aunque de índole cuantitativa y circunstancial por ende, ya está indicando que no se trata de mera pasividad inerte y estorbadora de los mandatos de la Autoridad o de sus delegados, sino de una oposición que, sin llegar a la forma directa de ataque o acometida, participa también, en cierto modo, de lo que podría llamarse espiritual o anímica agresividad, muchas veces —como lo demuestra la **praxis**— con la misma eficacia ofensiva, en su sorda y embozada manifestación, que el ataque descubiertamente activo y violento; de suerte que si la distinción de ambas resistencias puede parecer sutil **a priori**, a la vista del caso concreto puede reconocerse con más facilidad esta diferencia de grado en la fuerza física del delito.

A la vista de la anterior doctrina, cabe encuadrar la conducta del procesado, como lo hicieron con acierto los jueces de instancia, en el delito del artículo 236 del Código Penal, una vez que del **factum** se desprende que el procesado no sólo opuso tenaz resistencia a los requerimientos de los Policías y Sereno municipal para que se calmara y depusiera su actitud, sino que además de forcejear con todos ellos, lo que ya implica resistencia impregnada de fuerza activa, pasó a la directa agresión, al **golpear** a uno de los funcionarios policiales, causándole lesiones que curaron en cuatro días y daños en su traje valorados en 1.340 pesetas, amén de los causados en el que vestía el Sereno; es decir, que como afirma el **iudicium** de la sentencia recurrida, no se limitó el procesado a una mera resistencia pasiva, sino que pasó al forcejeo y abierta agresión contra todos los agentes de la Autoridad intervinientes; agresión que constituye el primer grado del delito de atentado, en cuanto equivale al acometimiento, mentado en primer tér-

mino en el artículo 231-2.º en relación con el 236 del Código Penal. (Sentencia de 4 de octubre de 1979.)

Artículo 255, 1.º. Tenencia ilícita de armas.

El núm. 1.º del artículo 255 tajantemente afirma que se agrava la punición cuando se tuvieren armas de fuego que carecieran de marca, o número de fabricación, o los tuvieren alterados o borrados, sin distinguir si la alteración la hubiera realizado el tenedor u otra persona; y de otra, la doctrina mantenida y constante de esta Sala, que en Sentencias, entre otras, de 16 de marzo, 15 de junio de 1973 y 27 de junio de 1974, que han declarado: «**que la tenencia de armas en forma antirreglamentaria, y con las carencias o alteraciones y borraduras que enumera el precepto**, se presume siempre voluntaria por virtud del principio general a que se refiere el artículo 1.º, párrafo 2.º, del Código Penal, que esta presunción no deja de surtir efecto, aunque se demostrara que el autor del delito no interviniera en la alteración, o desaparición de los números del arma; que esta presunción de voluntariedad se extiende a la conciencia y a la voluntad de poseer el arma, en la forma que especifica el precepto; que tal presunción—también por el principio general del artículo 1.º, párrafo 2.º del Código Penal—puede destruirse por el autor del delito, haciendo 'constar lo contrario' mediante las pruebas adecuadas en derecho». Dados estos elementos la doctrina de esta Sala ha declarado que por este delito de riesgo o de peligro, eminentemente formal o de mera actividad no exige para existir intención determinada, consumándose cuando concurren los elementos dichos, ya que el bien jurídico protegido es la defensa social y el orden público, bastando pues la tenencia del arma, en las condiciones dichas para que surja el delito; presunción que no deja de surtir efecto, aunque se demostrara que el autor del delito no intervino en la alteración o desaparición de los números, puesto que la presunción de voluntariedad se extiende a la conciencia y voluntad de poseer el arma en la forma que indica el precepto, pero que puede destruirse por el autor del delito, haciendo constar lo contrario, mediante la oportuna prueba. (Sentencia de 13 de junio de 1979.)

Artículo 257, 1.º. Depósito de armas de guerra.

Para estimar inútiles las armas de fuego, lo han de estar en forma que no puedan hacer fuego, ni de ser fácilmente puestas en condiciones de efectuarlo, según pauta interpretativa que nos brinda el apartado c) del artículo 48 del Reglamento de Armas y Explosivos de 27 de diciembre de 1944, precepto reglamentario que aunque no vinculante en lo penal ilustra sus tipicidades, y según aparece de la declaración de hechos probados los tres subfusiles, aunque no se encontraban en disposición de ser usados con garantía de efectividad reparándolos convenientemente los cargadores o sistema de alimentación, único defecto que se dicen tener, podrían ponerse en servicio, posibilidad de reparación que, tratándose de la modalidad de depó-

sito de armas de guerra, adquiere particular relevancia dado el objeto jurídico y bien protegido por esta clase de delitos eminentemente formales o de mera actividad. (Sentencia de 25 de septiembre de 1979.)

Artículos 302 y 529. Falsedad y estafa.

El acusado relleno de su puño y letra todas las menciones de un talón bancario que extendió por 52.000 pesetas, excepto la firma que no aparece acreditado la hiciera, pero que indudablemente no era la del titular de la cuenta corriente contra la que fue girado, aunque la imitase, puesto que de no ser así, el Banco no le hubiera reintegrado la cantidad ya abonada al procesado contra la presentación del citado documento, quien aunque no hubiera sido el falsificador material de dicha firma, por el sólo hecho de rellenar el susodicho talón, cuya posesión tendría que probar como legítima, al no ser el titular de la cuenta a la que se refería, lo que no consta, simuló el documento induciendo a error al Banco, sobre la autenticidad del mismo, incurrió en el tipo penal descrito en el número 9.º del artículo 302, en concordancia con el 303 del Código Penal, logrando así un documento ficticio o simulado, pero con apariencia de auténtico, que luego empleó como medio engañoso, para consumir el delito de estafa frente al Banco emisor del talón, cometiendo por tanto dos delitos, que aunque vengan enlazados en relación de medio a fin, ninguno de ellos pierde su autonomía o sustantividad estructural, por constituir figuras típicas diferentes que han de ser apreciadas separadamente, aunque puedan ser castigadas en muchos casos en régimen de concurso; razones que conducen inexorablemente a considerar al recurrente reo de un delito de falsedad en documento mercantil y otro de estafa. (Sentencia de 4 de julio de 1979.)

Artículo 344. Salud pública.

Es doctrina reiterada de esta Sala que el llamado delito de tráfico de drogas previsto y penado en el artículo 344 del Código Penal se comete por cualquiera de los actos que constituyen el ciclo económico de producción precios a su consumo, así lo determinan los verbos típicos empleados de cultivo, fabricación, elaboración o aquellos otros sucesivos que tiendan a su transporte, tenencia, venta, donación o tráfico en general, así como toda conducta, que de otro modo, promueva, favorezca facilite su uso; en cuya amplia dicción se acoge, por consecuencia tanto los actos de producción de las drogas o estupefacientes, como los tendentes al tráfico en general en sus mas variadas formas, asi como cualquiera otra mediación o ayuda para el uso por terceras personas, sin que para ninguno de los actos enumerados, como para los de tráfico en general en sus más variadas formas, se requiera habitualidad, bastando la comisión voluntaria de cualquiera de los actos típicos que el citado artículo enumera. (Sentencia de 28 de junio de 1979.)

Artículo 407. Homicidio (preterintencionalidad).

El llamado impropriamente **homicidio preterintencional**, en definitiva, se debate, a semejanza del homicidio frustrado, la existencia o no del **animus necandi** o dolo de muerte, pues claro que si concurren tal ánimo, en perfecta adecuación con el resultado mortal no podrá hablarse de preterintención de ninguna especie; para cuya indagación, tratándose como se trata de un elemento psíquico que subyace en el secreto hontanar de las intenciones humanas es preciso recurrir a signos externos que de algún modo traduzcan o dejen vislumbrar la verdadera disposición anímica del culpable; signos que ya es doctrina clásica considerarlos en un sentido tripartito anteriores a la acción (entre los que destaca la existencia de resentimientos entre autor y víctima, capaces por la idiosincracia y carácter de los contendientes de llevar la lucha hasta el último extremo), **coetáneos** a la agresión (de los que tienen superlativo relieve el arma empleada y la región vital atacada) y, en fin, **posteriores** al hecho (de los que son ejemplo la propia reacción del agresor a la vista del daño inferido). (Sentencia de 29 de junio de 1979.)

Artículo 420, 3.º. Lesiones graves.

Aun cuando desde el punto de vista doctrinal, el tratamiento jurídico-penal de las lesiones se halla en período de elaboración, siendo opinión comúnmente compartida la de que debe estructurarse, en sus diversas modalidades, de forma más acorde con el principio espiritualista predominante en la actual conciencia jurídico-penal, de forma tal, que los absurdos e injustos resultados a que conduce la concepción objetivista, especialmente en los tipos cronológicos en los que tanto puede jugar el azar o la relatividad, es lo cierto, que en nuestro vigente derecho positivo, la realidad objetiva o resultado material es lo decisivo, siendo la institución de la preterintencionalidad el único instrumento técnico con el que cuentan los Tribunales, para poder paliar, aunque de forma totalmente insatisfactoria y llena de limitaciones, las situaciones de injusticia o excesos punitivos a que conduce el obligado acatamiento al régimen objetivista consagrado en el Ordenamiento en vigor.

En el número tercero del artículo 420 del Código Penal, se equiparan las lesiones indelebiles con las de cómputo cronológico a las que en él se alude y dentro de éstas las que hubieren impedido al lesionado dedicarse a su trabajo habitual o a consecuencia de las cuales hubiese estado enfermo por más de noventa días, por lo que, en consecuencia, habida cuenta de que la enfermedad supone la falta de salud, esta Sala ha declarado con reiteración, que el cómputo de la duración de las lesiones ha de hacerse atendiendo al tiempo que media desde que se ha producido el acto lesivo que acarreó la alteración de la salud, hasta aquel otro en que ésta queda totalmente restablecida o ha desaparecido la insania, aun cuando el lesionado no hubiese necesitado asistencia facultativa en el sentido de tratamiento médico durante todo ese tiempo y sí la simple observación hasta ser dado de alta.

Por todo lo anteriormente expuesto, es claro, que al aparecer del Resultando de hechos probados de la sentencia recurrida que la lesionada, Bella, como consecuencia de las lesiones sufrió una «diplopia» de la que tardó en curar ciento cincuenta días hasta cuya fecha no recobró la visión normal que tenía con anterioridad a la fecha en la que se produjo el acto lesivo, claro resulta que la Sala de Instancia, lejos de quebrantar lo dispuesto en el número 3.º, del artículo 420, del Código Penal, procedió con absoluto acierto al entender comprendido en el mismo el hecho punible. (Sentencia de 3 de octubre de 1979.)

Artículo 430. Abusos deshonestos.

En los delitos de abusos deshonestos el bien jurídico protegido no es solamente el pudor ajeno, sino más bien la libertad sexual de la persona ofendida conjuntamente con aquél, a través de actos libidinosos o deshonestos que aunque no van directamente dirigidos a lograr el yacimiento carnal y en ello se diferencian de las formas imperfectas del delito de violación, si se busca con ellos la excitación o satisfacción del instinto sexual o concupiscencia del sujeto activo y son realizados contra o sin el consentimiento penalmente relevante del sujeto pasivo a medio de engaño, intimidación o violencia, por mínima o instantánea que ésta haya sido; por lo que reconocido en autos como probado, que el recurrente impulsado por ánimo libidinoso, engañó a la víctima, joven de dieciocho años que iba a cobrar unos recibos a su domicilio, mandándola subir al piso primero a pretexto de que su mujer quería hablar con ella, lo que no era cierto, cerrando la puerta por dentro y abrazándola inopinadamente por detrás cuando subía la escalera, tocándole los pechos, abrazo del que la víctima sólo consiguió desahorsarse **forcejeando** con el actor, es decir empleando la fuerza contra la fuerza, para poder escapar por una puerta distinta de aquélla por la que había entrado la que permanecía cerrada, resulta evidente que el recurrente empleó la fuerza, aunque el uso hecho de ésta, hubiera sido solamente momentáneo, para conseguir aunque fuera parcialmente sus fines lúbricos atacando la honestidad y la libertad sexual de la joven, con lo que consumó el delito de abusos deshonestos violentos establecido en el artículo 430 del Código Penal. (Sentencia de 13 de junio de 1979.)

Artículo 431. Escándalo público.

En el índice de la revista figuran temas tan reveladores de su contenido y finalidad como lo son, «Cambio de táctica en el sexo», «Un sistema seguro para excitar a una mujer», «Cómo transformarse en verdaderos amantes» y «Las técnicas de dormitorio que gustan a las mujeres», bajo máscara o disfraz de contemplar las cuestiones que desarrolla y trata bajo un prisma científico, y con el patrocinio, no se sabe si cierto o apócrifo, de médicos, sexólogos y otros profesionales —extranjeros y desconocidos los más y con apellido hispánico los menos—, consta de textos adecuados a los epígrafes

ya citados donde se exponen técnicas o tácticas amatorias destinadas a excitar, producir, prolongar o multiplicar el goce venéreo, y de numerosas reproducciones de fotografías de mujeres desnudas o casi totalmente desvestidas, así como de parejas, de distinto sexo, dedicadas a juegos eróticos, impúdicos y desenfadados, con expresiones y actitudes de unas y otros procaces y lascivas; y como todo ello independientemente de su pseudo-filosofía sexocentrista que al predicar como única meta del ser humano, y como única razón de su existencia, la fornicación incesante y desbocada tan distante de la vida del espíritu como de una sana y fecunda sexualidad se situaría dentro de la exposición pública de doctrinas inmorales a que se refiere el artículo 432 del Código Penal, constituye una incitación obscena y artificial a la lascivia que es lo que integra la esencia recusable de todo objeto, publicación o material pornográfico, mereciendo, por su desvergüenza y nocividad, la repulsa, reprobación y execración del común de las gentes, y lesionando gravemente al pudor y a las buenas costumbres, esto es, a la moral sexual comunitaria o colectiva, la que, pese a la relajación actual, más impuesta por la resignación que sentida, sigue repudiando las manifestaciones burdas, groseras y concupiscentes de decadente y corruptora literatura impropias de naciones cultas y sanas de cuerpo y espíritu; sin que obste a lo dicho, ni la invocada generalización impune de estas manifestaciones plásticas, ni la tolerancia, igualmente alegada, de las mismas en ciertos casos, puesto que el artículo 431 continúa vigente y este Tribunal sanciona, en su caso y de modo invariable, lo que se somete a su competencia mediante la interposición de recursos de casación, ni la circunstancia, citada y no probada, de constituir estas publicaciones mero mimetismo de lo ya admitido por los países occidentales, toda vez que, por una parte, la legislación de los distintos Estados no es uniforme y, por otra, la literatura pornográfica en nada mejora la cultura, las costumbres y el bienestar, que es el objetivo primordial de toda civilización auténtica; procediendo, en consecuencia, y vistas las sentencias de esta Sala de 6 de marzo de 1975, 25 de abril del mismo año, 17 de abril y 7 de diciembre de 1978 y 14 de febrero, 10 de mayo y 4 y 8 de junio de 1979. (Sentencia de 19 de junio de 1979.)

Artículo 444. Responsabilidad civil.

El artículo 444 del Código Penal se refiere a la responsabilidad civil dimanante de delito y a ciertas consecuencias que, en el orden civil, se producen como consecuencia de la perpetración de determinados hechos punibles, pero su ámbito de aplicación, como se deduce de su propio texto, no tiene carácter general, sino que se circunscribe específicamente a los delitos de violación, estupro y rapto, los cuales se citan en el precepto analizado de moto taxativo, es decir, «*numerus clausus*», pues, a diferencia de otras infracciones contra la honestidad, las mencionadas, o requieren un yacimiento previo —violación y estupro— o sus consecuencias, en todo caso, son más trascendentes y duraderas, con repercusiones psíquicas y materiales de entidad superior; doctrina ésta ya sentada por la sentencia

de este Tribunal de 19 de abril de 1974, la cual proscribió la aplicación del artículo 444 a hipótesis de abusos deshonestos violentos, basándose en el principio interpretativo «*inclusius unius excludit alterius*»; por lo cual, al condenar el Tribunal de instancia al recurrente por delito de abusos deshonestos comprendido en el artículo 430 del Código Penal y fijar una indemnización de 100.000 pesetas en concepto de dote, es claro que aplicó indebidamente el precitado artículo 444. (Sentencia de 24 de septiembre de 1979.)

Artículo 457. Injurias.

Hasta dónde llega el ejercicio lícito del mentado derecho a la crítica o censura por dura y áspera que ésta pueda ser y cuándo se desbordan sus límites y se incide en el campo de lo punible, es algo que presenta, en gran número de casos, verdaderas dificultades, pero para vencerlas no se pueden establecer reglas apriorísticas o abstractas, sino como con tanta reiteración ha declarado este Tribunal, se ha de acudir al examen de la constelación de circunstancias fácticas concurrentes, pues dado el relativismo de la materia, tan sólo ponderando todas las de cada caso concreto se podrá hacer la correspondiente valoración axiológica del sentido de las palabras o expresiones proferidas, para «decidir si han de entenderse comprendidas entre las objetivas o gramaticalmente injuriosas y, a su vez, si ha concurrido el elemento intencional o «*animus injuriandi*» que por ser un arcano inaprensible por los sentidos habrá de deducirse de las realidades físicas por éstos apreciables.

Al proceder así con respecto al elemento objetivo del delito, es de tener en cuenta que la significación injuriosa, que «*per se*», puedan tener los vocablos o expresiones de que se trate no ha de deducirse exclusivamente de su pura significación semántica o estrictamente gramatical, sino atendiendo a la acepción que los mismos tengan en el lenguaje ordinario o coloquial y en atención al contexto en el que se hallen enmarcados, y al hacerlo así, es evidente que la palabra «*capo*», no acogida por el Diccionario de la Lengua, ha llegado al lenguaje vivo de nuestro pueblo a través de las películas y novelas foráneas, principalmente italianas y americanas, en donde se emplea para designar al jefe de una banda mafiosa o de delincuentes, y con tal significación peyorativa es empleada en nuestro lenguaje vivo, por lo que sin duda, cualquier persona a quien así se moteje se sentirá ofendida y la palabra lleva en sí un sentido susceptible de atentar a la fama o buen nombre de la persona que con ella se designa o califica. Lo mismo ocurre con la palabra «*trepa*», ya que si bien ésta sí se halla recogida en el Diccionario de la Lengua, atribuyéndole distintas acepciones, entre las que se encuentra la que la hace sinónima de astucia, malicia, engaño o fraude, es lo cierto que el propio lenguaje, con ella se acostumbra a designar a quién utiliza para ascender procedimientos reprobables en el orden moral en cuanto que se apartan de los éticamente aceptables, o sea, los basados en propios merecimientos. Pero su sentido atentario a la buena fama adquiere especial resonancia cuando se insertan dentro de un texto en el que se enjuicia el

comportamiento o la conducta profesional de una persona que, como el querrellado desempeña un relevante cargo. (Sentencia de 8 de junio de 1979.)

Artículo 458. Injurias graves.

De conformidad con las sentencias de esta Sala de 25 de octubre de 1977, 18 del mismo mes de 1978 y 8 de junio de 1979, el delito de injurias graves lo constituyen aquellas conductas impregnadas de manifestaciones o acciones realizadas en deshonra o descrédito de las personas, tanto en forma imprecativa como ilativa, que son merecedoras de tal calificación agravatoria, porque su contenido afecta a la imputación de la realización o comisión de un delito no perseguible de oficio, o a un vicio o falta de moralidad con resultados o consecuencias que pueden perjudicar considerablemente la fama, crédito o interés del agraviado, así como también cuando sea merecedor de ser contemplado el carácter aumentativo de gravedad en atención a la naturaleza, ocasión o circunstancias, el estado, dignidad y relaciones entre ofendido y ofensor, apreciado este contenido mediante una valoración racional y lógica, teniendo en cuenta el interno en que germina, aflora y se consume. Y como la sentencia objeto del recurso es impugnada, en un solo motivo, por entender que el delito de injurias graves no debió ser apreciado, porque las frases y expresiones vertidas en la carta publicada en el periódico, no obedecen más que al lenguaje destemplado y agresivo de una polémica periodista, en el que no existe el ánimo de injurias, y aunque hay que reconocer la posibilidad de destruir el factor psíquico injurioso del delito por la aparición de otros elementos de igual naturaleza que desvirtúan la posible presunción del significado de las frases, lo cierto es que, en el presente caso, la versión que el Resultando fáctico hace de los hechos, no permite aceptar la eliminación del carácter delictivo a la conducta del procesado, ni la gravedad apreciada, pues las frases en que se imputa al ofendido la absoluta falta de competencia profesional, juntamente con la actuación maliciosa como gerente de una entidad en beneficio propio y detrimento de los cooperativistas, dentro del contexto tendencioso y ofensivo de la carta, quebrantan toda la normativa que debe presidir la libertad de expresión al invadir el ámbito de la Ley Penal. (Sentencia de 19 de junio de 1979.)

Artículo 504, 3.ª. Robo.

En el Código de 1932 el delito de robo con fuerza en las cosas constituía una infracción contra la propiedad de carácter mobiliario en cuanto al **objeto** o cosa sustraída, pero de naturaleza inmobiliaria en lo que respectaba al **lugar** donde se hallaban dichas cosas, de tal modo que, para que se entendiese perpetrada la referida infracción, era preciso que la fuerza se empleara para lograr el acceso al interior de casa habitada o habitable, de edificio público o de otra índole, o de dependencia de cualquiera de ellos. Pero modificada la concepción jurídica del legislador en el Código Penal

de 1944, lo trascendente para que se entienda cometido un delito de robo con fuerza en las cosas en que el apoderamiento, en un lugar u otro, se verifique mediante el empleo de la dinámica comisiva detallada en los cuatro números del artículo 504 del Código Penal, sin que la casa habitada, el edificio público o las dependencias de ambos constituyan elemento integrante del tipo primario y sí tan sólo agravación específica o privilegiada del mismo; de lo que se infiere que, un determinado comportamiento, no dejará de constituir robo con fuerza en las cosas por el solo hecho de que la entrada en el local donde se hallaban los bienes muebles apetecidos se logre en forma distinta a las enumeradas en el mentado artículo 504, o incluso con el asentimiento o complacencia del titular de los bienes citados, siempre y cuando, claro está, el apoderamiento de los mismos, una vez en el interior del local, se lleve a efecto de cualquiera de los modos establecidos en el susodicho precepto.

En el caso presente resulta ser realmente cierto que el procesado se hallaba en posesión legítima de la llave del piso de autos, por lo cual el acceso al mismo mediante el uso de la citada llave nada tuvo, por sí solo, de punible ni siquiera de reprehensible; y si se hubiera limitado a sustraer, una vez en el interior, los bienes muebles de ajena pertenencia valiéndose de medios no comprendidos en el artículo 504 del Código Penal, su comportamiento hubiera podido integrar delito de hurto —como pretende en su recurso—, pero en ningún caso se habría podido calificar de robo; pero como, según se lee en la narración histórica de la sentencia de instancia, las 28.000 pesetas sustraídas se hallaban en el interior de una cajita metálica de caudales que tuvo, el procesado, previamente al apoderamiento, que forzar con un destornillador, es evidente que, para la indicada sustracción, se valió de «vis in re» o de «vis ad rem» fracturando un objeto cerrado, subsumiéndose así su conducta en el número 3.º del artículo 504. (Sentencia de 13 de junio de 1979.)

Artículo 506, 2.º. Casa habitada.

Según aceptación oficial y académica, **vivienda** vale tanto como morada o habitación, es decir, lugar donde se habita, aunque accidentalmente no se encuentren en él los moradores; concepto gramatical y fáctico que es justamente el que sirve de soporte a la agravante de **casa habitada** recogida para el delito de robo por el número 2.º del artículo 506 en relación con el artículo 508 del Código Penal; y que si bien coincide, por regla general, con la noción legal de **domicilio**, ya sea en la versión civil que del mismo da el artículo 40 del Código civil, ya en su versión administrativa tenida en cuenta por la legislación municipal, no es forzoso que coincidan, pues basta, en el plano jurídico-penal, que se trate de albergue o habitación de una o más personas, de suerte que una misma persona puede tener, a la vez, más de una morada, incluso en localidades distintas, con entera independencia de cuál de ellas pueda constituir su domicilio legal, siempre que se cumpla con la exigencia de servir de habitación, con la posibilidad, por tanto, de que en cualquier momento pueda presentarse el morador ausente

(Sentencias de 19 de febrero de 1949, 26 de abril de 1965, entre otras); concepto el expuesto que descubre la verdadera **ratio** de esta agravante específica del delito de robo que no es otra que la existencia de riesgo que para las personas representa la entrada en su morada —circunstancial o permanente— de sujetos extraños con propósito de atentar contra la propiedad, a la par que la de proteger la intimidad de tal morada, razón por la cual su allanamiento con fines de predatorios queda embebido en esta modalidad o subtipo del robo (Sentencias de 17 de diciembre de 1973, 28 de junio de 1976, entre otras muchas). (Sentencia de 28 de junio de 1979.)

Artículo 516, 2.º. Hurto con abuso de confianza.

Borrada la distinción, el simple y el grave **abuso de confianza** por la reforma penal de 1944, que servía para caracterizar, respectivamente, la agravante genérica y la específica o cualificativa del hurto, es vista la amplitud sufrida por esta última modalidad agravatoria que, según doctrina reiterada, reposa en dos elementos: uno **subjetivo**, primero y fundamental, constituido por la real existencia de una relación de fiducia entre ofensor y ofendido, tal como la **relación doméstica** o asimilada de **hospedaje** oneroso o gratuito, la **laboral o profesional** y la relación de **amistad** o a ella equivalente; y otro elemento de corte **objetivo**, derivado del primero, integrado por las facilidades de comisión que encuentra el delincuente inmerso en aquella atmósfera de descanso moral que se le otorga, con la consiguiente relajación de los resortes de custodia y vigilancia que, de ordinario, pone el propietario en su patrimonio, sustituidos por una expectativa de buen comportamiento que se espera de quien ha sido admitir a compartir situaciones o sentimientos que implican aquella mayor dejación de la defensa patrimonial.

Aplicada la anterior doctrina al **factum** de la sentencia recurrida se hace preciso acoger el recurso del Ministerio Fiscal que, en su único motivo, estima que debió aplicarse el número 2.º del artículo 516 del Código Penal, cualificador del hurto por el abuso de confianza concurrente y que, en efecto, concurre en la conducta del procesado, quien se hospedaba en la misma fonda que su compañero de trabajo ocupando ambas habitaciones contiguas, pues de esta relación laboral y de hospedaje comunes a los sujetos activo y pasivo del delito de hurto perpetrado por el procesado se deduce sin gran esfuerzo, tanto la relación de fiducia o confianza que entre los dos existía como la facilidad de comisión que tal situación comportaba y que utilizó el acusado para penetrar en el cuarto de su compañero y sustraer al mismo la suma de 30.000 pesetas; sin que pueda objetarse, como lo hace la sentencia **a quo**, que no existía relación de amistad entre ofensor y ofendido de la que se aprovechará el primero para llevar a cabo la sustracción, pues ya se ha dicho en el plano doctrinal que, además de dicha relación, pueden propiciar la calificativa otros vínculos como el laboral y el de hospedaje que, concurriendo en el caso **sub iudice**, bastan para dar vida a la agravante específica postulada por la acusación pública; razones

todas que llevan, estimando el único motivo del recurso, a casar la sentencia recurrida en el sentido expuesto. (Sentencia de 29 de junio de 1979.)

Artículo 529, 1.º. Estafa.

Argumenta el recurrente que los artículos 529 número 1 y 528 número 3 del Código Penal han sido aplicados indebidamente, se fundamenta en que el recurrente-procesado logró el préstamo sin realizar maquinación engañosa alguna, pagó el importe de tres plazos y en que si no devolvió el total del mismo, este incumplimiento no engendra una responsabilidad penal y sí meramente de carácter civil, por lo que el problema sometido a casación queda concretado a si existe o no el dolo como requisito esencial del delito de estafa, pues la disminución del patrimonio del sujeto pasivo del delito y aumento del perteneciente al sujeto activo no es objeto de controversia en este momento procesal. Sobre este problema la Sala se ve en la necesidad de declarar, una vez más, que es doctrina reiterada de sus resoluciones —Sentencias de 4 de noviembre de 1977, 13 de diciembre de 1978 y 30 de marzo de 1979— que el elemento subjetivo de la defraudación, como causa determinante de la operatividad traslativa del patrimonio de una persona a otra, ha de ser antecedente necesario del enriquecimiento injusto, y además debe estar tipificado en alguna de las modalidades que encierra la ley penal, en el caso concreto sometido a la decisión del presente recurso, en el número 1 del artículo 529 del Código Penal, que es el acogedor de la conducta del recurrente en la sentencia e invocado como aplicado indebidamente en la impugnación de la misma, y cómo de los hechos probados se deriva que el procesado concertó con la entidad «Barcelona de Financiación, S. A.», el contrato de préstamo con el compromiso de adquirir el automóvil Z-94, que no solamente no cumplió, sino que se quedó con más de las cuatro quintas partes del importe de la cantidad prestada, es evidente que la maniobra del compromiso surge y actúa como engaño para lograr de la entidad perjudicada la cantidad apropiada, al revestir el carácter de aparentar la adquisición de un bien, apariencia que, dadas las relaciones mercantiles y actividades de las empresas de financiación, es susceptible de tener encaje en el precepto penal aplicado en la sentencia, por la semejanza con la apariencia de bienes y créditos. (Sentencia de 26 de junio de 1979.)

Artículos 540-541. Maquinaciones para alterar el precio de las cosas.

Si hay medios de presión reivindicativa que son perfectamente lícitos, no es menos cierto que no puede atribuirse este carácter, sino la de radicalmente ilícitos a los utilizados por los procesados recurrentes para lograr la alteración del precio del pan, consistentes, según se relata en la sentencia recurrida, en haber tomado el acuerdo, que luego pusieron en práctica, de reducir el peso del pan en un 30 por 100, con el propósito de intimidar y coaccionar al Gobierno, ante la posibilidad de provocar con la referida con-

ducta de disminución del peso alteraciones de orden público y ciudadano dada la incidencia de este producto de primera necesidad en las economías de las clases más numerosas y peor dotadas de medios materiales, pues es evidente que tal conducta no solamente es ilícita desde el punto de vista administrativo, sino también desde el punto de vista penal, en cuanto que describe la concurrencia de todos los elementos objetivos y subjetivos previstos como elementos del tipo en los comentados artículos 540 y 541 del Código Penal, ya que no solamente se intentó —lo que sería suficiente—, sino que se logró por los procesados una alteración del precio del pan en la generalidad del territorio nacional, no conforme a derecho, utilizando como medio comisivo uno de los expresamente previstos en el artículo 540, como es el de la violencia, pues este término ha de ser interpretado comprendiendo la doble acepción que en Derecho tiene como traducción de las «vis absoluta» y «vis compulsiva», como así ya lo ha declarado esta Sala en Sentencia de 23 de enero de 1978, y porque si bien con anterioridad a la reforma penal de 1971 había que considerar impunes por atípicas las alteraciones de precios que hubiesen sido logradas sin el empleo de los medios comisivos expresamente consignados en el precepto, como eran las maniobras falaces y engañosas, es de tener en cuenta que la reforma de 1971 introdujo modificaciones sustanciales respecto a la normativa anterior, pues no solamente amplió el número de los medios comisivos añadiendo los de «violencia, amenaza y engaño», sino que al referirse indiscriminadamente a cualquier otra «maquinación» vino a establecer, como acertadamente se dice en la sentencia recurrida, un sistema de «*numerus apertus*», de modo que los medios expresamente mencionados tan sólo lo son «*ad exemplum*», por lo que ya dentro de este contexto la palabra o término maquinación no puede entenderse que haya sido empleada por el legislador en su estricta significación gramatical ya referida, sino en la jurídica con que es profusamente empleada en nuestros textos de derecho positivo, o sea, como procedimiento tortícer o artificioso para lograr un fin que normalmente no se hubiese alcanzado de proceder abierta y rectamente, por lo que no puede dejar de calificarse como constitutivo de maquinación el sinuoso procedimiento utilizado por los procesados al haber logrado una alteración de los precios creando la falsa apariencia de que éstos eran mantenidos cuando en realidad habían sido elevados en un 30 por 100 por el indirecto y astuto medio de disminuir el peso, dando lugar con ello a que, posteriormente, al realizar la venta del pan falto de peso, se cometieran multitud de actos de la naturaleza de los constitutivos de la estafa prevista en el artículo 528 del Código Penal. (Sentencia de 2 de octubre de 1979.)

Artículo 565. Imprudencia (compensación de culpas).

Si bien en lo penal no cabe la compensación de culpas a la manera del instituto privado de la compensación de obligaciones es lícito y obligado valorar las conductas concurrentes de todos los protagonistas del hecho, incluida la de la propia víctima, desplazando así el tema desde el plano de la culpabilidad al de la causalidad que le es más propio, aunque con la

inevitable repercusión de éste en el primero, matizando y atemperando su grado, en su caso, hasta el punto de que si la actuación del sujeto pasivo de la infracción se muestra como causa decisiva y eficiente del resultado había de reputarse la del sujeto activo accidental y fortuita, esto es, como inculpable, como, asimismo, si ambas conductas, la del reo y la de la víctima, se relevan igualmente favorecedoras del daño causado, había lugar a imputar al primero su imprudente acción, si bien adecuando el grado de su culpa a la mayor o menor eficacia causal de su intervención, lo que permitiera pasar de la imprudencia grave o temeraria a la leve o simple, ya en su versión antirreglamentaria, si se da tal vulneración de preceptos. (Sentencia de 2 de julio de 1979.)

Artículo 586, 3.º. Imprudencia.

La esencia de la culpa bien entendida como forma en una desatención del deber de cuidado legalmente exigible en el desarrollo de la relación social en la que se produce, dirigido a evitar las consecuencias dañosas posibles y previsibles de la propia conducta, cuya gravedad ha de ser valorada por el juzgador no sólo a través del examen «ex ante» de las circunstancias concretas y específicas en las que se movía el imputado, sino también del grado de atención que era exigible individualmente a éste, atendiendo no sólo a sus particulares y concretas facultades psíquicas, sino también a los específicos deberes que le incumbían y a la habitualidad social del riesgo, por lo que la responsabilidad del infractor culposo, puede ser aminorada, o disminuida a tenor del principio de confianza en el tráfico, desenvuelto por la Jurisprudencia de todos los países europeos, y aplicado principalmente en materia de accidentes de la circulación, y que consiste en la suposición del autor de que todo partícipe se conducirá en todo momento a tenor de las normas legales reglamentarias e incluso consuetudinarias enunciadas y acatadas generalmente en el desenvolvimiento del mismo, sin que por tanto en circunstancias consideradas normales, se deba prever una conducta antirreglamentaria por parte de la víctima, que venga a quebrar el conjunto de previsiones adoptadas por el actuante, sin darle tiempo para rectificarlas; como sucedió en el caso presente en el que el inculpaado recurrido, aunque había visto con anterioridad a dos personas incluidas sobre el motor abierto de un coche turismo, también pudo observar que tanto éste como aquéllas se hallaban completamente fuera de la carretera a unos cincuenta centímetros de la línea blanca que marcaba o delimitaba el arcén situado a la derecha de su marcha, como se establece en el primer Resultando de la resolución recurrida, por lo que no creyó necesario disminuir la velocidad que llevaba de cincuenta kilómetros por hora, ni apartarse un poco hacia su izquierda para no pasar tan cercano a ellos, como debió haber efectuado, ya que aunque no era supponible normalmente que en un lugar de perfecta visibilidad como lo era el de autos, cualquiera de las personas divisadas, se adentrara en la vía sin comprobar previamente si por la misma circulaba algún vehículo por el que pudiese ser

alcanzado, tampoco ello era completamente imprevisible, por lo que incurrió en culpa leve, que al concurrir en la relación causal, productora del resultado con aquella otra de la víctima ya expresada, vino a atenuar aún más aquella, que por otra parte no tiene entidad para ser calificada de temeraria, por ser atenuable en virtud del citado principio, sino de simple, como lo verificó acertadamente el Tribunal de Instancia. (Sentencia de 24 de septiembre de 1979.)

BANDINI, T. y GATTI, U.: "Dinamica familiare e delinquenza giovanile", Milán, 1972, 243 págs.

Se pone de manifiesto en la obra la importancia de la familia como elemento preventivo en el terreno de la criminalidad. Es aquélla el grupo primario de mayor valor a esos efectos, sin embargo, cada vez se está desintegrando más, como consecuencia de la evolución social, que permite una emancipación más temprana de los hijos, tanto varones como hembras, así como una mayor independencia; el padre prácticamente ha perdido su postura patriarcal de otros tiempos, teniendo menos influencia sobre sus hijos. La madre trabaja en muchos casos y ha de dejar parte de la educación y asistencia de sus hijos a terceras personas. La familia es cada vez más reducida, habiendo matrimonios que no desean tener hijos o el mínimo posible,

A la vez que la familia va perdiendo cohesión, ejerce mayor influencia sobre los jóvenes el mundo circundante, que tanto valor tiene como efecto criminógeno. Cuando el chico toma contacto con otros de su edad y de conducta desviada, si no abandona inmediatamente el grupo tendrá necesariamente que seguir el camino de sus compañeros. Sin embargo, la familia también puede tener efectos criminógenos y ser la que desencadene la conducta desviada del menor, lo que puede suceder como consecuencia de la falta de disciplina paterna, falta de alguno de los padres, carencia de autoridad del padre, disgregación familiar o alteración de su dinámica por cualquier motivo. El delito es más frecuente entre las familias numerosas que en aquéllas que tienen menos hijos de la media nacional, lo que lleva consigo mayores dificultades económicas y de control. En una familia que no esté bien integrada los efectos preventivos pierden valor, pudiendo llegar a ser nulos o incluso resultar negativos.

Hay una época en la vida de los jóvenes realmente conflictiva y que es la de mayor riesgo con relación al delito: se trata de la adolescencia, en la que el chico busca su identidad, que no siempre encuentra o se retrasa. Hay conflictos interiores acompañados de una modificación en el comportamiento, que puede incidir en su postura dentro del grupo familiar, y que con frecuencia no llega a comprender el cambio sufrido por el joven. Estas situaciones pueden alejar al adolescente de su familia, refugiándose en el grupo de amigos, que probablemente estarán en situaciones similares.

Se trata el problema de las drogas, mundo en el que se refugian algunos jóvenes para intentar olvidar problemas personales o familiares.

Las situaciones más graves de producen cuando se termina en el delito para obtener dinero y poder seguir comprando la droga que se necesita. Aquí la familia también juega un papel importante, pues resulta frecuente que los jóvenes tengan dificultades en recuperarse, precisamente porque la realidad familiar no es la más apropiada para ayudarles. Termina la obra con una serie de consideraciones sobre la influencia de la escuela, trabajo y ambiente sociocultural.

ALFONSO SERRANO GÓMEZ

BOIX REIG, Javier: "El delito de estupro fraudulento". Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, 1979. 419 págs.

Dentro de la colección de Criminología y Derecho Penal, y presentado por el Dr. D. Manuel Cobo del Rosal, contiene el libro recensado lo fundamental del trabajo doctoral de Javier Boix sobre el tema del estupro fraudulento tipificado en los párrafos 1.º y 3.º del art. 436 hasta la reciente reforma de 7 de octubre de 1978 y, a partir de ésta, en el artículo 435 de nuestro Código penal. Es evidente que el tronco esencial de la obra fue elaborado y concebido antes de la dicha reforma obligando a su autor a remodelar algunos productos de la misma. Y esto hace que el conjunto se resienta, tanto más cuanto, en nuestra opinión, son demasiadas las páginas dedicadas a los tipos legales que dejaron de estar vigentes a raíz de la reforma.

Al enjuiciar de forma global la meritada Ley valora positivamente: a) La reducción general de la edad en el sujeto pasivo. b) La eliminación de la discriminación por razón de sexo, así como las anteriores exigencias concernientes al sujeto pasivo. c) El que en todo caso se hace referencia expresa a la conducta delictiva, tanto en el comportamiento sexual como en el medio utilizado para menoscabar la libertad de la víctima; y d) La restricción del prolijo casuismo en la descripción de los tipos, aunque pudiera haberse evitado la diferenciación en los límites de edad.

Para el autor la voz "*estupro*" "es valorativa, e implica lo que tradicionalmente se ha venido denominando *seducción*", esto es, "el proceso seductivo encaminado a una finalidad de índole sexual, el acceso carnal" (pág. 4).

El bien jurídico protegido es la libertad sexual, pero limitada por exigencias típicas a tres niveles distintos: condiciones del sujeto pasivo, medios de limitación del consentimiento y hecho sexual a realizar.

Destaca la opinión de que el estupro participa de la naturaleza de los delitos de simple actividad, "no siendo necesaria la cumplimentación de ningún resultado para la consumación del mismo" (pág. 92). Es, por otro lado, un delito instantáneo que se consuma al realizarse el acceso carnal.

Sujeto activo del estupro fraudulento puede serlo cualquier *persona*,

hombre o moujer, mayor de edad penal y capacitado sexualmente. También es indiferente el ssxo y el estado civil del sujeto pasivo, que ha de ser mayor de doce años y menos de dieciséis años y del que no se exige condición alguna relativa a su doncellez u honestidad.

La problemática de la acción se centra en el estudio de sus dos elementos perfectamente distinguibles: la intervención del engaño y la realización del acceso carnal. El engaño consta de elementos subjetivos: intención de engañar y efectivo engaño: la trama o medios que se despliegan para conseguirlo. Es un elemento circunstancial, que ha de ser apreciado en cada caso según el arbitrio judicial, debiendo existir relación de causalidad con el acceso carnal, afirmación que no parece conciliable con la de que es un delito de simple actividad. Se detiene en un análisis exhaustivo de las situaciones que comprende, como son la promesa de matrimonio, el fingimiento de estado civil, la promesa pecuniaria, el matrimonio fingido, la sustitución del marido y, "en definitiva, cualquier situación fáctica concebida, siempre que se produzca efectivamente el engaño" (pág. 290). Al optar por el sentido estricto de acceso carnal "como conjunción de los órganos genitales del hombre y la mujer, independientemente del grado de perfección de dicha conjunción o coito" (pág. 297), olvida el autor que la reforma de 1978 (como acertadamente advirtió en páginas anteriores) ha prescindido de la exigencia de heterosexualidad entre los sujetos del delito.

"El ardid engañoso constituye un elemento subjetivo del injusto, pues dota de antijuridicidad a una conducta que, de otra forma, no atentaría al Derecho" (pág. 309). Sin embargo, sienta la opinión de que será posible la comisión culposa en los casos de error vencible en el conocimiento de los elementos objetivos del tipo.

El delito de estupro fraudulento se consuma con la realización del acceso carnal y en ese preciso instante empieza a correr la prescripción.

Con buen criterio no se admite la comisión en grado de frustración, pero sí en el de tentativa, aunque parece discutible la aseveración de que hay tentativa cuando se ha llevado a cabo el engaño o tan sólo se ha dado comienzo al mismo, sin necesidad de ninguna conducta sexual. Por otra parte, la distinción entre tentativa de estupro y delito de abusos deshonestos se basa en el propósito del sujeto (realizar el acceso carnal o cualquier acto de menor entidad sexual, respectivamente).

Es un delito de participación necesaria. El extraño no puede ser autor del delito, pero puede ser partícipe en concepto distinto. Tras abordar los problemas referentes al concurso de leyes y al de delitos, el autor se plantea la posibilidad de apreciar delito continuado cuando al primer yacimiento siguen otro u otros con posterioridad. Afirma que "en el delito de estupro fraudulento se puede proyectar la institución del delito continuado, sin que pueda señalarse ningún tipo de excepción" (pág. 380), aspecto del que no cabe por menos que discrepar si se repara en que el estupro goza de las características de los llamados delitos de repetición irrelevante, puesto que se consuma con el acceso carnal, siendo indiferente que la conducta se repita, no habiendo un cambio de personas.

El último capítulo se dedica a un interesante examen del juego de las

circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal en el delito en cuestión. El trabajo concluye con un completo apéndice en donde se recoge toda la jurisprudencia vertida en torno a los delitos de estupro.

JESÚS PRÓSPER PALACIOS

GÜNTHER KAISER, "Criminologie. Eine Einführung in die Grundlagen" (Criminología. Una introducción en los fundamentos), 4, völlig neubearbeitete Auflage (4.^a edición, totalmente revisada), Heidelberg-Karlsruhe, Ed. C. F. Müller, 1979, 369 págs.

El eminente criminólogo alemán Günther Kaiser, director del Instituto Max-Planck de Derecho penal extranjero e internacional en Friburgo de Brisgovia, y catedrático de Criminología en la Universidad de esta ciudad, acaba de publicar la 4.^a edición —ampliada (la 1.^a edición sólo tenía 197 págs.) y totalmente revisada— de su excelente "Manual de Criminología", traducido ya al castellano en edición anterior por J. Belloch-Zimmermann (Madrid 1978) y al ruso por la Editorial Juristische Literatur (Moscú 1979).

Los lectores del *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* conocen ya al profesor Günther Kaiser, razón por la cual no exponemos ahora sus méritos académicos ni sus muchas publicaciones, y casi nos limitamos a indicar aquí las más importantes modificaciones introducidas en esta reciente edición.

Esta obra mantiene las paredes maestras de las ediciones anteriores: Parte general (concepto, metodología, movimientos y tendencias recientes, Criminología socialista, nociones fundamentales, problemas contemporáneos, estadística criminal, cifras negras, etiología y teoría de la criminalidad) y parte especial (delincuencia juvenil, criminalidad de los trabajadores emigrantes, agresividad y violencia, criminalidad económica, delincuencia de cuello blanco, criminalidad de tráfico), elenco bibliográfico e índice de materias. Pero, muchas de sus páginas han sido totalmente modificadas; especialmente las dedicadas a la criminalidad de la mujer, a la Criminología de la reincidencia, a la significación e incidencia de la víctima y de las condiciones victimológicas, y a las sanciones penales. Además, se ha añadido el capítulo noveno sobre delitos contra la propiedad y criminalidad económica y la no igualdad de oportunidades (Chancenstruktur). En varias ocasiones (págs. 6, 87, etc.) se habla de las diversas oportunidades de los delincuentes respecto a la incriminación y a las carreras criminales, que adquieren rasgos más importantes y llamativos en los delitos contra la propiedad.

El autor mercee nuestra sincera felicitación por este gran "Manual de Criminología" tan rico en información bibliográfica y tan completo y actual en todos sus temas. Únicamente nos permitiríamos indicar nuestra extrañeza al no encontrar en esta obra referencia alguna a la religión y su incidencia tanto en la etiología como en la prevención de la delincuencia y en el tratamiento de (y respecto a) los delincuentes.

Creemos que hoy, no menos que en otros tiempos, la dimensión religiosa merece ser tenida científicamente en cuenta dentro de la Criminología, dado su carácter interdisciplinar.

A. BERISTAÍN

MANNHEIM, H.: "Trattato di Criminologia comparata", trad. del inglés de Franco Ferracuti, Torino, 1975, dos volúmenes, 882 págs.

La traducción de esta obra aparece al año siguiente de la muerte del autor, quien había nacido en Alemania en 1889, siendo juez de la Corte de Apelación de Berlín y profesor de Derecho procesal penal de esta misma ciudad desde 1933, pasando posteriormente a ser lector y profesor de Criminología en Londres, donde falleció en 1974.

Nos encontramos ante una obra de las que resulta poco frecuente encontrar en criminología, ya que lo normal es que los autores traten temas aislados en sus investigaciones, aunque con frecuencia aparezcan obras agrupando diversos trabajos de distinta naturaleza. Sin embargo, la obra de Mannheim es un verdadero tratado de criminología, en donde se hace un estudio de los temas que debe conocer todo aquel que quiera tener una visión completa de lo que comprende la criminología. Es, por tanto, una obra que no puede faltar de ninguna biblioteca de criminología, por muy modesta que sea.

Para nosotros tiene especial interés, en cuanto que se trata de un autor que ha conocido el derecho penal y el procedimiento, que son las disciplinas jurídicas que mayor contacto tienen con la criminología, sobre todo el Derecho penal. Esto justifica que trate en un justo término la relación entre criminología y Derecho penal.

Se ocupa el volumen primero de unas consideraciones generales sobre el delito que se presenta desde perspectivas diversas, ya que mientras en el terreno del derecho hay fórmulas concretas dentro de su formalismo, la situación resulta más complicada desde el punto de vista criminológico, en donde la concepción es más genérica y no sometida al rigorismo del derecho. Reconoce las dificultades que tiene la criminología con respecto a la metodología, por tratarse de una ciencia nueva e interdisciplinar, por lo que debe tener en cuenta el método de las ciencias naturales y de las ciencias sociales. Recomienda en la investigación la labor de equipo, aunque no es necesario que sea muy amplio el grupo; de todos modos no hay que olvidar que por depender la criminología de las aportaciones de otras ciencias necesariamente hacen falta diversos especialistas, aunque han de tener, además de una especialidad, conocimientos de criminología. Los estudios deben repetirse para garantizar el resultado de las investigaciones. Se ocupa ampliamente del método estadístico, experimental y sociológico, poniendo de relieve las dificultades que presentan las estadísticas oficiales, su repercusión sobre la realidad criminológica en el campo de las cifras negras de la criminalidad, así como la propia interpretación de las cifras conocidas. Con relación al método experimen-

tal recoge la necesidad de que la criminalidad conozca la realidad del mundo del delito, pues no es una disciplina teórica, sino esencialmente basada en hechos reales, aunque ese carácter empírico ha de servir para sacar una serie de conclusiones que son los datos aportados por la investigación criminológica para su aplicación.

Termina el primer volumen con el estudio particular del delincuente desde diversos puntos de vista, tanto en su consideración física, como en los problemas que puede plantear desde el punto de vista biológico, psicológico y psiquiátrico, sin olvidar la psicología del delincuente normal.

El segundo volumen está dedicado a la parte más extensa de la criminología, la sociología criminal, que se ocupa de los factores que inciden en el mundo del delito, a la vez que se nos presenta su realidad tal y como es, por lo que necesariamente ha de tenerse en cuenta la ecología. Este volumen es un tratado completo de sociología criminal, pues abarca todo su contenido, que va desde unas consideraciones generales de la sociedad criminógena, pasando por todo el fenómeno sociológico, hasta ocuparse de la víctima. No olvida Mannheim incluir los problemas de la anomia, por los que se interesa la moderna criminología, así como tampoco los tradicionales de subcultura, criminalidad de cuello blanco, clase social y conflicto, criminalidad organizada, etc.

Termina la obra con un capítulo que se adiciona a la edición original, en el que se hace un repaso de la evolución de la criminología en los primeros años de la década de los sesenta. Se ocupa especialmente la obra de los principales criminólogos alemanes, italianos, ingleses y norteamericanos, señalando que hay una generación de investigadores que se muestran bastante escépticos con relación al futuro de la criminología. Pone de manifiesto la falta de estudios a nivel internacional, pues casi todo lo que se hace es en el plano nacional o regional.

ALFONSO SERRANO GÓMEZ

TAYLOR, I.; WALTON, P., y YOUNG, J.: "La nueva Criminología", trad. A. Crosa, Buenos Aires, 1977, 335 págs.

Estamos ante una obra en donde se hace una revisión crítica de la criminología desde sus orígenes hasta los momentos actuales. Está en la línea de la criminología crítica, que se inicia en la década de los años sesenta —aunque hemos de recordar que parte de sus postulados son tratados ya por Garofalo—, y que cada vez tiene más seguidores, especialmente entre los jóvenes criminólogos de inspiración marxista. Como en otros trabajos de esta dirección, hay aportaciones realmente interesantes, así como otras que por ahora son inviables.

Consideran los autores que la criminología no surge con el positivismo, sino que los antecedentes hay que ir a buscarlos en Beccaria, por lo que el italiano no sólo fue el iniciador de la ciencia del Derecho penal.

sino también de la criminología. La verdad es que repasando su obra se aprecia un importante contenido criminológico, muchos de cuyos postulados siguen hoy vigentes (1). Frente a la postura lombrosiana de los primeros tiempos, se mantiene que lo biológico y hereditario puede tener alguna incidencia en el delito, aunque es de más valor el mundo circundante; por otra parte, se pone de manifiesto que las teorías genéticas han demostrado que no es posible evolucionar hacia especies primitivas.

Se hace una valoración de la desviación social y de la criminalización de las conductas más graves, con la consiguiente crítica a los sistemas tradicionales y los que están en vigor, pues para la tipificación de los delitos no se sigue el sistema mejor en los criterios de valoración. Se recoge también la teoría del aprendizaje, de la que se ocupara ya de modo especial Tarde, así como del "etiquetado", que tanta importancia tiene como factor negativo en la recuperación social de los delincuentes.

Hay un capítulo dedicado al delito y el control social en Marx, Engels y Bonger, en donde se pone de manifiesto que el primero no se ocupó del delito de un modo tan profundo y sistemático como pretenden algunos criminólogos. Los dos primeros no están acertados al establecer una estrecha relación entre economía y delito, tema del que se ocupó Garófalo en sus justos términos, en cuanto que existe cierta relación, pero no que fatalmente en todo caso la crisis económica lleva al delito.

Para el marxismo, las clases delincuentes constituyen el "lumpen-proletariado", integradas por sujetos improductivos, que no forman parte de la producción y se sustentan a costa del trabajador que produce; son unos parásitos que no representan ningún papel en la lucha de clases. Frente a esta postura de infravalorar las clases delincuentes, la escuela de Chicago, que aparece a comienzos del presente siglo, concede especial atención al delincuente, en cuanto no lo considera ni mejor ni peor que a los miembros de las clases superiores, en donde también existe el delito, además de la corrupción. Se estudia al delincuente en su propio estrato social y comprende su conducta desviada.

La nueva criminología pone en el tapete la necesidad de una revisión de los postulados de esta ciencia, que ha venido considerando el delito como algo normal en la sociedad, sin apenas profundizar en la estructura social y política, presupuestos que han de tenerse en cuenta con miras a una revisión de las conductas desviadas.

ALFONSO SERRANO GÓMEZ

(1) Véase nuestro trabajo, *La criminología en los primeros autores clásicos*, en ANUARIO DE DERECHO PENAL, 1973, fasc. I.

TAYLOR, I; WALTON, P., y YOUNG, J.: "Criminología crítica", trad. N. Grab, Méjico, 1977. 300 págs.

Aparece en la década de los años sesenta un movimiento crítico contra la criminología ortodoxa, que venía viviendo pacíficamente durante muchos años sometida a la ley especialmente al Derecho penal— y al poder constituido, para quien investigaba, sin preocuparse los criminólogos tradicionales del contenido de las normas represivas que ellos defendían, pues hay que tener en cuenta que el criminólogo tiene el deber de ser imparcial y buscar la verdad objetiva, pues la criminología hay que considerarla como una ciencia imparcial y apolítica. Sin embargo, en los últimos años esta ciencia está siendo objeto de una profunda politización, precisamente como consecuencia del movimiento que viene a llamarse de criminología crítica. Esta concepción, de inspiración marxista, ataca también al orden legal constituido, e incluso al propio Derecho penal, a la vez que busca cambios de valoración en la tradicional concepción de la conducta desviada; buscan una sociedad ideal, utópica, en donde no se criminalice la desviación.

Integran la obra diez trabajos de distintos autores y de ellos se deduce que la criminología crítica está todavía sin consolidar posiciones concretas que permitan poder considerarla como una corriente que ha llegado a conseguir sistema y metodología propios. Con este movimiento la criminología, que venía siendo una ciencia pacífica, pierde su pasividad, lo que hay que aplaudir, pues la verdad es que muy poco o nada es lo que se había conseguido en el campo de la justicia penal y de la propia política criminal, sobre todo en los criminólogos de la Europa occidental, siempre supeditados a los profesores de Derecho penal, y va siendo hora de que se independicen.

La nueva criminología crítica muchas cosas y no en pocas ocasiones lleva razón, però, sin embargo, no cuestiona su propia posición, que a veces resulta igualmente equivocada. Tampoco da soluciones para resolver de forma concreta problemas reales, pues hablar de una sociedad nueva en donde no habrá delito es algo que debe estar muy lejano. Es necesario que proponga soluciones válidas a corto plazo, pues de lo contrario este movimiento no podrá durar demasiado tiempo. Tampoco están acertados cuando algunos sostienen que la criminología está al servicio del capitalismo y que casi todo en estas sociedades es malo y bueno en los socialistas: tanto en un tipo de sociedad como en el otro la criminología tiene una función importante que desarrollar.

Consideramos, después de lo expuesto, que en la criminología crítica hay otras cosas aprovechables: el criminólogo debe buscar la verdad, ha de tratar los problemas desde su raíz, ha de poner al descubierto el porqué las prisiones están llenas de personas que proceden de las clases más humildes, mientras que es realmente excepcional el ingreso de un poderoso; ha de independizarse totalmente del Derecho penal, sin perjuicio de tener en cuenta los tipos penales —no limitando su investigación al conterno de los mismos— y colaborar en materia de política criminal

SCANDINAVIAN STUDIES IN CRIMINOLOGY, Oslo, 1975, 226 págs.

La obra consta de diez artículos de diversos autores, que se ocupan especialmente de la criminalidad en los países escandinavos, aunque también hay un estudio sobre la contribución a la tipología criminal en Dinamarca.

De la obra se desprende que los rasgos generales del mundo del delito de la Europa occidental se mantienen también en esa zona, como son el mayor volumen de los delitos contra la propiedad; la proporción mucho menor de la mujer en el delito, iniciándose más tarde que los hombres, por lo que su incidencia juvenil todavía es menor; también la mujer tiene menor participación en la reincidencia; pese a la liberalidad sexual no desaparecen los delitos de este tipo, sino todo lo contrario, se dan en mayor proporción que en el Continente, siendo más frecuente en la zona rural y pequeñas ciudades de provincia que en las capitales, resulta escasa participación de los casados, quienes, por el contrario, presentan un notable índice de reincidencia para los mayores de cincuenta años; por último, los factores que inciden en el delito son bastante similares a los continentales, y existe también la problemática de la resocialización del delincuente y de reincidencia, pese a la liberación del sistema penitenciario.

La juventud escolar también tiene su participación en la delincuencia. Se hace un estudio de los factores más importantes que influyen en el comportamiento desviado de los chicos. Cabe destacar el rendimiento escolar, clase social, ambiente familiar, amistades dentro y fuera de los colegios, zona de residencia urbana o rural, así como las áreas geográficas.

Se dedica especial atención al modo cómo la prensa se ocupa de las noticias del delito; lugar que se dedica a las sensacionalistas, que puede aparecer en las primeras columnas o en lugares secundarios. Este tema tiene interés, ya que la prensa juega un papel importante en un doble aspecto: tiene efectos preventivos, en cuanto da a conocer al lector la realidad de la delincuencia, así como la aparición de nuevas formas, contra las que se puede prevenir; sin embargo, por otra parte, tiene efectos criminógenos, pues el sensacionalismo lleva a la provocación de sujetos que no están ni muy decididos a delinquir, pero ante las nuevas técnicas descritas en la prensa, la facilidad de ejecución de los hechos y los beneficios obtenidos, terminan por imitar. A veces se provoca a sujetos que tienen problemas mentales, mientras que el terrorismo consigue parte de sus fines gracias a la propaganda de la propia prensa. Casos claros de imitación o de participación de sujetos que mentalmente no están sanos se vienen observando en nuestro país como consecuencia de graves atentados terroristas en establecimientos públicos con víctimas; cuando esto sucede, en los días inmediatamente posteriores, aumentan considerablemente el número de llamadas telefónicas anunciando la colocación de artefactos explosivos en centros oficiales u otros establecimientos abiertos al público.

SERRANO GOMEZ, Alfonso: «Temas de Derecho penal», en «Lecturas sobre la Constitución Española». Facultad de Derecho de la UNED. Madrid, 1978, págs. 39 a 127.

El trabajo empieza por analizar las relaciones entre democracia y criminalidad, comprobándose mediante una breve, pero significativa, reseña estadística el mayor índice de la misma en los regímenes democráticos; circunstancia debida, según el autor, a que en éstos es mayor el número de libertades y menor el temor a la represión. En lo que se refiere al caso concreto de España, este crecimiento de la delincuencia que conlleva necesariamente todo movimiento democrático—circunstancia en sí misma incapaz de invalidar el sistema—se ha visto favorecido por dos hechos específicos: la falta de información criminológica que sufrimos en nuestro país y que imposibilitó una auténtica previsión de la misma, y la mala organización del Cuerpo de Policía. En relación a este tema, se extiende el autor sobre las causas que a su juicio han motivado esa carencia: una notoria inflación de personal asignado a misiones ajenas a la propia investigación criminal—mayoritariamente integrados en la Brigada Político-Social—, con la consiguiente escasez de funcionarios dedicados al cumplimiento de las específicas misiones que corresponden a la policía judicial; las diferencias entre las técnicas de investigación apropiadas a unas y otras misiones, que determinó una menor eficacia de los elementos que procedían de la citada Brigada, y, por fin, por sólo citar las causas más destacadas, el mayor número y la más efectiva vigencia de las garantías establecidas en beneficio del detenido. Todo ello derivó en una situación de desconcierto e inseguridad, por falta de directrices claras, precisamente en un momento en que era más necesaria que nunca una eficaz investigación.

Junto a las señaladas, otras circunstancias han tenido importancia relevante en el problema: el aumento de las conductas terroristas, con atentados especialmente dirigidos contra las fuerzas de orden público, que inevitablemente, habían de traer consigo la desmoralización de algunos sectores de las mismas; la situación de continua alteración dentro de nuestros establecimientos penitenciarios; el aumento de la criminalidad ya desde los últimos años del Gobierno de Franco; el desarrollo de la delincuencia juvenil en los últimos tiempos, que hace prever un incremento de la delincuencia adulta en los próximos años y, en fin, el mantenimiento de la corrupción en niveles todavía por encima de lo tolerable, con incidencia dentro de la delincuencia. El resultado final de la actuación de estos factores es el que explica la sensación progresiva de temor e inseguridad por parte de los ciudadanos, que se acrecientan con la adopción de sistemas de protección particulares, que reducen el peligro, pero aumentan esa conciencia.

Tras esa aproximación a las consecuencias que en orden al fenómeno criminal se han derivado del proceso de cambio que ha experimentado nuestro país en los últimos años—hechos sin pesimismo ni alarmismo, sino analíticamente y con el ánimo de que el futuro enmiende los errores apreciados—, se pasa al examen de algunos aspectos concretos del contenido de la Constitución.

El primero de los principios que se contempla es el de legalidad, recogido en los artículos 9-3.º y 25-1.º del texto constitucional y del que la característica más destacada sería la falta de referencia a las medidas de seguridad. Entiende el autor, sin embargo, que su virtualidad respecto a las mismas es clara si se las entiende como medidas «restrictivas de derechos». Explícitamente, en cambio, se recoge el principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos (art. 9-3.º), resolviendo con ello constitucionalmente el problema; aunque, en opinión de Serrano, sólo razones humanitarias sirven para justificar dicho principio, en cuanto que las demás que se esgrimen servirían igualmente para apoyar la retroactividad de la ley penal desfavorable; inconveniente que tal vez pudiera salvarse con apoyo en el principio de seguridad jurídica o en el de los derechos adquiridos por el delincuente. Distinto juicio merece al autor la aplicación del principio a las medidas de seguridad, por entender que, puesto que se trata de sujetos peligrosos, únicamente sería conveniente en aquellos casos en los que la nueva medida lo que supone es una mayor intensidad en el tratamiento, pero no cuando tan sólo implique una menor duración.

Las penas privativas de libertad, según el artículo 25-2.º, «estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social», finalidad que se hace extensiva a las medidas de seguridad. Únicamente la falta de información criminológica de las Comisiones es lo que, en opinión del autor, puede justificar esa apelación al propósito reeducador, pues es notorio que son mayores los efectos criminógenos en las instituciones cerradas que sus resultados en orden a la reeducación y reinserción social. En la práctica, concluye, los fines de la pena es reducen a la prevención general y a la expiación, ya que la prevención especial de hecho es nula. Por eso que aunque la declaración constitucional es en general aceptable desde un punto de vista humanitario, hubiera sido preferible establecer que la pena privativa de libertad no habrá de tener «efectos de expiación». En orden al futuro, el autor se manifiesta partidario del tratamiento en libertad, abogando por la implantación, entre otras medidas, de un sistema parecido al de la «probation» inglesa y naturalmente por una mejor dotación en cuanto a edificios y personal.

Se referencia, también, en relación a este tema, el intento que en el Senado se hizo, sin que prosperara, de reconocer constitucionalmente el derecho al libre y normal ejercicio de la sexualidad por parte de los reclusos. En cuanto al trabajo penitenciario, el artículo 25-2.º, al asimilarlo al prestado en libertad, incluso en orden a la Seguridad Social, reconociéndolo como un derecho del interno, no hace sino establecer un tratamiento coherente, pues si el Estado priva al sujeto de libertad, impidiéndole buscar y llevar a cabo un trabajo normal, lo correcto es que sea él quien se lo proporcione; aparte, naturalmente, los efectos del mismo en los que se refiere al tratamiento penitenciario. A la salida de la prisión, el ex-recluso debe beneficiarse del subsidio de desempleo, debiéndosele considerar en situación de paro forzoso.

Sobre la pena de muerte, tras referirse a las vicisitudes sufridas por la cuestión desde el anteproyecto de Constitución hasta la aprobación defini-

tiva de la misma, señalando los argumentos esgrimidos en su favor y en su contra, entiende Serrano que el inciso último del artículo 15 en donde ahora se contiene («Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes militares para tiempos de guerra»), con ser aceptable, debería haber incluido también la abolición en la legislación militar, aun en esa circunstancia. No obstante, declara el autor, la opinión mayoritaria española, caso de ser encuestada, se manifestaría a favor del mantenimiento de la misma. Se analizan críticamente a continuación, uno por uno, los argumentos antiabolicionistas, mostrando su falta de rigor, para concluir el tema afirmando su postura abolicionista y la conveniencia de que haya sido recogida constitucionalmente su supresión.

Las medidas de seguridad, por su parte, a las que se hace referencia en el artículo 25-2.º, vienen a ser contempladas básicamente del mismo modo que lo estaban antes de la Constitución. Caben en ella tanto las privativas de libertad como las restrictivas de derechos, a pesar de que la mención constitucional se hace tan sólo a estas últimas. Del mismo modo, pueden admitirse en su letra tanto las «pre» como las «post-delictuales». La situación actual, sin embargo, le parece al autor inadmisibles, pidiendo la derogación de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social, en base a que en verdad no hay diferencias sustanciales entre pena y medida, por lo que habrá de aplicarse una u otra, según las circunstancias, únicamente a quien haya cometido un delito. La derogación es ahora todavía más urgente que antes, en cuanto que la ley viene incluso a menoscabar algunos de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución.

La consideración del delito político, para los cuales se hace una excepción constitucional en materia de extradición, cierra el contenido de estos comentarios a los temas penales incluidos en la Constitución. Se mantiene sobre él la conveniencia de una progresiva restricción del concepto y la consiguiente limitación del derecho de asilo para el delincuente político puro. Con el examen de este punto se pone final a un trabajo, que no quiere ser exhaustivo, pero que cumple muy satisfactoriamente el propósito que lo inspira, esto es, servir de instrumento de formación a los alumnos de la UNED. En realidad, sin embargo, dadas las referencias históricas, comparatistas, e incluso doctrinales y jurisprudenciales que se contienen sobre algunos temas, ese cometido inicial puede verse superado en ocasiones.

JUAN JOSÉ GONZÁLEZ RUS

(Granada)

NOTICARIO

JORNADAS INTERNACIONALES DE CIENCIAS PENALES Y CRIMINOLOGICAS, Caracas, 19-21 de noviembre de 1979

El Departamento de Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Católica "Andrés Bello" de Caracas, ha organizado unas Jornadas sobre Derecho penal y Criminología, en la que participaron profesores europeos e hispanoamericanos. El programa de trabajo fue preparado por el equipo de profesores del Departamento indicado, del que es director el Dr. Fernando Pérez-Llantada. Los temas desarrollados fueron:

Temas penales.—*Las nuevas corrientes del pensamiento penal en Europa* (Tullio Delogu); *Nuevas orientaciones y enseñanza del Derecho penal en Latinoamérica* (E. Novoa Monreal); *Culpabilidad y pena* (J. Cerezo Mir); *La percepción social de la Ley penal* (Luis G. Gabaldón); *Derecho penal y economía* (Jorge de la Rúa); *La problemática jurídico-política de la inmunidad parlamentaria en Venezuela* (Nelson Chacón Quintana).

Temas criminológicos.—*Las nuevas tendencias en Criminología* (J. Pinatel); *Criminología, Política criminal y Administración de justicia* (Francisco Canestri); *Reacción social internacional* (Julio Rodríguez); *Delitos con abuso de poder* (Lola Aniyar de Castro); *Derecho penal y Política criminal* (M. López-Rey); *Problemas criminológicos del cambio político en España* (A. Serrano Gómez); *La Criminología como instrumento de crítica y cooperación en la formulación legislativa* (Rosa del Olmo); *Delito político y delito revolucionario* (José F. Martínez Rincónes).

Temas procesales, penitenciarios y otros.—*Algunas consideraciones en torno al Derecho penal canónico* (F. Della Rocca); *La reforma procesal penal en Venezuela* (Jesús R. Quintero); *La detención preventiva* (Esteban Agudo Freitas); *Los antecedentes penales* (Helena Fierro); *El tratamiento de los delincuentes* (M. López-Rey); *Asistencia en libertad* (Orlando Contreras Pulido); *Experiencias de tratamiento* (José L. Vethencourt); *La reforma penitenciaria en Venezuela* (Elio Gómez Trillo); *El trabajo y el estudio como formas de tratamiento penitenciario* (Dora Zerpa).

La lección de clausura corrió a cargo del Dr. Tulio Chiossone, sobre *El delito ecológico*.

A. S.

NECROLOGICAS

EL CRIMINOLOGO ALFONSO QUIROZ CUARON HA MUERTO

El pasado 16 de noviembre de 1978, víctima de un infarto agudo al miocardio, falleció el conocido criminólogo don Alfonso Quiroz Cuarón.

De manera trágica, emotiva y ejemplar, fue su encuentro con la parca, ya que el «criminal» infarto que sufrió el estimado profesor ocurrió mientras dictaba su acostumbrada clase en el aula asignada en nuestra Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México.

Don Alfonso nació el 9 de febrero de 1910 en Jiménez, Estado de Chihuahua. Hizo sus estudios en el puerto de Tampico, mientras que los secundarios los realizó en la ciudad de Saltillo, y para terminar su preparatoria regresó nuevamente a Tampico. Años más tarde, después de cursar los estudios profesionales, presentó su examen recepcional como Perito en Criminología el 13 de noviembre de 1939.

El profesor Quiroz Cuarón desempeñó importantes y variados cargos en el difícil e interesante campo de la Medicina Forense hasta llegar a ser Jefe de la Sección Psicológica del Tribunal de Menores, Director de la Escuela Vocacional para menores delincuentes, Jefe del Departamento de Investigaciones Especiales del Banco de México, etc.

Su permanente inquietud por la problemática criminal le llevó a participar en importantes eventos y viajes al extranjero. Así, en 1946, a América del Sur, a la reunión para la organización de los Laboratorios de Policía Técnica. 1947, delegado de México a la Conferencia Panamericana de Criminología en Río de Janeiro. 1948, representante de la U.N.A.M. al II Congreso Internacional de Criminología en París. 1955, representante de México a la XXIV Asamblea General de la O.I.P.C. (Interpol), en Estambul; al III Congreso Internacional de Criminología en Londres y a la Asamblea de Naciones Unidas sobre el tratamiento del Delincuente, en Ginebra. 1960, representante de México al II Congreso de Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, en Londres. Delegado de México al IV Congreso Internacional de Criminología, celebrado en La Haya (Holanda), y a la XXIX Asamblea General de la O.I.P.C. (Interpol), verificada en Washington, E.U.A. En 1961, enviado a Venezuela a petición de la Superintendencia de Bancos. Delegado de México a la XXXI Asamblea General de la O.I.P.C. (Interpol), verificada en Madrid (España). Delegado a la Reunión Francesa de Medicina Legal y Medicina Social, verificada en Marsella, y representante de México al ciclo de estudio sobre el crimen organizado, convocado por la O.I.P.C. (Interpol), celebrado en París (Francia).

Su brillante trayectoria académica se refleja también en su pertenencia a sociedades científicas como: la Academia Mexicana de Ciencias Penales, de la que fungió como Secretario; socio correspondiente de la Sociedad de

Medicina Legal y Criminología de São Paulo (Brasil). Miembro de la Sociedad Urbana de Policología y Criminalística. Socio de honor de la Asociación Nacional de Identificadores de Cuba. Miembro del Instituto Nacional de Criminología de Cuba. Miembro de la Asociación Internacional de Identificación. Miembro de la Sociedad de Ciencias Criminales y Medicina Legal de Tucumán (Argentina). Miembro de la Sociedad Internacional de Criminología. Miembro de la Sociedad Internacional de Bogotá (Colombia). Corresponsal de las Naciones Unidas en México ante el Departamento de Asuntos Sociales.

Dejó varios trabajos publicados, entre los que destacan: *Características biológicas de los estudiantes proletarios* (S.E.P., Secretaría de Educación Pública), en colaboración con el Dr. José Gómez Robleda. *Pescadores y campesinos tarascos*, S.E.P., en colaboración con el Dr. José Gómez Robleda. *Tendencia y ritmo de la criminalidad en México. Estudio biotipológico de los zapotecas*, U.N.A.M., con colaboración y dirección también del Dr. José Gómez Robleda. *Estudio de los otomíes*, U.N.A.M., con colaboración y dirección del Dr. José Gómez Robleda. *Un estrangulador de mujeres. Identidad del asesino de León Trotsky*. Coordinador de los estudios que demuestran la autenticidad de los restos de Cuauhtémoc, descubiertos en Ixcateopan, Estado de Guerrero. Traducción del francés al castellano del *Compendio de Criminología* de Leignel Lavastine y V. V. Stanciu. *Psicología del funcionario bancario. La criminalidad en la República Mexicana*, Instituto de Investigaciones Sociales de la U.N.A.M. *La pena de muerte en México*, Editorial Botas, 1961. Y numerosos artículos en la Revista «Criminalia».

El connotado criminólogo recibió numerosas distinciones académicas. Así se le confirió el Doctorado *ex-officio* de la Facultad Jurídica Veracruzana. Fue profesor de la División de Estudios Superiores de la Facultad de Derecho y un respetado y querido profesor de la Licenciatura de la misma Facultad.

En lo personal, tengo en la memoria, en forma indeleble, las dinámicas intervenciones de don Alfonso como congresista, caracterizadas no sólo por el fervor que desplegaba, sino por el tino y profundo conocimiento de las materias penales y criminológicas, fruto de su dedicación al estudio y de su penetración con el ambiente social que rodea al ilícito y al delincuente.

Sin ser formalmente un jurista, estamos ciertos de que llegó a formarse un significativo criterio jurídico, que, aunado a sus conocimientos de Psicología, Medicina y Criminología, lo convirtieron en un auténtico experto y oída autoridad en las complicadas disciplinas penales, brindando su auxilio a diversas comisiones legislativas, tanto locales del Distrito Federal, como de diversas entidades federativas.

En repetidas ocasiones compartimos los estrados, ora universitarios, ora forenses, para disertar, unas veces en la capital y en otras oportunidades, en la provincia mexicana, lo que me permitió corroborar y admirar lo oportuno, ameno y autorizado de su palabra.

En el trato amistoso, recuerdo la renovada atención y el amable tránsito del inolvidable profesor que me impartía espléndidas lecciones cuando cursé

los estudios del Doctorado, al amigo afable con quien conversé de asuntos relativos a publicaciones jurídico-penales de nuestra Facultad, pocos momentos antes de su inmolación.

Confío en que la tragedia causada por su muerte se traduzca y se prolongue no sólo en la remembranza emocional, sino que se transforme en un estímulo para profesores y estudiantes, en particular a sus seguidores y a los estudiosos de las Ciencias Penales, como un homenaje permanente al maestro incansable que fue don Alfonso Quiroz Cuarón.

DR. FERNANDO FLORES GARCÍA,
*Director Técnico de la Revista
de la Facultad de Derecho.
U.N.A.M.. México.*

INDICE GENERAL DEL TOMO XXXII

AÑO 1979

TOMO XXXII - FASCICULO III - SEPTIEMBRE - DICIEMBRE

Páginas

SECCION DOCTRINAL

<i>Criterios y perspectivas de la codificación penal</i> , por Manuel López-Rey y Arrojo, LL. D.	551
<i>Autoría y participación en el Código penal vigente y en el futuro Código penal</i> , por José Cerezo Mir	567
<i>Cárceles españolas comunes y militares y sus sustitutivos</i> , por Antonio Beristain	583
<i>La significación del resultado en los delitos culposos en el Derecho penal español</i> , por Alfonso Guallart y Viala	617
<i>La supuesta función resocializadora del Derecho penal: utopía, mito y eufemismo</i> , por Antonio García-Pablos de Molina	645
<i>El no reintegro de cantidades anticipadas para construcción de viviendas como modalidad de apropiación indebida</i> , por Lorenzo Morillas Cueva	701

SECCION LEGISLATIVA

<i>Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria</i> («Boletín Oficial del Estado» de 5 de octubre de 1979)	725
<i>Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y Trasplante de órganos</i> («Boletín Oficial del Estado» de 6 de noviembre de 1979)	750

CIRCULARES Y CONSULTAS DE LA FISCALIA DEL T. S.

a) Circulares:

<i>Circular núm. 1/1978</i>	753
<i>Circular núm. 2/1978 sobre persecución del delito fiscal</i>	754
<i>Circular núm. 3/1978 sobre visitas a prisiones</i>	758
<i>Circular núm. 4/1978 sobre prisiones preventivas e inspección de sumarios</i>	760
<i>Circular núm. 5/1978 sobre la Ley 46/1978, de 7 de octubre, por la que se modifican los delitos de estupro y rapto</i>	762
<i>Circular núm. 6/1978 sobre inspección de procedimientos penales</i>	765
<i>Circular núm. 7/1978 sobre el Ministerio Fiscal ante la Constitución.</i>	768
<i>Circular núm. 8/1978 sobre las reformas introducidas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal por la Ley 53/1978, de 4 de diciembre, y su relación con la 56/1978, de la misma fecha</i>	777

b) Consultas:

<i>Consulta núm. 1/1978. Abono de tiempo de permiso concedido a un penado no reintegrado a la prisión</i>	784
<i>Consulta núm. 2/1978. Intervención del Fiscal en los procesos por calumnias o injurias con publicidad</i>	785
<i>Consulta núm. 3/1978. Aplicación del indulto de 14 de marzo de 1977.</i>	786
<i>Consulta núm. 4/1978. Situación procesal de causa con varios procesados, en la que uno de ellos se encuentra preso en el extranjero</i>	788
<i>Consulta núm. 5/1978. Extraterritorialidad de la Ley Penal española en relación con un delito de aborto cometido en Francia</i>	789
<i>Consulta núm. 6/1978. Determinación de la gravedad de las penas a efectos de aplicación del párrafo segundo del artículo 71 del Código Penal</i>	791
<i>Consulta núm. 7/1978. Intervención en el proceso penal de los aseguradores de riesgos en el uso y circulación de vehículos de motor</i>	793

SECCION DE JURISPRUDENCIA

<i>Jurisprudencia penal, por Alfonso Serrano Gómez</i>	797
---	-----

REVISTA DE LIBROS	819
---------------------------------	-----

NOTICIARIO	831
--------------------------	-----

<i>Cárceles españolas comunes y militares y sus sustitutivos</i> , por Antonio Beristain	583
<i>La significación del resultado en los delitos culposos en el Derecho penal español</i> , por Alfonso Guallart y Viala	617
<i>La supuesta función resocializadora del Derecho penal: utopía, mito y eufemismo</i> , por Antonio García-Pablos de Molina	645
<i>El no reintegro de cantidades anticipadas para construcción de viviendas como modalidad de apropiación indebida</i> , por Lorenzo Morillas Cueva	701

Sección Legislativa

<i>Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria</i> («Boletín Oficial del Estado» de 5 de octubre de 1979)	725
<i>Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y Trasplante de órganos</i> («Boletín Oficial del Estado» de 6 de noviembre de 1979)	750

CIRCULARES Y CONSULTAS DE LA FISCALIA DEL T. S.

a) Circulares:

<i>Circular núm. 1/1978</i>	753
<i>Circular núm. 2/1978 sobre persecución del delito fiscal</i>	754
<i>Circular núm. 3/1978 sobre visitas a prisiones</i>	758
<i>Circular núm. 4/1978 sobre prisiones preventivas e inspección de sumarios</i>	760
<i>Circular núm. 5/1978 sobre la Ley 46/1978, de 7 de octubre, por la que se modifican los delitos de estupro y rapto</i>	762
<i>Circular núm. 6/1978 sobre inspección de procedimientos penales</i>	765
<i>Circular núm. 7/1978 sobre el Ministerio Fiscal ante la Constitución</i>	768
<i>Circular núm. 8/1978 sobre las reformas introducidas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal por la Ley 53/1978, de 4 de diciembre, y su relación con la 56/1978, de la misma fecha</i>	777

b) Consultas:

<i>Consulta núm. 1/1978. Abono de tiempo de permiso concedido a un penado no reintegrado a la prisión</i>	784
<i>Consulta núm. 2/1978. Intervención del Fiscal en los procesos por calumnias o injurias con publicidad</i>	785
<i>Consulta núm. 3/1978. Aplicación del indulto de 14 de marzo de 1977</i>	786
<i>Consulta núm. 4/1978. Situación procesal de causa con varios procesados, en la que uno de ellos se encuentra preso en el extranjero</i>	788
<i>Consulta núm. 5/1978. Extraterritorialidad de la Ley Penal española en relación con un delito de aborto cometido en Francia</i>	789
<i>Consulta núm. 6/1978. Determinación de la gravedad de las penas a efectos de aplicación del párrafo segundo del artículo 71 del Código Penal</i>	791
<i>Consulta núm. 7/1978. Intervención en el proceso penal de los aseguradores de riesgos en el uso y circulación de vehículos de motor</i>	793

Sección de Jurisprudencia

<i>Jurisprudencia penal</i> , por Alfonso Serrano Gómez	797
---	-----

Revista de Libros	819
--------------------------	-----

Noticario	831
------------------	-----

Suscripción anual: España, 2.250 pesetas
Extranjero, 2.400 pesetas

Número suelto, España, 900 pesetas
Extranjero, 1.100 pesetas