

ANUARIO
DE
DERECHO PENAL
Y
CIENCIAS PENALES

TOMO XXXIII
FASCICULO II



MAYO-AGOSTO
MCMLXXX

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 IPIÑA
Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de San Sebastián

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

INDICE

Páginas

SECCION DOCTRINAL

- Análisis político-criminal del Proyecto oficial del Código penal español, por Manuel López-Rey y Arrojo* 313
- Inobservancia de los principios básicos y reglas establecidos en la parte general del proyecto de 1980 en su parte especial, con algunos otros defectos sobresalientes de ésta, por José María Rodríguez Devesa ...* 337

ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

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

Periodicidad: CUATRIMESTRAL.

Precio de suscripción: España, 2.250 ptas. Extranjero, 2.400.

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

Primer fascículo aparecido: Enero-abril 1948.

Ultimo fascículo aparecido: Enero-abril 1980.

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 XXXIV
FASCICULO II**



**MAYO-AGOSTO
MCMLXXX**

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

Análisis político criminal del Proyecto oficial de Código penal español

Profesor MANUEL LOPEZ-REY Y ARROJO, LL.D. (1)

I. INTRODUCCION

El presente es un análisis sociopolítico, juridicopenal y criminológico del Proyecto de Ley Orgánica de Código penal publicado en el «Boletín de las Cortes Generales», núm. 108-I del 17 enero 1980. Dicha Ley Orgánica se basa esencialmente en el Anteproyecto preparado por cuatro miembros de una subcomisión de la Comisión General de Codificación. Temo que contrariamente a lo que la Exposición de dicha Ley dice el Proyecto no ha sido democráticamente preparado ni se inspira en los postulados de la moderna política criminal. Tampoco constituye una innovación sino continuación de superadas concepciones penales y no corresponde a las exigencias penales de la España actual y de su futuro inmediato (2).

II. OBSERVACIONES PREVIAS

La afirmación de la que la función penal pertenece al Estado y de que en España existe una democracia orgánica, no justifican la preparación sigilosa del Proyecto y que antes de ser enviado al Legislativo no fuera sometido a una información pública a nivel nacional y regional. Si, según la Constitución, 1978, la Justicia emana del Pueblo, la formulación del Proyecto debería haber sido objeto

(1) Antiguo juez de Instrucción, catedrático de Derecho penal y miembro de la Comisión Jurídica Asesora, España; jefe de la Sección de las Naciones Unidas sobre Prevención del Crimen y Justicia Penal y asesor, 1946/1965; *Visiting Fellow*, Instituto de Criminología, Cambridge, Inglaterra, 1966/1980; miembro del Comité de las Naciones Unidas sobre Prevención del Crimen y Justicia Penal.

(2) Específica información sobre el «procedimiento» seguido puede hallarse en *Derecho Penal Español*. Parte General, en la Introducción séptima edición, Madrid 1979 y *Derecho penal español, Parte Especial Suplemento a la séptima edición*, Reformas hasta 31 diciembre 1980, Madrid 1980, por José M. RODRÍGUEZ DEVESA, y *Criterios y perspectivas de la Codificación penal*, por M. LÓPEZ-REY, en «Estudios Penales y Criminológicos», III, Santiago, y en ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES, Madrid 1979.

de examen previo por las organizaciones obreras, sindicales, patronales, profesionales, científicas, religiosas, culturales, etc., a los dos niveles indicados. A estudios de catedráticos y a Memorias de la Fiscalía General del Estado, sin especificación alguna, se ha referido uno de los cuatro autores del anteproyecto —«El País», 4 enero 1980—. La exposición del Proyecto no menciona ninguno. Según otro miembro del grupo redactor «habiéndose designado en abril 1978 la ponencia para la redacción del anteproyecto, en agosto del mismo año se había ya redactado la Parte General». Si se tiene en cuenta que los cuatro redactores tienen cargos y actividades profesionales continuas no sería osado presumir que tal elaboración se había llevado a cabo en menos de dos meses de trabajo. Tal celeridad, prometida de antemano por uno de los miembros del cuatorvirato, no puede admitirse habida cuenta de que en todo país, capitalista o socialista, el Código penal es el instrumento del Poder más importante (3).

La transición de un período de casi cuarenta años de dictadura franquista señalada por varios catedráticos de Derecho penal, entre ellos uno de los cuatro autores del anteproyecto (4), con frecuente abuso del sistema penal exigía una evaluación previa de dicho sistema y amplia consulta pública antes de preparar el Proyecto publicado. Ello habría significado mantener el proceso democrático en curso y operacionalmente dejar de lado el procedimiento gubernamental de comisiones codificadoras.

A fuer de objetivo señalaré que la necesidad de una previa evaluación y sometimiento a la opinión pública, fue ignorada en otra transición histórica cuando tras la reforma penal de 1932 se manifestó «que el Código penal verdaderamente nuevo sería sometido a la conciencia técnica del país y al Parlamento». Por tal conciencia se estimaba la primacía de la llamada teoría técnico-jurídica del delito, resistida por algunos miembros de la sección penal de la Comisión Jurídica Asesora. En términos generales, puede decirse que en todo tiempo la técnica no ha mostrado gran conciencia y que por lo común ignora al Pueblo. La institución parlamentaria sin duda le representa, pero esa representación no basta cuando la transición histórico político es de la magnitud de las dos aquí mencionadas. No debe olvidarse tampoco que salvo casos personales, desde su creación, en los años 40 del siglo XIX, la actuación de las comisiones codificadoras ha sido de una extrema docilidad a los Ministerios de Gracia y Justicia existentes. Las reformas de los códigos penales a partir de dicha década raramente pueden estimarse como liberales. Las excepciones que, con todo, exigen un examen que aquí no

(3) V. M. LÓPEZ-REY, *La justicia penal y la política criminal en España*, Instituto de Criminología, Universidad Complutense, Madrid, 1979, particularmente la Introducción y Sección I.

(4) V. *Introducción a la Parte General del Derecho penal español*, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid 1979, por ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG.

puede hacerse son las de 1870 y la de 1932 (5). El abuso de poder en la reforma penal española es la característica predominante. El pagano ha sido siempre el Pueblo español a nivel nacional y regional. Ello explica en gran parte que la clientela del sistema penal haya estado y esté constituida aún casi exclusivamente «por los de abajo» según puse de manifiesto en mi trabajo citado en la nota 3. Sin duda, el Proyecto ha tratado en algunos aspectos reducir el ámbito de dicha clientela, particularmente con la innovación de los llamados delitos contra el orden económico. Ya veremos más adelante si la innovación cumple tal propósito.

III. LA EXPOSICION DE MOTIVOS

El examen de las Exposiciones de Motivos de los códigos y reformas penales españolas es deprimente cuando comparado con la situación de la ciencia penal española existente cuando se redactaron unos y otros. Lo frecuente es hallar un buen número de más o menos brillantes generalidades, referencia eruditas a la legislación extranjera sin adentrarse a cómo tales legislaciones funcionaban en los países aludidos y sin un examen siquiera somero de la realidad nacional en general y de la criminal en particular. La Exposición del Proyecto de 1980 es, habida cuenta de la transición historicopolítica apuntada y de que en las casi postrimerías del siglo xx no puede seguir sustentándose un derecho penal esencialmente dogmaticojurídico, la más deprimente de todas.

El análisis de dicha Exposición muestra:

a) Referencias al liberalismo, a la legislación escandinava, al Estado de Derecho, al bien jurídico, a la protección penal del mismo, al principio de culpabilidad, a la función preventiva de la pena, a que ésta como castigo ha de guardar proporción con la gravedad del delito, a la peligrosidad del criminal, al sistema dualista de pena-medida de seguridad, etc. Se menciona a Beccaria y a su principio de que «el mayor freno de los delitos no es la crueldad de las penas, sino su infabilidad» que si aceptable en el siglo xviii y comienzos del xix, no lo es en las últimas décadas del xx. La Memoria mencionaba a Ihering y Savigny. Si se dejan de lado las referencias a las «innovaciones» relativas a la libertad sexual, al orden económico y alguna otra, el lector del tal Exposición podría creerse transportado a lo que se proclamaba hace cien años y en otros cincuenta. Sin duda, el liberalismo es respetable, pero difícilmente

(5) A detalles de la limitada excepción de 1870 me he referido varias veces en escritos y conferencias. En *Historia de España del siglo xix*, tomo IV, 1902, de F. PÍ Y MARGALL y P. ARSUAGA, hay algunos que confirman dicha limitación y como el término liberalismo, cuando referido a las reformas penales españolas es extremadamente sospechoso, particularmente cuando usado gubernamental o ministerialmente. La publicidad de la reforma de 1932 fue relativa. Puede en parte disculparse en cuanto se limitó a reformar el Código penal vigente.

puede estimarse como «substratum» político para un llamado código penal moderno de finales del siglo XX y tras las cuatro décadas citadas.

b) No se halla una sola mención, siquiera estadística, a la extensión, características y tendencias de la criminalidad en España que cuando menos expliquen la criminalización-descriminalización-despenalización llevada a cabo. Existen sí, frases como éstas: reformas de profundidad, nuevas realidades sociales, comportamiento desviado, intervención mínima, evolución de la moral sexual, reanudar la trayectoria liberal y otras que recuerdan las generalidades que se oyen en una tertulia penal pero que no son expresión de una indagación de la realidad socioeconómica y política del país y menos aún de una correlación entre política criminal y política del desarrollo a nivel nacional y regional. Como disculpa podría argüirse que las estadísticas criminales policiales en España no se publican y que los *Datos y Cifras*, 75/78, publicados por el Ministerio del Interior, que se refieren sólo a tres categorías de delitos convencionales no pueden estimarse como tales. Cabe replicar que los datos policiales existen pero si el grupo redactor o el Ministerio de Justicia se han servido de ellos no existe rastro de tal utilización en la Exposición de Motivos ni en el Proyecto. Tampoco de las estadísticas judiciales y penitenciarias, que son publicadas y que en muchos aspectos merecen plácemes y que son indispensables en el estudio del triple proceso mencionado.

c) La Exposición afirma que el Proyecto se apoya en los postulados de una moderna política criminal que no aparecen siquiera delineados. No puede estimarse como tal la readaptación o reinserción del delincuente, lo que no significa que se la deje de lado cuando procedente, pero ciertamente ni dicha política ni el sistema penal de ella derivado pueden tener hoy día como finalidad esencial tal readaptación o reinserción que por otra parte difícilmente se aviene con el errático uso que se hace de la sanción de fin de semana y del sistema de días-multa. Tampoco lo es el principio de culpabilidad y la consiguiente exclusión del *versare in re illicita*. Menos aún, la afirmación de que el derecho penal aspira a conseguir un mínimo de convivencia. Con la criminalidad, particularmente con la de los de arriba, señaladamente, la oficial y semi-oficial, se ha convivido siempre y lo mismo acaece con una parte de la común. No es cierto tampoco que el derecho penal interviene sólo cuando otros remedios resultan insuficientes. Un buen número de delitos contra los derechos humanos, para citar sólo un ejemplo, acreditan lo contrario. Tampoco es la función del derecho penal la protección de bienes jurídicos concepto anticuado y confuso. La confusión se evidencia una vez más en las discusiones que tuvieron lugar en el Congreso y Senado sobre las reformas penales llevadas a cabo en 1978 y examinadas certeramente por Rodríguez Devesa. La confusión fue manifiesta en el campo socialista. Los postulados:

de la política criminal contemporánea y del inmediato futuro se hallan estrechamente relacionados con el mantenimiento de los derechos humanos y los aspectos fundamentales del desarrollo según ha puesto repetidamente de manifiesto la política criminal de las Naciones Unidas e incluso el Consejo de Europa. No es ésta ocasión de repetir las aquí. Han sido sistematizadas por quien escribe en su obra citada en la nota 3 y más detalladamente en su *Criminología*, II, Madrid 1978, particularmente en el capítulo XII. Baste decir que la moderna política criminal exige evaluación previa del sistema penal y subsiguiente planificación y ninguna de las dos aparecen siquiera citadas en la Exposición o en la Memoria. La planificación es ignorada si se tiene en cuenta que el sistema penal se estima aún gubernamentalmente como uno de partes linealmente concebidas soldadas ministerialmente y no como un todo. Tal enfoque explica pero no justifica que la ley penitenciaria se lleva a cabo separadamente y sin previa evaluación del subsistema penitenciario español, que la ley orgánica del poder judicial penal militar sea objeto de estudio aparte y que el Código penal que se presenta sea el producto de un grupo por demás reducido y que ahora se proceda separadamente a la «confección» del procedimiento penal en la que al parecer la Policía judicial queda también sometida al Ministerio público, criterio iniciado por el código fascista italiano e imitado por algunos códigos procesales en Argentina y otros de corte dictatorial. En los códigos procesales democráticos se concede a dicha Policía una cierta autonomía y depende de la autoridad judicial. No existe coordinación preparatoria que es el mínimo que exige la consideración del sistema penal como un todo en el cual lo judicial, aunque importante, no puede ya estimarse el emblema del mismo.

Sin duda, el Proyecto refleja una serie de esfuerzos que en ciertos aspectos merecen encomio, pero en la trayectoria democrática de la España actual que es preciso ensanchar y afirmar, el procedimiento llevado a cabo para redactarlo es negación de tal ensanchamiento y reforzamiento. Podría decirse que su recuperación es una continuidad de procesos de clandestinidad que el Presidente del Gobierno dijo certera y claramente deben darse por terminados (6).

Conforme a la publicación hecha, el Proyecto es una Ley Orgánica. Ahora bien, la pluralidad de los partidos y de la opinión pública a que se refiere la Constitución no se hallan representados siempre en el Parlamento y por tanto, el artículo 66 de aquélla no ha de entenderse en términos absolutos, sino relativos en consonancia con otros preceptos y exigencias históricas y la enorme importancia que como instrumento de poder tiene, como ya dije, el Código penal (7). Las leyes orgánicas, según el artículo 81 de la

(6) V. *Mensaje del Presidente del Gobierno al Pueblo español*, Televisión Española, Madrid 1977.

(7) La correlación entre *Criminalidad y abuso de poder* será objeto de:

«Constitución se refieren a los derechos fundamentales y a las libertades públicas que son afectados extensamente por el Código penal, cuya protección esencial no es la del Estado, sino la de la Comunidad nacional constituida por una serie de comunidades regionales. Si la legislación penal y la «administración de justicia», son de competencia exclusiva del Estado éste ha de entenderse no monolítica sino pluralísticamente dentro de una unidad nacional. Si a ello añadimos que el sistema penal constituye un todo y no simplemente un conjunto de partes es obvio que la policía, cuya función primordial es la seguridad pública, en gran parte protegida por el Código penal, y es componente esencial del sistema penal, la conclusión es que si, según el artículo 149, apartado 29, las comunidades autónomas pueden organizar funciones policiales, las mismas han de pronunciarse previamente, al igual que la opinión pública, sobre el Proyecto. Dicho pronunciamiento no cabe identificarle con el que pueden hacer el Congreso y el Senado como representantes de una «democracia orgánica» cuya capacidad en lo penal, si hemos de estar a las discusiones sobre reformas penales, no puede estimarse, con el respeto que merecen, como alentadoras. En suma, la opinión pública debidamente consultada no puede ser reemplazada por la formación profesional de profesores de derecho penal, jueces, magistrados, fiscales, abogados y funcionarios ministeriales tras casi cuarenta años de dictadura.

IV. ESTRUCTURA, CRIMINALIZACION Y PENALIDADES

Las tres áreas se hallan estrechamente enlazadas. La primera es expresión sistemática de la política criminal derivada de los procesos de criminalización y penalización.

La criminalización debe ser reducida al mínimo y formulada en forma flexible a fin de adaptar la función penal a cambios sociopolíticos que la ley penal debe prever. Debe tenerse en cuenta que las llamadas nuevas formas de la criminalidad no significan nuevos delitos y sí, las más de las veces, el empleo de modernos medios para llevar a cabo los ya existentes. Terrorismo, tortura, delitos contra la riqueza nacional, vandalismo o gamberrismo y muchos más no significan nuevas formas de criminalidad. En la reunión del Comité de las Naciones Unidas sobre Prevención del Crimen y Justicia Penal, Ginebra 1974, al que asistí, se puso de manifiesto que las llamadas nuevas formas de criminalidad eran mayormente modernas modalidades de comisión. Como dije hace años, en el amor y la criminalidad no hay nada nuevo. Debe pues evitarse transfor-

discusión en el próximo VI Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Crimen y Tratamiento del Delincuente, Caracas 1980. Habiendo actuado como consultor puedo decir, sin indiscreción, que una de las formas de abuso de poder es la llevada a cabo en la formulación y adopción de los códigos penales y de las reformas penales.

mar modalidades de ejecución en nuevos tipos penales, aumentando así la casuística penal y con ello el bizantinismo dogmático o tecnic jurídico (8).

La criminalización debe reflejar tanto como posible los aspectos fundamentales del desarrollo socioeconómico, político, cultural, religioso, etc., del país correspondiente y no sólo teorías juridicoponales, jurisprudenciales o criminológicas. Criminalizar o descriminalizar debe ser el resultado de una investigación penal y criminológica que sólo ahora en España se inicia en algunos centros, departamentos o institutos de derecho penal y criminología y en el Programa de Investigaciones Criminológicas del Centro de Investigaciones Sociales. Sería de desear que entre todos ellos se diera una coordinación y planificación de actividades más amplia que la actual a efectos de una auténtica política criminal y que ahorrara esfuerzo, tiempo y dinero.

Como manifestación efectiva de la política criminal, la criminalización-descriminalización requiere una previa evaluación del sistema penal, es decir de su estructura, coordinación, rendimiento, efectividad y organización que no se ha hecho aún en España y que era y es esencial al iniciarse el régimen democrático. Instrumento esencial, pero no único, de dicha evaluación es el uso, interpretación y proyección de las estadísticas criminales señaladamente las policiales. La evaluación y subsiguiente criminalización-descriminalización implica el uso de proyecciones, cálculo de probabilidades, correlaciones con el desarrollo, compensación a las víctimas del delito, mayor responsabilidad judicial-ministerio público e implementación de la justicia social penal como *ratio essendi* de la función penal que el Estado ejerce por delegación de la Comunidad nacional.

La penalización exige análogas actividades ya que se halla estrechamente unida a la criminalización y descriminalización. La política criminal moderna demanda un sistema de sanciones o medidas penales en las que la pena y la medida de seguridad están fundidas y no separadas y una auténtica individualización que es negada cuando apodícticamente y a ojo de mal o buen cubero se asigna a continuación de cada conducta criminal una sanción determinada. Tal procedimiento no provee siquiera la garantía penal que ofrece. En suma, la sanción penal no puede seguir dosificándose como hace aún el Proyecto que encubiertamente, aunque en menor medida, sigue manteniendo el sistema de grados y cantidades de pena del vigente Código penal al establecer que la misma puede aumentarse o disminuirse en la mitad superior o inferior, aumentarse en un grado, que no puede bajar de la mitad superior o en la mitad del máximo y otras que contradicen abiertamente la pretensión de haberse seguido una política criminal moderna. Tales y semejantes mediciones *a priori*

(8) Sobre uno y otro v. mi *Criminología*, citada, II, pp. 8-10.

de la sanción carecen de fundamentación y constiuyen una especie de lotería penal. ¿En qué criterios se han basado los distinguidos cuatro miembros redactores y el Ministerio de Justicia para establecer, incluso respecto a un mismo delito, las diversas cantidades de la pena? ¿Existe alguna evaluación previa que determine en qué relación se hallan tales cantidades y la proclamada readaptación del delincuente? ¿Se hizo algo en el mismo sentido con el sistema de escalas del vigente Código penal? ¿Se cree sinceramente que se puede seguir manteniendo tan arbitrario sistema que no ofrece realmente garantías y es sólo continuación de una prestidigitación en la aplicación de sanciones? (9).

a) *Estructura.* El Título Preliminar es innecesario y aumenta injustificadamente el articulado del Código penal. No hay necesidad alguna de referirse a la norma penal sobre la cual no existe precepto alguno. Su mención es otro residuo de la anticuada concepción «Bindingniana» del Derecho penal que no puede construirse ya técnicamente conforme a tesis lógico-abstractas y a una filosofía juridicopenal superada. El derecho penal no se ocupa de normas, sino de intereses y fines estrechamente relacionados con el desarrollo del país conforme a una preservación de los derechos humanos individual y colectivamente concebidos. La formalista dogmaticajurídica pertenece al pasado y tiene hoy un valor instrumental muy limitado.

Los artículos 8 al 14 podrían haberse reducido a dos o tres con una correcta interpretación de la jurisdicción penal transnacional de la que existen buenos antecedentes y de la que se han ocupado las Naciones Unidas y aun el Consejo de Europa. Como disculpa cabría decir que de una y otro, España ha estado incomunicada y dicha incomunicación es manifiesta en el Proyecto. El artículo 15 es innecesario, pues se refiere a reglas de interpretación general. El artículo 16, siguiendo una vieja tradición española de dar primacía a las leyes penales especiales, entre ellas las militares, permite que tal legislación puede elaborar su propia Parte General o Título Preliminar dando al traste no sólo con las garantías prometidas, sino con el principio de igualdad penal ante la ley. Ya en 1943 cuando redacté el proyecto oficial de Código penal para Bolivia establecí que la Parte General era de obligatoria aplicación por las leyes penales especiales. De nada sirve ufanarse del principio de culpabilidad si, en fin de cuentas, este Título permite legalmente que las leyes penales especiales se lo salten a la torera.

b) *Criminalización.* El Libro II comienza, considerándolo

(9) La jurisprudencia y las peticiones fiscales tienen escaso valor como fundamentación de la dosificación criticada, particularmente cuando una y otra se originan bajo regímenes dictatoriales. V. mis observaciones sobre esto y cuestiones conexas en *The Planning of Criminal Justice with special reference to the Judiciary*, en *An Approach to Social Defence Planning*, New York, United Nations, 1972.

como novedad, con los delitos contra las personas, criterio seguido por otros códigos penales hace ya mucho tiempo. Hoy día, la dualidad persona-Estado a efectos de criminalización es anticuada. Debe reemplazarse por la estructuración hecha por la Constitución nacional. Conforme a la española, lo lógico hubiera sido comenzar con los delitos contra la Comunidad española cuyos elementos esenciales son, según la Constitución, el pueblo español, la unidad nacional, la autonomía de las diversas nacionalidades y regiones y su solidaridad, los derechos y deberes de los españoles, la protección del desarrollo nacional del que es parte la economía y la protección de la comunidad internacional e intereses transnacionales. El orden de títulos del Proyecto puede ser novedoso pero no corresponde a la sistemática exigida por la Constitución. En consecuencia y contrariamente a lo que dice la Exposición, la estructura del Proyecto es sustancialmente la del Código penal vigente. El título *Delitos contra la vida y la integridad corporal*, implica lógica sociopolítica y jurídicopenalmente que el aborto debe ser prohibido salvo casos de auténtico estado de necesidad. Todo feto significa vida que es preciso proteger. El viejo título de *Delitos contra las Personas* permitía más fácil solución respecto a la eutanasia, transplante de órganos, aborto y otros supuestos que no puedo examinar aquí. Persona y vida, aunque estrechamente enlazados, son sociopolítico y jurídicopenalmente dos conceptos diferentes con distintas repercusiones.

Tampoco se justifica que el viejo título *De las Falsedades* sea reemplazado por el de *Delitos contra la Fe pública*. ¿En qué consiste ésta? ¿Es realmente un bien jurídico? ¿Cabe hablar de dicha fe refiriéndose prácticamente a toda clase de firmas, estampillas, sellos, marcas, etc.? ¿La merecen los sellos de correos o telégrafos? ¿Es la falsificación y circulación de moneda falsa un delito contra la economía nacional o contra la fe pública?

Como moderno se introduce el título de *Delitos contra la libertad sexual*. Esta no existe como tal en países capitalistas o socialistas. Tampoco es un bien jurídico como manifestaron algunos «padres de la patria» en las confusas discusiones parlamentarias particularmente en las intervenciones de los socialistas, a éstos conviene recordarles que en los países que se inspiran o dicen inspirarse en el socialismo la libertad sexual no existe. La descriminalización o modificación de ciertos delitos sexuales no significa la aparición de una libertad sexual que para algunos consiste en confundir la tolerancia o admisibilidad de la pornografía, promiscuidad, homosexualismo, bestialismo e incesto con su legitimidad. Como señala certeramente Rodríguez Devesa, el que el incesto sea frecuente entre animales y se diga no da lugar a perjuicio alguno difícilmente puede admitirse como argumento válido respecto a la sociedad humana que se rige y actúa, afortunadamente aún, no sólo por instintos. En realidad la invención libertaria del Proyecto es más aparente que real y lo que funda-

mentalmente se tiene en cuenta es la honestidad a la que se refiere en varias ocasiones el propio Título III. No debe olvidarse tampoco que, criminológicamente, la expresión delitos sexuales no tiene justificación, pues un buen número de ellos no se hallan sexualmente motivados.

En la actualidad existe una marcada tendencia a la mayor penalización de la violación, que no ha de entenderse solamente referida a la mujer. Las discusiones en la Asamblea Nacional Francesa sobre la reciente ley sobre la violación —febrero 1980— muestran que no cabe hoy hacer una categoría especial de delitos sexuales y sí simplemente de hablar de delitos contra las personas.

El Proyecto incluye como novedades criminalizadoras los delitos contra el orden socioeconómico, la Constitución y la comunidad internacional. De algunos me ocupo más adelante. Sigue usando la desacreditada expresión de delitos contra la personalidad del Estado que política y psicológicamente no tiene razón de ser. Los cometidos contra la paz o independencia del mismo y los de traición tampoco tienen que ver con dicha personalidad.

El Proyecto supera en artículos al Código penal vigente de suyo uno de los más extensos. Tiene 688 artículos, de ellos 502 en la Parte Especial que contienen no menos de 1.500 modalidades delictivas. ¿Cabe justificar tan extensa criminalización en parte artificialmente creada por un casuismo decimonónico y un escaso conocimiento de lo que debe entenderse por criminología y política criminal? Podrían haberse excluido una serie de modalidades que se refieren al uso de medios, existencia de circunstancias, etc., que han de cambiar y que muestran que la índole providencialista de la ley penal, a menudo basada en una jurisprudencia anticuada, no tiene razón de ser. Las definiciones relativas a la usurpación, defraudaciones, usura, casas de préstamo, suposición de parto, insolvencia punible, infracciones a la propiedad industrial y muchas otras podrían haberse suprimido o simplificado. La multiplicidad casuística de los delitos contra la Constitución, con no menos de 63 artículos carece de justificación sociopolítica, penal, criminológica y técnica. Los delitos contra la comunidad internacional no se hallan a la altura de una concepción actual de la misma. El delito de genocidio no precisaba el casuismo de que es objeto con una distribución apodíctica de sanciones. Nuevamente aquí las referencias a la pena superior en grado son usadas.

¿Se justifica la criminalización de los juegos ilícitos, de los *delitos contra el estado civil* y los de usura? Conforme a las Estadísticas Judiciales, 1977, sus respectivos porcentajes de los delitos conocidos por los juzgados de instrucción y audiencias provinciales fueron 0,01 por 100 para los dos primeros y 0,003 por 100 para los últimos. Ciertamente, los porcentajes de delitos que llegan a los jueces y audiencias no son los índices únicos para llevar a cabo la criminalización, pero dada la falta de estadísticas criminales policiales y las proyecciones respecto a cifras oscuras

que las mismas permiten, la conclusión es que la presentación del Proyecto como uno de los códigos penales más modernos o avanzados, es mera presunción oficial y profesional.

Cabe también preguntar, dada esa pretendida modernidad, por qué las faltas no han sido excluidas del área penal. En 1977 se incoaron 487.618 juicios de faltas que dieron lugar a 223.155 sentencias, de las cuales el 43 por 100 fueron absolutorias. Aun habida cuenta de que las cifras de un año no son suficientes, probablemente casi el 60 por 100 de los casos incoados por faltas no dieron lugar a condena alguna. El concepto de delito en miniatura otorgado a la falta no se justifica hoy y lo procedente hubiera sido pasar las faltas, como tales miniaturas o meras contravenciones administrativas, municipales o de orden público, a las jurisdicciones regionales.

Las faltas o contravenciones penales han sido excluidas ya de algunos códigos penales, entre ellos el de Bolivia. El Proyecto, pese a haber reducido las faltas, contiene no menos de sesenta modalidades diferentes, entre ellas cometer hurto de leña, hojas, entrar en heredad ajena, atravesar plantíos, participar en juegos de azar, infringir reglas de policía respecto al abastecimiento, manchar estatuas, infringir levemente las disposiciones sanitarias, arrojar animales muertos a las calles, arrojar piedras o agua, etc. ¿Constituye esto y más que puede decirse «postulados modernos» de política criminal?

c) *Penalización.* Es una de las cuestiones más difíciles de resolver y ello explica las generalidades que se escriben sobre ella y las repetidas referencias a la readaptación, resocialización, reincorporación, reeducación y demás en parte mencionadas en la Exposición y desenvueltas en el Proyecto. La dicotomía pena-medida de seguridad, aun reducida ésta a las postdelictuales es un residuo positivista-defensista que no puede hoy sostenerse particularmente cuando se basa la primera en el castigo y la segunda en la peligrosidad como hace el Proyecto. El reciente Simposio sobre Peligrosidad, Louvaine-la-Neuve, 1979, puso de manifiesto que la peligrosidad como fundamento de una sanción o medida raramente se justifica.

El Proyecto dedica no menos de 25 artículos a las medidas de seguridad que comienzan como una especie de parte general para las mismas. El artículo 133 dice que guardarán proporción (sic) con la peligrosidad revelada y la gravedad de los hechos que probablemente el sujeto pueda cometer. Resulta difícil comprender y justificar tamaña medición y probabilidad que, sin embargo, se incorpora en un texto penal. Lo mismo cabe decir respecto a la retroactividad de dichas medidas, su enumeración, duración y aplicación en ciertos casos de atenuación de responsabilidad criminal.

El arresto de fin de semana, de uso bastante limitado en los países que lo adoptaron hace años, no se recomienda por el

solo hecho de ser una innovación en España. En 1977 algo más del 27 por 100 de los condenados por jueces y tribunales españoles lo fueron al arresto mayor, que es ahora substituido en gran parte por el fin de semana que se aplica también a las faltas. ¿Se ha hecho un cálculo aproximado, basándose en un período de cinco años cuando menos, de los que probablemente lo serán al arresto semanal? ¿En qué fundamentos se apoyan las «cantidades» que del mismo se pueden imponer todas ellas determinadas *a priori* por los redactores del Proyecto y el Ministerio de Justicia? Como ejemplos las mismas pueden variar entre los límites de seis a diez, doce, catorce o veinticuatro fines de semana; de siete a catorce y veinticuatro; de ocho a diez, doce, catorce y veinticuatro y de doce a veinte o veinticuatro.

Las variaciones de los días-multas son igualmente variadas e infundadas. Pueden ir de tres a seis, ocho, diez, doce y veinticuatro meses; de cuatro a ocho; de seis a doce o veinticuatro, etc. La suspensión o inhabilitación de actividad, función o cargo se manifiesta no menos variadamente y puede moverse entre seis a diez años; de ocho a dieciocho; de uno a tres; de seis meses a dos años; de seis a dieciocho años, de diez a veinte años, etc. La prisión se dosifica, entre otros casos, así: de seis meses a un año, un año, de un año a tres, cuatro o cinco años; de dos años a cuatro, cinco y seis años; de tres a cinco, seis y ocho años; de seis a doce; de ocho a doce o quince años; de diez a veinte, de doce a dieciocho; de quince a veinte o veinticinco y de veinticinco a treinta y cinco años.

Tal variedad de límites no está basada en una previa evaluación de la eficacia resocializadora de la sanción en relación con su variada duración. No tengo información de que dicha evaluación se llevara a cabo en España. La dosificación penal, típica del siglo XIX que cree en una resocialización que puede establecerse *a priori* y que se trata más tarde de corregir con el juez de ejecución de penas o de vigilancia, otra innovación del Proyecto, ha fallado y fallará vaya o no acompañada por la actividad de dicho juez cuyos resultados en Italia y Francia no han contribuido a dicha resocialización. Aquí también se efectúa una importación penitenciaria tardía sin antes adentrarse en los resultados obtenidos.

¿No hubiera sido preferible ir a una auténtica individualización de la sanción penal mediante un verdadero arbitrio judicial que permitiera la apreciación individual-social de las circunstancias de cada caso dentro de amplios límites mínimo y máximo sin dosificaciones previas? Toda dosificación refleja un afán punitivo lógico-abstracto. ¿Se ha de seguir empíricamente dosificando la sanción penal que en casi el 90 por 100 de los casos recae en los de abajo? Un análisis de las Estadísticas Judiciales y de las Memorias de la Dirección de Institutos penales muestra que la amplitud de dicha clientela no se justifica criminal ni socioeconómicamente

y que existe una criminalidad de los de en medio y los de arriba que apenas llega en España al sistema penal. Confieso no conocer se hayan llevado a cabo en aquélla estudios sobre sentenciología. y mis esfuerzos para hallar información sobre ellos, incluso en la Escuela Judicial, no dieron resultado alguno.

¿Dónde pasarán el arresto de fin de semana los así condenados? ¿Cómo podrá cumplirse en dos días la función readaptadora asignada aún a la sanción penal en dos días? ¿Qué contribución terapéutica hará el trabajo penitenciario estando los talleres cerrados? ¿Se organizarán otros o se creará un trabajo adecuado por los «semaneros»? ¿Existen facilidades en las instituciones locales, regionales, provinciales, etc., para que un buen número de miles de los mismos se beneficien de la llamada función resocializadora de la pena? ¿Se dedicará a los así arrestados a ciertas operaciones de limpieza, que probablemente serán rehusadas por ellos como aconteció y acontece aún en los países en que dicho arresto se usa? ¿No constituyen tales arrestos una ficción, particularmente como acontece en varios países europeos cuando un buen número de los así sentenciados se presentan en las instituciones en estado de embriaguez y van a la prisión a «dormirla»? ¿Si una persona es condenada a doce, veinte, treinta o más finales de semana no implica tal sanción una inmovilización individual, profesional y familiar más seria que el cumplimiento de dos meses de arresto? Una condena de veinticuatro fines de semana supone una inmovilización periódicamente repartida durante casi seis meses. Si tal arresto llega a los cuarenta finales de semana, la inmovilización se acercaría a los diez meses.

La pena corta privativa de libertad fue objeto de extensa crítica en los años 50 y por ello fue ampliamente discutida en el Congreso de las Naciones Unidas, Londres 1960. Al mismo se sometieron informes por la Secretaría y expertos que fueron examinados. Los países escandinavos se mostraron los más críticos de dichas penas. Con todo, se admitió que podrán cumplir una finalidad readaptadora debidamente organizadas. El tema fue nuevamente examinado por el Comité de las Naciones Unidas sobre Prevención del Crimen y Justicia penal, Ginebra 1974, pues la información existente indicaba que se habían dado ciertos cambios respecto a la conveniencia o no de las penas cortas privativas de libertad. El delegado finlandés, refiriéndose a los países escandinavos, se manifestó enérgicamente a favor de dichas penas alegando que la situación en dichos países había cambiado. El examen de las estadísticas penitenciarias suecas —*Kriminalvarden*— lo acredita. En el V Congreso de las Naciones Unidas, Ginebra 1975, la cuestión fue reexaminada y se hicieron sugerencias variadas para reemplazar la privación corta de libertad, entre otros por quien escribe, quien enumeró veinticuatro substitutivos indicando que la substitución resuelve poco o nada en tanto los sistemas penales y dentro de ellos el subsistema penitenciario continúen siendo lo

que son en la mayoría de los países y se pretenda como justificación primaria o única de la sanción penal la reinserción del delincuente. Ante el crecimiento, con frecuencia brutal, de la criminalidad juvenil la pena corta privativa de libertad ha sido ampliada en Inglaterra a los criminales jóvenes mediante el tratamiento de las tres eses: *shock, short and sharp*. La conclusión es que la innovación del arresto de final de semana que se introdujo hace cuarenta y más años en otros países es tardía.

La suspensión del fallo y de la ejecución de la sentencia se modelan en el Proyecto conforme a criterios igualmente superados por dicha política. Las exigencias de ser delincuente primario, un concepto criminológicamente ficticio las más de las veces, de que el delito no sea grave, lo que no se pide en buen número de legislaciones que rechazan el distingo *a priori* del Proyecto en delitos penas graves y menos graves, y que la pena no exceda de doce meses, con lo que se vuelve encubiertamente a la pena corta privativa de libertad, pero por desviado camino, no se justifican. Igual cabe decir respecto a la libertad condicional al exigirse el cumplimiento de las tres cuartas partes, que se lleve una conducta intachable dentro de la prisión y se den garantías de hacer vida honrada. Cabe preguntar si todos, incluida la judicatura, el ministerio público, los abogados, y otros muchos profesionales, incluido quien escribe, pueden ufanarse de llevar una conducta intachable. ¿En qué consiste este viejo concepto liberal-moral? ¿No refleja un afán punitivo que se encubre simuladamente e incluso una actitud anticristiana? ¿Qué quiere decir vida honrada? ¿Cómo se puede garantizar ésta? Honradez y criminalidad son dos cosas distintas. Un buen número de criminales son honrados y aún cometen crímenes por serlo, es decir, por adherir a determinados valores que reclaman una honradez en costumbres, conducirse, etc. El tener trabajo no asegura tampoco la honradez.

Los días-multas es igualmente una innovación tardíamente importada. Antes de hacerla hubiera sido conveniente correlacionarla con la pirámide socioeconómica española, indagar cuál es la pasada y presente efectividad de la multa en delitos y faltas, la extensión del desempleo o empleo intermitente en buena parte de la modesta clientela del sistema penal español, la posible efectividad de los días-multa, la organización de un adecuado y rápido método para determinarla, pues exige un gran número de datos, ver si se adecuía al ingreso anual medio de las clases sociales más afectadas por el sistema penal español y otros aspectos que es imprescindible conocer antes de innovar. Una vez más se prueba que la tarea de la codificación excede a la preparación meramente judicial-fiscal-penal. Las Naciones Unidas y el Consejo de Europa, tenían razón al señalar que la codificación penal no es tarea sólo de los titulares de dichas profesiones. La justificación de los días-multas es difícil de probar habida cuenta de los datos existentes en las *Estadísticas Judiciales, España, Anuario Estadístico, 1979*, y *Salarios*, Instituto Nacional de Estadística, Madrid 1980.

V. PARTE GENERAL

La Parte General contiene nada menos que 154 artículos que constituyen el 22 por 100 de la totalidad del Proyecto. De adoptarse éste, con los 688 de la Parte Especial, sería uno de los códigos penales más largos del mundo occidental. Tal kilometraje penal carece de justificación en cualquier aspecto que se le considere. Baste señalar aquí que el Código penal de Bolivia, que excluye las faltas, tiene un total de 365 artículos, el de Costa Rica, con ellas, 413 y el cubano, que excluye las faltas, en vigencia desde diciembre 1979, sólo 404. Cada uno de ellos refleja una orientación penal y sociopolítica distinta, pero coinciden en mantener la política criminal que tiende a reducir a un mínimo la criminalización. La conclusión es que contrariamente a lo que se dice en la Exposición, el Código penal presentado no ha corregido la hipertrofia penal existente. Sin duda, al dejar de lado ciertas formas de criminalización derivadas del régimen anterior, a que alude, algunas han desaparecido, pero la supresión ha sido superada por otra nueva hipertrofia en gran parte derivada de un conservadurismo jurídico-penal que apenas tiene en cuenta la transformación democrática de España. Incluso, a menudo el lenguaje y estilo del Proyecto pone de manifiesto la índole retributiva del mismo. Así, aludiendo a la Parte General se dice que los tribunales han de calibrar la pena.

La Parte General constituye un tratado de Derecho penal en miniatura. Tal enfoque podría explicarse y aún justificarse en cierto modo a finales del siglo XIX y primeras décadas del XX pero no hoy. Una auténtica política criminal y un sistema penal adecuados a una sociedad que va entrando ya en la era postindustrial no precisa de la clasificación de delitos y penas que se hace, de una pluralidad de definiciones innecesarias, de una inútil exposición de atenuantes y agravantes ya que las más de ellas no se han venido dando en la realidad judicial-penal desde hace años y mantener una continuidad penal-punitiva pese al apéndice de las medidas de seguridad.

Cabe preguntar por qué la minoridad penal se ha rebajado a los quince años. Quien escribe no es partidario de la concepción y funcionamiento de los tribunales de menores en España y fuera de ella que en su mayor parte son una ficción y han contribuido al incremento de la criminalidad juvenil, pero ello no significa que la rebaja hecha puede reducir aquella ni asegurar un mejor funcionamiento de la llamada justicia juvenil. Hay que ir a la creación de un derecho real social penal que la haga innecesaria (10).

(10) V. M. LÓPEZ-REY, *Crime, An Analytical Appraisal*, London y New York 1970, traducción española, *La Criminalidad, un Estudio analítico*, Madrid, 1976, y más recientemente *Youth and Crime in Contemporary and Future Society*, Fuchu, Japón, UNAFEI, 1978.

La determinación de la minoridad o mayoría penal requiere un estudio previo de la distribución de la criminalidad juvenil y dar a tal concepto el sentido restringido recomendado por el Congreso de las Naciones Unidas, Londres 1960. La rebaja hecha, sobre la que no he hallado explicación adecuada, refleja una vez más la tendencia represiva del Proyecto. ¿Se ha calculado siquiera tentativamente cuál será el efecto de la misma en el aumento de sumarios y causas penales, en la población penal? Recordemos también a este efecto la reciente modificación ensanchando la detención preventiva. Salvo contados casos, las instituciones penitenciarias no son adecuadas para recibir la nueva clientela de menores que por lo común vendrá mayormente de las clases sociales más desheredadas. Los proyectistas y el Ministerio han ensanchado aquí enormemente el área de la criminalización que se refiere tanto a hechos como a personas (11).

La compensación a las víctimas del delito se mantiene en la trayectoria de finales del siglo XIX pese a ciertos retoques. La Constitución no la menciona, pues el artículo 121 se refiere sólo a la indemnización por error judicial y a la que sea consecuencia del funcionamiento anormal de la administración de justicia, frase, que por su amplitud, ofrecía base constitucional suficiente para haber establecido la indemnización a las víctimas del delito de forma más de acuerdo con la política criminal que se precisa. No es este el momento de examinar lo que puede estimarse por la frase de «funcionamiento anormal de la administración de justicia» que posiblemente dará lugar en ocasiones a una responsabilidad pecuniaria del Estado que no le corresponde. ¿Incluye la misma la relativa al retraso en la administración de justicia? Recordemos que a finales de 1979 sólo el 38 por 100 de la población penal estaba constituida por sentenciados. ¿Cuál es el distingo entre normal y anormal funcionamiento de dicha administración? No olvidemos que ésta se aplica en todos los aspectos del sistema penal que comienza con la policía y termina con el tratamiento institucional o no.

Según mis datos, entresacados del análisis de estadísticas judiciales y penitenciarias y de otros obtenidos debido a una cooperación que nuevamente agradezco, entre el 85 y el 90 por 100 de

(11) Aunque los datos estadísticos demográficos del ANUARIO citado y otros atinentes, no permiten establecer el número de menores de quince años, cabe razonablemente conjeturar que aceptando el porcentaje mínimo del 10 por 100 de criminales juveniles, la reducción de minoridad penal hecha significa cuando menos que 20.000 menores de quince años entrarían en el sistema penal español, que ciertamente no está preparado para ello. Para detalles sobre el cálculo de dicho porcentaje v. *Criminología*, I, cap. IV, ya citada. ¿Se han dado cuenta los proyectistas y el Ministerio de lo que penal, criminológica y sociopolíticamente tal influjo de delincuentes, término entendido estrictamente, supone? Nuevamente aquí se pone de manifiesto la improvisación que refleja el Proyecto, producto en gran parte de un Derecho penal teórico y de escasa experiencia criminológica y sociopolítica.

la clientela del sistema penal español pertenece a las clases sociales menos privilegiadas. En 1977 se dictaron 12.190 sentencias condenatorias en 28.649 delitos. Las condenas constituyen un 41 por 100, lo que pone de manifiesto la índole injusta, lenta y costosa de la «administración de justicia». El monto total de la responsabilidad declarada fue de 2.626.021.614 pesetas y en el 59 por 100 de los casos no excedió de 50.000 pesetas. En los delitos contra las personas el promedio de indemnización fue 159.000 pesetas. Alrededor del 70 por 100 de los así responsabilizados poseían sólo la instrucción primaria. ¿Cuál ha sido la efectividad de tales indemnizaciones? Sobre ello las estadísticas y datos examinados nada dicen y mis esfuerzos para lograr información no dieron resultado.

La política criminal contemporánea responsabiliza más y más al Estado en hacer efectiva la compensación civil por razón de delito estableciendo cajas de compensación o indemnización que financieramente se alimentan en forma diversa. Ya en mi proyecto de Código penal para Bolivia en 1943, introduje la institución que fue mantenida en el promulgado en 1972 en buena parte basado en aquél. En buen número de legislaciones penales de habla inglesa y escandinavos dichas cajas funcionan desde hace años. El aumento del uso del seguro no es argumento contra dichas cajas por obvias razones (12).

¿Crean seriamente los proyectistas y el Ministerio que la responsabilidad por razón de delito o falta, dado que se mantienen éstas, puede seguir regulándose, salvo algunos cambios, al igual que fundamentalmente se hacía hace más de cien años, es decir, conforme a una concepción individualista-liberal y conservadora de la función penal? Ese criterio es casi físicamente palpable en la forma en que se regula el capítulo II del Título V la responsabilidad civil personal, pese a las obligadas referencias al Estado, Comunidad Autónoma, etc. Aunque el artículo 119 de la Constitución se quedó un tanto atrás, ¿no se podría haber ido un poco más adelante en el Proyecto respecto a las cosas procesales? La solidaridad de los declarados penalmente responsables no ha producido efecto alguno. Hoy día se da el caso curioso que por circunstancias varias un criminal puede ganar sumas de dinero con la publicación de sus memorias o experiencias como tal o como recluso, pero no se le obliga a que parte de los ingresos así obtenidos hagan efectiva su responsabilidad civil como delincuente. Es curioso también que pese a la libertad sexual proclamada, la responsabilidad civil abarca al reconocimiento de la prole. El artículo 118 ya citado, suscita respecto a la responsabilidad civil subsidiaria una serie de cuestiones que no se pueden siquiera enumerar aquí. ¿Hasta qué punto se justifica que la persona natural o jurídica sea civilmente responsable de los delitos cometidos intencional o culposamente en los casos numerosos especificados en

(12) El Código penal cubano ha introducido la Caja de Resarcimientos.

el larguísimo texto de dicho artículo? Por otra parte, siguiendo un criterio extremadamente conservador en los delitos cometidos contra la administración pública o la justicia, el Estado y el Poder Judicial se protegen mutuamente al exigir el requisito de «a sabiendas». En 1977 el porcentaje de los delitos cometidos por funcionarios públicos fue el de 0,2 por 100 lo que numéricamente parece decir mucho en favor de los mismos. La cuestión es, ¿corresponde tan ínfimo porcentaje a la real extensión de su criminalidad? Dichos delitos abarcan los nombramientos ilegales, el abandono de funciones públicas, la usurpación de atribuciones, la desobediencia y denegación de auxilio, las infidelidades y abusos en el ejercicio de la función pública, la violación de secretos, el cohecho, la malversación, los fraudes y exacciones ilegales, las negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos, en total 52 artículos con no menos de 75 apartados descriptivos de una serie de conductas. Habida de tal criminalización y del modestísimo porcentaje de tales delitos cabe preguntar si aquélla no constituye un reproche injusto contra miles y miles de funcionarios y empleados nacionales, regionales y locales, de inmaculada probidad, o si por el contrario refleja una casi constante impunidad criminal de variadas formas de corrupción, cohecho, abuso de funciones y demás delitos enumerados. Nos enfrentamos aquí con uno de los aspectos más manifiestos del fraude penal que existe en España y la mayoría de los países que desacredita más y más a la justicia penal.

En suma, la efectividad de la responsabilidad civil es una vez más escamoteada. El pagano será otra vez «los de abajo» que seguirán constituyendo la inmensa mayoría de la clientela penal. Debe indagarse si las parcas indemnizaciones civiles que se declaran por jueces y audiencias se hacen efectivas en todo o parte, las causas por qué no lo son, quiénes son los beneficiarios y otros problemas conexos. En algún país europeo la satisfacción adecuada de la responsabilidad civil por el delincuente da lugar a una reducción considerable de la sanción de la pena (13).

VI. PARTE ESPECIAL

Pese al trasiego de títulos y la inclusión de algunos nuevos o semi-nuevos, el contenido y sistemática de la misma acusa la limitada atención que el estudio de los delitos en particular ha tenido en España desde hace ya más de sesenta años. Pueden hallarse una multiplicidad de publicaciones sobre la Parte General y a la

(13) Es significativo que entre las cuatrocientas enmiendas presentadas por el Partido Comunista al Proyecto, según la prensa diaria, una de ellas se refiere a la creación de un fondo para cubrir los derechos de las víctimas en los delitos contra las personas. Según la prensa, para el 7 de mayo se habían ya presentado más de 1.800 enmiendas al Proyecto, pero ninguna a su totalidad. Tal número y ausencia confirman lo dicho sobre la eficacia de la «democracia orgánica» en materia penal.

teoría del delito, pero apenas buenos estudios sobre los delitos (14). Tal descuido explica el casuismo de la Parte Especial, los errores técnicos cometidos y su lenguaje descuidado. No me es dable aquí ocuparme de todas las cuestiones que el análisis de dicha Parte suscita y me limitaré a examinar sólo dos, la concerniente a los delitos contra la aún administración de justicia y los cometidos contra el orden socioeconómico.

Malhadadamente, el concepto de administración de justicia ha sido mantenido por la Constitución. El Título ha sido ampliado tomándolo en parte de otros y manteniendo privilegios de impunidad penal que no se justifican. Entre otros, se incluyen la omisión de deberes judiciales y fiscales, la provocación indebida de actuaciones y la prevaricación. La distinción entre los delitos contra la administración pública y la de justicia no es clara como consecuencia de una confusa trayectoria histórica sobre el concepto de justicia en general y penal en particular. Es significativo que mientras otros delitos pueden cometerse dolosa o culposamente, el Proyecto, pese a sus protestas de seguir una moderna política criminal, mantiene el privilegio penal del «a sabiendas» y de la «negligencia o ignorancia inexcusable». La continuidad del mismo hace prácticamente imposible la exigencia de una responsabilidad penal de los titulares del poder judicial.

La provocación indebida de actuaciones, epígrafe que reemplaza al tradicional de acusación y denuncia falsas, contiene substancialmente lo que ya existe. Una adecuada política criminal exige que esa provocación hubiera incluido la iniciación indebida de actuaciones criminales de las que la historia penal y política de España presenta numerosos ejemplos desde el siglo XIX. En la prevaricación se calibra, para servirme del término de la Exposición, la pena en forma extremadamente favorecedora particularmente habida cuenta del requisito de «a sabiendas». ¿Se justifica el distinguo entre causa civil y penal, especialmente habida cuenta de que en la última se incluyen las faltas? Recordemos que éstas pueden consistir en tirar hojas, agua, etc., y que ciertamente las repercusiones de una causa civil pueden ser más importantes que tales actos y ciertos delitos.

La iniciación indebida de un procedimiento penal por un juez o fiscal que puede dar lugar a actos de procesamiento, privación preventiva de libertad, exigencia de fianza, etc., con evidentes repercusiones individuales, familiares y aun colectivas no se ha contemplado. En 1977 se terminaron nada menos que 43.791 sumarios de los cuales el 46 por 100 fueron sin procesamiento (15).

(14) Referencia a dichos estudios ha sido hecha en mi *Justicia penal y Política Criminal en España*, citada.

(15) Para detalles sobre el funcionamiento de la justicia y consecuencias de su frecuente injusto sistema de operar. v. *La Justicia penal y la Política criminal en España*, citada. Añadiré que el retraso no se remedia aumentando el número de jueces, fiscales y personal auxiliar de justicia, sino

¿Por qué ha de seguir siendo el retraso en dictar resoluciones. «maliciosamente» causado para dar lugar a responsabilidad criminal? Las *Estadísticas Judiciales* muestran la creciente lentitud de la administración de la justicia penal. ¿En qué se funda el casuismo de los artículos 504 y 505 cuando una concepción más adecuada de la función de abogados y procuradores hubiera dado lugar a un texto mucho más actual y simple? Los delitos de obstrucción a la justicia, de favorecimiento personal y real, quebrantamiento de condena y evasión de presos siguen reflejando un concepto anticuado de la justicia penal.

En el fondo, el Título refleja un concepto del poder judicial que he criticado varias veces. Aquí diré simplemente que es espejo-fiel de uno tradicional, corporativamente concebido, que pretende un autogobierno que no se adecúa a la finalidad de la justicia social del sistema penal. Contrariamente a lo que se ha dicho, es difícil mantener que con la Constitución ese poder ha alcanzado «la cuota más alta de su evolución histórica». Si, como el distinguido autor dice, se debe incrementar la comunicabilidad entre el Pueblo y los tribunales de justicia, es obvio que el autogobierno judicial no se justifica (16). La conclusión es que en este Título el Proyecto refleja un sistema penal cuya estructura y funcionamiento requieren detenida evaluación y reconstrucción. Esencialmente, lo que se protege penalmente es una concepción sistemática y funcional de una justicia penal que pertenece al pasado.

El Título VIII regula con 57 artículos los delitos contra el orden socioeconómico. La innovación merece aplauso que se apaga rápidamente cuando se examina la forma en que ese orden ha sido protegido y los correspondientes delitos formulados. La impresión es de un trasfondo de intereses creados, que hace recordar la obra del gran Jacinto Benavente.

Durante los últimos cinco años, las Naciones Unidas han venido ocupándose de la criminalidad económica que es parte del abuso-criminal del Poder. La consecuencia de tal interés ha sido una serie de reuniones interregionales previas al próximo VI Congreso que tendrá lugar este año en Caracas en las que el problema *Criminalidad y Abuso de Poder* es uno de los temas que se discutirán. En la reunión de junio 1979, Naciones Unidas, New York, que me cupo el privilegio de presidir, se puso en evidencia la complejidad de la criminalidad que trata de encarar el Título VIII del Proyecto que abarca sólo un limitado y al mismo tiempo casuístico ámbito de la estructura socioeconómica española.

Brevemente diré: resulta incongruente incluir los juegos ilícitos que en los 28.649 delitos conocidos por los juzgados y audiencias provinciales en 1977 alcanzan un modestísimo 0,01 por 100. Dada

transformando radicalmente el sistema penal español tras cuarenta años de franquismo.

(16) V. *El autogobierno judicial: su control y responsabilidad*, por SALVADOR DOMÍNGUEZ MARTÍN, *El País*, 3 mayo 1980.

la carencia de estadísticas criminales policiales y de proyecciones sobre las cifras obscuras de dichos delitos, tan minúculo porcentaje suscita la cuestión de en qué forma y extensión tales juegos afectan el desarrollo socioeconómico español, término que prefiero al de orden socioeconómico. Respecto a la insolvencia punible, temo que su regulación no se basa en un examen detenido de los casos de insolvencia en España, cuantía global, distribución y repercusión en dicho orden. Las *Estadísticas Judiciales* dan escasos datos. El *Anuario* citado muestra que en 1978 se declararon 117 quiebras y que en el decenio 1969 el promedio anual fue 70. El incremento se manifiesta a partir de 1975. El valor global de las quiebras declaradas en 1978 fue de 4.248.196.000 pesetas. ¿Cuántas de éstas llegaron al sistema penal? ¿Cuál es el valor de las que llegaron? ¿Debe mantenerse la quiebra o el concurso de acreedores como delito, salvo casos en que realmente se dé un fraude manifiesto e importante? En 1978 las suspensiones de pago fueron 598 y el activo y pasivo fueron 144.645.455.000 y 94.778.900.000 pesetas respectivamente. El número de letras de cambio —efectos— protestadas en 1978 fue 4.516.546 y en el decenio 1969-1978 nunca bajó en cada año de los 2.400.000. Con fluctuaciones, el aumento es constante en cada año. La cuantía global en 1978 alcanzó a los 846.040.589.000 pesetas. El índice de intensidad del protesto entre 1969 y 1978 pasó de 1,99 a 2,92. ¿Cuál porción corresponde a la letra de cambio vacía de que habla el Proyecto?

¿En qué fundamentos se basan las criminalizaciones descritas? ¿Debe ocuparse el Código penal de las mismas como delitos especiales? ¿Cuál ha sido la eficacia penal en la disminución de tales conductas? ¿No sería preferible llevarlas sólo al Código penal cuando constituyen auténticas y serios fraudes y hacer que un sistema de computerización reduzca más efectivamente dichas conductas? La computerización, ya usada en algunos países, permite que los que abusan de cheques, letras de cambio, etc., son programados y sus nombres y demás circunstancias circulados entre las entidades bancarias, de crédito, etc., de modo que les niega crédito en tanto en cuanto no demuestren haber satisfecho lo que deben. El método, que requiere detenido estudio, permitiría evitar o reducir considerablemente una criminalización que no ha dado resultados satisfactorios en ningún país y no creo los dará en España. En suma, el derecho penal no puede resolver siquiera moderadamente ciertos problemas de crédito, de producción y consumición excesiva y de abuso de interés.

En los delitos de cambio y contra la Hacienda Pública, los límites delictivos se han establecido en dos millones y tres millones de pesetas respectivamente. Los mismos suscitan cuestiones demasiado numerosas para ser examinadas aquí. Cabe preguntar cuáles son las razones para establecerlos y si antes de criminalizar los actos descritos por el Proyecto no hubiera sido deseable analizar debidamente la legislación fiscal existente y llegar directamente

a una bien estructurada legislación penal fiscal en lugar de crear los delitos del Proyecto. La solución penal es siempre aleatoria e injusta si no va precedida de una evaluación y planificación que sólo ahora empieza a ser considerada en algunos países europeos y que ciertamente no ha sido tomada en cuenta por los redactores del Proyecto y el Ministerio de Justicia.

Conforme al Proyecto el que cometa un delito monetario o contra la Hacienda será *castigado* —no olvidemos que aquél utiliza casi constantemente el término *castigar*— con prisión de uno a seis años y multa de ocho a veinticuatro meses, pero los tribunales teniendo en cuenta una serie de circunstancias, entre ellas la *personalidad del culpable*, pueden imponer penas inferior en un grado (sic.). Sin embargo, el hurto superior a 15.000 pesetas será *castigado* en ciertos casos con prisión de tres a seis años. En el hurto no se hace referencia a la *personalidad* y la impresión es que la envuelta en los delitos contra las regulaciones de cambio y la Hacienda es mucho más importante para los autores del Proyecto y el Ministerio que la de la mayoría de los que cometen el hurto. Las defraudaciones superiores a 15.000 pesetas son *castigadas* con prisión de seis meses a cuatro años, de tres a seis años, de uno a cinco años, de seis meses a dos años, etc., pero tampoco se halla en las conductas descritas referencia específica a la *personalidad de marras*. Al igual que en el hurto la gran parte de los defraudadores son «los de abajo».

Los delitos contra la ordenación urbanística se reducen a edificar en suelo no urbanizable, excederse notoriamente en las alturas de los edificios o informar favorablemente lo que no debe ser informado. Lo último es simplemente una modalidad de la corrupción. Los otros dos reflejan un limitado concepto de la conexión criminalidad-urbanización.

Los delitos contra las relaciones laborales son estimación unilateral de un problema que requiere una bilateral. Los diez supuestos del Proyecto no tienen en cuenta que también las organizaciones obreras pueden mediante sus actividades planeadas atacar seriamente contra la economía o el desarrollo socioeconómico nacional, regional o local. En los países socialistas las huelgas están prohibidas así como la organización libre de los obreros. En los capitalistas, las uniones, sindicatos, etc., son permitidos y en buen número de casos sus actividades constituyen daños serios al desarrollo indicado. Entramos aquí en un terreno fácil a la crítica en el que no es fácil cuando median razones ideológicas, ser objetivo. En todo caso, el trabajo juega un papel primario en la economía nacional y el Proyecto debería haber tenido en cuenta que ese papel no se reduce a los casos que han sido formulados, algunos de los cuales precisan seria revisión.

VII. CONSIDERACIONES FINALES

El estudio aquí hecho es extremadamente limitado y conciso, lo que acrecienta su vulnerabilidad. Con todo, cualquiera que sea el juicio que merezca, es innegable que el Proyecto es más improvisación que evaluación y planificación de la política criminal cuya formulación no puede dejarse sólo en manos de jueces, fiscales, penalistas y funcionarios ministeriales. ¿Podrán mejorarlo un par de miles de enmiendas no pocas de ellas políticamente concebidas y debidas en parte a «compromisos» muy diversos sin antes haber oído debidamente la opinión pública a nivel nacional y regional dentro de la unidad que España es? Más desbaratadamente que antes, se trata de apuntalar con toques de modernidad lo que por vetusto debe ser reemplazado. España requiere y merece más consideración democrática penal que la otorgada ministerialmente. La promesa de «hacer» un Código penal en unos cuantos meses es una que no debió haberse cumplido por los cuatro distinguidos miembros que firmaron el Proyecto.

En España ha existido y existe, comenzando por algunos de sus eminentes teólogos, una digna y capaz tradición jurídicopenal que cualquiera que hayan sido sus fluctuaciones, es capaz de llevar a cabo mucha mejor tarea. Existen además Institutos de Criminología señaladamente el de la Universidad Complutense, en los que en los últimos cinco años se ha llevado a cabo una labor que debería haberse tenido presente. Igualmente, era necesaria la cooperación de otras profesiones y sectores que los solamente jurídico-penales, judiciales o fiscales que son ciertamente necesarios pero no los únicos a intervenir directamente en la codificación penal.

En suma, ¿por qué en vez de una Comisión de Codificación a la antigua usanza, ministerialmente dirigida, no se crea una de Política Criminal de composición variada y realmente independiente para que lleve a cabo la renovación auténtica del sistema penal español, del que es sólo parte el Código penal, y que corresponde a las exigencias de afirmación democrática de la Constitución?

Inobservancia de los principios básicos y reglas establecidos en la parte general del proyecto de 1980 en su parte especial, con algunos otros defectos sobresalientes de esta^(*)

JOSE MARIA RODRIGUEZ DEVESA
Catedrático de Derecho penal

Vamos a prescindir de las faltas de ortografía, de las concordancias vizcaínas, de las erratas, muchas de ellas graves, que ofrece el Proyecto de 17 de enero de 1980, cuya presencia delata la despreocupación y ligereza sin precedentes en este proyecto de ley orgánica de «nuevo» Código penal por evidenciar que nadie se ha tomado la molestia de leerlo con detenimiento y publicar en el propio «Boletín Oficial de las Cortes Generales» la oportuna rectificación. Este trabajo tiene por objeto delatar la absoluta desconexión entre las fórmulas rimbombantes de principios que hasta ahora nadie ponía en duda que informaban e informan nuestra legislación penal, presentando vetustas aspiraciones como algo novedoso, y unas técnicas legislativas en la descripción y punición de los delitos en particular que, no sólo infringen tales principios, sino que están en contradicción con las propias reglas que en el libro primero consagra el Proyecto. Tampoco podemos pasar por alto algunos de los muchos y defectos sobresalientes que en la Parte especial del Proyecto destacan ya en una primera lectura por más que la encomiástica literatura oficial y oficiosa traten de presentar el texto proyectado como maduro fruto de una concepción democrática del Estado, cuando en esencia es nuestro viejo y maltrecho Código notablemente empeorado.

A) El *principio de legalidad*, equívocamente registrado en el artículo 25.1, de la Constitución de 1978 y de modo inequívoco recogido en los artículos 1 y 13 del Código penal vigente, se reproduce el artículo 1.º del Proyecto, párrafo primero, en el que se concentran el *nullum crimen, nulla poena sine lege*, siguiendo lite-

(*) Comunicación presentada en el *Coloquio sobre la reforma penal y penitenciaria*, celebrado los días 11 y 12 de abril de 1980 en Santiago de Compostela.

ralmente al *Anteproyecto 1979* incluso en lo que pudiera pensarse que es un error de redacción al emplear el adverbio «igualmente» en lugar de «legalmente» que parecía más oportuno y preciso. Ahora bien, este principio, que responde a exigencias de seguridad jurídica fruto indeclinable de una larga y sangrienta historia se traduce con mayor rigor en las concepciones actuales en lo que concierne a los delitos que en materia de penas en la que se ha impuesto una mayor flexibilidad. Por eso se impone examinar por separado el Proyecto a la luz de cada uno de estos aspectos del principio de legalidad.

1. El *nullum crimen sine lege* demanda la mayor precisión posible al describir las figuras de delito. Se oponen, por consiguiente, a él las formulaciones vagas, imprecisas e indeterminadas, que no permiten saber de antemano cuál es la conducta punible, tanto en lo que se refiere a los tipos básicos como a los cualificados o privilegiados. No cabe, dentro de los límites de este estudio señalar todos y cada uno de los casos en que se infringe el principio de legalidad por imprecisión de los presupuestos de la pena abstracta. Me limito a subrayar algunos supuestos en que esto acaece, a saber: artículos 166 párrafo segundo («menos entidad», cfr. con el artículo 656), 168 («deformidad importante»), 177 («socialmente reprochables»), 192 («según la gravedad»), 193 («grado de insolidaridad»), 237 («no excediere en mucho»), 239, 2.º («considerable valor»), 240 párrafo segundo («estime grave»), 242 párrafo segundo en relación el artículo 239, 2.º, 250 párrafo segundo («graves trastornos al propietario»), 254 («considerablemente superior»), 256 párrafo segundo («no excediere en mucho»), 258, 2.º («especial gravedad atendido el considerable importe del perjuicio»), 259 párrafo último («excediere en poco»), 272 («según la gravedad del hecho»), 277 párrafo primero («cuantía del daño»), 278 párrafo primero («que por su cuantía revistan especial gravedad»), 318 («casos de suma gravedad»), 323 párrafo segundo («alcanzare caracteres catastróficos»), 325 («molestias»), 327, 2.º («grave infracción»), 329 («vías que por el tráfico, trazado o dificultad representen un mayor riesgo de accidente»), 333 («según fuere la cuantía del perjuicio»), 349 («cláusulas abusivas»), 352 («según la gravedad»), 369 («condiciones abusivas»), 371 párrafo segundo («actividad subvencionada»; acaso olvidaron el uso que se sule hacer de la Ayuda a la Investigación o el comportamiento de determinados becarios), 383 («excediéndose notoriamente»), 384 («notoriamente contrarios»), 435 («Cuando la relevancia ética o altruista del móvil sea notoria y excepcional»), 479 («usos sociales»: ¿los diamantes de Bocassa a Giscard d'Estaing?), 482 párrafo último («excediere en poco»), 520 párrafo segundo («soborno»), 558 párrafo último («apreciando la cantidad y clase de las municiones»), 560 («seguridad del Estado»), 561 y 562 (véase 560), 568 («cualquier acto preparatorio»), 584 («no fueren graves»), 590 («no fueren graves»), 593 párrafo último («notoria gravedad»), 622 («quebrantare la independencia e inamovilidad»), 636 («seguri-

dad del Estado»), 672, 2.º («disgustos»), 681, 2.º («despierte alarma»), 683, 3.º («perturbaren a sus vecinos con sus discusiones o espacimientos domésticos, después de haber sido amonestados por la Autoridad»), 684, 1.º («ofendiendo el sentimiento de los presentes»), y 685 («con ofensa de los sentimientos de los presentes») de suerte que en los dos últimos artículos citados, si los presentes no se *sienten* ofendidos o incluso aprueban los hechos no hay infracción penal.

2. El *nulla poena sine lege* se plantea en términos distintos al *nullum crimen* porque pronto se advirtieron los inconvenientes gravísimos de las penas absolutamente determinadas y se percibió la diferencia entre arbitrariedad y arbitrio judicial. El principio de la legalidad en materia de penas se traduce en varias exigencias: a) la pena puede exceder en duración y calidad a las que establece la ley; b) el juez está vinculado a determinadas reglas que, en función de las circunstancias concurrentes en el supuesto concreto, delimitan el marco penal dentro del cual queda facultado para individualizar la pena pasando de la pena abstracta que señala la ley a cada delito a la magnitud penal concreta que ha de imponerse al delincuente, limitación esta especialmente digna de ser subrayada en una organización judicial como la española en la que el juez no puede prestar personalmente una atención singular a cada proceso y a cada delincuente, por no existir número suficiente de órganos jurisdiccionales y no estar dotados de una especialización diversificada; c) la única excepción a los máximos establecidos en las escalas generales de penas se deriva de las limitaciones al principio de acumulación aritmética de las penas en el concurso real.

Lo opuesto a las normas por las que se rige el principio de legalidad en orden a las penas es la llamada pena indeterminada, el dejar en manos del juez la determinación del momento en que ha de considerarse cumplida la pena. La pena de duración indeterminada, fue propugnada por un positivismo empírico de fines del siglo pasado que en su versión radical supone la sustitución de las penas por medidas de seguridad. Esta opinión no halló acogida en las leyes penales, tampoco en las nuestras, reservándose la indeterminación para las medidas de seguridad allí donde se admite el sistema dualista. El Proyecto de 1980 se atiene en su Parte general a esta concepción que rechaza las penas indeterminadas, desde el momento en que fija unas fronteras dentro del marco de la pena abstracta a las que el juez debe atenerse considerando las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal que concurren influyendo en la mayor o menor antijuridicidad o culpabilidad del reo. Es más, esta desconfianza se expresa en el Derecho español estableciendo catálogos de circunstancias modificativas que el juez ha de respetar. Me remito a los artículos 27, 28^o y 29 del Proyecto y a las reglas del artículo 78, particularmente a la 6.^a que prohíbe a los tribunales imponer pena mayor a la seña-

lada por la ley «cualquiera que sea el número y entidad de las circunstancias agravantes».

Este sistema había sido perforado ya en varias ocasiones por reformas que ignoraban las paredes maestras sobre las que descansa el Código penal, despreciando las reglas generales y dejando en manos del juez, un juez, repito, que no tiene contacto directo con el reo, unos márgenes de arbitrio que rozan con la pena indeterminada del Antiguo Régimen justamente proscrita. Así ocurrió, por ejemplo, con la reforma de 1971, al dar nueva redacción al artículo 344, donde el juez puede moverse entre seis años y un día hasta veinte años «atendidas las circunstancias del culpable y del hecho». Otro ejemplo más reciente lo proporciona la reforma del artículo 554 (estrágos) por ley 82 de 28 de diciembre de 1978, en la que, partiendo de la pena de presidio mayor, se permite imponer la inferior en uno o dos grados teniendo en cuenta «las circunstancias que concurren en el culpable en el (sic) hecho y en la gravedad de éste», o sea, que puede moverse entre un mes y un día y doce años de privación de libertad, máximo que puede elevarse a veinte años «si se hubiere producido una situación de grave peligro para la vida o la integridad corporal de las personas», gravedad tan imprecisa como las «circunstancias» antes aludidas: un arbitrio que permite moverse entre un mes y un día y veinte años es, ni más ni menos, que la pena indeterminada que se trata de prohibir con el principio de legalidad. Estas perforaciones de las paredes maestras del Código pueden equipararse al «mal de piedra» que ataca a los antiguos monumentos.

Pues bien, el Proyecto de 1980 nace ya con el mal de la piedra, menospreciando repetida y no esporádicamente el *nulla poena sine lege*, contraviniendo además las propias normas que en el Libro I se establecen sobre duración y determinación de las penas. El artículo 39 establece para la pena de prisión un mínimo de seis meses y un máximo de veinte años «salvo lo dispuesto en los artículos 82, 87, 560, 562 y 564». El artículo 82, párrafo segundo, 1.^a, permite llegar a veinticinco años «salvo lo dispuesto en el artículo 564»; los artículos 560 y 561 establecen penas de prisión de quince a veinticinco años, el artículo 564, párrafo segundo, pena de veinticinco a treinta y cinco años. Pero los artículos 560 y 561, en sus números primeros, contienen unos tipos cualificados en que se dispone que se imponga «la pena superior en grado» a la de quince a veinticinco años; ¿cómo conciliar esto con la rigurosa limitación del artículo 82, párrafo primero, 2.^a? La regla 6.^a del artículo 78 prohíbe imponer «pena mayor que la que señala la ley en su límite máximo» cualquiera que sea «el número y entidad de las circunstancias agravantes»; ¿cómo conciliar esta regla digna de aplauso con lo prevenido en los artículos 158, 183, 242, 1.^o párrafo segundo, y 574 donde se impone la pena superior en grado cuando concurren en el delito «dos o más circunstancias agravantes»? Las reglas del artículo 78 se dan por completo al olvido en

Los artículos 237, 245, 256, 277, 330, 346, 349, 373, 386 y 556, entre otros, en los que se concede al juez un arbitrio amplio, no vinculado a las reglas del artículo 78. La reincidencia se define en el artículo 28, 11.^a, pero la indeterminación más absoluta sobre si se trata de una reincidencia genérica o específica gravita en los artículos 231, 321, 340, 349, 371, 374, 380, 385, 493 y 673 hasta donde se me alcanza, sin que por otra parte se atribuya ningún efecto peculiar a la distinción que contiene el artículo 28, 11.^a. Estas gravísimas inconcreciones conculcan evidentemente la seguridad jurídica e implican no menos graves contradicciones internas en el seno del Proyecto.

B) El tema de las *medidas de seguridad* merece consideración aparte, porque el Proyecto, que admite el dualismo, no sólo *desconoce la función* que desempeñan las medidas de seguridad —para quienes sean partidarios de mantenerlas— en un sistema penal, utilizándolas como genuinas penas, sino que, a pesar del agotador repertorio de penas (arts. 36 ss.) y de medidas de seguridad (artículo 135) que alcanzan el número de diecinueve, *contiene otras medidas penales*. Ciertamente que el artículo 130 consagra el principio de legalidad (en lo que la índole de las medidas de seguridad permiten que sea operativo) y se reconoce que su fundamento es la peligrosidad revelada por la comisión de un delito (art. 131) excepto en el caso de «asociaciones, empresas o sociedades» por delitos cometidos por sus «directivos, mandatarios o miembros» en el ejercicio «de las actividades sociales o aprovechando la organización de tales entes» (art. 132), aunque en uno y otro caso las medidas de seguridad hayan de guardar «proporción con la *peligrosidad* revelada por el hecho cometido y la gravedad de los que resulte probable que el sujeto pueda cometer». Es decir, las medidas de seguridad no han de imponerse nunca automáticamente con lo que el Lib. I del Proyecto respeta la mejor doctrina. Antes de seguir adelante hay que recordar que el Proyecto define qué es lo que se ha de entender por delincuentes habituales (art. 150, párrafo último, y 152, párrafo segundo) y por delincuentes profesionales (art. 152, párrafo último) y que las medidas para unos y otros se imponen mecánicamente «como complemento de la pena» (arts. 150 y 152) o preceptivamente en caso de delitos culposos (art. 151); la «medida» consiste en un «internamiento en un centro de terapéutica educativa o rehabilitación social» hasta diez años para los habituales en delitos dolosos (art. 150) y para los profesionales en «centro de rehabilitación social» (art. 152) por tiempo que no puede exceder de quince años (art. 135, 5.^o), siendo de notar que tales centros y el personal adecuado para ellos no existen, y que la *Ordenanza general de los presidios del Reino de 14 de abril de 1834*, recogiendo una tradicional «cláusula de retención», que se halla en la Pragmática de 1771, era más piadosa en su artículo 316 donde prohibía a los tribunales «aplicar la pena de reclusión perpetua ni de presidio» por más de diez años en cada sentencia,

«pudiendo únicamente agregar la cláusula de retención para después de cumplidos los diez años respecto de los reos más graves», significando (art. 321) que «cuando el sentenciado con retención haya cumplido los diez años, y dos más en el presidio. día por día y sin rebaja, sin reincidir o incurrir en delito, se le graduará de corregido». Dicho esto, parece difícil encontrar interpretación a los «habituales» que menciona el párrafo segundo del artículo 260 (juegos ilícitos) y a la «habitualidad» del artículo 349, que no da lugar a aplicar el artículo 150 (al parecer) sino a la «medida de prohibición de otorgar nuevos contratos durante un plazo de hasta tres años» la cual no se encuentra ni en los repertorios de penas ni en el artículo 135 cuyo número 19 se refiere a «entes» y no a particulares. El desligar la medida de seguridad de su fundamento, esto es, de la exigencia de la peligrosidad criminal, se encuentra en los artículos 191 (amenazas), 210 párrafo segundo («desviación patológica sexual»), 231 (suspensión de órganos informativos en base a la «extrema gravedad»), 251 párrafo segundo («como complemento de la pena la medida de internamiento prevista en el número 5.º del artículo 135 a los que hagan de la comisión de este delito su medio de vida»), 346 (imposición «a los agentes» de la medida de «prohibición de realizar las actividades comerciales de que se trate por tiempo que no exceda de cinco años») y el artículo 544, párrafo último, en el que se desvincula la medida de suspensión de las actividades al hecho de que los delitos sean cometidos por «sus directivos, mandatarios o miembros» como requiere el artículo 132. A este género de medidas de clausura por hechos no realizados por las personas indicadas en el artículo 132 pertenecen las previstas en los artículos 210, párrafo primero, 214, 318, 321, 323, 326 y 340, párrafo segundo. Por lo demás, hay sanciones que han de catalogarse como medidas al no constituir penas, aunque no constan en el artículo 135, como sucede en el artículo 219 («privación de la patria potestad, interdicción del derecho de tutela y del de pertenecer al Consejo de familia»), 297, párrafo segundo («privación del derecho de patria potestad o del ejercicio de la tutela»), 340, párrafo segundo («pérdida de los derechos derivados del registro por un período de dos a cinco años o la prohibición de obtenerlos por el mismo tiempo»), 374 («prohibición de obtener licencias de importación o exportación o para obtener divisas durante un período de dos a cinco años») y artículo 380, párrafo segundo («pérdida de las licencias de importación o exportación o la prohibición de obtenerlas durante un período de uno a cinco años»). Todo ello hace que el principio de legalidad de las medidas de seguridad y su fundamento en la peligrosidad, consagrado en el Libro I, se convierta en una aserción declamatoria.

C) El *nulla poena sine culpa* se recoge expresamente en el artículo 3.º, con la aclaración de que si la pena viene «determinada por la producción de un ulterior resultado más grave, sólo se

responderá de éste si se hubiere causado, al menos, por culpa». De ese modo han pensado los incógnitos autores del Proyecto excluir los delitos cualificados por el resultado. Sin embargo, hay una serie de tipos de resultados incalculables e imprevisibles en el momento de realizar la acción que sirven para construir tipos cualificados, como, por ejemplo, ocurre en párrafo primero del artículo 166, artículo 167, 2.º, y artículos 183, 299, 300, 308, párrafo segundo, 309, 526, 2.º, párrafo segundo, 531, párrafo segundo, 560 y 562. Mas el autor o autores de estas fórmulas han olvidado que el principio de que no hay pena sin culpabilidad se conculca también con el mantenimiento de *delitos de sospecha*, como ocurre en los artículos 172 y 658 para la riña tumultuaria, en el 296 respecto a la sustracción de menores y en los artículos 525 y 530 relativos a los delitos de rebelión y sedición respectivamente. De otra parte, la reserva del artículo 3.º ha conducido a tipificar el homicidio y las lesiones preterintencionales en el artículo 173, elevando a la categoría de delito doloso con la atenuante de preterintencionalidad lo que en realidad es un concurso de delitos entre unas lesiones dolosas y un homicidio culposo, o entre lesiones dolosas y otras de mayor gravedad culposas, seguramente para dar acogida, como en otros muchos casos, a una doctrina jurisprudencial controvertida en la teoría y la praxis, la del homicidio preterintencional.

D) Los más sobresalientes defectos del Proyecto, sin perjuicio de los discutibles puntos de política criminal que informan algunos sectores del mismo en los que no vamos a entrar (pese a la tentación de subrayar hasta qué punto las pretendidas innovaciones se reducen a un cambio de etiquetas o de lugar dentro de la geografía del Código), radican sobre todo en la innecesaria y variopinta terminología que depararía, de prosperar, graves quebraderos a los encargados de la interpretación y aplicación de la ley. Me voy a contraer a las menciones del dolo y la culpa, a innecesarias reiteraciones sobre problemas de concurso de leyes o sobre el valor artístico o histórico de determinados objetos, para no hacer interminable la enumeración de defectos de esta clase.

1. El artículo 17 declara que para que haya delito o falta es precisa una acción u omisión dolosa o culposa, para añadir a renglón seguido que «las acciones culposas sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la ley» (art. 18). Este correcto punto de vista en orden a la política criminal a seguir con los delitos culposos, se ve enturbiado por partida doble, pues hay una serie de delitos en los que se menciona expresamente el dolo, aunque no con idéntico vocablo, y, por otra parte, las formas culposas no se presentan limpiamente, sino que resuena en ellas la vieja terminología, complicada con la vieja clasificación romana de la culpa en *lata*, leve y levísima. Citaré algunos artículos demostrativos de estas aserciones:

a) Respecto a la mención innecesaria del dolo: artículos 168

(«causadas de propósito»; dificultades, además, para distinguirlo del 157, 2.º, en varios supuestos), 169 («de propósito»), 242, 1.º, párrafo primero («causare dolosamente»), 281 («intencionadamente»), 352 («intencionadamente»), 462 («a sabiendas»), 495 («intencionadamente»), 498 («a sabiendas»), 499 («a sabiendas»), 500 («a sabiendas»), 502 («sabiendas»), 503 («maliciosamente») y 510 («a sabiendas»). Estas alusiones específicas al dolo tenían antes por objeto proclamar la voluntad del legislador de que no se castigarían las formas culposas, mas en el Proyecto carecen de sentido.

b) Sobre las distintas expresiones para designar la culpa: artículos 175 («imprudencia»), 176 («impericia o negligencia profesional»), 282 («imprudencia grave»), 309 («imprudencia»), 420 («negligencia inexcusable»), 462, párrafo segundo («negligencia o ignorancia inexcusable»), 483 («abandono o negligencia inexcusable»), 495 («negligencia»), 501 («negligencia o ignorancia inexcusable»), 504 («negligencia o ignorancia inexcusables»), 513 («abandono o negligencia inexcusable»), 575 («imprudencia»), 661 («imprudencia»), 667 («culpa leve»), 668 («culpa leve»). Es extraño que cuando la opinión dominante reclama la supresión de los daños culposos estos se mantengan en los artículos 282, 667 y 668.

2. Las normas sobre *concurso de leyes* que contiene el artículo 15 del Proyecto hacen enteramente superfluas las salvedades consignadas en los artículos 353, párrafo último, 355 *in fine*, 368 *in fine*, 536, 601, párrafo último, 613, párrafo segundo, y 671, 1.º («sin llegar a incurrir en delito de desobediencia»), por no citar otros ejemplos de confusión a causa de que se multiplican las relaciones de alternatividad, además de recoger las ya existentes, lo que constituye gravísimo defecto de técnica legislativa.

3. No puedo dejar de aludir a la repetición, con variaciones a veces, al *valor histórico o artístico* de las cosas objeto material del delito como causa que motiva una pena más grave, repeticiones que hubieran podido obviarse con un solo artículo que hiciera referencia a los delitos que se entienda deban ser afectados por tal cualificación que no deja de parecerme muy dudosa allí donde se toma en consideración para determinar las fronteras entre el delito y la falta, o la gravedad misma del delito, la cuantía del valor de la cosa. Esta reiteración, a mi juicio inmotivada, se da en los artículos 239, 1.º («cosas declaradas de valor histórico o artístico»), 242, 4.º, párrafo segundo (por la referencia al 239), 245 («cosas declaradas de interés histórico o artístico»), 258, 1.º («cosas declaradas de valor histórico o artístico»), 262 («cosas declaradas de valor histórico o artístico»), 278, 5.º («cosas declaradas de valor histórico o artístico»), 378, 3.º («obras u objetos declarados de interés histórico o artístico»), 482, párrafo segundo («cosas.. declaradas de valor histórico o artístico»). Estas expresiones son una mala repetición del actual artículo 563 bis a), que alude a que «las cosas objeto del delito perseguido [en los delitos contra la

propiedad] fueren de relevante interés histórico, artístico o cultural». Ya de por sí el artículo 563 bis a) peca de difuso y vago. El intento de precisar exigiendo una *declaración* expresa deja en pie la cuestión de si la cosa ha de estar con anterioridad declarada de valor histórico o artístico al modo del actual artículo 563 bis a) cuya crítica he hecho ya en mi D. p. español, Parte especial, y no voy a repetir. Se añade la disparidad de criterios, pues en unos supuestos es preciso que sea de «valor» y en otros meramente de «interés», no estando tampoco clara cuál sea la diferencia entre «cosas» y «obras u objetos».

E) Enumerar otros muchos defectos meramente técnicos sería tarea inacabable, aún sin entrar, como digo, en problemas de fondo atinentes a la política criminal seguida que ha de estar siempre condicionada por la practicabilidad. No quiero concluir, sin embargo, sin manifestar mi admiración por la brevísima *vacatio legis* prevista en la primera de las Disposiciones transitorias. Un plazo de dos meses para la entrada en vigor de un nuevo Código que altera completamente la numeración de los artículos del vigente (aunque deje intacto en su mayoría el contenido), que incorpora parte de una legislación especial ignorada, o si se prefiere no estudiada en las Facultades ni aplicada por los tribunales, que plantea numerosos problemas de interpretación, que no da tiempo material para que se publiquen ediciones y comentarios siquiera someros a un copioso articulado que rebasa los módulos de todos los países europeos y no europeos, es algo que no puede dejarse pasar por alto sin una acerba crítica.

Culpabilidad y pena (*)

JOSE CEREZO MIR

Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Zaragoza

El principio de culpabilidad, con arreglo al cual la culpabilidad constituye el fundamento y el límite de la pena, ha experimentado una crisis en la moderna Ciencia del Derecho penal de varios países europeos y entre ellos España.

La culpabilidad es concebida, en nuestro país, por la opinión dominante, como reprochabilidad personal de la conducta anti-jurídica. Al autor se le reprocha la realización de una conducta antijurídica cuando podía haberse abstenido de realizarla. La posibilidad concreta de obrar de otro modo constituye, pues, el fundamento de la culpabilidad de acuerdo con esta concepción (1).

La crisis del principio de culpabilidad radica en la imposibilidad o dificultad de probar si un determinado delincuente podía en el caso concreto obrar de otro modo, es decir, conforme a las exigencias del ordenamiento jurídico. El propio Welzel, que ha analizado profundamente el problema del libre albedrío, en sus aspectos antropológico, caracterológico y categorial y que concibe la libertad como un acto de autodeterminación conforme a sentido (2) concluye diciendo: «Con ello se ha llegado ya al límite máximo del análisis del problema de la libertad. La pregunta acerca de cómo puede el hombre liberarse de la presión causal para la autodeterminación conforme a sentido y asumir ésta como una tarea plena de sentido, no puede ser contestada, lo mismo que la pregunta acerca de cómo consigue la causa producir el efecto» (3). Engisch, por su parte, considera que no es empíricamente comprobable si una persona en una situación concreta hubiera podido obrar de otro modo a como lo hizo (4). Esto sólo sería

(*) Ponencia mantenida en las Jornadas Internacionales de Ciencias penales y Criminológicas, celebradas en la Universidad Católica "Andrés Bello", de Caracas, en los días 19 a 21 de noviembre de 1979.

(1) Véase, por ejemplo, JUAN CÓRDOBA RODA, *Culpabilidad y Pena*, Barcelona, Bosch 1977, págs. 15 y ss.

(2) HANS WELZEL, *El nuevo sistema del Derecho Penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, Barcelona, Ariel, 1964, páginas 85 y ss.

(3) H. WELZEL, *ob. cit.*, pág. 93.

(4) KARL ENGISCH, *Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart*, 2.^a ed., Walter de Gruyter, Berlín, 1965, págs. 23 y ss.

posible, dice Engisch: «si pudiera colocarse de nuevo a esa persona, como individualidad idéntica, en la misma situación concreta y pudiera observarse entonces si alguna vez se producía una conducta distinta a la que se produjo en aquella ocasión». «Estos experimentos», dice Engisch, «no ofrecen sin embargo, perspectivas favorables en el ámbito de la vida anímica superior del hombre, relevante para la Ética y el Derecho penal, porque el ser humano... tiene memoria y por ello en una situación posterior tiene el recuerdo de la situación anterior, del hecho anterior, de sus consecuencias, de las repercusiones anímicas y por esta razón es ahora otro al que era antes». Welzel, en su réplica a Engisch (5), concede: «Las decisiones humanas no tienen que recaer única y necesariamente según las relaciones de fuerza o intensidad de los impulsos en conflicto, sino que pueden orientarse también según su contenido de sentido, su significado para la configuración de la vida. Sin embargo, en el problema de determinar cuándo sucede una cosa o la otra, en una persona concreta, en el caso concreto, estoy de acuerdo con la respuesta que da Engisch, como «determinista hipotético», de que no lo sabemos». Hace suyas Welzel a continuación las siguientes palabras de Engisch: «De acuerdo con nuestro punto de partida tenemos que dejar sin respuesta la pregunta de si el autor de acuerdo con su naturaleza, tal como se manifestaba en la situación concreta, hubiera podido hacer uso de una mayor fuerza de voluntad o de una mayor diligencia» (6)

Ante la imposibilidad de demostrar, por medio de las creencias empíricas (como la Psicología y el Psicoanálisis), que en determinado delincuente, en la situación concreta en que se hallaba, podía haber obrado de otro modo, Gimbernat ha propuesto en nuestro país renunciar a la culpabilidad como fundamento y como límite de la pena (7). La pena encontraría únicamente su justificación y su medida en las exigencias de la prevención general y de la prevención especial. Esto no implica, sin embargo, según Gimber-

(5) H. WELZEL, *Gedanken zur "Willensfreiheit"*, en *Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag*, Vittorio Klostermann, Frankfurt a. Main, 1969, pág. 101 (puede verse también mi traducción castellana de este artículo de Welzel, *Reflexiones sobre el "libre albedrío"*, en ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES, 1973, fas. 2.º, pág. 229).

(6) Véase K. ENGISCH, *ob. cit.*, pág. 26.

(7) Véase E. GIMBERNAT, *La culpabilidad como criterio regulador de la pena*, ponencia mantenida en el Coloquio Internacional celebrado en Santiago de Chile bajo los auspicios del Instituto de Ciencias Penales, entre el 4 y el 12 de abril de 1973, *Revista de Ciencias Penales*, Tercera época, enero-abril, 1973, núm. 1, Tomo XXXII, págs. 30 y ss.; y ya antes, en sus artículos *¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?*, en *Problemas actuales de las Ciencias Penales y la Filosofía del Derecho*, en homenaje al profesor Luis Jiménez de Asúa, Ediciones Pannedille, Buenos Aires, 1970, págs. 495 y ss. y *El sistema de Derecho Penal en la actualidad*, separata del *Anuario de Ciencia Jurídica*, 1, 1971-2 (publicado también en alemán en *Grundfragen der gesamten Strafrechtswissenschaft*, *Festschrift für Heinrich Henkel*, Walter de Gruyter, Berlín, Nueva York, 1974, págs. 151 y ss.

nat, renunciar a la exclusión de la responsabilidad objetiva. El Derecho penal debe reconocer, no obstante, «la relevancia del error invencible de prohibición, excluir la responsabilidad por el resultado y aplicar a los inimputables únicamente medidas de seguridad» (8). Es posible explicar también, según Gimbernat, que se sancionen con menor pena los delitos culposos que los dolosos sin necesidad de acudir al principio de culpabilidad, atendiendo únicamente a los fines preventivos de la pena. La exclusión de la culpabilidad como fundamento y como límite de la pena es, para Gimbernat, una exigencia de la racionalización del Derecho penal.

Si se abandona el principio de la culpabilidad, en el sentido de que ésta constituya el fundamento y el límite de la pena, no es posible mantener al mismo tiempo todas sus consecuencias, como pretende Gimbernat. Si la pena encontrara su justificación y su medida únicamente en función de las exigencias de la prevención general y de la prevención especial sería preciso llegar a consecuencias muy distintas en el problema de la responsabilidad por el resultado, de la relevancia del error de prohibición y de la exclusión de la pena para los inimputables. Desde el punto de vista de la prevención general podría justificarse la existencia de los delitos calificados por el resultado (9). La aplicación de una pena más elevada cuando de una conducta básica dolosa se derive un determinado resultado más grave culposo o fortuito, puede resultar eficaz, desde el punto de vista de la prevención general, no sólo respecto al autor de esa conducta, sino frente a terceros. Los delitos calificados por el resultado han sido interpretados precisamente como un sacrificio de las exigencias de la retribución o de la proporcionalidad del delito y de la pena en aras de la prevención general (10). Si no se reduce la prevención general a la intimidación y se incluye en ella la función de ejemplaridad de la pena [como hacen, por ejemplo, H. Mayer, Antón Oneca, Noll y recientemente Roxin (11)] se está incluyendo en la preven-

(8) Véase E. GIMBERNAT, *La culpabilidad como criterio regulador de la pena*, lug. cit., pág. 32.

(9) Véase, en este sentido, CÓRDOBA RODA, *Culpabilidad y pena*, páginas 46 y ss. y las consideraciones de BJÖRN BURKHARDT, *Das Zweckmomen im Schuldbegriff*, *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 1976, páginas 332-33, sobre la "strict criminal liability" en el Derecho penal norteamericano, que supone la exclusión del principio de culpabilidad en un grupo de delitos denominados "public welfare offences".

(10) Véase ANTÓN ONECA, *Derecho Penal, Parte General*, Madrid 1949, págs. 62 y 71.

(11) Véase H. MAYER, *Das Strafrecht des deutschen Volkes*, F. Enke Verlag, Stuttgart, 1936, págs. 34 y 49 y ss., *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1953, págs. 23 y 25, y *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1967, págs. 21-2; ANTÓN ONECA, *La prevención general y la prevención especial en la teoría de la pena*, Salamanca, 1944, págs. 93 y ss. y *Die modernen Strafrechtstheorien in den lateinischen Ländern*, *Z. Str. W.*, tomo 80, 1968, fasc. 2, pág. 457; NOLL, *Schuld und Prävention unter dem Gesichtspunkt der Rationalisierung des Strafrechts. Beiträge zur gesamten Strafrechtswissenschaft*, Festschrift für H. Mayer, Duncker-Humblot, Berlín, 1966, pá-

ción general la adecuación de la pena a la medida de la culpabilidad, o al menos la exigencia de que la pena no rebasa la medida de la culpabilidad. La exclusión de los delitos calificados por el resultado se basa entonces en la consideración de que sólo la pena justa, o que no rebasa la medida de la culpabilidad, es eficaz. La aplicación de la pena más elevada puede revelarse, por otra parte, en algunos supuestos de delitos calificados por el resultado, como necesaria o útil desde el punto de vista de la prevención especial, como ha puesto de manifiesto Córdoba, que cita el ejemplo de la figura del aborto con resultado de muerte o lesiones graves, del párrafo último del artículo 411 del Código penal español «cometida por quien habitualmente se dedica a la práctica del aborto con el empleo de medios absolutamente rudimentarios» (12).

En cuanto al reconocimiento de la relevancia del error de prohibición invencible hay que señalar que en favor del principio del error «iuris nocet» cabría invocar también consideraciones de prevención general (13). En un reciente informe elaborado en el Ministerio de la Presidencia del Gobierno en España, sobre el Anteproyecto de nuevo Código penal español, se postulaba una «reconsideración de la inclusión del error de derecho entre los motivos que pueden excluir o atenuar la responsabilidad». Entre otros argumentos se menciona la necesidad «de asegurar a la culpabilidad unos límites indubitados que no pueden ser objeto de una prueba difícil técnicamente y en cualquier caso proclive a ser practicada en todos los supuestos para conseguir un beneficio del presunto culpable» (14). La argumentación de Gimbernat de que la aplicación de la pena en los supuestos de error invencible de prohibición no es necesaria, es inútil, desde el punto de vista de la prevención general y especial (15), no me parece convincente. Según él la irrelevancia del error de prohibición no aumentaría el efecto inhibitorio de la pena para los que no conocen la anti-

ginas 220 y ss. (que habla de una prevención normativa); y ROXIN, *Zur jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht*, en Festschrift für Paul Bockelmann, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, Munich, 1979, págs. 304 y ss. (que distingue, como veremos, una prevención general integradora de la simple intimidación).

(12) Véase CÓRDOBA RODA, *Culpabilidad y pena*, pág. 48.

(13) Véase, también, en este sentido, ENRIQUE BACIGALUPO, en su intervención en el Coloquio Internacional celebrado en Santiago de Chile, "Revista de Ciencias Penales", enero-abril 1973, pág. 195, y *Bemerkungen zur Schuldlehre im Strafrecht*, Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag, Walter de Gruyter, 1974, pág. 483; CH. SCHÖNEBORN, *Schuldprinzip und generalpräventiver Aspekt*, Z. Str. W., tomo 88, 1976, pág. 354; B. BURKHARDT, *Das Zweckmoment im Schulddegriff*, lug. cit., págs. 336-7; y G. STRATENWERTH, *Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzips*, Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe, C. F. Müller, 1977, págs. 15 y 18 y ss.

(14) *Informe sobre la reforma del Código penal* (inédito), págs. 22 a 24 y 243 (Conclusiones, Cuarto).

(15) Véase GIMBERNAT, *El sistema del Derecho Penal en la actualidad*, págs. 283 y ss.

juridicidad de una conducta determinada, pues ignoran incluso que se encuentran en un error de prohibición. Es evidente, sin embargo, que la aplicación de una pena en los supuestos de error de prohibición invencible podría servir de acicate para examinar en cada caso, con mayor cuidado, la licitud o ilicitud de la conducta. Por otra parte, la persona que incurra en un error de prohibición invencible podría revelarse en algún caso, por esta misma circunstancia, como peligrosa y estar indicada la aplicación de una pena desde el punto de vista de la prevención especial (16). Las exigencias de la prevención general y la prevención especial entran aquí también en conflicto con el principio de culpabilidad.

Por otra parte, como señalé ya en el Coloquio Internacional celebrado en el Instituto de Ciencias Penales de Chile, en abril de 1973 (17), la misma distinción de error vencible e invencible presupone el reconocimiento de la capacidad del delincuente de obrar de otro modo en la situación concreta en que se hallaba (18).

El aplicar a los inimputables únicamente medidas de seguridad no puede fundamentarse en las exigencias de la prevención general. Según Gimbernat: «Por la escasa o nula "motivabilidad" del inimputable, la pena no supone para él, ex ante un factor inhibitorio serio». Por otra parte, sigue diciendo Gimbernat: «La impunidad del loco en nada relaja la eficacia inhibitoria de la pena frente a los "imputables", éstos no se identifican con aquél, se saben distintos y saben también, por consiguiente, que a ellos sí que les van a castigar si hacen lo mismo que el enajenado delincuente» (19). No me parece convincente sin embargo, la tesis de que la aplicación de una pena a las personas comprendidas en las eximentes de enajenación mental o trastorno mental transitorio careciera siempre de sentido desde el punto de vista de la prevención general y la prevención especial (20). Estas personas pueden ser en algún caso y alguna medida susceptibles de intimidación y con

(16) Véase, en este sentido, CÓRDOBA RODA, *Culpabilidad y pena*, pág. 43 y STRATENWERTH, *Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzips*, págs. 35-6. No es preciso que se trate de un inimputable, como estima ROXIN (*Zur jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verante wortlichkeit in Strafrecht*, págs. 299-300); piénsese en los supuestos de imputabilidad disminuida y de la llamada "ceguera jurídica".

(17) Véase "Revista de Ciencias Penales, enero-abril 1973, páginas 189 y 204.

(18) CÓRDOBA RODA se ha adherido a mi criterio en este punto, en *Culpabilidad y pena*, págs. 43-4.

(19) Véase GIMBERNAT, *El sistema del Derecho Penal en la actualidad*, lug. cit., págs. 282-3, y ya antes, en *¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?*, lug. cit., págs. 517-18.

(20) En este sentido ya también, SCHÖNEBORN, *Schuldprinzip und generalpräventiver Aspekt*, pág. 351; BURKHARDT, *Das Zweckmoment im Schuldbegriff*, págs. 336-7; CÓRDOBA RODA, *Culpabilidad y pena*, págs. 39 y ss.; STRATENWERTH, *Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzips*, págs. 12 y ss., 16 y ss. y 43 y ss.; y MIR PUIG, S., *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, Barcelona, Bosch, 1979, págs. 72 y 74-5.

mayor razón puede serlo el resto de la colectividad. En la configuración de la eximente de enajenación mental o trastorno mental transitorio en cada legislación penal o en la determinación de su contenido por la doctrina o la jurisprudencia influyen, sin duda, las exigencias de la prevención general (21). El Tribunal Supremo español, por ejemplo, ha apreciado sólo en alguna rara ocasión la eximente completa de enajenación mental en supuestos de psicopatía (S. de 27 de febrero de 1936) y durante mucho tiempo exigió, casi siempre, la existencia de un fondo patológico para apreciar la eximente de trastorno mental transitorio (22). En la aplicación de una pena a los enajenados o a las personas que padezcan un trastorno mental transitorio con fondo patológico se puede atender, hasta cierto punto (especialmente si se cumple, como en nuestro país, en el Sanatorio Psiquiátrico Penitenciario) a las exigencias de la prevención especial (23). La reducción del límite de la mayoría de edad penal (en el Proyecto de nuevo Código penal español se rebaja de dieciséis a quince años) puede venir exigida no sólo por el principio de culpabilidad, sino también por consideraciones de prevención general y de prevención especial. En este último caso, por estimar insuficientes o ineficaces las medidas de seguridad de carácter educativo o protector que aplican los Tribunales Tutelares de Menores (24).

No es posible explicar tampoco la menor punición de los delitos culposos en relación con los dolosos desde el punto de vista de la prevención general y de la prevención especial. Los delitos culposos son mucho más frecuentes y podría considerarse, por ello, necesario sancionarlos con mayor pena que los correspondientes delitos dolosos. Los homicidios por imprudencia son mucho más numerosos que los homicidios dolosos; piénsese, por ejemplo, en los homicidios culposos cometidos en el tráfico motorizado. El argumento de Gimbernat (25), de que la elevación de la pena de los delitos culposos sería ineficaz desde el punto de vista de la preven-

(21) Véase, en este sentido, CÓRDOBA RODA, *Culpabilidad y pena*, páginas 39 y ss.; CH. SCHÖNEBORN, *Shuldprinzip und generalpräventiver Aspekt*, págs. 351 y ss.; y G. STRATENWERTH, *Die Zukunft des Strafrechtlichen Schuldprinzips*, págs. 12 y ss.; 16 y ss. y 43 y ss.

(22) Véase mi artículo *El tratamiento de los semiimputables*, ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES, 1973, págs. 23 y ss.

(23) Véase también, en este sentido, STRATENWERTH, *Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzips*, págs. 35-6.

(24) En el Proyecto del nuevo Código penal español (art. 146), se prevé la posibilidad de sustituir la pena de prisión por una o varias medidas de seguridad para los jóvenes delincuentes mayores de quince años y menores de veintiuno (en el Código penal vigente existe la posibilidad de sustituir la pena privativa de libertad por internamiento en Institución especial de reforma para los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 65).

(25) Véase GIMBERNAT, *¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?*, págs. 515-6 y su intervención en el Coloquio Internacional celebrado en Santiago de Chile, "Revista de Ciencias Penales", enero-abril 1973, págs. 192-3.

ción general, porque en ellos el sujeto confía precisamente en que el resultado no se produzca y éste puede ser más grave aún que la pena, no me parece convincente. El legislador podría establecer unas penas más elevadas para los delitos de peligro, es decir, para las conductas que no observan el cuidado objetivamente debido (imprudencia sin resultado). Réplica Gimbernat, que con ello se produciría un caos valorativo, que afectaría a la eficacia de la pena desde el punto de vista de la prevención general (26). El caos consistiría, sin embargo, únicamente en que se subvertirían las valoraciones sociales actualmente vigentes, que se basan, como ha señalado Roxin, precisamente en el principio de la culpabilidad (27). Si se justifica únicamente la pena por sus fines preventivos es preciso llevar a cabo una subversión de valores. Entre las conductas que atentan o lesionan un mismo bien jurídico —por ejemplo, la vida— habría que sancionar con mayor pena aquellas cuya frecuencia sea mayor, si se atiende a las exigencias de la prevención general. Desde el punto de vista de la prevención especial, la peligrosidad del delincuente es decir la probabilidad de que vuelva a delinquir en el futuro debería ser el criterio decisivo.

Por otra parte, el concepto mismo de culpa presupone el reconocimiento de la posibilidad de obrar de otro modo en la situación concreta (28). No en cuanto al llamado elemento objetivo de la culpa, la inobservancia del cuidado objetivamente debido, elemento del tipo de lo injusto de los delitos culposos. Aquí como señaló Gimbernat (29), la simple constatación de que la conducta del sujeto no responde al cuidado objetivamente debido no implica el reconocimiento de la capacidad de obrar de otro modo. En el llamado elemento subjetivo de la culpa, en cambio, la apreciación de la capacidad del sujeto, en la situación concreta, de prever la posibilidad de la producción del resultado y de conocer el cuidado objetivamente debido implica el reconocimiento de la posibilidad de obrar de otro modo.

Dado, al menos, el nivel actual de desarrollo de la investigación criminológica, es dudoso, como ha señalado Bacigalupo (30), que se pudiera alcanzar un grado mayor de racionalización del Derecho

(26) Véase GIMBERNAT, *¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?*, págs. 509 y ss. y sus intervenciones en el Coloquio Internacional celebrado en el Instituto de Ciencias Penales de Chile, "Revista de Ciencias Penales", enero-abril 1973, págs. 201-2.

(27) Véase la intervención de Roxin en el Coloquio Internacional celebrado en el Instituto de Ciencias Penales de Chile, "Revista de Ciencias Penales", enero-abril 1973, pág. 206.

(28) Véase mi intervención en el Coloquio Internacional celebrado en Santiago de Chile, "Revista de Ciencias Penales", enero-abril 1973, páginas 189 y 204.

(29) Véase su intervención en el Coloquio Internacional celebrado en Santiago de Chile, "Revista de Ciencias Penales", enero-abril 1973, págs. 198.

(30) Véase BACIGALUPO, intervención en el Coloquio Internacional celebrado en Santiago de Chile, "Revista de Ciencias Penales", enero-abril

penal sustituyendo el principio de culpabilidad por las consideraciones de prevención general y prevención especial como fundamento y medida de la pena. Nuestros conocimientos sobre la eficacia de la pena desde el punto de vista de la prevención general son escasos e imprecisos. La eficacia de la pena, especialmente de la pena privativa de libertad, desde el punto de vista del tratamiento, como aspecto más relevante de la prevención especial, es desgraciadamente escasa. Es muy sintomático que en el informe número 5 del Comité Nacional Sueco para la Prevención del delito, «Un nuevo sistema de penas. Ideas y propuestas», publicado en julio de 1978, se niega la posibilidad de justificar las sanciones en virtud de las exigencias del tratamiento. Se habla, incluso, del abandono de la ideología del tratamiento. Este debe realizarse, cuando el delincuente lo acepte voluntariamente, pero nunca se puede justificar una sanción por las exigencias del tratamiento, dada la escasa eficacia de sus resultados (31).

Ante la imposibilidad o la dificultad de probar que el delincuente podría obrar de otro modo en la situación concreta en que se hallaba, Roxin formuló la tesis de que la culpabilidad no debía constituir el fundamento, pero sí el límite de la pena (32). Considera Roxin que «el concepto de la culpabilidad ha cumplido hasta ahora en el Derecho penal dos funciones prácticas diversas, que hay que separar estrictamente y que deben ser apreciadas en forma absolutamente diferente. Su primera tarea ha sido darle una justificación al fin de retribución de la pena. Una retribución en el sentido de infligir un mal compensatorio de la culpabilidad presupone lógicamente una culpabilidad que puede ser compensada («saldada», «expiada»). En este sentido se traduce, entonces, la culpabilidad como desventaja para el acusado, ya que legitima el mal que se le inflige. La segunda función del concepto de culpabilidad es de índole contrapuesta: consiste en que limita la pena, o sea, que pone una barrera a la facultad de intervención estatal, en cuanto la medida de la culpabilidad señala el límite superior de la pena. Esta segunda función del concepto de culpabilidad... no grava al delincuente, sino que lo protege. Impide una ingerencia más severa en su libertad personal, por razones preventivas, que

1973, págs. 194-5, y 206-7, y *Bemerkungen zur Schuldlehre im Strafrecht*, lug. cit., págs. 482-3.

(31) Véase la traducción de este Informe por José Luis Díez Ripollés, profesor ayudante de la Cátedra de Derecho Penal de la Universidad de Zaragoza y mi Introducción al mismo, en ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES, 1979, fasc. 1.º, págs. 179 y ss.

(32) Véase KLAUS ROXIN, *La culpabilidad como criterio limitativo de la pena*, ponencia en el Coloquio Internacional celebrado en Santiago de Chile bajo los auspicios del Instituto de Ciencias Penales, entre el 4 y el 12 de abril de 1973, "Revista de Ciencias Penales", enero-abril 1973, págs. 16 y ss.; *Kriminalpolitische Überlegungen zum Schuldprinzip*, Mo-

la que corresponde a su culpabilidad» (33). El principio de que la pena no debe rebasar la medida de la culpabilidad, dice Roxin, «no procede, como el principio de la retribución de la culpabilidad, de fuentes metafísicas. Es, más bien, un producto del liberalismo iluminista y sirve al fin de limitar el poder de intervención del Estado. De él se pueden derivar una serie de consecuencias que pertenecen a las más efectivas garantías del Estado de Derecho y que, por tanto, de ninguna manera debiera prescindirse de ellas» (34). Roxin es consciente de que si la medida de la pena se determina exclusivamente en función de las exigencias de la prevención general se puede llegar al establecimiento y aplicación de penas desproporcionadas a la gravedad de los delitos. Esto implicaría un atentado contra la dignidad de la persona humana, pues se sacrificaría la libertad del individuo al interés de la intimidación general. Si la medida de la pena se determinara exclusivamente en función de las exigencias de la prevención especial podrían aplicarse penas de larga duración a delincuentes peligrosos, cuya peligrosidad se hubiera puesto de manifiesto a través de la consumación de un delito de escasa gravedad. «En este caso» —dice Roxin— «el principio de la culpabilidad también fuerza a limitar la duración del tratamiento —independientemente de su éxito— conforme a la insignificancia del delito. Preserva así la autonomía del individuo respecto a intromisiones desmesuradas del Estado» (35).

El que la medida de la pena no deba rebasar la medida de la culpabilidad no implica, según Roxin, una contradicción con la afirmación de la imposibilidad de probar la capacidad de obrar de otro modo en el caso concreto. El legislador al establecer que la pena no debe rebasar la medida de la culpabilidad no «estaría pronunciando un juicio, que no le compete, sobre la libertad de la voluntad humana. No se trata en este caso de una afirmación sobre el ser, sino de un postulado de política criminal dirigido al juez: «Ustedes deben tratar al ciudadano por su inclinación a la libertad individual como un hombre capaz de una decisión autónoma y responsable, mientras la motivación normal de su hacer no esté excluida por perturbaciones espirituales». Según Roxin, se-

natschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform, tomo 56, 1973, páginas 316 y ss.; *Schuld und Verantwortlichkeit als strafrechtliche Systemkategorien*, en "Grundfragen der gesamten Strafrechtswissenschaft", Festschrift für Heinrich Henkel, Walter de Gruyter, Berlín-Nueva York, 1974, págs. 171 y ss. y *Zur jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht*, Festschrift für Paul Bockelmann, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, Munich, 1979, págs. 279 y ss.

(33) Véase ROXIN, *La culpabilidad como criterio limitativo de la pena*, lug. cit., pág. 17, y *Kriminalpolitische Überlegungen zum Schuldprinzip*, lug. cit., págs. 316-7.

(34) Véase ROXIN, *La culpabilidad como criterio limitativo de la pena*, lug. cit., pág. 18, y *Kriminalpolitische Überlegungen zum Schuldprinzip*, lug. cit., pág. 318.

(35) Véase ROXIN, *La culpabilidad como criterio limitativo de la pena*, lug. cit., pág. 19, y *Kriminalpolitische Überlegungen zum Schuldprinzip*, lug. cit., págs. 319.

trata de un principio regulador normativo y estos principios «no deben ser enjuiciados de acuerdo con los criterios de "verdadero" o "falso", sino con los de su fecundidad social o dañosidad» (36).

La medida de la culpabilidad sirve, según Roxin, de límite a la medida de la pena, pero dentro de este límite la pena debe estar únicamente en función de las exigencias de la prevención general y de la prevención especial (37). La culpabilidad es una condición necesaria pero no suficiente para la imposición de una pena. Esta sólo debe aplicarse si es necesaria desde el punto de vista de la prevención general y la prevención especial. Roxin interpreta, por ejemplo, el estado de necesidad como causa de inculpabilidad (art. 35 del Código penal alemán) y el exceso en la legítima defensa, por confusión, miedo o pánico (art. 33) como supuestos en que se considera que el sujeto podía actuar de otro modo, existía por tanto, culpabilidad, pero la aplicación de la pena no es necesaria desde el punto de vista de la prevención general y la prevención especial. En el estado de necesidad, el que «en una situación de peligro actual para la vida, la integridad corporal o la libertad, que no puede evitar de otro modo, realiza un hecho antijurídico para apartar este peligro de sí, algún pariente u otra persona a él allegada» no necesita un tratamiento de prevención especial porque se encuentra plenamente integrado en la sociedad. Ha realizado esta conducta por hallarse en una situación excepcional. Desde el punto de vista de la prevención general no es necesaria tampoco la aplicación de una pena, porque, dada la rareza de estas situaciones excepcionales, casi siempre distintas, resulta superfluo el castigo de la conducta antijurídica en atención a los demás. Por otra parte, el ciudadano medio, dice Roxin, que no está preparado para «actuar en situaciones de peligro», si alguna vez se encuentra en una situación de este tipo, difícilmente podrá tener en cuenta la norma y ser motivado por ella. Si se trata, en cambio, de personas que habían creado ellas mismas la situación de peligro o que por su oficio o cargo están obligadas a sacrificarse (soldados, bomberos, policía, etc.), la aplicación de una pena aparece como necesaria desde el punto de vista de la prevención general (38). En la regulación del exceso en la legítima defensa, se exime de responsabilidad al que incurre en él por confusión, miedo o pánico, pero no al que lo hace por cólera o ira. Esta diferencia en el tratamiento legal no puede explicarse, según Roxin, en función de la culpabilidad, pues ambas reacciones son igualmente comprensi-

(36) Véase ROXIN, *La culpabilidad como criterio limitativo de la pena*, lug. cit., pág. 20-1, y *Kriminalpolitische Überlegungen zum Schuldprinzip*, lug. cit., pág. 320.

(37) Véase ROXIN, "*Schuld*" und "*Verantwortlichkeit*" als strafrechtliche Systemkategorien, lug. cit., págs. 181 y ss.

(38) Véase ROXIN, "*Schuld*" und "*Verantwortlichkeit*" als strafrechtliche Systemkategorien, lug. cit., págs. 183 y ss., y *Zur jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht*, lug. cit., págs. 282 y ss.

bles. La diferencia cobra sentido, en cambio, en función de las exigencias de la prevención general. «Pues las pasiones agresivas son en general mucho más peligrosas y tienen que ser contenidas por todos los medios (por consiguiente, incluso, mediante el precio de la pena) en interés de la tutela de los bienes jurídicos, mientras que la «confusión, el miedo o el pánico» no incitan a la imitación y pueden ser tratados, por ello, de un modo más benévolo». Las personas que actúen en virtud de estos impulsos están, además, socialmente integradas (39). La aplicación o no de una pena, no depende, pues, únicamente de la culpabilidad, de la posibilidad de obrar o no de otro modo, sino de las exigencias de la prevención general y la prevención especial. El término culpabilidad debería ser sustituido, por ello, por el de responsabilidad, para designar este elemento del concepto del delito. Si no hay culpabilidad no hay responsabilidad, pero aunque se dé la culpabilidad faltará la responsabilidad si la pena no es necesaria desde el punto de vista de la prevención general y la prevención especial (40), (41).

La culpabilidad, según Roxin, carece en realidad de trascendencia para la exclusión de la responsabilidad. Si falta la culpabilidad, como en la conducta del inimputable o en el que actúa en un error de prohibición invencible, la pena no es tampoco necesaria, desde el punto de vista de la prevención general y la prevención especial. En la culpabilidad como fundamento de la pena es posible hacer abstracción, por ello, del problema del libre albedrío (42). El principio de culpabilidad sólo resulta imprescindible como límite para la medida de la pena. La atenuación de la pena, que establece el Código penal alemán (art. 21) (43) para los semi-

(39) Véase ROXIN, "Schuld" und "Verantwortlichkeit" als strafrechtliche Systemkategorien, lug. cit., págs. 189-190, y Zur jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht, lug. cit., págs. 282 y ss.

(40) Véase ROXIN, "Schuld" und "Verantwortlichkeit" als strafrechtliche Systemkategorien, lug. cit., págs. 181 y s., y Zur jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht, lug. cit., págs. 284-5.

(41) Roxin analiza también desde el punto de vista de la categoría de la "responsabilidad" el desistimiento voluntario en la tentativa, diversas cuestiones referentes a los delitos culposos, el estado de necesidad como causa supralegal de exclusión de la culpabilidad y los problemas planteados por el autor por convicción; véase ROXIN, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2.^a ed., Walter de Gruyter, Berlín 1973, páginas 35 y ss., "Schuld" und "Verantwortlichkeit" als strafrechtliche Systemkategorien, lug. cit., págs. 190 y ss. y 194 y ss. y *Zur jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht*, lug. cit., pág. 285. No es posible, evidentemente, exponer y examinar aquí sus argumentos en cada una de estas cuestiones.

(42) Véase ROXIN, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, lug. cit., pág. 33; "Schuld" und "Verantwortlichkeit" als strafrechtliche Systemkategorien, lug. cit., págs. 185 y ss., y *Zur jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht*, lug. cit., páginas 297 y ss., 302-3 y 308.

(43) Según el art. 21 del Código penal alemán: "Si la capacidad del autor de comprender el carácter ilícito de su conducta o de obrar con-

imputables, por enajenación mental o trastorno mental transitorio, por ejemplo, está en función de la medida de la culpabilidad. Desde el punto de vista de la prevención general y la de prevención especial podría ser necesaria la aplicación de una pena de mayor duración. La aceptación del principio de culpabilidad como límite de la pena implica también, según Roxin, una decisión en favor de la concepción de la prevención general como prevención integradora y no como simple intimidación. La prevención general integradora consiste, según él, en el robustecimiento de la conciencia jurídica general mediante la satisfacción del sentimiento jurídico (44).

La tesis de Roxin de que la culpabilidad no debe constituir el fundamento, pero sí el límite de la medida de la pena implica, a mi juicio, una contradicción. Si la existencia de la culpabilidad, es decir, la capacidad individual de obrar de otro modo en la situación concreta no puede ser demostrada, ¿cómo puede servir luego la culpabilidad de límite a la medida de la pena? Aunque se trate únicamente, como dice Roxin, de un principio regulativo, de carácter normativo y no de una afirmación del ser, ¿cómo puede medirse la culpabilidad, algo cuya existencia sólo se presume, para que sirva luego de límite a la medida de la pena? (45). El problema no se resuelve aceptando, como hace recientemente Roxin, la distinción de Achembach entre la culpabilidad como fundamento de la pena y la culpabilidad como criterio de la medición de la pena (46). Pues aun partiendo de esta distinción, que me parece sumamente discutible, no es posible establecer una separación neta, tajante, entre ambas. La medida en que el sujeto podía conocer el carácter ilícito de su conducta o de obrar conforme a este conocimiento o en que podía vencer el error de prohibición —aspectos entroncados con la culpabilidad como fundamento de la pena— no puede dejar de influir en la medida de la misma. Por otra parte, si la medida de la pena no debe rebasar la de la culpabilidad, si la culpabilidad es una condición necesaria, aunque no suficiente, para

forme a ese conocimiento se hallaba considerablemente disminuida al realizar el hecho por alguna de las razones mencionadas en el art. 20, puede atenuarse la pena de acuerdo con lo dispuesto en el art. 49, apartado (1)". En el art. 20 se dispone: "Actúa sin culpabilidad el que al cometer el hecho carezca de la capacidad de comprender el carácter ilícito de su conducta o de obrar conforme a ese conocimiento a causa de una perturbación morbosa de la mente, de una profunda perturbación de la conciencia, imbecilidad u otra grave anomalía mental.

(44) Véase ROXIN, "Schuld" und "Verantwortlichkeit" als Strafrechtliche Systemkategorien, lug. cit., pág. 186 y *Zur jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht*, lug. cit., páginas 304 y ss. y 308.

(45) Véase ya, en este sentido, mi intervención en el Coloquio Internacional celebrado en Santiago de Chile, "Revista de Ciencias Penales", enero-abril 1973, pág. 190.

(46) Véase ROXIN, *Zur jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht*, lug. cit., págs. 282 y 304 y ss.

la aplicación de la pena, la culpabilidad constituye, al menos, uno de los fundamentos de la misma (47).

En la crítica de la tesis de Gimbernat se puso ya de manifiesto que no es posible deducir de las exigencias de la prevención general y la prevención especial que se apliquen a los inimputables únicamente medidas de seguridad y que deba eximirse de responsabilidad en el error invencible de prohibición. La autonomía del principio de la culpabilidad, en este sentido, como en la exclusión de la responsabilidad por el resultado, es indudable (48). La culpabilidad aparece aquí como baluarte, en aras del respeto a la dignidad de la persona humana, frente a las exigencias desmesuradas de la prevención. En la terminología de Roxin diríamos, que la culpabilidad desempeña también un papel decisivo en la exclusión de la responsabilidad y no sólo como límite en la medida de la pena. Esta trascendencia se ve sólo en parte afectada por la influencia indudable de las exigencias de la prevención general y la prevención especial en la formulación e interpretación de la eximente de enajenación mental y trastorno mental transitorio núm. 1.º del art. 8.º del Código penal español y art. 20 del Código penal alemán). La ampliación del ámbito del error de prohibición invencible, que propone Roxin (49), en función de la «fidelidad normal al Derecho», sin exasperar el contenido de los deberes de reflexión e información es deseable, pero no es consecuencia de las exigencias de la prevención general o de la prevención especial. En los supuestos en que el error era muy difícilmente vencible al autor podía obrar de otro modo, pero su culpabilidad no alcanzaba gravedad suficiente para justificar la aplicación de una pena.

El estado de necesidad se considera como causa de inculpabilidad, por la opinión dominante en la Ciencia del Derecho penal española, cuando dándose todos los requisitos del número 7 del artículo 8.º el mal causado es aproximadamente igual que el que se quería evitar (conflicto de bienes iguales) (50). La apreciación de la eximente no supone tampoco aquí que en algún caso no fuera

(47) En este sentido también Lenckner; véase ROXIN, *Kriminalpolitische Überlegungen zum Schuldprinzip*, lug. cit., pág. 320.

(48) No me parece convincente, por ello, la tesis de JAKOBS (*Schuld und Prävention*, Recht und Staat, 1976) que reduce el principio de la culpabilidad a una exigencia de la prevención general; véase una exposición y crítica detallada de la tesis de Jakobs, en STRATENWERTH, *Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzips*, págs. 23 y ss. y 29 y ss.

(49) Véase ROXIN, "Schuld" und "Verantwortlichkeit" als strafrechtliche Systemkategorien, lug. cit., págs. 187-8, y *Zur jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht*, lugar citado, págs. 289-290.

(50) Véase, por ejemplo, RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Notas al "Tratado de Derecho Penal"* de Mezger, I, Madrid 1955, págs. 450-1; ANTÓN ONECA, *Derecho Penal, Parte General*, Madrid, 1949, pág. 266; RODRÍGUEZ DEVEZA, *Derecho Penal español, Parte General*, 5.ª ed., Madrid, 1976, pág. 501; y JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, IV, 2.ª ed., 1961, páginas 348 y ss.

necesaria la aplicación de la pena desde el punto de vista de la prevención general y la prevención especial. Piénsese, por ejemplo, en el requisito segundo, del núm. 7.º del artículo 8.º: «Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto». El adverbio intencionadamente es interpretado por la opinión dominante en la doctrina española como comprensivo de todo el dolo (51) y quedan incluidos, por tanto, en la causa de inculpabilidad aquellos supuestos en que el estado de necesidad fue provocado por una conducta imprudente o culposa del sujeto. No puede asegurarse, a mi juicio, que en estos supuestos no fuera necesaria la aplicación de una pena desde el punto de vista de la prevención general o de la prevención especial. La prueba de ello es que el Tribunal Supremo español, apartándose de la opinión más extendida en la doctrina, ha negado en ocasiones la eximente en supuestos de provocación culposa del estado de necesidad (52). Al referirse, según la opinión dominante, la provocación intencional o culposa al estado de necesidad mismo y no a la conducta antijurídica realizada en dicha situación (53), podría considerarse que estamos ante una manifestación de la culpabilidad por conducta de vida, que encubre una ponderación, correcta o incorrecta de las exigencias preventivas. El legislador habría considerado, erróneamente, que la aplicación de una pena no era necesaria, desde el punto de vista de la prevención general y la prevención especial en los supuestos de provocación culposa del estado de necesidad. Si se refiere, en cambio, la intención (y la culpa) al hecho delictivo realizado en el estado de necesidad y no sólo a la provocación de este mismo («actio libera in causa») no estaremos ante una manifestación de la culpabilidad por conducta de vida, sino ante diferencias en la gravedad de la culpabilidad por el hecho. En los supuestos en que el sujeto estaba obligado por su oficio o cargo a sacrificarse no queda, por esta circunstancia, completamente al margen de la causa de inculpabilidad. En la fijación del nivel más riguroso de exigibilidad de obediencia al Derecho influyen, sin duda, las exigencias de la prevención general y de la prevención especial, pero no únicamente. El propio Roxin concede que: «No se puede exigir a un bombero que acepte conscientemente una muerte sumamente probable» (54). La medida en que haya quedado reducida la capacidad de obrar de otro modo constituye también un factor decisivo. El criterio de la disminución

(51) Véase, por ejemplo, ANTÓN ONECA, *Derecho Penal, Parte General*, pág. 268; RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal español, Parte General*, pág. 493; CÓRDOBA RODA, *Comentarios al Código Penal*, I, Barcelona, Ariel, 1972, pág. 296; y JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, IV, págs. 392-3.

(52) Véase CÓRDOBA RODA, en *Comentarios al Código Penal*, I, página 296.

(53) Véase, a este respecto, RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal español, Parte General*, págs. 493-4.

(54) Véase ROXIN, "Schuld" und "Verantwortlichkeit" als strafrechtliche Systemkategorien, *lug. cit.*, págs. 184.

de la capacidad de motivación por la norma no resulta, en cambio, satisfactorio, pues, como dice Bacigalupo: «La prevención general por sí sola no puede explicar por qué la mayor capacidad de motivación exige una pena más elevada que la menor» (55). La culpabilidad aparece, pues, también en el estado de necesidad como un principio independiente de las exigencias de la prevención general y la prevención especial.

En nuestro Código penal no existe una eximente para el exceso en la legítima defensa, similar a la del artículo 33 del Código penal alemán. Puede aplicarse, no obstante, en estos casos, la eximente de miedo insuperable. En el número 10 del artículo 8.º se declara exento de responsabilidad criminal al «que obra impulsado por un miedo insuperable de un mal igual o mayor». El límite objetivo que representa la amenaza de un mal igual o mayor (sea real o imaginario) (56) está, sin duda, en función de las exigencias de la prevención general. Puede dar lugar a la exclusión de la eximente de aquellas personas que supervaloraron el mal que les amenazaba o que aún valorándolo correctamente, obraron en virtud de un miedo insuperable. No puede decirse, por tanto, como Roxin, que al faltar la posibilidad de obrar de otro modo no es necesaria la pena desde el punto de vista de la prevención general y la prevención especial. Se trata, sin duda, de una restricción o limitación de la vigencia del principio de culpabilidad en virtud de las exigencias de la prevención general. Si bien es cierto, que también aquí en la delimitación por la doctrina o la jurisprudencia del carácter insuperable del miedo pueden influir consideraciones preventivas (57).

(55) Véase, BACIGALUPO, *Bemerkungen zur Schuldlehre im Strafrecht*, pág. 484.

(56) Véase, en este sentido, ANTÓN ONECA, *Derecho Penal, Parte General*, pág. 282. El Tribunal Supremo exige, incluso, en jurisprudencia constante, que el mal sea real; véase RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal español, Parte General*, pág. 554 (que se adhiere al criterio del Tribunal Supremo) y CÓRDOBA RODA, en *Comentarios al Código Penal*, I, páginas 351-2 (que se aparta del criterio jurisprudencial). Córdoba Roda considera, en cambio, en contra de la opinión dominante, que en la ponderación de los males hay que atenerse a la valoración del sujeto; véase *ob. cit.*, págs. 354-5.

(57) Véase, a este respecto, ANTÓN ONECA, *Derecho Penal, Parte General*, pág. 281 (hay que atender a “la conducta exigible por ser la presumible en el hombre medio”), RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal español, Parte General*, pág. 554 (“Insuperable es el temor que hubiera determinado a una persona de constitución psíquica sana y reacciones normales a actuar en las mismas circunstancias como lo hizo el que obró por miedo”) y el análisis de la jurisprudencia que realiza CÓRDOBA —*Comentarios al Código Penal*, I, págs. 336 y ss.— donde, después de defender, acertadamente, el enjuiciamiento personal en función de la capacidad del sujeto individual, del carácter insuperable del miedo, señala: “No me parece, sin embargo, que haya sido éste el sentido en el que hasta ahora ha sido fundamentalmente interpretada tal característica. Han sido, en efecto, criterios de índole objetiva y despersonalizada los que han regido en gran medida el entendimiento del requisito insuperable”.

La ira o la cólera no está incluida expresamente en el catálogo de eximentes de nuestro Código penal —a diferencia de lo que sucede con el miedo— pero en los estados emotivos o pasionales, que por su intensidad priven al sujeto de la capacidad de comprender el carácter ilícito de su conducta o de obrar conforme a ese conocimiento cabe apreciar, a mi juicio, la eximente de trastorno mental transitorio del núm. 1.º del artículo 8.º Ello es posible también en la práctica desde el momento en que nuestro Tribunal Supremo exige cada vez con mayor frecuencia la existencia de un fondo patológico para apreciar esta eximente (58). Si se considera, en cambio, como la opinión dominante hasta ahora, que en los estados emotivos o pasionales —a excepción del miedo— cabe aplicar únicamente la atenuante de arrebato u obcecación (num. 8 del art. 9.º) la de haber precedido inmediatamente provocación o amenaza adecuada de parte del ofendido (num. 5.º del art. 9.º) o la de vindicación próxima de una ofensa grave (núm. 6.º del art. 9.º) estaríamos también ante una limitación del principio de culpabilidad en función de las exigencias de la prevención general y la prevención especial.

En la exposición anterior creo que ha quedado claramente de manifiesto la autonomía del principio de la culpabilidad frente a las exigencias de la prevención general y la prevención especial. El principio de la culpabilidad desempeña una función esencial no sólo como límite de la medida de la pena, sino en la exclusión de la responsabilidad. La culpabilidad aparece pues al menos como uno de los fundamentos de la pena. ¿Cómo puede constituir, sin embargo, la culpabilidad el fundamento o al menos uno de los fundamentos de la pena, si no se puede demostrar la capacidad del sujeto de obrar de otro modo, es decir, conforme a las exigencias del ordenamiento jurídico, en la situación concreta que se hallaba? Para contestar a esta pregunta hay que hacer en primer lugar algunas matizaciones acerca de la imposibilidad de probar la capacidad de autodeterminación individual.

Henkel, en un penetrante análisis de los límites de la comprobación empírica de la capacidad de autodeterminación conforme a sentido del ser humano, considera que algunos elementos relevantes para el juicio de culpabilidad son susceptibles de comprobación (59). Si el autor pudo o no, en la concreta situación, prever el curso externo de la acción y las repercusiones de la misma (la producción de un determinado resultado de lesión o peligro) «puede considerarse enjuiciable mediante un suficiente número de compro-

(58) Véase mi artículo *El tratamiento de los semiimputables*, ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES, 1973, fasc. I, págs. 23 y ss.

(59) Véase HENKEL, *Die Selbstbestimmung des Menschen als rechtsphilosophisches Problem*, Festschrift für Karl Larenz, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, Munich, 1973, págs. 23 y ss.

baciones del grado de inteligencia y de la experiencia de la vida del autor». «Lo mismo sucede», dice Henkel, «con la pregunta acerca de si el autor, de acuerdo con su personalidad, tal como se ofrece al que formula el juicio, podía comprender el desvalor o lo injusto de su conducta». No son susceptibles de comprobación empírica, individualizada, en cambio, otros factores: «si el autor tenía la posibilidad concreta de asumir emocionalmente el fin de su conducta considerado como "correcto" por su razón, es decir, si su razón podía desencadenar los impulsos emocionales del sentimiento del valor y del deber, que hubieran sido apropiados para mover la voluntad en esa dirección. Tiene que quedar también sin respuesta la pregunta de si el autor tenía la posibilidad de aportar mediante su voluntad la energía que hubiera sido necesaria para superar las inhibiciones y resistencias que se derivaban de las circunstancias externas y (o) de impulsos contrapuestos de la esfera vital o del sentimiento». Es cierto, por tanto, como concluye Henkel, que no cabe un juicio global empíricamente comprobable de la capacidad de obrar de otro modo del delincuente en la situación concreta. Esta comprobación sólo puede realizarse respecto a aspectos parciales, aunque de gran trascendencia para el juicio de culpabilidad.

Estas limitaciones, insalvables, suponen únicamente que la culpabilidad jurídica no coincide plenamente con la culpabilidad moral. Se trata de dos conceptos enraizados en la concepción del hombre como persona, como ser responsable, capaz de autodeterminación conforme a sentido, pero que no coinciden plenamente en su contenido. La culpabilidad jurídica no supone siempre una culpabilidad ética [y no solamente en los supuestos excepcionales del derecho injusto (60) y del autor por convicción (61)]. Se trata de dos conceptos íntimamente relacionados, sin embargo, pues la prueba, en los aspectos parciales en que es posible, de la incapacidad de obrar de otro modo excluye no sólo la culpabilidad moral, sino la culpabilidad jurídica.

Las dificultades del enjuiciamiento de la capacidad del delincuente para obrar de otro modo, en la situación concreta, no se resuelven sustituyendo este juicio por el de la capacidad de autodeterminación de otra persona, en la misma situación. Ni siquiera si para ello se recurre a la figura del ser humano dotado de una

(60) El Derecho injusto es, a mi juicio, obligatorio mientras no suponga una infracción grave de un principio material de justicia, especialmente del principio de validez *a priori*, del respeto a la dignidad de la persona humana; véase mi *Curso de Derecho Penal español, Parte General*, I, Introducción, Madrid, Tecnos, 1976, pág. 16.

(61) La tesis de MUÑOZ CONDE (*Funktion der Strafnorm und Strafrechtsreform*, en "Strafrecht und Strafrechtsreform", Carl Heymans Verlag, 1974, págs 326 y ss.) de que en la conducta del autor por convicción falta la culpabilidad jurídico-penal, pues ésta implica, en el aspecto material, que el sujeto participe en los bienes jurídicos y pueda ser motivado por la norma, no me parece convincente; véase la crítica de CORDORA RODA, en *Culpabilidad y pena*, págs. 28 y ss.

capacidad de autodeterminación media (62). La capacidad de decisión o la fuerza de voluntad media no es susceptible tampoco de comprobación empírica. Se trataría necesariamente de un criterio normativo (63) en cuya concreción influirían, sin duda, las exigencias de la prevención general y la prevención especial. Por otra parte, el criterio es sumamente insatisfactorio, pues lo decisivo es saber si el delincuente pudo obrar de otro modo en la situación en que se hallaba. Cuando se pueda demostrar que no pudo obrar de otro modo (por ser su error de prohibición invencible, por ejemplo), sería injusto afirmar la existencia de culpabilidad porque otra persona en su lugar hubiera podido hacerlo.

Es preciso atenerse, por tanto, a la capacidad de autodeterminación individual en la medida en que es susceptible de comprobación. El Derecho parte de la concepción del hombre como persona, como ser responsable, como ser capaz de autodeterminación conforme a sentido y siempre que pueda comprobarse la imposibilidad concreta de obrar de otro modo debe quedar excluida, en principio, la culpabilidad. No siempre es así, sin embargo, pues en la regulación de las causas de inimputabilidad y de inculpabilidad en los códigos penales influyen también, como hemos visto, las exigencias de la prevención general y la prevención especial (recuérdese lo dicho en relación con las eximentes de enajenación mental, trastorno mental transitorio y de miedo insuperable de los números 1.º y 10 del art. 8.º del Código penal español). El reproche de la culpabilidad jurídico-penal se basa, pues, sólo en parte en la comprobación empírica de la capacidad de obrar de otro modo y tiene siempre como substrato, en mayor o menor medida, la capacidad general de autodeterminación conforme a sentido del ser humano.

La concepción de la culpabilidad como capacidad de motivación normal por las normas jurídicas, con base en la hipótesis de-

(62) Véase, en este sentido, por ejemplo, JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 3.ª ed., Duncker-Humblot, Berlín 1978, págs. 330-1 y 346; y HENKEL, *Die Selbstbestimmung des Menschen als rechtsphilosophisches Problem*, pág. 25. También Roxin alude en su último artículo a un concepto "general" o "social" de culpabilidad en relación con la conducta posible al ciudadano medio; véase *Zur jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht*, págs. 294 y 298. Córdoba Roda invoca también un criterio generalizador al afirmar: "De admitir, conforme a autorizada doctrina, que existen dificultades prácticamente insuperables para poder llegar a afirmar, en virtud de un juicio *individualizador*, que el sujeto concreto disponía de la indicada libertad de actuación o sufría alguna de las referidas alteraciones, entendemos que las referidas situaciones de ausencia o amonorcación de capacidad deben ser concebidas como aquellos estados que producen un tal efecto de ausencia o disminución en *cualquier persona* en la que concurra el conjunto de elementos integrantes de la respectiva situación"; CÓRDOBA RODA, *Culpabilidad y pena*, pág. 70.

(63) En este sentido, expresamente, JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, pág. 346.

terminista (64), no presenta menores dificultades. La determinación del concepto de motivación normal implica un juicio de valor y en él pueden influir, sin duda, las consideraciones de la prevención general y la prevención especial. La comprobación de si un delincuente, en la situación concreta en que se hallaba, era susceptible de motivación normal por la norma, no presenta menores dificultades que la comprobación de si podía o no actuar de otro modo.

La culpabilidad es, por otra parte, sólo uno de los fundamentos de la pena, pues ésta además de ser justa ha de ser necesaria (65). La pena justa, adecuada a la medida de la culpabilidad, sólo debe ser aplicada en la medida en que sea necesaria para atender a las exigencias de la prevención general y la prevención especial, pues se trata de la justificación de la pena estatal. Si los fines preventivos no exigen la aplicación de la totalidad de la pena merecida, el Tribunal puede aplicar una pena inferior (dentro del margen de arbitrio judicial reconocido por el Código), o dejar de aplicarla (condena condicional). La aplicación de la pena implica una reafirmación del ordenamiento jurídico y en este sentido es retribución. No puede concebirse, en cambio, la retribución como la compensación del mal moral causado por el delito, pues esta compensación no es posible, ni es racional buscarla mediante la aplicación de otro mal al delincuente. La pena al tener su fundamento en lo injusto culpable, permite la expiación de la culpabilidad por parte del delincuente. La expiación, sin embargo, es sólo posible y no necesaria, pues no puede ser impuesta por la fuerza. Implica la aceptación voluntaria de la pena como sanción justa del delito cometido (66).

(64) Véase, en este sentido, MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, Barcelona, Bosch, 1979, págs. 66 y ss y 69 y ss.

(65) Véase mi *Curso de Derecho Penal español, Parte General, I*, Introducción, págs. 24 y ss.

(66) Véase, en este sentido, SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch*, J. C. B. Mohr, Tübinga, 2.^a ed. 1975, pág. 50; y Zipf, en MAURACH-ZIPF, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1, C. F. Müller Verlag, 1977, pág. 94.

El Derecho de las Víctimas

DR. ISRAEL DRAPKIN S.

Profesor Emérito de la Universidad Hebrea de Jerusalén y de las Facultades Metropolitanas Unidas (Sao Paulo - Brasil)

EN HOMENAJE A LA MEMORIA DE MI INOLVIDABLE AMIGO Y COLEGA

DR. ALFONSO QUIROZ CUARON

SUMARIO: 1. Definición de la Terminología. 2. Introducción General al Tema. 3. La Víctima en las Antiguas Civilizaciones y Legislaciones. 4. Las Garantías del Procesado y del Condenado y el Derecho de las Víctimas del Delito. 5. Comentarios Finales.

Jerusalén, enero de 1980.

«Hay siete emociones humanas básicas: Felicidad, Cólera, Ansiedad, Amor, Pena, Miedo y Odio. Quien no sea víctima de ninguna de ellas, es un hombre paciente...»

(Clásico proverbio chino)

El hombre contemporáneo ha perdido la paciencia.

(I.D.S.)

1. DEFINICIONES DE LA TERMINOLOGIA

Tenemos plena conciencia que al referirnos a las víctimas en general, abordamos un tema tan antiguo como la Humanidad. Sin embargo, su enfoque científico es relativamente reciente, apenas desde 1945, cuando el término «victimología» fuera acuñado por Mendelsohn (1).

Etimológicamente la expresión «victimología» deriva de la palabra latina «Víctima» y de la raíz griega «Logos». Esta última representa, desde el punto de vista teológico, la Palabra Divina personificada o el principio activo del Universo (2), tal como fue utilizada,

(1) BENJAMIN MENDELSON, *The Origins of the Doctrine of Victimology*, en *Victimology*, Israel Drapkin y Emilio Viano, Editores; Lexington Books, D. C. Heath and Company, Lexington, Massachusetts, Estados Unidos de América, 1974, págs. 3 a 11, especialmente en pág. 5.

(2) Ver *Odhams Dictionary of the English Language*, Londres, 1946, pág. 644.

en un sentido místico, por los filósofos griegos. En su acepción secular significa «palabra», «discurso», «estudio», que es la que nosotros usaremos en este ensayo.

En cuanto a la palabra «víctima», ella tiene dos significados distintos. Por una parte se refiere al ser vivo —hombre o animal— sacrificado a una deidad, en cumplimiento de un rito religioso, o dedicado como ofrenda a algún poder sobrenatural (3). La otra interpretación es la que generalmente se usa en criminología y otras disciplinas afines: se relaciona con la persona que sufre o es lesionada, en su cuerpo o propiedad, torturada o asesinada, por otra que actúa movida por una gran variedad de motivos o circunstancias (4). Victimología se refiere, pues, al estudio de las víctimas del delito.

Antes de entrar en materia, es conveniente destruir el prejuicio que la víctima ofrecida como sacrificio en el altar de una divinidad o con la intención de evitar las reacciones desfavorables de los poderes sobrenaturales, es algo que pertenece al pasado remoto de la humanidad y no se encuentra en el mundo contemporáneo. La verdad es muy distinta y la prensa diaria nos trae ejemplos de sacrificios humanos de este tipo con una frecuencia muy superior a la que podríamos imaginar. Citemos tan sólo algunos de los casos más recientes que han llegado a nuestro conocimiento.

En 1978, mientras estábamos en una gira de conferencias por el Lejano Oriente, leímos en un diario de Hong Kong (5), que la señora Phyllis Taylor, de treinta y un años de edad, fue acusada en la Corte de Distrito de Flint, en Michigan, Estados Unidos de América, de asesinar a su hijo Stephen, de cinco años, y de atentar contra la vida de su hija de diez años —cuyo nombre no se dio a conocer— porque eran «hijos de Satán que trataban de matarla».

De regreso en casa, leímos en un diario local (6), que un niño huérfano, de dos años de edad, fue asesinado en una remota región tribal de Madhya Pradesh, en un acto de sacrificio ritual a los dioses de la cosecha y de la buena cacería, según informó la «Press Trust» de India. De acuerdo con esta agencia de noticias, dos hombres —Madavi Kova, de sesenta años, y su hijo Hirma, de veinticinco— tomaron al niño mientras jugaba, lo mataron y con su sangre regaron el altar de la divinidad de la aldea. Hirma cortó la cabeza del niño y la echó al río, mientras que el cuerpo fue abandonado en la selva de los alrededores, para servir de alimento a los animales. Los asesinos alegraron que, mientras dormían, recibieron instrucciones de la deidad para proceder en la forma en que lo hicieron.

Un caso menos trágico pero más pintoresco, sucedió también en

(3) *Diccionario Enciclopédico Ilustrado*, Editorial Ramón Sopena, Barcelona, sin fecha, vol. IV, pág. 3664.

(4) *Oxford English Dictionary*, vol. XII, 1961.

(5) *South China Morning Post*, del 13 de abril de 1978.

(6) *The Jerusalem Post*, del 6 de abril de 1979.

India (7). Mujeres desnudas trabajaban durante las noches los campos agrícolas del Estado de Uttar Pradesh —el de mayor población de aquel país, con una población de 100 millones de habitantes— que habían sufrido la peor sequía de los últimos 40 años. ¡Lo hacían para aplacar al Dios de la Lluvia...!

Por otra parte, hace algunos meses —mientras visitábamos diversas Universidades del Brasil— leímos una impresionante información en el diario «O Globo» de Río de Janeiro, del domingo 21 de octubre de 1979. Según ella, el menor Antonio Carlos Magalhaes Viera Junior, alias «Juninho», de dos años y nueve meses de edad, fue sacrificado y descuartizado el viernes 12 del mismo mes en un ritual de magia negra, en la hacienda «Bon Vale», en la comuna de Cantagalo, del Estado de Río de Janeiro. Serían procesados por este crimen los empleados de esa hacienda, Waldir de Sousa Lima y María de Conceição Pereira Pontes, acusados de actuar junto con el propietario de ese latifundio Moacir Valente y algunos de sus empleados, en el secuestro y muerte de «Juninho». El prefecto de Cantagalo pidió que ambos acusados fueran transferidos a otro Juzgado, para evitar la repetición de los hechos ocurridos el miércoles 17 de octubre en su prefectura, cuando unas 2.000 personas de la vecindad lincharon y quemaron al señor Valente y a su empleado Anésio Ferreira, alias «O Fiote», luego prendieron fuego a la hacienda y, por último, saquearon la comisaría local y quemaron cuatro automóviles policiales. Como si esto fuera poco, funcionarios policiales, armados de picos y palas, hicieron una serie de excavaciones en distintos lugares de «Bon Vale», en busca de los cadáveres de otros cinco menores que habrían sido sacrificados, como «Juninho», en rituales de misa negra que se celebraban periódicamente en ese enorme latifundio —que tiene una extensión de unos 8.700.000 metros cuadrados, evaluado en más de 50 millones de cruzeiros. Durante la visita ocular de las autoridades a la destruida hacienda se encontraron, en efecto, una serie de pequeños altares, con imágenes de varios «santos», flores marchitas y velas a medio consumir, altares ubicados en diversos rincones de la propiedad. Como nosotros partimos de Brasil en los últimos días del mismo mes de octubre, nada supimos de los detalles del proceso judicial ni de sus conclusiones. Este es, seguramente, el más macabro de los sucesos de este tipo que hemos tenido la oportunidad de conocer.

Días después, encontrándonos ya en Buenos Aires, leímos en el diario «La Nación» de aquella capital, de fecha 29 de octubre de 1979, que una secta de fanáticos religiosos —conocida como las «mariposas azules», porque sus integrantes usan largas túnicas de ese color— que actúa en la ciudad de Campiña Grande, en el Estado de Paraíba, en el nordeste de Brasil, anunció el suicidio colectivo de sus 500 afiliados para el domingo 13 de enero de 1980, día

(7) Noticia de la Agencia Noticiosa Reuter, publicada en *The Jerusalem Post*, del 27 de agosto de 1979.

en que «se producirá el fin del mundo, con un diluvio de ciento veinte días». Esto recuerda el episodio similar ocurrido recientemente en Guyana, donde se suicidaron colectivamente los 900 integrantes de la secta de fanáticos que dirigía Jim Jones, pero con una diferencia fundamental. Mientras éstos efectivamente se suicidaron, las «mariposas azules» deben seguir revoloteando por Campiña Grande, ya que escribimos estas líneas después del 13 de enero de este año y el mundo sigue su marcha... ¡A lo mejor, en un próximo futuro, estas mismas «mariposas» nos asombren con alguna otra de sus espeluznantes revelaciones...!

No cabe duda que estos «edificantes» ejemplos contribuyen a aumentar aún más nuestro «orgullo» por pertenecer a esta maravillosa era de la tecnología contemporánea...

2. INTRODUCCION GENERAL AL TEMA

La tecnología, como toda otra conquista del hombre, tiene su precio que debemos pagar, por elevado que sea. Las modernas armas nucleares son cual nueva espada de Damocles sobre la cabeza de la Humanidad. Ellas han creado un clima de terror y una mayor sensación de espanto que de seguridad, con la cual vive hoy la especie humana. Es urgente pensar ya en cómo controlar el horrible poder que hemos creado. Esto tal vez se logre cuando volvamos, una vez más, a los eternos y aparentemente olvidados valores espirituales del Hombre.

Esta es una época materialista por excelencia, con conceptos morales vagos y difusos, normas económicas contradictorias, exorbitante antagonismo competitivo y escandalosa agresividad entre los hombres. El presente es un período disoluto, de marcada oposición a todos los valores conocidos y de violenta discrepancia con los poderes constituidos. Nuestro mundo está destrozado por la ambición y el odio. El derecho de la fuerza prevalece sobre la fuerza del derecho y olvidamos que la violencia no termina con los problemas, pero sí con las posibles soluciones. Vivimos demasiado peligrosamente, sin tratar de evitar la superabundante e innecesaria victimización de inocentes. Esta situación, más que absurda e intolerable, es una obscenidad, una grosería...

El desorden, la agitación y el fanatismo dominan las masas populares. A veces no podemos evitar la impresión que hemos retornado a la era de los trogloditas. Dos terceras partes de los Estados Miembros de la Organización de las Naciones Unidas violan estos mismos Derechos Humanos que se comprometieron, formal y oficialmente, a respetar cabalmente. Casi ninguno de ellos siente la necesidad de tomar las urgentes y apropiadas medidas para tratar de solucionar la creciente tragedia de la violencia política y del terrorismo internacional organizado. De acuerdo con «Amnesty International» (8), la tortura se practica de nuevo por doquier, bajo el manto de los impropiamente llamados «interrogatorios» o «inves-

tigaciones», sean policiales o de otra índole. «Cuando las personas se transforman en objetos de represión —sometidas a tortura, profanadas o victimizadas por el terrorismo, los prejuicios o el racismo— toda la Humanidad es víctima del mismo proceso» (9).

Tal vez la noción más horrenda en estos días, es el empeño de la ingeniería genética en crear infinidad de «robots» humanos, que terminarán por estar a la disposición de los dictadorzuelos de futuras épocas. Es de esperar que los científicos dignos de ese nombre, sabrán repudiar este tipo de ingeniería, cuyos productos son totalmente innecesarios y no se justifican por razones de tipo científico, social o económico.

De los 152 Estados Miembros de las Naciones Unidas (10), apenas 35 son democracias, si bien cada cual de diverso tipo. No cabe duda que el mundo libre se está empequeñeciendo. Los hombres que creemos en los principios democráticos y en la decencia política debemos unirnos férreamente para resistir la embestida de los trogloditas.

¿Es que el bien guarda silencio y deja actuar a las fuerzas del mal, presentes por doquier? Personalmente creemos lo contrario. Lo que sucede es que la vieja escala de normas y valores ha perdido su eficacia y no hemos dado aún con la nueva. Vivimos «entre las viejas tradiciones y un nuevo comienzo» (11). Nuestra generación debe reconocer esta realidad y no hacerse ilusiones. Es imperativo aceptar esta situación intermedia, este estado de «anomia», sin confiar en la protección que pueda ofrecernos el sistema de ayer —ya caduco— ni soñar con que el «nuevo comienzo» cristalizará en nuestro tiempo.

Sin embargo, aún en el mundo contemporáneo y en una sociedad como la nuestra —donde los sentimientos humanos parecen haber desaparecido, reemplazados por la violencia— hay siempre un atisbo de esperanza para una humanidad mejor. Para ello es imprescindible no seguir por las sendas demasiado trajinadas de nuestros prejuicios. Tenemos que atrevernos y arriesgarnos a transitar por nuevos atajos, aún a riesgo de dejar parte de nosotros mismos en las piedras del camino. Debemos transformarnos en iconoclastas para destruir los indignos fetiches y los abyectos ídolos que hoy se adoran en muchos altares. Si por ello nos llamaran «extremistas», «revolucionarios», «no conformistas», «excéntricos» o nos atribuyeran cualquier otro epíteto de la infinita variedad de

(8) La famosa organización apolítica para la defensa de los Derechos Humanos en el mundo. Su sede central está en Londres y, en 1976, ganó el Premio Nobel de la Paz por sus esfuerzos humanitarios.

(9) Del discurso del Presidente Carter de los Estados Unidos, pronunciado en la rotonda del Capitol Hill, el 24 de abril de 1979, durante el acto de conmemoración del Holocausto.

(10) Eran apenas 51 Estados cuando la Organización se constituyó en 1945.

(11) WERNER MARX, en su autobiografía, incluida en el volumen *Philosophie in Selbstdarstellungen*, editado por Ludwig J. Pongratz, Felix Meiner, Verlag, Hamburg, 1975, 316 págs.

lemas y consignas —siempre más majaderamente utilizados que cabalmente comprendidos— no les hagamos caso. Cual nuevos cruzados, pero sin motivos ni propósitos religiosos, debemos empeñarnos en crear las bases de un mundo mejor, porque ese será el de nuestros hijos y el de los hijos de nuestros hijos. Sólo así lograremos acelerar la aparición de la aurora del «nuevo comienzo», de un mañana superior, en que la Humanidad comenzará nuevamente a perdonar y a amar. Será una época de esperanza, fraternidad y paz; de dignidad y libertad; de mutuo respeto y confianza; de justicia y probidad, todo ello dentro de los límites compatibles con las flaquezas humanas.

3. LA VÍCTIMA EN LAS ANTIGUAS CIVILIZACIONES Y LEGISLACIONES

En los albores de la civilización humana, la víctima del delito fue siempre el protagonista máximo del drama penal. Las leyes taliónicas y la compensación, sea mediante dinero («wergeld») u otra clase de bienes, fueron los mecanismos gracias a los cuales el hombre fue progresando lentamente desde el sistema de venganza privada al de la justicia pública. Progresivamente, a medida que el Estado fue haciéndose cargo de la administración de justicia, el delincuente fue transformándose en el personaje principal de los estrados judiciales, relegando a la víctima a un rol subalterno, primero, hasta llegar a ser casi totalmente olvidada, después. Desde mediados de este siglo, después del término de la segunda guerra mundial, para ser más precisos, hemos presenciado un renacer en la preocupación por la víctima y esto desde diversos puntos de vista. Se han hecho indudables progresos en esta materia, pero aún queda mucho por realizar para alcanzar el justo equilibrio entre las garantías del delincuente —procesado o condenado— y el derecho de sus víctimas. Veamos cuáles fueron las principales etapas de este proceso en el curso de su evolución histórica.

* * *

Como sucede con frecuencia, mucho antes del desarrollo de los doctos estudios científicos, hubo siempre una serie de escritores y literatos que enfocaron su atención en la víctima del delito. Citemos tan sólo algunos ejemplos: en las novelas del inglés Daniel Defoe (1659-1731), especialmente en «Moll Flanders» y «Colonel Jack»; en el ensayo satírico del escritor inglés Thomas de Quincy (1785-1859) titulado «el asesinato considerado como una de las Bellas Artes», en el cual sugiere que a veces la víctima es el asesino potencial; en algunos pasajes de «El Profeta», del novelista y poeta libanés Kahlil Gibran (1883-1931), se expresan importantes observaciones sobre la víctima y sus relaciones con el delincuente; y, por cierto, en la narración del novelista austriaco Franz Werfel

(1890-1945) titulada «Nicht der Morder der Ermordeite ist Schuldig» (No es el asesino el responsable, sino que el asesinado).

Si bien ya durante el siglo XIX algunos eruditos abordaron el estudio de la víctima en el drama criminal, la verdad es que sólo en la segunda mitad de este siglo estos trabajos adquieren características científicas, cuando se les aplica la metodología de la investigación empírica.

Sir Peter Brian Medawar, el famoso hombre de ciencias británico-hindú, ha insistido, con razón, que todo progreso científico comienza con una aventura especulativa, una pre-concepción imaginativa de lo que pueda ser verdadero, la que siempre va un poco o un mucho más allá de lo que tenemos derecho a considerar lógico o para lo cual tenemos pruebas documentales fehacientes. Esta conjetura inicial es luego expuesta a la crítica. En otros términos, el razonamiento científico es siempre una interacción entre dos formas del pensamiento, imaginativa la una y crítica la otra, una especie de diálogo entre lo posible y lo real, entre proposición y disposición. De acuerdo con esta concepción del proceso científico, imaginación y crítica están integralmente combinados. La imaginación pura, sin el freno de la crítica, puede explotar en una cómica o grotesca profusión de nociones disparatadas. Por su parte, el razonamiento crítico puro es totalmente estéril. Si hay quienes estiman que los filósofos griegos exageraron en sus ejercicios especulativos, no faltan quienes consideran que la ciencia actual paga un tributo excesivo a las formulaciones estadísticas. Es tan sólo el perfecto equilibrio o combinación entre el juego imaginativo y la crítica razonada lo que nos acercará más a la verdad, la meta fundamental a la que todos aspiramos. Este mecanismo descrito aquí no se aplica tan sólo a las ciencias exactas, sino que también a la sociología y al derecho.

La primera obra trascendental sobre victimología fue la de Hans Von Hentig (12), que marca el inicio de los modernos estudios sobre la materia. En los últimos treinta años se han publicado tantos trabajos sobre victimología que sería largo y tedioso mencionarlos en detalle. Apenas valdría la pena mencionar que el Primer Simposio Internacional que abordó el estudio de los problemas más urgentes de esta nueva disciplina se reunió en Jerusalén, Israel, en 1973; El segundo en Boston, Estados Unidos, en 1976; y el tercero en Muenster, Alemania Occidental, en 1979. El cuarto deberá reunirse en Tokyo en 1982. Todo esto representa la vitalidad del tema y tiene importancia para movilizar la opinión pública contemporánea en favor del establecimiento del Derecho de las víctimas a incluirlo en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre (13).

Cuando creemos descubrir nuevos caminos jurídicos, aparen-

(12) *The Criminal and his Victim*, New Haven, Yale University Press, 1948.

(13) Aprobada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, el 10 de diciembre de 1948.

temente desconocidos y aún no transitados, y pensamos seguirlos para la eventual reforma de algunas de nuestras instituciones de derecho contemporáneo o para el tratamiento legislativo de algunas disposiciones consideradas caducas o inapropiadas, el historiador del derecho difícilmente podrá disimular su sarcástica sonrisa y repetirá las inmortales palabras del Eclesiastés: «las cosas que fueron son las que serán; lo que ya se ha hecho se volverá a hacer y no hay nada nuevo bajo el sol; lo que existe ya lo era desde hace tiempo, de tiempos que fueron anteriores a nosotros...» (14).

Lejos estamos de afirmar que los historiadores tienen siempre la razón o de creer que el sabio monarca judío de antaño estaba justificado en su proverbial pesimismo. Sin embargo, ante toda novedad real o aparente no podemos evitar la tentación de buscar la existencia de precursores o de paralelos en las legislaciones de tiempos pretéritos.

En la actualidad existe un consenso general en el sentido de que la forma primigenia de castigo fue la *venganza privada*, así como que todo daño era personal y la tribu o la comunidad como tal no se daba por enterada. Las reacciones frente a toda injuria quedaban sujetas a la discreción y en las manos del ofendido o de su más próximo pariente, en caso de muerte. Steinmetz (15) apunta correctamente que la venganza, en cualquiera de sus tipos, no fue originalmente una institución legal. Ella no fue concebida por ningún legislador y ninguno de ellos jamás aseveró que era un medio apropiado para hacer justicia. La venganza simplemente ya existía, desde tiempos inmemoriales, en la naturaleza o condición humana, como un elemento totalmente inconsciente de su vida psíquica y social. Originalmente jamás se planteó duda alguna sobre la justificación o finalidad de la venganza, como tampoco con respecto a las causas o motivos del amor maternal por el hijo o la devoción del hijo por su padre. Si la madre reacciona violentamente ante la herida sufrida por el hijo, se trata de un impulso totalmente instintivo. Del mismo modo, el puñetazo con que responde el abofeteado, puede muy bien no ser más que una reacción refleja. La sociedad primitiva no sólo toleró en un comienzo este tipo de reacciones, tan profundamente arraigadas en la naturaleza íntima del hombre, sino que no puso siquiera en duda el derecho de la víctima a tomar su venganza. Tampoco se tomaba en consideración la naturaleza ni la magnitud de la injuria, pues ello era asunto privado de la víctima. Y con la condición humana siendo lo que es, era lógico admitir que la venganza de la víctima involucraría siempre un castigo superior al daño recibido. Por eso la primera y la más importante cuestión que se planteó el codificador de antaño, fue necesariamente la magnitud de la reacción vindicativa. Precisa-

(14) *Eclesiastés* 1.9-10. Este es uno de los libros del Antiguo Testamento atribuido al Rey Salomón.

(15) *Ethnologische Studien zur esten Entwicklung der Strafe*, 2.^a ed., 1928, tomo II, pág. 116.

mente cuando el legislador primitivo se enfrentó a las dificultades inherentes a la necesidad de codificar, tuvo necesariamente que plantearse la cuestión si los resultados de la reacción primitiva, innatos en la venganza privada, eran adecuados o justificados. Es indudable que tuvo que tomar en cuenta también las normas objetivas o subjetivas que de la justicia pudiera tener el rey o jerarca político. Por último, le fue menester considerar si, para favorecer la paz y el bienestar de la comunidad, no sería necesario poner ciertas limitaciones al libre e ilimitado ejercicio del derecho de la venganza. La reacción en cadena que origina la venganza privada entre ofensor y víctima y viceversa, así como los daños de todo tipo que afectan no sólo a ambas partes del binomio, sino que a las comunidades a que ambos pertenecen, fueron otros tantos argumentos para tratar de limitar los abusos de la venganza privada.

El mayor o menor grado de reacción vindicativa radicaba estrictamente en la voluntad y en las manos, así como en la posible clemencia de la víctima. Era ella la que determinaba, exclusivamente, la magnitud de la venganza. La única noción de justicia que existía entonces era la que emanaba del sentimiento de justicia que pudiera tener la víctima (16). Este aspecto puramente subjetivo no se prestaba para crear las bases de objetividad indispensables a la incipiente justicia pública para pretender una validez más universal. La furia de la parte ofendida —proverbialmente ciega— facilitaba, por lo general, la explosión de una crueldad sanguinaria, que casi siempre producía excesos, es decir, una marcada falta de proporciones entre la lesión sufrida por la víctima y la lesión que ésta imponía, en revancha, al ofensor. En otros términos, por lo general se agregaba una injusticia adicional a la previamente cometida. Y si, excepcionalmente, alguna víctima se abstenía de tomar venganza y optaba por la indulgencia, ello era la mejor prueba que la gran variedad de tipos de víctima dificultaría seriamente la tarea de hacer generalizaciones normativas.

Estos ilimitados derechos de venganza, por muy comprensibles que fueran, tuvieron que ser sacrificados en el altar de la justicia que comenzaba a alborear. Es así como nacieron las leyes de talión. Se pensó que no podría haber un equilibrio más justo y mejor concebido para lograr una mejor justicia, que el balance aritmético de tanto por tanto. El castigo no podría ser mayor que el daño recibido. Es indudable, entonces, y no deja de ser curioso, que la primera intervención de derecho de los primitivos legisladores fue para defender a quien infringió inicialmente la norma social, es decir, al delincuente y no a su víctima. No podía ser de otra forma, ya que los derechos de esta última eran absolutos e ilimitados, mientras que los derechos del delincuente eran aún inexistentes. La restricción del derecho de la víctima a su propia venganza fue, por cierto, una consecuencia indirecta. En efecto, el resultado in-

(16) IHERING, *Der Geist des Roemischen Recht*, 10.^a ed., 1968, Vol. I, pág. 128.

mediato de la «leges talionis» consistió en que la medida de la venganza de la víctima tenía que concordar con la medida de la injuria recibida: vida por vida, ojo por ojo, diente por diente, mano por mano y animal por animal.

Este sistema puede parecer un tanto bárbaro e inhumano, si no se capta que la verdadera intención de la norma está en poner el énfasis en tres palabras no mencionadas en el texto original. Ello son «no más que» una vida por una vida, un ojo por un ojo, etc. Enfocado en esta forma, el principio taliónico pierde su aparente y feroz insensibilidad y se transforma en una medida que, amén de restringir el ilimitado derecho a la venganza que tenía la víctima, inyecta un concepto de ecuanimidad no existente hasta entonces. Este es el verdadero significado del talión, lo que explica su éxito y rápida propagación de las legislaciones del mundo antiguo.

La Biblia hebrea no fue la primera ni la última en adoptar las leyes taliónicas. Ella fue precedida por el Código de Hammurabi y por otros anteriores aún, como las Leyes de Eshnunna. Sin detenernos a analizar la influencia de Babilonia sobre las leyes mosaicas, bástenos indicar que la esencia de estas leyes fue adoptada por todas las legislaciones del mundo antiguo. En efecto, las encontramos en el Egipto faraónico; en el Código de Manú, en India, y en el Zend Avesta, de Persia; en las leyes de Zaleukos, el legislador griego del siglo VII a. de C., el más grande de los primitivos legisladores; en las Doce Tablas de Roma; en varios de los antiguos sistemas penales germánicos; en Islam (17); y hasta en las antiguas legislaciones de Inglaterra, con la diferencia que las medidas taliónicas eran administradas por las cortes y no por las víctimas. No vale la pena detallar el grado en que el talión fue teoría o práctica en las diversas civilizaciones primitivas, porque ello alargaría demasiado este ensayo, amén de alejarnos del tema central del mismo. Baste indicar que las opiniones son muy diversas entre los especialistas y que estamos aún muy lejos de lograr un consenso sobre este aspecto específico del debate.

Después de la adopción del concepto taliónico, la segunda medida incorporada en casi todas las legislaciones primitivas —con el objeto de reducir al mínimo los perniciosos efectos de la venganza privada absoluta— fue la compensación o composición. Flavio Josephus, el famoso historiador hebreo de discutidos méritos, indica que la Ley Mosaica establece que el hechor debe perder el mismo miembro u órgano de su cuerpo que él hizo perder a su víctima, a no ser que ésta quede satisfecha con una adecuada compensación monetaria, «por cuanto la ley otorga a la víctima el derecho de evaluar sus propios daños y elegir entre talión o pago» (18).

(17) *Corán* II, 178.

(18) *Antigüedades Judías*, vol. IV, cap. 8, pág. 35. Véase a este respecto: HAIM COHN, *Victimology and Ancient Law*, discurso pronunciado en la Sesión Inaugural del Primer Simposio Internacional de Victimología (Jerusalén, 2-6 septiembre 1973) y publicado en el volumen

Las Leyes de Roma, contenidas especialmente en las Doce Tablas (19), mantienen el principio taliónico, pero agregan «a no ser que la víctima lo determine de otra manera, de acuerdo con el malhechor». Una vez más constatamos que el derecho a la venganza lo tiene la víctima —dentro de las limitaciones taliónicas— pues su ejercicio quedaba a su propia discreción. Si lo deseaba, la víctima podía vender su derecho a la venganza, sin siquiera tener necesidad de recurrir a los tribunales.

La función de los jueces de la época se limitaba a resolver los casos dudosos y a establecer si algún derecho había sido violado, en cuyo caso indicaban la sanción correspondiente. Pero cuando no había duda alguna acerca de la comisión del acto ilícito o con respecto a la identidad del hechor, la víctima y sólo ella tenía el derecho de aplicar la ley a su propia discreción. Entre otros derechos de venganza se incluía en el Derecho Romano, por ejemplo, el del marido ofendido, quien podía matar impunemente a su mujer adúltera y a su compañero de delito.

Con el correr del tiempo, los derechos absolutos que primitivamente tenía la víctima se fueron limitando en forma progresiva. Primero se aplicó el talión, luego la compensación voluntaria y enseguida la composición obligatoria. Por otra parte, la víctima comienza a ser un participante responsable en el proceso judicial, ante una corte de justicia, con lo cual se va desarrollando el concepto moderno del orden legal, tanto en materia civil como criminal. El dolor y el sufrimiento de la víctima ya no sirven, por sí solos, para determinar la culpabilidad del hechor, dando lugar al desarrollo de todas las normas de procedimiento que se fueron incorporando en el curso de los siglos.

Posteriormente el rol de la víctima, tanto en lo que respecta a la composición voluntaria u obligatoria, como a su papel en los estrados judiciales, fue disminuyendo gradualmente, a tal punto

titulado *Organisation - Communications - Resolutions* del mismo Simposio, editado por Israel Drapkin, en la serie de publicaciones (núm. 20) del Instituto de Criminología de la Universidad Hebrea de Jerusalén, 1976, 93 págs.

Ver igualmente las *Observaciones* leídas por ISRAEL DRAPKIN en la ceremonia inaugural del mismo Simposio, publicadas en *Victimology: A New Focus*, editado por Israel Drapkin y Emilio Viano, vol. I, *Theoretical Issues in Victimology*, publicado por Lexington Books, Massachusetts, Estados Unidos, 1974, XVII y 217 págs., especialmente en págs. XII a XVII.

(19) El Derecho romano, como es sabido, tiene su fundamento en las Doce Tablas, promulgadas por magistrados de la República Griega, alrededor del año 450 a. de C. y que sirvió como la recopilación legal más importante por casi un milenio, hasta el año 529 de esta Era, en que aparece la compilación conocida como el Código Justiniano, medio siglo después de la caída de Roma. Las Doce Tablas son, básicamente, un código civil, con fundamentales referencias al derecho del individuo. Sólo muy posteriormente, durante el Imperio, apareció lo que se podría llamar el código penal, de acuerdo con el cual, el Estado se encargaba de procesar y castigar a los delinquentes.

que, a comienzos de este siglo, ya había perdido prácticamente todos sus derechos. Sólo en los últimos treinta años hemos vuelto a otorgar a la víctima algunos derechos —naturalmente distintos que los de antaño— y es muy posible que, en los decenios por venir, ella adquiera el rol que legal y humanitariamente le corresponden.

4. LAS GARANTIAS DEL PROCESADO Y DEL CONDENADO Y EL DERECHO DE LAS VICTIMAS DEL DELITO

No hay necesidad de recurrir a impresionantes cifras estadísticas para afirmar que los delitos políticos, el terrorismo internacional y la criminalidad violenta están en aumento por doquier. Nuestra civilización parece estar amenazada por una marea ascendente de violencia expresada en toda forma. Nadie sabe con seguridad cómo terminará esta nueva «Era de la Violencia», que nos recuerda «El Terror», aquel sobrecogedor período de la Revolución Francesa. Mientras tanto, el número de víctimas inocentes de este acontecer diabólico sigue una curva ascendente, al parecer irreversible. Harían excepción a esta regla general algunos lugares solitarios —«lejos del mundanal ruido»— como la Isla de Pascua (20) y la de Pitcairn (21), en el Pacífico Sur, y la Isla de Iona (22), frente a la costa occidental de Escocia, que no saben todavía lo que es la violencia y la criminalidad. Son verdaderos paraísos libres aún de esas plagas...

(20) Conocida también con el nombre indígena de "Rapa Nui". Ubicada a los 27° 10' de latitud Sur y a los 109° 20' de longitud Oeste, tiene una superficie de apenas 17.900 hectáreas cuadradas. Descubierta el 6 de abril de 1722, al día siguiente de la Pascua de ese año —motivo por el cual se la bautizó con el nombre de "Isla de Pascua"— por el almirante holandés Jacob Roggeveen, que viajaba a bordo del navío "Thienhoven". Este viaje es considerado oficialmente como la expedición responsable por el descubrimiento de la isla, una de las primeras descubiertas en Polinesia. Lo que más caracteriza a esta isla son las grandes estatuas de piedra —los "Mohais"— que se encuentran por doquier en la isla, pero que no se parecen a ninguna de las otras estatuas que abundan en Polinesia, lo cual constituye aún hoy uno de los "misterios" de la isla. Desde 1888 pertenece a Chile. (El autor de este trabajo fue el primer médico que pasó seis meses en la isla, en 1934, estudiando la lepra, en misión del Gobierno de Chile. En noviembre de 1979 volvió a pasar algunos días en la isla en condición de turista).

(21) Situada entre Australia y Sudamérica —a 25° 3' de latitud Sur y a 130° 8' de longitud Oeste— tiene apenas una extensión de cinco kilómetros cuadrados y una población de poco más de 200 habitantes. Es famosa porque en 1790 llegaron a ella los amotinados del barco de la marina británica "Bounty", de quienes descienden los actuales isleños. Desde 1839 la isla pertenece a Gran Bretaña.

(22) Es una de las islas del archipiélago de las Hébridas, con una superficie de unas mil hectáreas y una población de unos 90 habitantes. Perteneció a la familia del duque de Argyll desde 1635 y es una verdadera reliquia feudal. Actualmente está en venta, para permitir a los descendientes actuales del duque pagar el equivalente de un millón de dólares en impuestos que ellos deben al fisco británico.

Una de las grandes paradojas de nuestro tiempo es que, a medida que el peligro de nuevas guerras mundiales va cediendo —debido, tal vez, al peligro atómico— y el nivel de vida va en aumento, la tasa de criminalidad y de violencia va aumentando a un ritmo pavoroso, principalmente en los grandes centros urbanos.

Paralelamente a este fenómeno se puede observar una creciente preocupación por el respeto y la protección de los derechos de los delincuentes y de aquellos sujetos sometidos a proceso criminal (23). Tanto las opiniones de muchos magistrados, así como aquellas expresadas en los tratados de Derecho penal y procesal, indican una creciente sensibilidad por la aplicación correcta de las normas de procedimiento para evitar que se cometan flagrantes extravíos de la justicia. Si bien el asunto es debatible, en opinión de algunos expertos el incremento de los crímenes violentos sería una consecuencia directa de las disposiciones excesivamente liberales en el procedimiento penal, y en los fallos judiciales, que favorecen el incremento de la reincidencia. No es difícil suscribir esta opinión, por cuanto el aspecto causal de la conducta humana resulta siempre de difícil interpretación debido a la inmensa cantidad de variables etiológicas que pueden ser involucrados. Sorprendentes correlaciones no siempre son la mejor prueba de conexiones causales. Por eso no podemos aceptar o rechazar este punto de vista que algunos sostienen con absoluta seguridad. Preferimos no adelantar juicio definido alguno sobre los motivos del aumento actual de la criminalidad y de la reincidencia, si bien no podemos negar la existencia del fenómeno.

Hay quienes se preguntan, ¿por qué debemos preocuparnos por ampliar los derechos procesales de aquellos acusados de infringir las normas básicas de la convivencia humana? ¿Por qué debemos esforzarnos por liberalizar su proceso judicial, levantando vallas protectoras alrededor de estos sujetos, con lo cual sólo logramos dificultar la dictación de fallos condenatorios? Sabemos, por cierto, que las apropiadas respuestas llenarían toda una biblioteca especializada, pero nos bastaría con citar dos argumentos a favor de este estado de cosas. Primero: más allá y por encima de toda consideración humanitaria nos urge evitar los peligros de condenar —a base de pruebas insuficientes— a un acusado que, en última instancia, pueda ser inocente. La condena de un inocente es lo que más se acerca, en el criterio intuitivo del hombre, a una injusticia absoluta, sin atenuantes. Segundo: aún sin aceptar automáticamente la presunción de inocencia del imputado, hay otra razón por la cual defendemos y tratamos de ampliar cuanto nos sea posible las garantías de procesados y condenados. En efecto, por difícil que sea imaginarnos, siempre existe la posibilidad, por remota que sea, para que un día estemos sentados nosotros mismos en el banquillo de los acusados. Los caprichos del destino,

(23) Ver ISRAEL DRAPKIN, *La Cultura de la Violencia*, ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES, Madrid, 1976, págs. 469-485.

los azares de la fortuna o los recónditos designios de la providencia—llámese como se quiera— han atrapado incluso a los ciudadanos aparentemente más seguros y protegidos en contra de esta clase de eventualidades. Citemos, por ejemplo, el caso del ex presidente Nixon y el asunto de Watergate.

Recordemos, por otra parte, que tanto Goethe como Tolstoy, poeta y dramaturgo el primero, novelista y filósofo místico el segundo —que comprendieron tan bien el corazón del hombre, porque supieron sondear profundamente en el propio— reconocieron que no había crimen o bestialidad alguna en el vasto repertorio de las posibilidades humanas que, en determinadas circunstancias, ellos mismos no serían capaces de concebir y cometer. Y si bien hay sujetos que se jactan de su total inmunidad frente a los siete pecados capitales, ello atestiguaría no tanto a su incorruptibilidad como su falta total de imaginación...

Aún en su forma más sintética no cabe duda que la argumentación a favor de las garantías del procesado es, de por sí, poderosísima. Pero, ¿qué sucede con los derechos de las víctimas? Para ello tenemos que recurrir, una vez más, a nuestra capacidad de imaginación. Se trata, en efecto, de identificarnos no ya como posibles delincuentes, sino como víctimas potenciales de actos de violencia. Si aceptamos que, teóricamente al menos, podemos llegar a ser delincuentes, ¿no nos resulta más fácil imaginarnos como víctimas?

En los países de gran desarrollo industrial las estadísticas oficiales —que, como sabemos, distan mucho de ser completas o fidedignas— indican tremendos aumentos de la criminalidad violenta. Asesinatos y violaciones han aumentado vertiginosamente y, al parecer, seguirán en su curva ascendente. En los grandes centros metropolitanos de los Estados Unidos el riesgo de victimización casi ha triplicado durante la última década. Algo similar sucede en los demás países desarrollados, por lo cual, nuestras posibilidades de ser víctimas es mucho mayor que la contingencia de llegar a ser delincuentes. De donde se desprende que la protección de nuestros derechos a no ser victimizados es mucho más urgente que ampliar nuestras garantías como delincuentes potenciales. Sin embargo, por paradójico que sea, hay una excesiva preocupación por proteger al delincuente y casi ninguna por defender a la víctima.

En las periódicas encuestas de la opinión pública —tipo Galup u otras similares— que se realizan en Nueva York, el 90 por 100 de los interrogados consideran que las calles de la ciudad son totalmente inseguras. Una de cada tres personas encuestadas aseguró haber sido ya víctima de algún crimen callejero (24). Por su parte,

(24) Resultados de una encuesta realizada en el 20.º Distrito Electoral de Manhattan, de la ciudad de Nueva York, por el diputado William F. Ryan, según consta en el diario *The New York Times*, del 8 de enero de 1972.

Wysten Hugh Auden (25), repetía «siempre llevo conmigo algún billete de cinco dólares o más para satisfacer la exigencia de algún asaltante y librarme así de ser apuñalado». Por lo demás, no es difícil prever que, en el futuro, pudiéramos volver a vivir en ciudades amuralladas, como en la Edad Media: adentro vivirán los que tengan medios de fortuna que proteger y afuera los que nada tienen...

A este respecto no resistimos la tentación de reproducir a continuación, sin comentarios, la carta de un negro puertorriqueño publicada en el *New York Times*», que dice así en nuestra libre traducción del original inglés:

«Señor Editor:

Una de estas noches no volveré a casa donde me esperan mi mujer y mi hijito de cuatro años. Habré sido la víctima de una de las numerosas pandillas de asaltantes que han transformado las calles de esta ciudad en una jungla de asfalto llena de terror y violencia para mis vecinos negros y puertorriqueños, así como para mi familia y para mí.

Soy negro originario de Puerto Rico. Crecí en Harlem en medio de las peleas de pandillas. Cuando joven trabajaba de día y volvía tarde de noche a mi casa, después de asistir a la Escuela Nocturna. Durante mis treinta y nueve años jamás temí por mi seguridad personal. En cambio, tenía miedo por mi madre, mi mujer, mi hijo y demás parientes, pero nunca por mí mismo. Ahora sí. Vivo espantado, realmente aterrorizado, porque comprendo que pronto llegará mi turno y me siento absolutamente indefenso.

Quisiera ver crecer a mi hijo y transformado en una persona madura, feliz, honorable y con éxito. Lo pavoroso es saber que el destino se opone a que ello suceda. Tantos de mis amigos, vecinos y parientes son asaltados, apuñalados y robados, que sé positivamente que es sólo asunto de días o tal vez horas para que me toque el turno.

Lo que hace todo este asunto más horripilante es que ahora, por primera vez, comprendo cuán desamparados deben sentirse un anciano, una mujer o un niño caminando por esas calles de Dios, en la oscuridad incipiente del crepúsculo, aterrorizados y absolutamente indefensos, sin policía alguno alrededor y sabiendo positivamente que nadie vendrá a su socorro, por temor a verse envuelto en algún lío judicial...

Ya no soy el engreído y orgulloso sargento de la infantería de marina de antaño, siempre listo para cualquier emergencia. Hoy no soy más que un hombre asustado, que regresa de noche a su casa, después de un largo día de trabajo, mirando para atrás, a los lados o adelante, sin saber con certeza si esta noche es la noche que me tocará el turno. ¿Me asaltarán a la salida del Metro, cuyas ampolletas se destruyen deliberadamente casi todas las noches? ¿En la:

(25) Poeta americano de origen inglés (1907-1973), caracterizado por un agudo sentido del humor.

-calle, al pasar por alguno de tantos sitios eriazos o casas vacías?
-o ¿será en el umbral de mi casa, al poner la llave en la cerradura. . ?

Sé que es muy tarde para salvar mi vida, pero hago votos para que despierten nuestros estadistas, nuestras autoridades y la ciudadanía toda con el objeto de ir a la supresión del tráfico de drogas, controlar la excesiva tolerancia que hoy existe y establecer el respeto por la autoridad constituida.

Sólo entonces seremos capaces de salvar las vidas de nuestros hijos y de innumerables otras personas, todos acreedores a una vida libre de las posibilidades de una muerte violenta o de un asalto no menos violento. Sólo entonces la gente será capaz de vivir integralmente sus respectivas vidas, de ser alegres y felices y llenos de amor por la Humanidad.

Brooklyn, 30 de enero de 1972.

Luis S. Campbell.»

Cuando leímos esta carta, recordamos instintivamente «La Guía de los Perplejos», de Maimónides, por la inmensidad de nuestra dolorosa perplejidad ante una carta como la reproducida. Lo que sucede es que, a diferencia del señor Campbell, la mayoría de nosotros está convencida que jamás seremos víctimas de delito alguno.

* * *

Precisemos ahora algunos conceptos que parecen haber perdido su nitidez debido a nuestra legítima pero excesiva preocupación por las garantías de procesados y condenados. Tal como la víctima tiene, teóricamente, el derecho a no ser atacado, molestado o ultrajado, así también el delincuente tiene derecho a un proceso judicial justo e imparcial y a una defensa técnicamente apropiada. Pero no olvidemos que nuestros derechos constitucionales como ciudadanos quedan inoperables si hemos sufrido una invalidez grave a consecuencia de su asalto violento y quedan sin validez alguna en caso de nuestra muerte. Por eso urge establecer ciertos derechos para las víctimas de delitos. Existen algunas legislaciones en que estos derechos ya están establecidos, como en Australia, por ejemplo, en que se establecen compensaciones económicas para las víctimas de delitos. En otros países, como en Inglaterra, se ha sugerido que los bienes de delinquentes condenados por delitos capitales sean distribuidos entre los dependientes de sus víctimas. Si bien queda aún mucho que hacer en este sentido, es importante señalar que ya existe un comienzo auspicioso. También debemos precisar que estos derechos incipientes de las víctimas, están basados en el reconocimiento previo del derecho de todo ciudadano a no ser victimizado.

Con frecuencia se observa que a mayores garantías para el delincuente, menores son los derechos de las víctimas. La jurisprudencia de algunos países señala casos en que se otorga la libertad bajo fianza a imputados por la comisión de un mismo tipo de

delito por tercera vez, alegándose en su favor que no han sido convictos ni condenados ni siquiera en el primer proceso. Estos derechos del imputado chocan directamente con los de su posible víctima, ya que esta sufrió los efectos de esta violencia cuando el hechor gozaba de su libertad bajo fianza. Quienes son incapaces de comprender este conflicto de derechos, tampoco pueden captar la naturaleza de una decisión moral. No se trata aquí de elegir entre bueno y malo, justo e injusto, porque el asunto no representa una alternativa ética, sino que apenas resume la integración de un juicio moral. En verdad debemos elegir entre bueno y bueno, justo y justo y, a veces, entre lo bueno y lo justo. Y cuando hay conflicto de derechos, no cabe duda que no todos ellos pueden ser absolutos...

¿A qué se deberá que este conflicto entre los derechos del delincuente y aquellos de la víctima no fuera reconocido con anterioridad? Entre las múltiples explicaciones posibles, cabe mencionar el hecho que en las épocas históricas anteriores, cuando recién se comenzaba a reconocer los derechos de los delincuentes, la frecuencia de los delitos de violencia se mantenía más o menos estable, pero cuando había una criminalidad rampante, los derechos de los acusados eran apenas reconocidos y aún despiadadamente sacrificados en el altar del orden y del derecho. El reconocimiento de las garantías del delincuente se remonta a la época bíblica, cuando se reconocía el derecho de asilo o santuario. En la actualidad, que la criminalidad es un fenómeno de masas, las autoridades constituidas —especialmente en los regímenes totalitarios— reconocen estos derechos más por su infracción que por su respeto.

¿Cómo resolver, entonces, este conflicto entre los derechos de los delincuentes y aquellos de sus víctimas? En las circunstancias actuales y en las condiciones de vida contemporánea —especialmente en el mundo occidental— cuando la supervivencia en las grandes metrópolis es mucho más difícil que en las junglas más primitivas, nos parece indispensable dar cierta prioridad a los derechos de las víctimas. Todo aconseja relajar un tanto las garantías y los privilegios a que tenemos derecho como potenciales delincuentes, con el propósito de vigorizar, en igual medida, nuestros derechos como víctimas eventuales. Sobre la base de un cálculo elemental de probabilidades, estamos convencidos que corremos mayores peligros como posibles víctimas, que como posibles delincuentes. Son estas consideraciones las que deben servirnos de guía para una inteligente, recta y prudente administración de justicia. La conmoción política que extendió estas garantías y derechos hasta incluir a los delincuentes, fue sobradamente justificada hacia fines del siglo XVIII cuando, a consecuencia directa de los postulados de la Revolución Francesa, se produjeron cambios fundamentales en la estructura y necesidades sociales, así como en el desarrollo de actitudes más humanas, tanto en las relaciones interpersonales como en aquellas existentes entre el Estado y el ciudadano. En la

actualidad estos mismos sentimientos de humanidad merecen un mayor énfasis de parte del Estado hacia el creciente número de víctimas.

En la bibliografía penal no faltan los casos en que la detención preventiva por discreción judicial —en casos de denegación de libertad bajo fianza a delincuentes reincidentes, acusados de la comisión de delitos particularmente graves— es denunciada por elementos del foro como traición a los principios más elementales de justicia o como actos que recuerdan los campos de concentración en tiempos de Hitler o Stalin. Por otra parte, no son pocas las legislaciones penales vigentes que, en su afán de asegurar tan sólo la aceptación de pruebas irrefutables, permiten que algunos acusados —incluso aquellos por delitos graves— logren una libertad o inmunidad inmerecida e injustificada. Así es como, cuando leemos que un detenido a quien se le imputaba la muerte de doce personas, es puesto en libertad y la acusación en su contra desestimada, porque la única evidencia en su contra presentada por el fiscal, fue su confesión voluntaria a la policía, la cual olvidó informarle de sus derechos constitucionales; cuando nos enteramos que un delincuente que asesinó a sangre fría a uno de los tres rehenes que tomó para asegurarse la huida y que, además tenía una lista de 25 detenciones en sus antecedentes policiales —robo a mano armada, asalto y lesiones, etc.— es puesto en libertad bajo fianza hasta que el Gran Jurado de Acusación (Grand Jury) se pronuncie sobre cinco de sus previos delitos, cometidos durante los dos meses anteriores al asesinato; cuando nos informamos por la prensa que un policía de tránsito, sin tener en su poder la necesaria orden de detención y allanamiento, hizo detener a un automóvil que corría a gran velocidad y obligó al chauffeur a abrir el compartimento de porta-equipaje, donde encontró los cadáveres de una mujer y de dos niños, éste sale completamente libre porque el magistrado consideró inadmisibile la prueba; cuando todos estos hechos son del dominio público y no se constata ninguna reacción popular, sólo podemos concluir que algo huele mal en Dinamarca, es decir, dentro del reino inmenso de las garantías de los delincuentes...

La verdadera sabiduría de la ley —si quiere conservar su prestigio— consistiría en reconocer los conflictos de derechos y resolverlos gracias a decisiones justas y oportunas. Pero cuando la criminalidad crece en proporciones tan impresionantes como en la actualidad, si las pruebas existentes en contra de acusados de delitos tan graves como asesinato o violación se consideran como sospechosas porque funcionarios policiales o de la fiscalía hicieron caso omiso de algunas minucias de procedimiento, sería preferible tomar las medidas disciplinarias pertinentes en contra de estos funcionarios, en lugar de otorgar una patente de impunidad a un asesino o a un sospechoso de serlo.

Nuestra intención no es más que la de reducir, hasta donde sea posible, el grado de violencia en las relaciones interhumanas, sin

sacrificar, naturalmente, los principios fundamentales de la justicia. Pero la verdad es que nunca faltan jueces que amplían «ad absurdum» las garantías que protegen al ciudadano en contra de su propia auto-acusación. En su afán de establecer una reputación de magistrados «liberales», algunos de ellos parece que incluso han perdido los elementos básicos del sentido común. La actual criminalidad violenta es demasiado seria como para dar rienda suelta a caprichos sentimentaloides a expensas del resto de la ciudadanía. Ahora bien, cuando los crímenes violentos son infrecuentes, podemos darnos el lujo de quebrar lanzas en favor de la protección legal de tales acusados, para evitar así posibles extravíos de la justicia. Con mucha frecuencia se sigue escuchando la frase aquella de que «es mejor dejar en libertad a mil procesados que condenar a uno solo inocente...». Con este criterio no hacemos justicia a los mil procesados ni menos a sus posibles víctimas. Pero en las circunstancias actuales de rampante criminalidad, los que invocan este aforismo no pueden ni siquiera alegar la farisaica pretensión de estar movidos por la piedad. Si la piedad es una virtud, debe ser equilibrada y equitativa. En este caso, ¿dónde está la piedad para la miriada de víctimas de delitos graves? Cuando se trata de las víctimas, ¿se aplica este mismo cálculo moral, ese mismo grado de piedad? ¿No habrá llegado el momento de decir: «Ahora les toca a las víctimas...».

Por cierto que las preguntas son siempre más fáciles que las respuestas... Nuestro propósito, repetimos, no es otro que el de sugerir la conveniencia de reconsiderar algunos de nuestros postulados procesales, sobre todo en esta época de creciente criminalidad violenta. Recordemos que en tiempos de crisis se suelen suspender las básicas garantías constitucionales, lo que frecuentemente se hace a la carrera, en forma atolondrada. No cabe duda que podemos evitar este tipo de reacciones histeroideas, recurriendo a medidas más reflexivas y mesuradas. En la actualidad nos parece indispensable no sólo volver a considerar los principios básicos de ética legal con respecto al delincuente, sino que también es indispensable y urgente una consideración más pragmática de las efectivas necesidades de la víctima.

5. COMENTARIOS FINALES

El liberalismo contemporáneo puede definirse como la devoción a la libertad del hombre, siempre que sea inteligentemente orientada y controlada. Pero no todos los que se dan en llamar «liberales» conocen la doctrina que profesan. En realidad son más bien «liberales de ritual» o «de slogan», pues creen poder ser liberales sin mayor razonamiento. Una especie particular y conspicua de este tipo de liberales se encuentra entre aquellos que se dedican al estudio de los problemas relacionados con el crimen y su

prevención, para quienes las víctimas del delito son elementos periféricos y no centrales en toda esta problemática.

Una ecuación igualmente absurda es inferida en la actualidad por aquellos que proclaman que «la gran preocupación popular por el crimen, es un problema casi tan serio como la misma criminalidad», es decir, que el miedo al delito es una amenaza tan grande para el conglomerado social como el crimen mismo. Un juicio como este es tan grotesco como irresponsable. En efecto, donde existe criminalidad, especialmente de tipo violento y en proporciones alarmantes como ahora, el temor al crimen es sólo natural y razonable y no una reacción histérica o paranoica. Sólo en ausencia de una criminalidad exorbitante, el temor al crimen puede ser considerado como un complejo de persecución... En el mundo peligroso en que vivimos, la especie humana no podría sobrevivir sin este lógico temor. En la misma forma es hoy perfectamente justificable temer la guerra atómica, una enorme contaminación ambiental o las posibles consecuencias por la presente explosión de la población humana, sobre todo si ésta sigue creciendo al mismo ritmo actual. Sólo un alienado mental podrá decir que el temor a un holocausto atómico es tan serio como la real amenaza de una catástrofe de este tipo.

Terminemos con los extremismos absurdos que pretenden solucionar en forma simplista esta problemática tan grave como es la criminalidad actual. Un buen camino para comenzar la pesquisa de soluciones adecuadas, consistiría en reorientar nuestras presentes posiciones, con respecto a las víctimas del delito, tratando de reducir su número y su sufrimiento. Tal vez un convenio internacional sobre la materia serviría mejor nuestros afanes. En esta forma serviríamos mejor los intereses tanto de la justicia como de la piedad.

En torno al *furtum possessionis*

(Análisis crítico del art. 532 - 1.º del Código Penal) (*)

FRANCISCO CANDIL JIMENEZ

Profesor Adjunto de Derecho Penal en la Universidad de Sevilla

I. HISTORIA Y CONCEPTO

Según Girard, el *furtum possessionis* y el *furtum usus*, constituyeron dos categorías de hurto, que sólo debieron ser admitidas por la doctrina y los juriconsultos de los últimos tiempos de la República y principios del Imperio. Admitiéndose que junto al *furtum rei*, el *furtum* podría también ser un *furtum usus* o un *furtum possessionis*, consistiendo este último, en la sustracción de parte del mismo propietario de la cosa, de quien la posee y tiene interés en conservarla (1). Ferrini advierte, que una y otra categoría se configuran como especies del mismo género de frente a la «*amotio rei, contrectatio rei ipsus*». Pudiéndose observar, que en la antigua jurisprudencia, dada la confusión entre *usus* y posesión, se omitiera esta distinción, o se comenzara a distinguir tarde (2). El *furtum* abarca en el Derecho romano varias formas de agresión al derecho prendario, tales serían los casos en que el propietario, desposee, al acreedor prestatario, que tiene derecho a conservar la cosa,

(*) Este trabajo ha sido elaborado en homenaje al gran maestro e ilustre penalista, profesor Antón Oneca; que con su ejemplar conducta, integridad personal y absoluta dedicación a las tareas universitarias e investigadoras, ha contribuido de forma decisiva al desarrollo del Derecho penal español, constituyendo un claro ejemplo de inquebrantable dignidad, que con frecuencia nos invita a meditar y reflexionar.

Al mismo tiempo quiero expresar mi sincera gratitud al profesor de la Universidad Erlangen-Nürnberg, Dr. Karl Heinz Gössel, por su amable y generosa acogida, así como por cuantas atenciones y ayuda me dispensó durante mi última estancia en Alemania, financiada por la Fundación Alexander von Humboldt, a quien desde estas páginas manifiesto mi reconocimiento. Al profesor Muñoz Conde, mi agradecimiento por su orientación y consejo que ha hecho posible esta publicación.

(1) GIRARD P., Frederic, *Manuel Elementaire de Droit Romain*, París, 1898, pág. 695.

(2) FERRINI, Contardo, *Diritto Penale Romano*. Estratto dall'Enciclopedia del Diritto Penale Italiano diretta del Pro. E. Pessina, Roma, 1976, pág. 188.

hasta la extinción del crédito garantizado (3), o frente al poseedor de buena fe, que tiene derecho a no ser desposeído más que judicialmente (4), lo mismo se ha dicho finalmente, de los simples detentadores que tienen un derecho de retención por sus mejoras, aplicándose la misma idea al hurto cometido por el propietario contra el usufructuario (5).

Aunque todavía en la definición de Sabino se considerara como *furtum*: «*qui alienam rem attrectavit*» (6). El texto de Paulo amplía el contenido de este concepto, al decir: «*Furtum est contrectatio rei fraudulosa lucri faciendi gratia vel ipsius rei vel atiam usus eius possessionisve*» (7).

Tras la definición de Cassio «*furtum rei propria*», la ajeneidad de la cosa deja de ser condición indispensable en el *furtum* (8).

Lenz (9), tras un acertado y profundo análisis de los orígenes del *furtum possessionis*, en la legislación romana, recoge los siguientes supuestos:

1.º El propietario de una cosa pignorada sustrae ésta de la custodia del acreedor (10).

2.º El propietario enajena la cosa pignorada contractualmente, aunque todavía no haya sido entregada (11).

3.º El propietario sustrae clandestinamente la cosa al poseedor, teniendo éste a causa de los gastos realizados en la cosa, o a causa de otras prestaciones un derecho de retención (12). A lo que debe unirse otro supuesto de interés: el propietario que sustrae una cosa de la que otro tiene el usufructo.

De lo que deduce que el Derecho romano de antiguo, pero en todo caso ya en la época de Paulo y Ulpiano, se perseguían las lesiones del derecho prendario, con la *actio furti*, como delito privado. Sin embargo, desde ahora los casos citados deben resumirse como *furtum possessionis*, ya que así lo venía haciendo —casi exclusivamente— la vieja doctrina, y en la historia se desarrolló dogmáticamente con esta expresión (13).

En el elemento subjetivo de los casos anteriormente citados prevalece la intención de lesionar el derecho prendario, no conce-

(3) GIRARD P., Frederic, cit., pág. 395, nota (1): Inst. h. 4,1,10.

(4) Gayo-III-200.

(5) D. h. 15, 1, 2.

(6) Gayo. Noctes Atticae, XI 18, 20, 21.

(7) L. 1, 2, D. de furt. 47,2.

(8) L. 4, 21 D. de usuc 41,3.

(9) LENZ, Adolf, *Der Strafrechtliche Schutz des Pfandrechts*, Stuttgart, 1893, págs. 10, ss.

(10) Gayo III 200-III 204.—Inst. IV 1 de oblig. 10,14.—L. 19, 5 de furtis 47,2,5 (Ulpiano).—L. 15, h 1 (Paulo).—L. 12, 2, D.h. 1 (Ulpiano). L. 20, D.h. 1 (Paulo).—L. 36, D. 13,7 (Ulpiano).—L. 7, 21, D. 41,3 (Paulo).

(11) L. 19, 6 D.h.t. (Ulpiano).—L. 67, D.h.t. (Paulo).—C.6.C. de usuc. 7,26.

(12) L. 15, 2, D.h. 1 (Paulo).—L. 14, 1, D.h.t. (Ulpiano).—L. 54, 4, D.h.t. (Paulo).—L. 60, D.h.t. (Juliano).

(13) LENZ, Adolf., cit., pág. 13.

diéndole relevante importancia al fin perseguido por el que se apodera de la cosa.

Desde el siglo segundo de la época del Imperio, se concedió para su persecución la *actio furti*, que versaba sobre la indemnización por el doble valor de los bienes y la *extraordinaria cogniticio*, por la que se reclamaba la reintegración de la posesión, ambas, no sólo contra el autor, sino también contra *omnes, quorum opera consiliove furtum factum est*, con la limitación de no estimarse la participación culposa, quedando la conducta dolosa impune, cuando el autor no conseguía el éxito (14).

Los prácticos medievales, siguiendo la tradición romana, suelen definirlo como hurto, aunque se haya sustraído una cosa propia, pues ven también en el hurto de posesión —*furtum possessionis*—, un hurto punible.

En las antiguas prácticas toscanas se le llamó *hurto impropio*, lo cual amplía el concepto de este hurto, al aplicársele, tanto al caso en que se viole la propiedad sin violar la posesión, como al caso en que se viola la posesión sin lesionar la propiedad. Heineccio opina que, el *furtum possessionis* era conocido también por las leyes bárbaras, deduciendo esta idea de una disposición de la Ley visigoda (15).

Carrara, señala cómo el Código toscano contempla el caso especial del dueño que le quita un objeto suyo al que *lo tenía en virtud de secuestro judicial*, o al *acreedor* que lo tenía en prenda. Este hecho que los prácticos declaran comúnmente hurto, el Código toscano lo llamaba *fraude*, pero lo castigaba con la pena de abuso de confianza. Y si después, el deudor que sustrae de esa suerte un objeto suyo, *vuelve a pedírselo* al acreedor, o al secuestrario, el Código lo declara también culpable de *fraude* y lo castiga con la pena del hurto simple.

Por tanto, en este caso la acción gira en torno a la posesión de una cosa que es propiedad del culpable y hay que llamarlo hurto (*furtum possessionis*), si se considera como objeto de su criminalidad el derecho de prenda y la posesión que este derecho trae consigo, y que es violado mediante la sustracción del objeto; o habrá que llamarlo ejercicio arbitrario, si se sitúa la criminalidad en la intención de administrar justicia privada, ejerciendo el derecho de propiedad contra todo pacto o decreto. Mas en verdad no sabemos cómo podrá llamársele fraude, ya que en este primer caso no vemos dónde está el artificio o el engaño, pues hay verdadera y propia sustracción *contra la voluntad del poseedor*. La diferencia está en que esta sustracción no se hizo *sin quererlo* el dueño, sino que la hizo el dueño mismo.

(14) L. 53, 2, D.V.S. citado por LENZ, *Op. cit.*, pág. 14.

(15) Heineccio - *Elementa juris germanici*, Tit. II, Lib. II, 3; citado por F. CARRARA, *Programa de Derecho criminal*, Parte especial, vol. IV, pág. 369, traducción de Ortega y Guerrero, Bogotá, 1959.

Esto puede llevarnos a hacer impropio el hurto y a formar una figura especial (16).

Lenz demuestra que en Alemania los delitos prendarios eran conocidos en todas sus formas, y que sólo un desconocimiento del derecho nacional hace que los nuevos comentaristas creen tener que recurrir al Derecho romano, sobre todo al tratar el § 289 R.St.G.B. (Código penal imperial).

Justamente el conocimiento de este delito, que a partir de ahora será llamado «Pfankher», tiene en el derecho nacional un desarrollo más sutil y consecuente, después de la obligada subsión en el *furtum* (17).

Los juristas de la Edad media, oponiéndose —no sin motivo fundado— a que las penalidades atroces señaladas para los *hurtos propios* se aplicaran a los impropios entre ellos el «*furtum possessionis*».

Estas ideas —según Groizard— germinaron también en la mente de los ilustres redactores de las Partidas, haciéndolo así creer las disposiciones contenidas en la Ley XI, Título X, de la Partida VII (18).

La Ley reconocía expresamente el perjuicio que experimentaba el tenedor de la cosa, que se veía por el atropello del dueño, «privado de servirse de ella y de aprovecharla hasta el tiempo que señalaron para que la tuviera». Pero como remedio a este daño, no le otorgaba otra reparación que la de declarar que el dueño que de tal modo procediera, debería devolverla, para que se sirviera de ella hasta el plazo señalado, al momento de entregársela. Pudiendo además colegirse por sus últimas frases que debía abonar daños y perjuicios, y si lo estimaba el juez justo, una pena discrecional al autor de la sustracción.

Una excepción hicieron las Partidas a esta regla general respecto del contrato de prenda. El acreedor podrá demandar la cosa empeñada de *furto*, cuando el señor de ella se la sustrajese. Pero las palabras de la Ley dan bien a entender —a juicio de Groizard—, que las penas a imponerse no eran las del delito de hurto. De modo que la pena de pecho, se dejaba en último extremo al arbitrio judicial. Sólo se exigía la indemnización del perjuicio, entregando la cosa o el importe del valor del crédito. Este texto concuerda con la Ley XIII, título XIII del libro IV del Fuero Real (19).

(16) CARRERA, F., *Op. cit.*, pág. 440.

(17) LENZ, Adolf., *Op. cit.*, pág. 19.

(18) GROIZARD y GÓMEZ DE LA SERNA, A., *El Código penal de 1870, concordado y comentado*, t. VII, Salamanca 1897, pág. 231.

(19) Ley XI del título X de la Partida VII, «alojando, emprestando o encomendando un ome a otro alguna cosa señalada... el señorío, e la posesión siempre finca en salvo a Señor de ella... maguer el que la había assi dado, tomasse aquella cosa por sí mismo u otro alguno por él, sin mandamiento del Juzgador, a aquel que la tuviese de alguno de las maneras sobre dichas».

Ley XIII, título XIII del libro IV del Fuero Real, «todo home que

La fase codificadora del Derecho penal español, ofrece una gran simplicidad, ya que siguiendo la tradición romana que le llegó a través de la Edad Media, nos permite contemplar sólo dos modificaciones en la estructura del antiguo *furtum possessionis*: una la del artículo 809 del Código penal de 1822, que dispone: «cualquiera que quitase a la fuerza la propiedad ajena sin ánimos de apropiársela, o la propia poseída o detenida legítimamente por otro, sufrirá multa de 10 a 100 duros y arresto de 8 días a 2 meses. Si la cosa fuese poseída o detenida injustamente por otro, el arresto será de 4 a 20 días, y la multa de 5 a 50 duros». El primer párrafo del citado artículo, donde se hace mención del empleo de fuerza en la cosa, recuerda la *rapina possessionis*. Tal precepto jurídico penal fue profundamente modificado en la nueva redacción que le dio el Código penal de 1848, que sin ulteriores modificaciones es el que rige en la actualidad: en el libro II, título XIII, referente a los delitos contra la propiedad, capítulo IV, de las defraudaciones, sección II, «de la estafa y otros engaños, art. 532-1.º del vigente Código penal, cuyo tenor literal es el siguiente:

«El dueño de una cosa mueble que la sustrajere de quien la tenga legítimamente en su poder con perjuicio del mismo o de un tercero», remitiendo la penalidad a la del artículo precedente: arresto mayor y multa del tanto del triplo del importe del perjuicio que hubiese irrogado, sin que pueda ser inferior a 15.000 pesetas.

J. F. Pacheco, el más conocido y destacado comentarista de nuestro Código penal de 1848, considerado hasta fecha reciente como autor e inspirador del mismo (20). Al glosar en breves líneas el artículo 445 del citado Cuerpo legal, destinado a regular el delito de *furtum possessionis*, nos decepciona con la pobreza de su exégesis. Muestra su extrañeza porque en un Capítulo y Sección donde impera el engaño, como medio de comisión de las distintas figuras delictivas que en él se agrupan se encuentre el precepto que nos ocupa y dice: «respecto a los delitos que integran en los del artículo presente, sí hay engaño considerando el párrafo segundo, no vemos a la verdad que lo haya notorio en el párrafo primero. Lo que domina aquí y lo que veremos dominar en el artículo siguiente es sobre todo la idea de perjuicio. Cuando el dueño de una cosa mueble la sustrae de quien la tiene legítimamente en su poder, no tenemos necesidad de inquirir el medio de que se haya valido, sino del daño, el perjuicio que hubiese ocasionado..., lo capital en el mismo es el perjuicio que se irroga» (21).

su casa empeñara a otro o después se la furtare, *pechela así como de hurto*».

(20) En sentido contrario, véase mi artículo: *Observaciones sobre la intervención de don Joaquín Francisco Pacheco en la elaboración del Código penal de 1848*. Madrid, 1975, ADP, págs. 407 y ss.

(21) PACHECO, J. Francisco, *El Código penal, concordado y comentado*, tomo III, Madrid, 1849, pág. 373.

Comete el autor de este comentario un grave error de apreciación en cuanto que el art. 409 del Código penal de 1822, con el que establece con-

Trata el citado comentarista de justificar la innovación por la realidad del perjuicio, lo que de ningún modo explicaría la razón de incluirlo entre las estafas. No obstante, la evidencia del error técnico, ha seguido transmitiéndose a través de las múltiples reformas de los Códigos y trascendido a buena parte de los hispanoamericanos (22).

Daño y perjuicio son en consecuencia para Pacheco, los valores existenciales del *furtum possessionis* en nuestra legislación penal. No se interesa por el derecho real que resulta lesionado, ni en las distintas formas en que la agresión puede manifestarse, ni hace alusión alguna a la legitimidad del título traslativo de la posición de la cosa mueble, objeto de este delito, y cuantos otros problemas se derivan de un correcto y detenido análisis del citado precepto. La doctrina jurisprudencial parece seguir idéntico criterio al declarar reiteradamente que, *el perjuicio es el elemento esencial y sin la existencia del mismo difícilmente puede apreciarse esta figura delictiva*.

Groizard, hace un fino e inteligente análisis del *furtum possessionis*, en sus comentarios al Código penal de 1870, sin aludir al Código de 1822, con el que no establece concordancia. Llega en síntesis a la siguiente conclusión: que a los actos a que se refiere el texto, son aquellos en que se transmitirá la posesión de una cosa mueble, esos contratos son: arrendamiento, mandato, comodato, prenda, depósito voluntario y judicial. Y defiende, que a excepción del caso del *prendario*, la lesión de los derechos de los otros poseedores no reúne las condiciones suficientes para dar lugar a una figura de delito, basándose en que en el Derecho civil puede tener su legítima y suficiente reparación (23).

Respecto al depósito judicial, estima que por su naturaleza, no debe ser calificado como delito contra la propiedad. El derecho en el agredido, no es un derecho particular, es un derecho social, cuya protección debe establecerse en los Códigos entre los delitos

cordancia en sus comentarios, no responde en modo alguno a los delitos defraudatorios, sino que en él se tratan: "de los que con perjuicio de terceros falsifiquen cualquier efecto, marcas, sellos o contrasellos...", en el tit. 5.º "De los delitos contra la fe pública"; cap. 4.º "De las falsedades en documentos privados, sellos, marcas y contraseñas de los particulares" que en nada afectan a los delitos patrimoniales.

Mientras que el llamado *furtum possessionis*, que responde al art. 445 del Código de 1848, se encuentra localizado en nuestro primer Cuerpo penal, nada menos que en el art. 809, correspondiente "a los delitos contra la propiedad de los particulares y de la fuerza y violencia contra las propiedades y de los despojos"; tit. 3.º, cap. IX, Código penal 1822.

Lo que sí es de lamentar es que tal error se haya perpetuado hasta nuestros días en algunos Tratados de Derecho penal español de mayor difusión en nuestros días.

(22) QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Tratado de Parte especial de Derecho Penal*, II edic., puesta al día por Carlos García Valdés, Madrid, 1977, págs. 837-8.

(23) GROIZARD, A., *El Código penal de 1870, concordado y comentado*, t. VII, Salamanca, 1897, pág. 235.

contra la Justicia, ya que se falta al respeto debido a la providencia judicial o a los mandatos de la autoridad (24).

Antón Oneca, señala con todo acierto que el Código penal español al configurar el delito de estafa contiene multitud de figuras incompletas y algunas fórmulas vagas y complementarias; simples bocetos y no definiciones precisas, como los ordenamientos usan para la técnica penal (25). De entre estas formas, el *furtum possessionis* puede encontrarse entre las llamadas complementarias.

La sustracción de cosa propia, del artículo 532, 1.º de nuestro Código penal, llama poderosamente la atención, tanto por su inadecuado emplazamiento en nuestro Código, como por su parquedad en la redacción del tipo de injusto.

No puede hablarse en rigor, dice Quintano, de un delito contra la propiedad, ni como hurto ni como estafa, por cuanto que falta la mínima condición de ajeneidad en la cosa (26), quedando la conducta vedada a extenderse al artículo 514, ya que la cosa ha de ser tomada en contra de la «voluntad de su dueño» (27). Carece también el citado precepto, de la conducta engañosa, como presupuesto doctrinal de la estafa, alejándolo así, de esta especie delictiva, lo que hubiera merecido según Quintano, la denominación de pseudo-estafa.

Sólo en la doctrina italiana, a través de la original posición adoptada por Manzini, afirmando paradójicamente que, la cosa puede ser a la vez propia y ajena, sosteniendo con ello la posibilidad de la existencia de hurto de posesión de parte del propietario (28). Para el citado autor, el hurto del propietario sería posible, cuando la cosa que le pertenece fuese poseída por otro, por un título que implique el ejercicio de una potestad inmediata de disposición o del goce de dicha cosa. Y así es como la cosa propia se tornaría «ajena» en el sentido del artículo 624 del Código penal italiano, a causa de haber pasado efectivamente a la posesión ajena (29).

Quintano hace la salvedad de que en el Código penal italiano, este tipo delictivo, sigue figurando sin previsión alguna específica a título de hurto (30).

(24) GROIZARD y GÓMEZ DE LA SERNA, A., *Op. cit.*, t. VII, págs. 237-38.

(25) ANTÓN ONECA, J., *La estafa y otros engaños*. NEJS, IX, separata, Barcelona, 1957, pág. 1.

(26) QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Op. cit.*, pág. 836.

(27) RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.^a, *El hurto propio*, Madrid, 1946., página 133.

(28) MANZINI, V., *Trattato di diritto penal italiano*. T. IX; Turín, 1952, núm. 3229, págs. 36-37.

(29) RANIERI, S., *Manual de Derecho Penal*, t. VI, Bogotá 1975, traducción de J. Guerrero, pág. 18.

(30) QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Tratado de Parte especial de Derecho penal*, t. II, Madrid, 1977, 2.^a ed., puesta al día por Carlos García Valdés, página 836, nota (22). Manifiesta el autor, refiriéndose al Código penal italiano, que en él el hurto de cosa propia se castiga como simple hurto y dice: "ello es debido a que en la definición de hurto del art. 624 de

Excurso: El «Pfandkehr» del StGB alemán.

Antes de entrar en el análisis de los diferentes elementos que integran al delito de «sustracción de cosa propia», es oportuno consignar, que este tipo legal lleva una existencia olvidada en nuestra literatura jurídico penal, lo que no ocurre en otros países, ya que el tratamiento que ha recibido de parte de la doctrina científica y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, no satisface ni a la dogmática ni a la política criminal; lo que estimula a prestarle una mayor atención a tan interesante figura delictiva, frente a la reforma, más o menos próxima de nuestro Código penal, que necesariamente habrá de ocuparse de desarrollar y precisar la estructura de este tipo de delito, por exigencia en buena parte de la nueva política de desarrollo socio-económico, que impone inexorablemente una revisión de los delitos patrimoniales.

Por lo general la mayoría de los Códigos extranjeros conocen este delito, presentando en su tratamiento, matices y peculiaridades dignas de tenerse en consideración. En unos podemos observar que adquiere una situación de verdadera autonomía, con el carácter de «delito especial», como ocurre en la legislación penal alemana y francesa, la primera a través del «Pfandkehr» y la segunda bajo la figura del «retournement». En ocasiones se encuentra regulado por leyes especiales, allí donde el ordenamiento punitivo carece de la influencia del derecho romano, al que se debe sus primeras valoraciones jurídicas, o bien llevado por la imperiosa necesidad de un tratamiento adecuado a las exigencias de una moderna técnica jurídica. El interés que vamos a prestar por la regulación normativa del *furtum possessionis* en el Código penal alemán, se debe al alto grado de desarrollo que ha alcanzado este tipo injusto en la literatura germana, lo que puede contribuir a renovar nuestra anticuada legislación en el delito que nos ocupa.

En el Código penal alemán, la paralela figura delictiva, a nuestro «hurto de cosa propia», recibe la genérica denominación de «Pfandkehr» cuya definición legal se recoge en el § 289 del StGB, que ha servido de modelo a gran parte de las legislaciones de otros países.

su Código, se alude al apoderamiento de cosa mueble sustraída de quien la detente, sin referencia alguna a la propiedad, lo que hace más comprensible los supuestos de *Furtum possessionis*". A nuestro juicio, la confusión parte de entender que la doctrina de Manzini, anteriormente citada, había sido acogida en el derecho positivo penal, lo que debe rechazarse, ya que el mismo Manzini reconoce que: "el hurto de posesión es una figura de delito que no se castiga como hurto. El propietario de una cosa sometida a pignoración o secuestro sustrayéndola, comete un delito contra la Administración, prevenido en el art. 334, y si fuere otra la conducta será constitutivo de estafa el art. 640 (MANZINI, V., *Op. cit.*, núm. 2333, pág. 105). Por último, la definición de hurto del art. 624 del Código penal italiano disipa toda duda de que tenga cabida en él la figura del *furtum possessionis*, ya que literalmente se expresa en los siguientes términos: "el que se apoderase de una cosa mueble ajena sustrayéndola al que la retiene, con el fin de sacar provecho para sí mismo o para otros será castigado...".

Este delito debe su nombre a Lenz, si bien Binding, extendió «esta buena expresión alemana», empleando también los términos, «robo de posesión», «sustracción de posesión», «privación de posesión» y «usurpación de posesión». Sin embargo, Binding, reconoció que era usual pero no inofensivas estas expresiones, ya que indicaban el medio y no el objeto de agresión, el cual estaba constituido por determinados derechos posesorios. Herburger, es de la misma opinión, y utiliza para ese precepto el término «perturbación del derecho de posesión», el cual es también para Maurach el más acertado, junto al de «frustración del derecho» (31).

Este delito, que se incluyó en época reciente en la legislación alemana, su idea fundamental coincide con la del *furtum possessionis* romano. El derecho prusiano calificó esta conducta de robo. El Código penal bávaro de 1813, sancionó este delito como estafa, lo que supone una pura coincidencia con la calificación que en la actualidad ostenta este tipo legal en nuestro Código. El patrón inmediato del actual «Pfandkehr», es el § 271 del Código penal prusiano, justificando la calificación de robo bajo el argumento de que «para el poseedor de la cosa cuyo derecho había sido violado, no importaba si la violación partió del propietario o de un tercero en favor del anterior» (32).

Frank, considera que el «Pfandkehr» posee un contenido más amplio que el *furtum possessionis* romano, ya que ha incluido la figura de un tercero que actúa en favor del propietario (33).

La naturaleza jurídica del delito de «Pfandkehr» se determina al castigar al propietario que sustrae un bien mueble, del usufructuario, acreedor prendario, de que tiene un derecho de uso o retención, también se pena a cualquier persona que someta la misma acción «en favor del propietario». La enumeración de los titulares de los derechos protegidos, sólo se hace en la Ley a título de ejemplo (34). En sentido contrario, Küchenhoff mantiene que: «la enumeración de los titulares de derechos reales es claramente terminante, y en ningún caso a título ejemplificador (35). Es de advertir, que en la legislación germana al § 289 (36), existe otra figura delictiva reco-

(31) KÜCHENHOFF, *Dogmatik, Historische Entwicklung und Künftige Ausgestaltung der Strafvorschriften gegen die Pfandkehr*. Diss. Heidelberg 1975, págs. 6 y ss.

(32) BINDING, K., *Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts*. B. T. Leipzig, 1902, pág. 318 y nota (1).

(33) FRANK, R., *Das StGB für das Deutsche Reich*. Tübingen, 1908, pág. 486.

(34) MAURACH, R., *Deutsches Strafrecht*. B. T. 1969, pág. 275.

(35) KÜCHENHOFF, *Op. cit.*, pág. 13.

(36) Definición legal del § 289 del StGB: "Wer seine eigene bewegliche Sache oder eine fremde bewegliche Sache zugunsten des Eigentümers derselben dem Nutzniesser, Pfandgläubiger oder demjenigen, welchem an der Sache ein Gebrauchs- oder Zurückbehaltungsrecht zusteht, in rechtswidriger Absicht wegnimmt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft. ("El que se apodera con intención ilícita de su propia cosa mueble, o de una cosa mueble ajena en favor del propietario, del usufructuario, el acreedor o al que corresponde

gida en el § 137, que protege en forma especial la posesión frente a los actos de perturbación que pueda efectuarle, lo que crea en la doctrina una divergencia de criterio respecto a la posible situación concursal, o de «lex specialis» frente al «Pfandkehr». Tal conducta está recogida en el § 137 del Código penal alemán, siendo la solución más correcta dentro de la doctrina alemana el que ambos preceptos constituyen tipos legales claramente diferentes. En el Pfandkehr se protege los derechos de seguridad individual, en el § 137 («Verstrickungsbruch; Siegelbruch») se tutela el poder estatal, al acreditar a través de la intervención de los Organos de Justicia la situación legal del embargo o secuestro de determinados bienes, controlados por medio de sellos oficiales (37).

II. BIEN JURIDICO PROTEGIDO

Los «Delitos contra la propiedad» se encuentran regulados en el título XIII, del libro II del Código penal, tal denominación es plenamente recusable, por inapropiada en la mayoría de los supuestos, en que no es la propiedad, sino la posesión y aún la mera tenencia la que entra en juego, con riesgo de inducir a error a la hora de perfilar las tipologías penales por acostumbrarse a utilizar expresiones que provienen del derecho privado (38).

Este título en su redacción actual no responde a las necesidades de la vida social moderna, ni tampoco a las de un estudio serio y científico (39).

Mayores dificultades y controversias sin cuento ha originado el trasplante a lo penal de la figura civilista de posesión, o de la desatentada previsión del artículo 532-1.º (40), ejemplo ya clásico, que junto con los artículos 556 y 562 del Código penal, permite advertir que precisamente en ello el sujeto activo del delito es a la vez *propietario* de la cosa objeto de la acción.

Por ello, la doctrina dominante tiende cada vez más a la denominación de «delitos contra el patrimonio», dando así, mayor amplitud al ámbito del bien jurídico que se intenta proteger. Por patrimonio entendemos, según Muñoz Conde, «el conjunto de relaciones jurídico-patrimoniales, que tienen un valor económico (41)». Ello nos permite establecer la adecuada tutela penal a la posesión, como elemento integrante del patrimonio.

De la importancia de los derechos de posesión y propiedad, nos:

un derecho del uso o de retención, será castigado con pena de privación de libertad hasta tres años y multa”).

(37) Sobre este tema véase HIRSCH, en ZStW-82, 1970, pág. 82.

(38) QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Op. cit.*, pág. 3.

(39) RODRÍGUEZ DEVESA, *Consideraciones generales sobre los delitos contra la propiedad*. ADP, 1960, págs. 46 y ss.

(40) QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Op. cit.*, pág. 5.

(41) MUÑOZ CONDE, *Derecho penal* (Parte especial), 2.ª ed., Sevilla, 1976, pág. 167.

dice con inteligentes y afortunadas frases el profesor Navarrete Urieta: «que dentro de la línea proteccionista o defensiva nos encontramos con dos artículos en el Código penal, que son como un cruce de fuegos, el artículo 535 y el artículo 532. En el primero se defiende la propiedad contra la posesión; en el 532 se defiende la posesión frente a la propiedad. La propiedad es la máxima expresión del poder del hombre sobre la cosa. La posesión no es la propiedad y si bien puede ser y normalmente constituye uno de los modos de manifestarse la propiedad, en realidad se trata del ejercicio de un derecho independiente de su existencia» (42).

No obstante y aunque sea con carácter excepcional, como indica Miehe «para el titular de un derecho real sobre una cosa, como es el de posesión, esto puede tener mucha más importancia, que el pleno derecho sobre las cosas; con esto se hace referencia a los usufructos y a los compradores de reserva de dominio, cuya posición desde el punto de vista económico se asemeja a la propiedad» (43).

Es necesario observar cómo la *posesión* encuentra su máxima protección en el Derecho privado, en el artículo 446 del Código civil, donde se consagra un principio de carácter universal al decir: «que todo poseedor tiene derecho a ser respetado en su posesión; y si fuese inquietado en ella deberá ser amparado o restituido en dicha posesión por los medios que las leyes de procedimiento establezcan». Toda perturbación posesoria es una injusticia, una arbitrariedad que hay que repeler. Debe evitarse de propia mano, que sólo puede engendrar un ataque al orden público y a la pacífica convivencia social, creando sólo desorden y anarquía. La Ley no puede permitir tal situación, por lo que reclama la intervención de la justicia, para restaurar el orden y la equidad, perturbada por el ataque a la posesión. Al poseedor sólo se le concede protección interdicial, más este carácter de especial tutela, no afecta al principio general de que donde se viola un derecho la Ley concede al lesionado jurídicamente, todos los medios legales instituidos para su defensa a través de los Organos de Administración de Justicia. Siendo uno de estos medios el Derecho penal, que en cumplimiento de los fines proteccionistas a los bienes y valores jurídicos hace que esté reservado para los supuestos de mayor gravedad, allí donde la norma procesal sea insuficiente para reparar la lesión causada. La protección que el Derecho penal ofrece a la posesión, a través del *furtum possessionis* es limitada y actúa con cierta peculiaridad y autonomía, que le viene impuesta por exigencia de su propia estructura.

El artículo 532-1.º presenta un especial contenido, ya que sólo protege al poseedor de las agresiones que su legítimo estado pose-

(42) NAVARRETE URIETA, J. M.^a, en prólogo al *Delito de apropiación indebida* de SÁINZ-PARDO CASANOVAS, Barcelona, 1978.

(43) MIEHE, *Beiträge*, 1971, S. 303, Fussn. 23/S. 315 y S. 25/118; § cit. por KÜCHENHOFF, *Op. cit.*, pág. 147.

sorio pueda sufrir de parte del propietario de la cosa por él poseída, lo que le otorga la categoría de delito especial por el reducido ámbito en la autoría. Exigiendo a la vez, que el derecho de posesión sea *legítimo*.

La posesión legítima a efectos penales, debe entenderse tanto como poder jurídico, como señorío o poder exclusivamente de hecho, lo que quiere decir, que el poder fáctico o la simple posesión precaria de la cosa, también obtiene protección en el derecho punitivo, no pudiendo ser privado el poseedor sino por vía lícita (44).

Sin reserva podemos afirmar que, el bien jurídico protegido en el «hurto de cosa propia» es el derecho de posesión, así lo confirma la sentencia de 16 de enero de 1940, al entender que «el perjuicio no es necesario que cristalice en una cifra determinada por no perseguirse en estos casos la magnitud de un daño, sino la «lesión de un derecho». En consecuencia, podemos afirmar que se trata en este delito de un atentado por la *vía de hecho* al libre ejercicio de los derechos individuales, legítimamente constituidos. Por ello, no convence el criterio sustentado por algunos tratadistas al estimar que se trata de un ejercicio arbitrario del propio derecho, identificándolo con la máxima: «de tomarse la justicia por su mano». Pero hemos de observar, que el propietario carece al momento de la acción, de capacidad jurídica sobre la cosa cuya posesión ha cedido legítimamente a otro, ya que el derecho que asiste al poseedor, elimina toda posibilidad de un derecho de rango superior de parte del dueño. Tampoco es convincente la tesis de Quintano, al matener que se trata de una figura de coacciones (45), pues la sustracción es pacífica, como indica Muñoz Conde; al manifestar que, en este tipo de delitos la acción se delimita de un modo negativo por la no concurrencia de violencia o intimidación, teniendo mayor semejanza con el hurto desde el punto de vista de la modalidad comisiva (46).

La doctrina alemana ha desarrollado ampliamente a través del § 289 el bien jurídico protegido, concretado en la tutela penal a la posesión, o a los derechos que de ella dimanen. Así, Schäfer (47), afirma con referencia al § 289 StGB que: «éste no tutela la propiedad ni la posesión del titular de un derecho real, sino el derecho que existe *sobre* la cosa. Si no existe este derecho, la posesión sólo de hecho no encuentra protección en el «Pfandkehr». Welzel indica que «el bien jurídico protegido no es la posesión, sino los cuatro derechos de garantía o disfrute, que se recogen en el § 289 (48). Sin embargo, Berghaus ante la duda de si los derechos

(44) ALBALADEJO, M., *Derecho civil*, t. III —«Derecho de bienes»—. Barcelona, 1976, pág. 63.

(45) QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Op. cit.*, pág. 836.

(46) MUÑOZ CONDE, F., *Op. cit.*, pág. 231.

(47) SCHÄFER, *StGB*. L.K. 1977, pág. 26 —I—, 1.º.

(48) WELZEL, H., *Das Deutsche Strafrecht*. B.T. Berlín, 1969, página 637.

de garantía caen también bajo la protección del citado párrafo, manifiesta que, Welzel, amplía el ámbito de protección «expressis verbis» al derecho de garantía, pero que no puede exponer ninguna esfera de aplicación práctica, porque la cosa no está en poder del titular del derecho real. Berghaus delimita el ámbito de protección de los párrafos 289 y 288. El primero protege el derecho de prenda constituido bajo garantía, el segundo tutela el derecho de acreedor a la satisfacción manifestada en un derecho de prenda constituido bajo garantía de embargo en el caso de las cosas muebles (49).

Vuelve a insistir Binding, en que lo protegido en la norma son cuatro derechos: prenda, usufructo, uso y retención (50). «Sólo protege el derecho de posesión legalmente reconocido —dice Maurach— y añade que la naturaleza del delito se encuentra en la perturbación de un estado de posesión respecto de un bien mueble» (51). H. Otto, en la misma orientación afirma, que en § 289 se protege el posible ejercicio de ciertos derechos (52). La conducta no se dirige contra la mera posesión, sino contra la posesión basada en un derecho, sostiene Harburger (53).

Queda como criterio general, que la lesión no se contrae a la posesión, sino en determinados y concretos derechos reales sobre la cosa.

III. TIPO DE INJUSTO

III.1. ASPECTO OBJETIVO

La conducta típica

El artículo 532-1.º para expresar el aspecto objetivo de la conducta, utiliza el verbo *sustraer*, que equivale a apoderamiento, sacar o retirar la cosa que se encuentra en legítima posesión de otra persona distinta del dueño. Pero orientada a anular el poder de disposición legal del poseedor, con la finalidad de causar un perjuicio. Por ello, la simple sustracción de la cosa no puede interpretarse como lo vienen haciendo algunos tratadistas en un ejercicio arbitrario del propio derecho, ya que el autor no realiza su derecho, porque carece de derecho alguno sobre la cosa objeto de la sustracción (54), tanto se encuentre en posesión legítima de otro.

(49) BERGHAUS, Hartwig, *Der Strafrechtliche Schutz der Zwangsvoelstreckung*.

(50) BINDING, K., *Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts*, B.T., t. I, Leipzig, 1902, pág. 318.

(51) MAURACH, R., *Deutsches Strafrecht*. B.T. 5.ª ed., 1969, páginas 74-6.

(52) H. OTTO, *Grundkurs Strafrecht*, Berlín, 1977, pág. 215.

(53) HARBURGER, *Vergleichende Darstellung des Deutschen und Ausländischen Strafrechts*. B.T. Band IV, Berlín, 1907, pág. 141.

(54) BAJO FERNÁNDEZ, M., *La realización arbitraria del propio derecho*, Edic. Civitas, S. A., 1976, pág. 63.

La acción requiere que la cosa se encuentre en posesión legítima de personas distintas al dueño. Los supuestos en que la cosa ha quedado bajo la custodia del propietario es irrelevante al apoderamiento, ya que la cosa no ha llegado a poder de persona distinta del autor.

El criterio de que la conducta está basada exclusivamente en la sustracción de la cosa, tiene un hondo raigambre histórico en la doctrina jurisprudencial, aunque interpretado en forma hartamente rudimentaria y confusa, desvirtuando con ello el verdadero sentido del bien jurídico protegido, así en la sentencia del 28 de abril de 1870, se aprecia el delito del artículo 532-1.º «en el caso del propietario que se apodera de los frutos de la finca embargada». En la sentencia de 19 de junio de 1923, «al que sustrae una cosa mueble de su propiedad constituido en depósito judicial». En tal supuesto, puede aplicarse, sin lugar a dudas, que la conducta del sujeto afecta a bienes jurídicos de diferente naturaleza: existe de una parte, un quebrantamiento de la autoridad judicial que constituyó el depósito, y por tanto lesiona los intereses de la administración de justicia, y de otra, la conducta básica que sigue siendo «un hurto de cosa propia», que en este caso ataca a la garantía que supone el depósito judicial, debiendo aplicarse el régimen concursal previsto para estos supuestos, entrando en juego el artículo 532-1.º y las disposiciones del artículo 237, que tratan de la desobediencia a la autoridad judicial y a sus agentes. Ello se debe, a que en nuestro Código penal no existe paradójicamente, precepto alguno que incrimine esta conducta, como un delito contra la administración de justicia. Sin embargo, la jurisprudencia —aunque ello nos parezca inexplicable desde el punto de vista de la más estricta dogmática penal—, tampoco considera esta conducta desde la óptica concursal, parece que tiende a valorar exclusivamente la lesión patrimonial, olvidando que también se atenta contra la obediencia el mandato de la autoridad judicial gravemente vulnerada por la conducta del autor.

Más criticable son las sentencias de 20 de octubre y 11 de noviembre de 1887, declarando que: «incurrir en la responsabilidad de este artículo (441, C. p. 1870) el que teniendo en su poder como administrador o depositario, frutos de bienes que se le ha notificado conserve, dispone de ellos y se aprovecha de su importe».

Insostenible y desafortunada es la calificación que en esta sentencia se hace, al castigar los hechos descritos como «hurto de cosa propia», del artículo 532-1.º, cuando se aprecia sin lugar a dudas que se trata de un delito de apropiación indebida, recogido en el artículo 535 del Código penal.

Produce cierta perplejidad la sentencia de 9 de noviembre de 1888, al calificar de *furtum possessionis*: «los que se apoderaran en los almacenes de una Aduana de un bulto, para sustituirlo por otro que devengaba menos derecho». Debe rechazarse esta calificación de nuestra antigua jurisprudencia, ya que no existe lesión:

patrimonial alguna, por lo que cabría considerar la citada conducta como atípica para el Derecho penal ordinario, si bien habría de apreciarse un fraude tributario, sancionado en la legislación especial de Aduana.

Diñcilmente se puede identificar la acción descrita en el artículo 532-1.º con la aplicación extensiva y arbitraria que el Tribunal Supremo ha venido haciendo de la conducta típica del delito de «hurto de cosa propia».

En el marco de la doctrina alemana, el criterio de que la conducta está referida sólo a la sustracción de la cosa mueble, tuvo sus defensores (55). Imponiéndose con posterioridad lo que hoy puede considerarse criterio general, que mantiene que la motivación de la sustracción no es obtener la posesión de la cosa con el fin de incorporarla a su patrimonio, sino el desplazamiento del alcance del poder legal del poseedor (56), es decir, de la esfera del derecho, de aprovechamiento, uso y disfrute inherente al derecho real que ostenta.

Aunque el acto pueda residir en la sustracción de la cosa mueble, la *ratio legis* es la frustración del ejercicio que corresponde al titular del derecho real (57). Todo desplazamiento de lugar, anula los derechos inherentes a la posesión de la cosa.

Si el sustraer el bien mueble implica necesariamente su destrucción, no daría ello lugar a un delito de daños de cosa propia, sancionado en el artículo 562 del Código penal, por carecer la conducta de la finalidad exigida en el citado precepto.

El apoderamiento puede recaer sobre la totalidad de la cosa o en parte de ella, siempre que no implique incapacidad o menoscabo de su utilidad.

También se contempla la conducta tipificada en el artículo 532 del Código penal, cuando la cosa es sustraída a un tercero, quien la posee, para asegurar con eficacia su conservación y, el propietario la detrae del detentador (58).

La separación temporal por el propietario de la cosa, de su legítimo poseedor con fines de mejora (59), no constituye sustracción en el sentido de «hurto de cosa propia», por carecer de ánimo de perjudicar al legítimo poseedor. Distinto sería si la cosa es tomada por escaso tiempo, que de no mediar consentimiento del poseedor, supondría sustracción típica, por interferir tal conducta el poder de disposición que el poseedor tiene adquirido sobre la cosa poseída.

(55) FRANCK, R., *Das StGB für das Deutsche Reich*. Tübingen, 1908, § 289-III y SCHÖNKE-SCHRÖDER, *StGB Kommentar*, München 1976, § 289, quienes defienden el criterio minoritario.

(56) La opinión más generalizada viene defendida por: BINDING, *Lehrb. Op. cit.*, pág. 318; MAURACH, *Op. cit.*, B.T. pág. 276; DREHER, *StGB*, 1977, § 289-1-a; WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, Berlín, 1979, pág. 367; SCHÄFER, L. K., § 289, 9-2.

(57) DREHER, E., *StGB*, § 289-2-a, 1977.

(58) BINDING, *Lehrb. cit.*, Leipzig, 1902, pág. 253.

(59) BINDING, *Op. cit.*, págs. 253 y ss.

Por sustracción, debemos entender —como núcleo de la conducta típica—, toda acción mediante la cual la cosa es sustraída de la legítima competencia del titular de un derecho real sobre la cosa, de tal forma que se le imposibilita el ejercicio del derecho que sobre ese bien mueble posee (60), determinando un perjuicio que debe ser valorable económicamente.

En este sentido se han manifestado la sentencia de 1 de marzo de 1960, al señalar: «que no se persigue en este caso la magnitud del daño sino la lesión de un derecho (60 bis).

Cabe citar el supuesto, en que la cosa perdida por el poseedor, es encontrada por el propietario de la misma, quien no la reintegra a su poseedor. En tal hipótesis, la conducta sería *atípica*, ya que no existe verdadera *sustracción* de la cosa mueble del ámbito de poder que el poseedor ostenta sobre la misma.

Tal sería la solución acorde con el más riguroso dogmatismo jurídico penal, que defiende, que cuando «el legislador, al describir las conductas típicas, recurre en ocasiones a verbos que ya de por sí, en atención a su propia significación semántica equivalen a la producción de un cierto resultado en virtud de actos positivos» (61). Lo que veda el reconocimiento penal de la conducta de comisión por omisión, aunque por esta forma de actuar se alcance idéntico resultado que a través de una conducta activa.

La posibilidad de considerar punible la comisión por omisión podrá plantearse, no sólo cuando el tipo se limite a prohibir literalmente la causación o producción de un determinado resultado,

(60) TIEDEMANN, *Der praktische Fall-Strafrecht*; JuS 1967, Heft 1, pág. 27.

(60 bis) Para ANTÓN ONECA, “la lesión de un derecho cuando no hay perjuicio económico debe ser cuestión exclusivamente civil”. En *La estafa y otros engaños*, NEJ, Barcelona 1957. Separata, pág. 12.

(61) CÓRDOBA RODA, J., *Comentarios al Código Penal I*; Barcelona, 1972, pág. 8, nota (7). En suma, manifiesta el citado autor: “únicamente serán punibles aquellas formas de comisión por omisión tipificadas por la ley, ya se trate de una figura específicamente dedicada a la omisión causante de un resultado modalidad de los artículos 371, párrafo segundo, 376, 395, ya de la configuración de un supuesto de producción de un evento para el que la ley no exige su originación en actos positivos”. Así, el estudiante que, al encontrarse en su cartera la pluma de su compañero que éste ha colocado allí por error, se abstiene con ánimo de lucro de devolverla, consume el resultado propio del hurto, pero no puede estimarse la figura del número uno del artículo 514, porque la traslación de la cosa al patrimonio propio no se ha originado por actos positivos, y los mismos son exigidos por la expresión legal “tomare”. Al faltar uno de los dos requisitos encerrados en tal término la conducta omisiva será atípica.

No parece ser éste el criterio jurisprudencial que tradicionalmente ha venido manteniendo el Tribunal Supremo, ya que, en reciente Sentencia de 10 de octubre de 1979 (R. 3496), califica de hurto del art. 514-1, quien recibió de un Banco un reintegro desproporcionadamente más alto que el que se tenía en una cartilla de ahorro, en lugar del saldo favorable que se quería cancelar, y que arrojaba una cantidad muy inferior a la recibida. En análogo sentido las Sentencias de 23 de febrero de 1945, 4 de febrero de 1970, 11 de febrero de 1973.

sino también ante aquellos tipos cuyo sentido indique que lo que ha tratado de prohibirse —a pesar de emplear un verbo activo— y, por tanto, lo que ha querido castigarse es la verificación de un resultado, con independencia de que su producción sea la consecuencia de una acción positiva o de una omisión. Pero tal posibilidad habrá de excluirse radicalmente cuando el propio tenor literal del tipo, mediante *el empleo de determinados verbos de significado inequívocamente activo*, indique que su sentido es el de contraer la punibilidad exclusivamente a la producción de un resultado a través de un hacer punitivo (62).

La opinión más probable, dice Quintano (63): «es la de entender que la equiparación genérica es reservada a los delitos de falsa omisión o de comisión por omisión», que no precisan de una tipicidad omisiva expresa», lo que, a juicio de Rodríguez Mourullo supone considerarlas incluidas en el término «acción en sentido estricto» (64).

La realidad nos demuestra, la existencia de un sector doctrinal que reclama con insistencia un amplio reconocimiento de los delitos de comisión por omisión, siempre que en tal conducta concurren determinados condicionamientos. La orientación moderna ha ido admitiendo en todos los países una serie de hipótesis, en las que si no se impide el resultado delictivo se comete un delito de comisión por omisión.

La doctrina alemana es la que lo ha hecho con mayor amplitud por medio de la teoría del deber jurídico de obrar, los italianos han resuelto el problema por la vía legislativa, pues el artículo 40, de su Código penal dice que «no impedir un resultado, que se tiene el deber jurídico de impedir equivale a causarlo» (65).

La interpretación más adecuada es la que reduce los casos de comisión por omisión a aquellos en que, la omisión es equivalente a la acción, parece la única procedente en legislación como la nuestra, donde no hay ningún precepto de carácter general que extienda la responsabilidad de un modo expreso a esta clase de hechos (66).

Para imputar la comisión por omisión, es preciso que ésta pueda considerarse comprendida en una figura de delito, según la interpretación que a ésta da el común sentir (67).

Corresponde al juez como indica Wezel, determinar las características objetivo-personales, que permitan realizar esa interpretación y en definitiva reconducir la omisión que no impidió el

(62) RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *La Omisión de Socorro en el Código penal*. Madrid, 1966, pág. 107.

(63) QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Curso de Derecho penal*, t. I, Madrid, 1963, pág. 214; citado por RODRÍGUEZ MOURULLO, *Op. cit.*, pág. 105.

(64) RODRÍGUEZ MOURULLO, *Op. cit.*, pág. 105.

(65) ANTÓN ONECA, J., *Apuntes de Derecho Penal*, Parte General, Curso académico 1965-66, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, por Carlos María Landecho S. J., pág. 205.

(66) ANTÓN ONECA, J., *Derecho Penal*, t. I, 1949, pág. 173.

(67) ANTÓN ONECA, J., *Derecho Penal*, *Op. cit.*, págs. 172-173.

evento al tipo legal cuyo sentido es el de prohibir la producción del resultado. Los tipos de comisión por omisión son por tanto, en parte de configuración legal y en parte de configuración jurídica (68).

De entre las diversas doctrinas orientadas a resolver la valoración jurídico penal de los delitos de comisión por omisión, la que mayor aceptación tiene es, la del deber jurídico de obrar.

La reducción de la posibilidad de admitir la comisión por omisión a las hipótesis en que existen un auténtico deber jurídico de garantía, parece que entraña un progreso al que no debe renunciarse. A su vez la consagración legislativa de este principio debe considerarse también como un avance positivo (69).

El deber jurídico de obrar comporta la figura del garante, quien tiene la obligación de evitar el resultado. Tal figura puede surgir de la ley, de un contrato, o de un acto lícito anterior, donde el sujeto viene obligado a impedir el resultado de su acción precedente (70).

Sin embargo, Antón Oneca advierte, con acertado criterio, el peligro que comporta la teoría del deber jurídico de obrar, si se acepta en toda su extensión, ya que podría fallar la seguridad jurídica, anclada en el principio de legalidad.

Por ello cree que hay que restringir el delito de comisión por omisión a los casos en que en la estimación social al no impedir el resultado, equivale a causarlo activamente. Aunque no estima admisibles los tres principios enunciados sin más restricciones (71).

La base de la responsabilidad del hurto de cosa propia del artículo 532-1.º de nuestro Código, en comisión por omisión, se encuentra en la conducta que infringe la obligación de devolver o consignar impuesta en el artículo 615 del Código civil: «El que encontrase una cosa mueble que no sea tesoro, debe restituirla a su anterior poseedor»... «Dicho precepto constituye en garante al propietario de la cosa; que tras encontrarla no la reintegra a su legítimo poseedor, la no realización de la acción esperada impuesta por disposición de la ley, equivale a la producción del resultado previsto en el artículo 532-1.º. La conducta precedente es contraria al deber de restituir.

La obligación jurídica de restituir, constituye una norma de carácter general, pero que vincula con especial significación al dueño de la cosa, ya que aún en el supuesto de desconocer la existencia y contenido del 615 del Código civil, no puede ignorar la relación jurídica existente que le obliga a restablecer al poseedor en el pacífico goce de su derecho posesorio. De aquí, que su

(68) RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *La Omisión de Socorro en el Código Penal*, Op. cit., pág. 79.

(69) RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Op. cit.*, pág. 89.

(70) RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Op. cit.*, pág. 88.

(71) ANTÓN ONECA, J., *Apuntes de Derecho, Parte General*, Op. cit., pág. 206.

posesión de garante sea más relevante, y en consecuencia, se encuentra potenciada frente a un no propietario que está también bajo la esfera de actuación del 615 del Código civil. En consecuencia, cumple la exigencia fijada por Rodríguez Mourullo (72), de no contentarnos sólo con la existencia de un simple deber jurídico de actuar, sino con un «deber jurídico de características muy concretas», que convierta personalmente al obligado en garante de la no producción del resultado y por tanto, sea un deber que posea el sentido de querer fundamentar una responsabilidad criminal respecto al resultado no impedido.

De lo anteriormente expuesto, deducimos, que no obstante estar incluido el *furtum possessionis*, entre los delitos cuyo resultado requiere la realización de una conducta positiva —lo que a juicio de Córdoba Roda, excluye la posibilidad de valorar penalmente la conducta de comisión por omisión. A nuestro modo de ver, pese a tan autorizado criterio, el delito que nos ocupa cabe en comisión omisiva, cuando la conducta omisiva impropia es desencadenante de un perjuicio material previsto como resultado típico. Admitiendo que *sustraer*, es equiparable a no *devolver*, cuando por imperativo legal se viene obligado a restituir, ya que ambas conductas, tanto la activa como la omisiva impropia, conducen a un mismo resultado lesivo penado por la ley.

La consideración de algunos ejemplos, puede dar mayor claridad a nuestra tesis, en favor de la admisión del hurto de cosa propia del artículo 532-1 mediante una conducta omisiva impropia.

El propietario que se encuentra la cosa mueble cuya posesión ha cedido a otro y no la devuelve a su legítimo poseedor, no obstante constarle de forma manifiesta el interés del propietario en conservarla, y siendo consciente del perjuicio que con su conducta omisiva causa al legítimo poseedor, estimamos que tal hipótesis es perfectamente admisible en la figura del *furtum possessionis*, en comisión por omisión en base al incumplimiento de la obligación de restituir contenida en el artículo 615 del Código civil.

En el caso de que un manuscrito de gran valor es cedido por su propietario a un investigador, para que finalice un estudio sobre el mismo, contrata éste la publicación de dicha labor investigadora con una editorial de la que recibe determinadas cantidades en concepto de anticipo y parte de precio, suscribiendo un seguro contra riesgo de pérdida o destrucción del manuscrito que se le ha entregado, designando como beneficiario al propietario del mismo y, comunicándoselo oportunamente. Si fortuitamente, sin que medie culpa o negligencia, el depositario pierde el citado documento, que justamente es encontrado por su dueño, quien lo reconoce y no lo restituye a su legítimo poseedor.

De la conducta omisiva impropia de no restituir, se deduce un doble perjuicio valorable económicamente: El propietario conoce la antijuricidad de su conducta y actúa dolosamente al no rein-

(72) RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Op. cit.*, pág. 111.

tegrar el objeto encontrado, en virtud de lo dispuesto en el artículo 516 del Código penal.

El asegurador se verá defraudado al tener que abonar el valor de una pérdida inexistente. El investigador, al ver frustrada la posibilidad de terminar su obra, no sólo no percibirá el precio convenido, sino que tendrá que reintegrar los adelantos percibidos. Independientemente del matiz fraudulento de la conducta, es innegable que tal acción omisiva impropia, puede identificarse claramente con el tipo descrito en el artículo 532-1 de nuestro Código.

Por último, si un conocido del dueño de la cosa es el que la encuentra, por hallarse perdida y la entrega a su propietario con quien le une una gran amistad, y éste no la reintegra a quien le había entregado la posesión, con el fin de exigirle en su día el valor de la misma. Sería inadmisibles negar la consideración de estafa del artículo 532-1, por tratarse de una conducta de comisión omisiva. Por el contrario, estimamos que el silencio del propietario es lo suficientemente elocuente, como para fundamentar la responsabilidad respecto al resultado tipificado en esta figura delictiva.

De otra parte, sería notoria incongruencia el que se castigue el hurto de cosa perdida del artículo 514-2.º, y quedarse impune la conducta del dueño que halla su propia cosa mueble, cuya legítima posesión ostenta otro, y no la restituye causando un perjuicio material al poseedor, cuando ambos sujetos vienen obligados a restituir en virtud de la obligación que se deduce del artículo 615 del Código civil, ya que ambas figuras pueden considerarse como ilícitos civiles penalizados en consonancia con el precepto jurídico privado anteriormente citado.

Siempre que la abstención de la obligación nacida del artículo 615 del Código civil, pueda ser concretada en un tipo delictivo, con incumplimiento del deber de garantizar la no producción de resultado, materializado en un perjuicio económico, existiendo un ánimo doloso de dañar y considerándose reprochable en la estimación social la conducta omisiva, resulta evidente la necesidad de estimar el delito de hurto de cosa propia del artículo 532-1, en comisión por omisión.

Respecto a la posibilidad de que la cosa sea poseída en régimen de copropiedad entre dos personas, cuando una de ellas ceda la posesión de su cuota a otra, para que la utilice y disfrute en su totalidad durante un cierto tiempo, si antes de vencer el plazo se apodera de ella, pudiera contemplarse un *furtum possessionis*, contraído a la sustracción de la cuota correspondiente al otro copropietario, siempre que de tal conducta se derive un perjuicio económico...

III-2. Presupuestos jurídicos privados.

El delito de «hurto de cosa propia» viene preformado por las instituciones jurídico privadas, lo que obliga a una constante remisión a disciplinas extrapenales, fundamentalmente a los derechos mercantil y civil, ya que en el tipo objetivo de esta figura delictiva, aparece como bien jurídico protegido, la legítima posesión de cosa mueble, concepto de naturaleza privada, dinámico, que se mantiene en constante desarrollo, lo que hace difícil su aprehensión, quedando sin determinar las innumerables relaciones jurídicas, contractuales y obligacionales que se deducen de tan genérico y abstracto concepto. Mas es necesario advertir, que no todo desplazamiento de la posesión del dominio del propietario y subsiguiente apoderamiento por éste de la cosa mueble que se encuentra en el ámbito de poder de otro, constituye *furtum possessionis*, como tendremos ocasión de ver más adelante.

Ante la falta de una relación expresa de los derechos afectados por la conducta descrita en el artículo 532-1.º del Código penal, expondremos algunos de aquellos supuestos legales que se pueden considerar comprendidos en este tipo legal, o que ofrecen algún matiz especial en relación con la conducta básica del citado precepto punitivo.

Contrato de depósito

Se regula en el artículo 1.758 del Código civil y 303 del Código de comercio. En ambas legislaciones la finalidad de los citados preceptos es la custodia de la cosa depositada y su conservación hasta el momento en que deba ser restituida. Su naturaleza ofrece la más clara posibilidad de incriminación de la conducta típica del artículo 532-1.º; en aquellos casos en que el propietario sustraiga la cosa mueble entregada al poder legal del depositario, siempre que se trate de un depósito regular voluntario o judicial, si bien este último, ofrece caracteres especiales. La jurisprudencia penal ha considerado que la entrega de los bienes hechos por el Juzgado al depositario, confiere a éste el carácter de funcionario público, y los bienes hasta entonces de propiedad particular, el carácter y condición de públicos, de modo, que surge una relación jurídica con carácter de función pública, entre el depositario y el Estado, representado por la Autoridad que acordó y realizó el depósito.

Pero dado que el embargo judicial, no priva al sujeto de su condición de propietario, sino del derecho de disponer libremente y poseer sus bienes, en cuanto quedan vinculados a la Autoridad que los decretó. (S. 21 de octubre de 1958) (73).

A falta de un precepto expreso en nuestro Código penal que castigue la sustracción de estos bienes del depositario judicial por

(73) CARRERAS, Jorge, *El embargo de bienes*, Barcelona, 1957, página 449.

su propietario. Como única solución viable, el «hurto de cosa propia», entrará en concurso con el delito de desobediencia a la Autoridad del artículo 237 del Código penal.

Digno de consideración, es el supuesto, en que declarada la quiebra, de acuerdo con el artículo 878 del Código de comercio, el quebrado queda inhabilitado para la administración de sus bienes, produciéndose un fenómeno de desposesión del patrimonio del quebrado, sin que éste pierda su condición de propietario.

El Juez, de conformidad con los artículos 1.333 y 1.334 de la L.E.C., designará la persona que *ipso iure*, pasará a administrar el patrimonio del quebrado. Tal designación hecha por la Autoridad judicial, no altera la naturaleza de los bienes, y su administración adquiere carácter particular, por razón de ser considerado el síndico en la Ley como representante de la masa de acreedores.

Siguiendo el criterio doctrinal de Muñoz Conde, quien propone: que sólo quede entre los supuestos de quiebra fraudulenta, a efectos penales, aquellas conductas que no tienen una exacta calificación en el Código penal, mientras que las que figuran como delitos autónomos, una vez cumplidas su misión de calificar la insolvencia en el campo del Derecho privado, deben ser juzgadas independientemente, y en base a su regulación en el Código penal (74). En base a tal criterio, no vemos inconveniencia en apreciar «un hurto de cosa propia» del artículo 532-1.º del Código penal, «si hecha la declaración de quiebra el comerciante detrajere de la masa de la quiebra, bienes de su pertenencia», de acuerdo con la circunstancia 15.ª del artículo 890 del Código de comercio.

El depósito irregular sólo supondría un incumplimiento de contrato con las inherentes acciones civiles que procedan; ya que en los bienes fungibles por su naturaleza no cabe la restitución *in natura*, requisito que creemos exigible en el objeto a que se refiere el artículo 532-1.º, al decir: *sustraer la cosa*, por lo que no estimamos factible la sustitución del objeto entregado por otro de igual valor.

Contrato de arrendamiento.

Este tipo de contrato tiene una triple modalidad: arrendamiento de cosas, de obras o de servicio. El artículo 1.543 del Código civil, regula el arrendamiento de cosas, mediante el cual se transmite un legítimo estado posesorio a otra persona, por tiempo determinado y precio fijo. El apoderamiento de parte del arrendador de la cosa mueble o de los frutos de la misma, antes del vencimiento del plazo convenido, se identifica plenamente con la conducta tipificada en el artículo 532-1.º. Si la misma acción se ejecuta vencido el término acordado, podría constituir un delito de ejercicio arbitrario del propio derecho, previsto en el artículo 337 del Código penal.

(74) MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal*, Parte especial, 2.ª edic., Sevilla, 1976, pág. 273.

El contrato de arrendamiento de obra, ofrece particular interés, en relación con el derecho de retención que le asiste, en virtud del artículo 1.600 del Código civil que concede, «al que ha ejecutado una obra en cosa mueble, el derecho de retenerla en prenda hasta que se le pague». Si se quebranta el estado de prenda legal mediante la sustracción de la cosa objeto de la obra por el propietario de la misma, se aprecia el cauce esencial para imputar tal conducta como *furtum possessionis*.

De igual forma se lesiona el derecho del comodante, cuando es privado de la cosa mueble que le ha sido entregada en préstamo, si antes del tiempo convenido contractualmente el dueño del bien mueble lo sustrae del ámbito del poseedor en virtud del artículo 1.740 del Código civil.

Contrato de prenda.

Esta modalidad contractual es de las llamadas garantías real y en tales casos el apoderamiento de la cosa mueble no se identifica con exactitud con la motivación final de la conducta descrita en el artículo 532-1.º, por constituir el derecho real un elemento accesorio de la obligación principal que es la aseguradora, no obstante, Muñoz Conde, estima que en la prenda con desplazamiento cabe que el deudor-propietario cometa el delito del artículo 532-1.º (75).

Una modalidad especial nos la ofrece la prenda sin desplazamiento o hipoteca mobiliaria, regulada en la Ley de 16 de diciembre de 1954, al determinar en su artículo 59-1.º, que: «el dueño de los objetos pignorados a todos los efectos legales tendrá la consideración de depositario de los mismos», lo que constituye una verdadera ficción jurídica, al considerar que la prenda queda bajo la custodia del propietario-deudor, por lo que en tal supuesto, al no salir la cosa mueble del dominio del propietario, se hace imposible apreciar la figura delictiva del 532-1.º, porque en ella se requiere inexorablemente que el objeto del delito se encuentre en posesión de personas distintas del propietario.

Análoga modalidad a la prenda sin desplazamiento, la encontramos en la Ley alemana de 5 de agosto de 1971, sobre crédito agrícola en favor de los arrendatarios, basada en el inventario de los bienes muebles que poseen, así como la Ley de 19 de enero de 1949, referente al derecho prendario de frutos o cosecha. En estas instituciones crediticias, la doctrina alemana ha querido ver una relación de poder similar a la posesión siendo negada en términos generales por considerar que, sólo existe una relación jurídica y no

(75) MUÑOZ CONDE, F., *Autonomía del delito de alzamiento de bienes y su relación con otros delitos afines*, Cuadernos de Política Criminal, núm. 2, 1977, pág. 104.

real, no procediendo por ello la apreciación del delito de Pfandkehr (76).

Derecho de usufructo.

El artículo 467 del Código civil define el usufructo: «como el derecho de "disfrutar" de los bienes ajenos, con la obligación de conservar su forma y sustancia...». El título de constitución es indiferente a efecto de la protección penal que obtiene el usufructuario respecto al derecho real limitado que posee. La conducta debe estar dirigida contra el derecho del usufructuario el cual constituye el bien jurídico protegido.

El derecho de administración de los padres sobre los bienes de los hijos, según los artículos 159 a 163 del Código civil, determina un título similar al usufructo sobre el patrimonio de los menores no emancipados, que debe tenerse con privación ante la posible agresión de parte del hijo al citado derecho real, mediante la sustracción de cosas muebles en su propiedad, poseídas legítimamente por el padre, si bien su conducta estaría exenta de pena en virtud del artículo 564 del Código penal.

Compraventa con reserva del dominio.

Se rige por la Ley de 17 de junio de 1965, sobre venta de bienes muebles a plazos. En este tipo de transacción mercantil es fácil de estimar el *furtum possessionis* en aquellos puestos en que el vendedor se apodera de la cosa enajenada de quien la tiene en virtud de justo título de posesión, aún en el supuesto de que queden incumplidas las obligaciones de parte del comprador.

El artículo 11 de la citada Ley, ofrece al vendedor ante la demora de dos plazos sin pagar o el último de ellos —con la excepción establecida en el artículo 13— y dice: «podrá entre exigir el pago de todos los plazos pendientes de abono o la resolución del contrato». Cuando el vendedor optare por la resolución del contrato, las partes deberán restituirse recíprocamente de las pretensiones realizadas, si el vendedor no reintegra la cantidad que el citado precepto le imponga, el comprador no está obligado a la restitución del objeto mueble del contrato y si le es subtraído por el vendedor la cosa adquirida, es un típico ejemplo del delito previsto en el artículo 532-1.º de nuestro Código penal.

Derecho de retención (76 bis).

En principio cabe decir, que no todo estado de posesión implica un derecho de retención. Supone este derecho el tener la cosa

(76) SICHTERMANN, *Fallen das Inventar und das Fruchtepfandrecht unter § 289, StGB?*, en *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 1959, página 238-42.

(76 bis) Sobre este tema debe consultarse la interesante y excelente monografía del Prof. Dr. ANGEL M. LÓPEZ Y LÓPEZ, *Retención y mandato*, *Bolonia*, 1976.

y mantener el poderío sobre ella, pudiendo obstaculizar con éxito toda tentativa encaminada a despojarle a él (77). Estando encuadrado en la doctrina como un caso de tutela preventiva del derecho crediticio (78).

Retiene el que cree que no va a obtener la satisfacción de su crédito o incluso ha recibido ya una negativa. Por ello, es criterio generalizado que el derecho de retención, tiende más a conminar el pago que al ánimo *rem sibi habendi*.

López y López, tras analizar profundamente la naturaleza jurídica del derecho de retención, fija sus caracteres esenciales, al decir, que: es una institución cuasi-excepcional, de carácter exclusivamente legal y de índole personal y no real, que carece de reipersecutoria, estimando que básicamente y *ab initio*, el legislador considera el derecho de retención como *no oponible erga omnes* (79).

El mandatario que retiene, es poseedor de cosa ajena, a título específico de retención, lo que ofrece las líneas maestras para incriminar por el artículo 532-1.º en los supuestos de desposesión llevado a efecto por el mandante. Mas desde el instante en que se piense en la existencia de un mandato para comprar no representativo, la retención del mandatario *opera in cosa propria*, convirtiéndose la normal *possessio ex iure retentionis*, en posesión en concepto de dueño, por lo que tratándose de un mandato para adquirir, hasta que por medio de la tradición, el mandatario cumpla su obligación de ingresar la cosa en el patrimonio del mandante, la cosa es suya (80). Y ante tal título de propiedad, se hace imposible el título de imputación del artículo 532-1.º por razones obvias de exponer.

Lo mismo puede decirse respecto a los honorarios del mandatario retribuido, ya que en virtud del artículo 1.730 del Código civil y 276 del Código de comercio, al mandatario le cabe derecho de retener en prenda la cosa objeto del mandato, en tanto no le sean abonados los anticipos o indemnizaciones de los daños derivados del mandato. La violación de este derecho de retención de parte el mandante, abriría el cauce para la apreciación de la figura delictiva descrita en el artículo 532-1.º del Código penal (81).

(77) LÓPEZ Y LÓPEZ, A., *Retención y mandato*. Publicaciones del Real Colegio de España. Bolonia, 1976, págs. 22-23.

(78) LÓPEZ Y LÓPEZ, A., *Op. cit.*, pág. 17.

(79) LÓPEZ Y LÓPEZ, A., *Op. cit.*, pág. 45.

(80) LÓPEZ Y LÓPEZ, A., *Op. cit.*, págs. 102-3.

(81) Otros casos de derechos de retención recogidos taxativamente en la Ley, a más de los ya citados, son: en favor del poseedor de buena fe vencidos en juicio en su posesión hasta que se les satisfagan los gastos necesarios y útiles hechos en la cosa —art. 453 del Código civil—. En favor del usufructuario, quien puede retener la cosa usufructuada hasta que se les satisfagan los reembolsos que deben ser reintegrados —art. 502 del Código civil—. Puede prorrogar la retención el acreedor pignoraticio, cuando el deudor contrajese nueva deuda con él sin antes haberle abonado la primera, hasta que se le abonen ambos créditos

En el BGB alemán, el derecho de retención presenta un tratamiento más unitario y coherente que en el Código civil español, teniendo la doble modalidad de poder constituirse este derecho tanto de forma legal como contractual.

Esta última modalidad ha sido discutida ampliamente en la doctrina española. Sobre todo, a partir de la sentencia de 24 de junio de 1941, que declara: «que este derecho se encuentra en una disposición legal, a la que precisa atenderse para deducir sus obligadas consecuencias en cuantos casos puedan presentarse». Es una cuestión muy debatida en la doctrina, dice A. López y López (82), la relativa a, si el derecho de retención, solamente existe cuando expresamente lo establece la Ley, o bien los casos de retención contemplados por ella son susceptibles de aplicación analógica.

En la práctica alemana, un supuesto típico lo ofrece el derecho de retención del arrendador sobre las cosas aportadas por el inquilino, cuando éste abandona el domicilio clandestinamente (Rückende), sin abonar el importe del alquiler, es sancionado según la orientación doctrinal dominante, como un delito de «Pfandkehr», minoritariamente se viene defendiendo, en tales casos debiera estimarse tal conducta como un delito de alzamiento de bienes del § 288 StGB.

Schäfer, considera que el derecho de retención es poco apropiado como medio de coacción económica, por el escaso valor de los enseres y su falta de compradores, debiendo ser sustituido por el pago de rentas adelantadas o avales que garanticen con eficacia el cumplimiento de la obligación económica.

El contrato de hospedaje no se encuentra regulado de forma sistemática en el Código civil, ni se encuentra asistido del derecho de retención sobre las cosas, bienes o efectos aportados por los huéspedes, en relación con los créditos adeudados por razón de alojamiento.

Con un fundamento semejante al que tiene el transporte de mercancías, el artículo 704 del Código de comercio, concede al portador un *privilegio* para asegurarse el pago del precio. Conforme a dicho concepto, en efecto, el capitán «para cobrar el precio del pasaje y gastos de manutención, podrá retener los efectos pertenecientes al pasajero, y en caso de venta de los mismos gozará de preferencia sobre los demás acreedores, procediéndose en ello como si se tratase del cobro de los fletes».

En cuanto a los bienes, no ofrece ninguna duda, que cuando el artículo 704, se refiere «a los efectos pertenecientes al pasajero»

(art. 1.780 del Código civil). Idéntico derecho se recoge en el artículo 842 del Código de comercio en relación con los objetos salvados en caso de avería gruesa.

(82) Beltrán de Heredia se muestra partidario de la aplicación de la teoría *extensiva* o *analógica*. En el mismo sentido, Albaladejo rechaza la aplicación analógica, pero admite una generosa interpretación *extensiva*. La jurisprudencia española parece acogerse más bien a la teoría *restrictiva*, o legal, que sólo existe cuando la Ley lo dispone.

está incluyendo la totalidad del equipaje, sea equipaje de bodega sea de camarote (83). Por lo que, la sustracción de los efectos propios, en poder del retentor supondría «un hurto de cosa propia» del artículo 532-1.º del Código penal.

Cabe afirmar, que en cuantos supuestos legales pueda prevalecer el derecho de retención, si el dueño se apodera de los bienes muebles retenidos estaríamos ante un *furtum possessionis*, artículo 532-1.º. Frustrando esta expectativa de satisfacer los gastos ocasionados.

El derecho de retención no confiere más prerrogativa, que la de retener la cosa, hasta ser satisfecho el crédito que lo originó y justifica (84).

La falta del derecho de persecución y de oponibilidad *erga omnes* (aunque en materia mercantil se encuentra adornada expresamente del privilegio), hace que el derecho de retención, sea el más débil y frágil de los derechos prendarios y en consecuencia se hace acreedor a la máxima protección que el Derecho penal alcance prestarle, con el fin de fortalecer la eficacia que le permita satisfacer los créditos incumplidos.

Muy debatido en la doctrina alemana, es la posibilidad de ejercer el derecho de retención en los bienes inembargables. A este respecto argumenta Maurach (85): «que el Pfandkehr», sólo quiere proteger la posesión legalmente reconocida. Un derecho prendario legal sobre objeto inembargable es inadmisibles». No constituyendo su sustracción del ámbito del poseedor prendario legal, delito alguno. El § 559 del BGB, no protege el derecho de prenda sobre bienes inembargables. Otra cosa es, cuando sobre el objeto inembargable se hubiese concedido un derecho prendario contractual o un derecho de retención. Estas acciones son efectivas desde el punto de vista del derecho civil y por tanto reconocida en el § 289. En el mismo sentido Schönke-Schröder y Schäfer (86), quien expone ampliamente los diversos criterios favorables a esta postura doctrinal. En sentido contrario niegan tal posibilidad, Frank (87), Dreher (88) y Welzel (89).

Estimamos que sobre los bienes inembargables, desde el momento en que son susceptibles de enajenación, pueden también ser cedidos en depósito y en consecuencia al ser detraídos ilícitamente por su propietario del legítimo poseedor, cabe el supuesto previsto en el artículo 532-1.º, y ya que el carácter de inembargable es un

(83) MAZEAUD-MAZEAUD (De Juglart), *Leçons de Droit civil*, Paris, 1968, págs. 105 y 115, cit. por LÓPEZ Y LÓPEZ, *Op. cit.*, pág. 19, nota (25).

(84) MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio, *El contrato de pasaje marítimo*, en Centenario a la Ley del Notariado, separata, Madrid, 1963, páginas: 327-28.

(85) MAURACH, R., *Op. cit.*, pág. 276.

(86) SCHÄFER. L.K. § 289-7-b.

(87) FRANK, *Das StGB*. III, § 289, Tübingen, 1908.

(88) DREHER, *StGB*, § 289-21(a), 1977.

(89) WELZEL, *Op. cit.*, Berlín, 1969, pág. 367.

presupuesto legal en beneficio del propietario que le defiende frente a la ejecución de créditos, en los bienes expresados en los artículos 1.448 y 1.449 de la Lec. Pero estos bienes pueden quedar desafectados de su condición de inembargables por voluntad expresa del propietario, quedando así en la categoría de simples bienes muebles, sin trabas, para la estimación del «hurto de cosa propia», artículo 532-1.º.

La cosa objeto del derecho de retención, a juicio de López y López, puede ser inmueble. A decir verdad, nuestro Código, en caso en que contempla el derecho de retención, parece estar pensando únicamente en los muebles, pues emplea reiteradamente la frase «retener en prenda» (arts. 1.600, 1.730 y 1.780). De todos modos, ello se debe a un confusiónismo con la figura de la prenda... y nunca sería decisivo, en última instancia el argumento, pues que el legislador se represente únicamente el caso de la cosa mueble, puede ser indicativo de ser el supuesto usual, no es exclusivo. Y en la duda, y puesto que no militan otras razones en contra se debe estar al principio de «*ubi lex no distinguit*» (90).

Esta lógica interpretación nos lleva a pensar que no existe inconveniente alguno, en que en una futura reforma del Derecho penal, el ámbito del precepto que nos ocupa se extendiera a los bienes inmuebles, dando así solución a situaciones difíciles de resolver con la actual normativa, por ejemplo: cuando el propietario de un solar que no abona la obra en él realizada al constructor, es ocupada por el dueño aún conociendo el derecho de retención que asiste a quien realizó la citada obra. El dueño al tomar posesión del inmueble quebranta un derecho de retención, lo que nos permitiría contemplar un delito de *furtum possessionis* al amparo del artículo 532-1.º del Código penal.

III-3. *El objeto material.*

En diversas ocasiones, hemos hecho referencia al objeto material de este delito, que por exigencia del tipo legal está constituido por la cosa mueble propia.

Se consideran bienes muebles por naturaleza, las cosas que se mueven por sí o por fuerza extraña (91). Devesa (92), entiende que cosa mueble a efectos penales, es aquella que puede ser movilizadada, es decir, separada prácticamente del patrimonio de una persona, incorporándolo al de la ajena. Las ficciones impuestas por el Código civil en su artículo 334 para considerar inmuebles, bienes que por su naturaleza no corresponden a la categoría de bienes raíces, carecen de valor para el Derecho penal, que continúa estimando como bienes muebles los susceptibles de apoderamiento

(90) LÓPEZ Y LÓPEZ, *Op. cit.*, pág. 39.

(91) Código civil francés, art. 531.

(92) RODRÍGUEZ DEVESA, *Hurto propio*. Madrid, 1946, pág. 130. Véase también MUÑOZ CONDE, *Derecho penal*, cit., págs. 162 y 173.

y que puedan ser cambiados de lugar. Los créditos no pueden ser objeto de este delito, pero sí los documentos que representan tales derechos. Aunque como ya hemos indicado anteriormente, debiera la conducta del injusto tipo del artículo 532-1.º extenderse a las cosas inmuebles.

La cosa ha de ser corporal, porque así lo exige la naturaleza de los derechos reales afectados por este delito. No obstante, los esfuerzos realizados por los tratadistas al crear una figura de derecho sobre derechos y el de posesión de derecho, pudiendo ponerse por ejemplo el de usufructo sobre un crédito, intentando por todos los medios materializar la relación jurídica, a conciencia de que no es material.

III.4. *El perjuicio*

El tipo objetivo del «hurto de cosa propia» previsto en el artículo 532-1.º del Código penal, comporta como delito de resultado, la exigencia de un perjuicio, consecuencia inherente de la acción, manifestando en el texto legal, mediante la preposición *con* perjuicio del mismo o de un tercero.

La noción de perjuicio es ciertamente ampliada, siendo presupuesto para su valoración la constancia del mal y de su causalidad. El criterio jurisprudencial, mantiene, que merece la consideración de «perjuicio» todos los males que de modo conocido hayan sido directa y necesariamente ocasionados por la infracción. Comprende la jurisprudencia entre los perjuicios, tanto el daño emergente como el lucro cesante. El perjuicio, en el delito de referencia se centra «en los efectos lesivos que el sujeto causa en el legítimo derecho de posesión que ostenta el sujeto pasivo, y que en ocasiones puede afectar a terceras».

Por tercero a efectos penales, sólo puede serlo quien sufra un perjuicio directamente vinculado al delito falta y no sea sujeto pasivo del mismo, requisito de carácter negativo como indica Córdoba Roda, ya que la jurisprudencia en ocasiones ha calificado de tercero a verdaderos sujetos pasivos de la infracción —S. 11 de diciembre de 1963 y 10 de marzo de 1964— (93).

No se requiere la intención de proponerse como resultado un beneficio patrimonial, por ejemplo: quien sustrae la cosa mueble de su propiedad para donarla, no deja de lesionar intencionadamente el derecho posesorio ajeno, S. 11 de noviembre de 1897.

La lesión del derecho real de posesión, puede ser temporal o parcial. El autor no necesita lesionar de manera permanente al titular del derecho sobre la cosa mueble ajena, basta con que sepa y quiera que la situación jurídica del poseedor sufra una merma en sus facultades como titular posesorio, y en la efectividad del

(93) CÓRDOBA RODA, *Comentarios al Código penal*, Barcelona, 1972, págs. 578-586. En esta obra, se encuentra una amplia información sobre el concepto de «daño y perjuicio» y concepto de tercero a efectos penales.

cumplimiento de las obligaciones que se hayan podido contraer en virtud de los actos traslativos de la posesión.

La valoración económica es imprescindible, ya que en los delitos contra la propiedad, la pena viene determinada en relación a la cuantía del perjuicio (93 bis).

El criterio jurisprudencial de forma constante ha venido interpretando que el perjuicio es elemento esencial de este tipo de delito, así las SS. 12-6-1876; 31-12-1918 y 25-5-1957.

La sentencia de 16 de enero de 1940, determina que el perjuicio «resulta de la naturaleza misma del apoderamiento de la cosa depositada, en cuanto con esto se sustrae la garantía del depósito» y como indica Antón Oneca, con total acierto, el Tribunal Supremo ha desvirtuado el concepto. Por consiguiente, cuando no hay perjuicio económico, al cumplirse la obligación garantizada por la prenda o sustituirse ésta por otra de igual o mayor valor, falta un elemento esencial para la existencia de la infracción (94).

III-2.º Elemento subjetivo del tipo.

III-2.ª *El dolo.*

Debe comprender tanto la conciencia de sustraer la cosa sin derecho para ello, como sustraerla contra la voluntad de su legítimo poseedor.

El sujeto debe conocer la existencia del derecho protegido en la norma, y su voluntad debe estar dirigida finalmente al apoderamiento de la cosa mueble objeto del delito, con el inherente perjuicio que con su conducta realiza. La intención debe estar dirigida a violar o lesionar un derecho de ajena pertenencia: *la legítima posesión de la cosa*, según expresión recogida en el artículo 532-1.º de nuestro Código penal.

Por ello, debe afirmarse, que el dolo ha de abarcar el conocimiento de las características objetivas del tipo legal.

En la doctrina germana se discute, si la conducta ha de estar orientada por un dolo directo, o si es suficiente el dolo eventual. Frank (95), fue uno de los primeros en considerar que la exclusión del dolo eventual en el delito de Pfandkehr, era poco convincente, argumentando: «que el autor puede decirse, para el supuesto de que X tuviese un derecho de usufructo, quiero malograrle su ejercicio». Se ofrece este supuesto con frecuencia en personas que conocen con escasa claridad, no la existencia de un derecho, sino que se encuentran ante la duda de la clase de derecho que puede ostentar el sujeto pasivo.

(93 bis) Sobre el «resultado y su alcance dogmático en la esfera del injusto típico», véase M. POLAÍNO, *El bien jurídico en el Derecho penal*, Sevilla, 1974, págs. 318 y ss.

(94) ANTÓN ONECA, J., *Op. cit.*, pág. 27.

(95) FRANK, *ZStW*, 14.409.

Krauss (96), parte de la semejanza entre el Pfandkehr y el hurto y dice, así como el hurtador tiene como objeto final un resultado positivo, poder disfrutar de la cosa como propia, la frustración de un derecho, es sólo un medio para un fin, por lo que es suficiente el dolo eventual.

Esta opinión es seguida por cierto número de penalistas alemanes (97). Pero lo verdaderamente importante, en este delito —como indique Maurach (98)— es la intención que ha de estar dirigida a impedir el ejercicio del derecho que asiste al poseedor, el propósito tiene que abarcar la existencia del ámbito de dominio ajeno.

Dada la estructura del injusto tipo del artículo 532-1.º no creemos posible que pueda valorarse el dolo eventual en esta figura delictiva.

III-2.º-2. *El error en el tipo legal.*

El juicio, o falso conocimiento que recae sobre la inexistencia de un derecho posesorio o del carácter de «legitimidad» de la posesión como elemento objetivo del injusto típico, determina un error del tipo legal. El autor incurre en un error que excluye al dolo, ya que un derecho que según él no existe, no puede querer lesionarlo. El error de ser invencible excluye el dolo y la culpa y en consecuencia exonera de responsabilidad criminal al autor, absolviéndolo de toda pena. El error evitable, desde el punto de vista dogmático deja subsistente la culpa, aunque desde la perspectiva de una moderna política criminal podría quedar exento de penalidad.

IV. ANTIJURICIDAD Y CULPABILIDAD.

La conducta será antijurídica, siempre que en ella no concurra alguna causa de justificación, que convierta la acción típica en conducta lícita.

Especial interés presenta, como causa de justificación la legítima defensa de los bienes, no obstante el restrictivo criterio jurisprudencial de la defensa legítima del patrimonio. En atención a la letra de la ley estimamos —como criterio generalizado en la doctrina—, la posibilidad de defensa en aquellos bienes muebles que son objeto de una agresión ilícita, siempre que concurra los requisitos 1.º y 3.º del número 4.º del artículo 8 de nuestro código.

Asimismo, el estado de necesidad del artículo 8, número 7, es de relevante importancia.

(96) KRAUSS, R., *Die Besitzrochtastörung (furtum possessionis) nach § 289*, Diss. Erlangen, 1936, pág. 18.

(97) Entre los que defienden que basta el dolo eventual, se encuentran: WELZEL, *Op. cit.*, pág. 367; OLG, *Braunschweig*, NJW, 1961, página 1274; SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Op. cit.*, 9-IV; DREHER, 33-2; KÜCHENHOFF, *Op. cit.*, pág. 63. En sentido contrario, BINDING, *Op. cit.*, pág. 320.

(98) MAURACH, R., *Op. cit.*, pág. 276.

Por ejemplo, si el dueño de un bien mueble cuya posesión obsta a otro, lo encuentra en grave riesgo de pérdida o daño irreparable, y para evitar su destrucción o deterioro se ve obligado a realizar un daño en la propiedad ajena, su conducta será excusable si el valor del bien que intenta salvar no es superior a los daños causados en la propiedad ajena con el fin de rescatar el bien que se encuentra en peligro; será justificante su acción si el valor del objeto es mayor que los perjuicios causados para evitar su pérdida o deterioro. Incluso en el supuesto de que el propietario encuentre la cosa en poder de otro que la ha adquirido de buena fe, pero desconociendo el valor de la misma la sitúan en peligro de destrucción o deterioro irreparable; el dueño podrá apoderarse de ella con el fin de salvaguardarlas del riesgo en que se encuentra.

La sustracción de cosa propia, para remediar su angustioso estado de pobreza, puede estar amparado por esta causa de justificación. En este sentido parece orientarse la Sentencia de 22 de abril de 1887, al declarar que no comete este delito: «El que teniendo embargada judicialmente una siembra de patatas, en una finca por él cultivada extrae algunas».

La falsa creencia de que sólo actúa amparado por una causa justificante, determina el llamado error de prohibición que afecta directamente a la culpabilidad del sujeto. El error de prohibición para que excluya la culpabilidad, ha de ser de naturaleza invencible, la falta de diligencia del sujeto en conocer las circunstancias de licitud de las causas de justificación, determina un error vencible y evitable, que sólo atenuaría la culpabilidad de la conducta, mediante la apreciación de alguna circunstancia atenuante por analogía o eximente incompleta (99).

(99) Hemos seguido la solución propuesta por el profesor MUÑOZ CONDE en su artículo sobre "*Delitos electorales*", en "*Cuadernos de política criminal*", Madrid, 1977, pág. 170, en donde introduce el juego de las circunstancias modificativas de la responsabilidad, con el fin de fijar el grado de gravedad de la culpabilidad del sujeto, estimando que esta fórmula es la que mejor sirve a los intereses de la problemática de la culpabilidad en los casos de error de prohibición vencible: "En tanto no exista una solución legislativa inequívoca, es preferible esta fórmula, ya que permite a través del juego de las reglas de la determinación de la pena en los artículos 61 y 66 del Código penal, adaptar mejor la pena a la culpabilidad del autor, prescindiendo del marco que el artículo 565 impone a la imprudencia". Véase también en relación con este tema, CEREZO MIR, en *Notas a la traducción del nuevo sistema del Derecho penal de Welzel*, Barcelona, 1964, pág. 667, CÓRDOBA RODA difiere, estimando que en estos casos procede la aplicación del artículo 565 del Código penal; véase *Tratado de Derecho penal* de R. Maurach, Barcelona, 1962, to. II, pág. 169, y en *Comentarios al Código penal*, t. I, pág. 26; GIMBERNAT se inclina por la teoría de los elementos negativos del tipo; R.E.P., 1966, pág. 73.

La citada doctrina ha sido seguida por MIR PUIG en un interesante y excelente artículo sobre el *Delito de coacciones en el Código penal*, en ADPCP, 1977, pág. 293, en nota 99 dice: "en la teoría de los elementos negativos del tipo, no todo error sobre una causa de justificación es de prohibición, hay que distinguir cómo con respecto a la fundamentación

Para Maurach (100), la suposición errónea de un derecho prevalente opuesta al derecho protegido es siempre un error de prohibición (101).

V. FORMAS DE APARICION DEL DELITO

A) *Formas imperfectas de ejecución.*

La consumación de esta figura delictiva requiere la efectiva perturbación o lesión del derecho posesorio legítimo del sujeto pasivo y que se produzca inherentemente a la desposesión un perjuicio efectivo a éste o a un tercero.

La frustración puede estimarse, cuando ha comenzado la sustracción, pero el apoderamiento con definitiva separación de las esferas de poder del sujeto pasivo aún no ha sido completa. Existe frustración, por ejemplo: cuando el inquilino retire de la vivienda cosas aportadas a ella, pero el propietario que aún posee el derecho de retención, cuando el transportista va a trasladar estos bienes a la estación, el retentor puede oponerse a que éstos sean extraídos de su domicilio. Como frustración se consideró también, el supuesto en que el inquilino lleva las cosas de su propiedad a otra vivienda del mismo inmueble, para después poderlas sacar de allí sin ser visto. En sentido contrario, Cuello y Calón, estima que no se concibe la frustración en este delito, pues es muy difícil, que el que hace cuanto es necesario para que se produzca la frustración, no lo consiga (102).

positiva del injusto, entre error sobre el tipo de las causas de justificación y suposición errónea de que la Ley reconoce fundamentación positiva del injusto, entre error sobre el tipo de las causas de justificación y suposición errónea de que la Ley reconoce una causa de justificación distinta de la prevista en nuestro Derecho. Sólo en este último recae el error de tipo. TORIO LÓPEZ, en su monografía sobre el "*Error iuris*", *perspectiva material y sistemática*, en ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES, 1975, págs. 25 y ss., destaca que tras la reforma del artículo 6.º-1 del Código civil, debe seguirse la teoría del dolo, que es la que, según él, mejor es adaptada al Código penal (véase críticamente MUÑOZ CONDE, *Op. cit.*).

(100) MAURACH, *Op. cit.*, pág. 276.

(101) Sobre la punibilidad del error de prohibición, véase, CÓRDOBA RODA, *Culpabilidad y Pena*, Barcelona, 1977, págs. 43-44. El autor defiende la punición de este tipo de error, frente al criterio de "innecesariedad de la pena" sustentado por GIMBERNAT, *Strafrechtssystematik und Nichtbeweisbarkeit der Willensfreiheit*, en *Grundfragen der Gesamten Strafrechtswissenschaft*, Berlin-Nueva York, 1974, págs. 163 y ss., y a la postura doctrinal de CEREZO MIR, para quien prescindiendo de la exigencia del *poder*, como presupuesto de la culpabilidad no le parece factible el aceptar las categorías de *evitable* e *invencible* del error de prohibición, en Coloquio Internacional, Chile 1973, pág. 190, cit. por CÓRDOBA RODA, *Op. cit.*

(102) CUELLO Y CALÓN, cit. por CAMARGO HERNÁNDEZ, en *Hurto impropio y otorgamiento de contrato simulado*, ADPCDP, 1964, pág. 236.

B) Autoría y participación.

Al estar en presencia de un delito especial o *delicta propria*, según la terminología mezergeriana, autor sólo puede serlo el propietario de la cosa mueble, como persona cualificada, impuesta y exigida en el tipo legal del artículo 532-1.º. Si tal conducta la realiza un extraño desvirtuaría la figura delictiva, convirtiéndolo en un hurto o robo, según los medios empleados en la sustracción.

Sujeto pasivo será el legítimo poseedor de la cosa mueble, objeto de la infracción, cuyo derecho real es violado y lesionado por la conducta descrita en el tipo legal.

Antón Oneca, considera imperfección notable de la Ley, el no prever como lo hace el § 289 del StGB, la disyuntiva de «el propietario o el que obre en su favor». Sólo con la doctrina subjetiva de la complicidad, se podría salvar la laguna, ya que en los delitos propios, cabe responsabilidad por participación sin ser de las personas a los que el tipo delictivo limita la acción. Pero reconocamos, que la doctrina es de difícil adaptación a nuestro Derecho, donde las especies de codelinuencia están separadas con notas objetivas (103).

En la coautoría no rigen las normas generales de unidad de título de imputación, de tal forma que el que no es propietario no puede cometer el delito del 532-1.º del Código penal.

Si por el contrario, es el dueño el que participa de la conducta típica del artículo 532-1.º, realizada por el no propietario, será castigado como partícipe del delito ejecutado por el extraño, rigiendo en este supuesto el título de unidad de imputación. Por el contrario, el extraño que interviene en el delito especial es partícipe del mismo, es decir, de la conducta descrita en el 532-1.º de nuestro Código penal (104).

En relación con la autoría mediata ésta cabe perfectamente en el delito que nos ocupa. A este respecto, Groizard (105), cita el caso del administrador, que empeña la cosa mueble y posteriormente con anuencia del dueño, la sustrae del legítimo poseedor, a efectos de penalidad, si el sujeto es funcionario público, hay que tener en cuenta el artículo 403 del Código penal (106).

Como apunta Bajo Fernández (107), es necesario habilitar una fórmula para la estructuración de una figura delictiva que incluye todos los supuestos de desposesión, ausente por completo en nuestro Código. Mas dentro del ámbito de una futura reforma y con-

(103) ANTÓN ONECA, J., *Op. cit.*, pág. 27.

(104) En relación con la participación de extraños en los delitos especiales, véase GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice en Derecho penal*, Madrid, 1966, págs. 251 y ss.

(105) GROIZARD, *El Código penal de 1870*, concordado y comentado, Salamanca, 1897, t. VII, pág. 233.

(106) BAJO FERNÁNDEZ, M., *La realización arbitraria del propio derecho*, Ed. Madrid, 1976, pág. 82.

(107) RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.ª, *Derecho Penal Español (Parte Especial)*, Madrid, 1975, pág. 458.

cretándonos al artículo 532-1.º, se impone una revisión a fondo del citado precepto, en base a los siguientes presupuestos.

Limitación del bien jurídico protegido, a aquellos derechos posesorios, que por su importancia merezcan el rigor de la Ley penal. Algunos sin embargo, presentan puntos de conflictividad de confusa solución, respecto a otros preceptos penales, así sucede con los llamados derechos de crédito sobre cosas muebles, cuya sustracción está finalmente orientada a causar un perjuicio al poseedor o a un tercero, pudiendo quedar encubierto un posible delito de insolvencia punible.

La conducta por comisión omisiva de este delito debe equipararse al actuar positivo, en base a los criterios anteriormente expuestos.

El objeto del delito, cabría extenderlo, incluyendo junto a las cosas muebles, las inmuebles que por su naturaleza puedan ser susceptibles de sustracción. Evitando así, figuras atípicas que escapen a la punición de la conducta.

En la autoría, cabe perfectamente incluir, a quienes a sabiendas, realizan la conducta descrita en el tipo legal en favor del propietario, como viene expresado en el § 289 del Código penal alemán, con ello se evitaría en buena parte la problemática de la participación en este delito especial.

El ámbito eminentemente jurídico-privado del tipo legal previsto en el artículo 532-1.º del Código penal, hace que la perseguibilidad de oficio, deba ser sustituida por el ejercicio de acción penal a «instancia de parte interesada».

El reciente Proyecto de Código penal, califica al *furtum possessionis*, de hurto impropio en su artículo 240, coincidente con el 234 del anteproyecto, quedando redactado en los siguientes términos: «Será castigado, como reo de hurto impropio, con la pena de arresto mayor de seis a veinticuatro fines de semana, el que siendo dueño de una cosa mueble o actuando con el consentimiento de este, la sustrajere de quien la tenga legítimamente en su poder, con perjuicio del mismo o de un tercero, siempre que exceda de 15.000 pesetas.

El Tribunal podrá imponer la pena de prisión de seis a dos años, cuando estime grave el perjuicio causado».

Detrayéndolo de su actual tipificación como delito de estafa, volviendo con ello a su antigua consideración romana y medieval.

Se excluye la posibilidad de incriminar esta conducta como falta, dada la limitación cuantitativa que impone el texto legal.

Existe en ello novedad pero no originalidad, al igual que ocurre al introducir en su nueva redacción la figura del colaborador en la conducta con consentimiento del dueño, que se encuentra prevista en el Código penal alemán como anteriormente indicamos.

Con ello, no creemos que se haya alcanzado un avance notorio en la reforma, inspirada —como indica en su exposición de motivos— *un país con una sociedad industrial avanzada, que dejó atrás una sociedad agraria y rural*».

La "ideología" de los fines de la pena

Dr. JOAQUIN CUELLO
Ayudante de Derecho penal (Sevilla)

Ningún problema del Derecho penal ha sido objeto de tan viva especulación como la *teoría de la pena*, no sólo por parte de los juristas sino también por filósofos y sociólogos. En torno al mismo ha reinado y reina una gran confusión a la que coopera, no en último lugar, la mezcla de puntos de vista desde los que se ha abordado su estudio. La confusión fundamento-fines, teoría-praxis, análisis técnico-análisis empírico es constante.

Resulta por otra parte bastante sorprendente que enrolado un autor en las filas de los defensores de la prevención especial, por ejemplo, pretende ver precedentes en la Patrística (!), o en Protágoras (!) para los defensores de la prevención general. Como si la discusión en torno a la pena desde finales del siglo XVIII, cuando se inicia la configuración del Estado moderno, tuviese algo en común con la sostenida en fases anteriores de la Historia de la Humanidad (1).

En esta ocasión no pretendemos ser exhaustivos. Tan sólo vamos a caracterizar tres momentos de la discusión, a partir de la Ilustración, con la esperanza de poder descubrir en ellos las razones de la confusión reinante, como primer paso para poner en orden los temas implicados. Se trata, en primer lugar, de la singular relación que une a dos autores como Kant, defensor de una tesis «absolutamente retribucionista» de la pena, con Feuerbach, que es el primer autor que sostiene una teoría pragmática no absoluta de prevención general. En segundo lugar, puede observarse una corriente, predominantemente en los años sesenta, que se autoentiende como «de síntesis» de las posiciones defendidas hasta entonces y que trata de conseguir la «cuadratura del círculo» extrayendo de la insuficiencia de cada una de las posiciones «retributiva», de prevención general y de la prevención especial la conclusión

(1) Cfr. Hasso HOFMANN, *Legitimität und Rechtsgeltung. Verfassungstheoretische Bemerkungen zu einem Problem der Staatslehre und der Rechtsphilosophie*, Berlín 1976, págs. 13-24 ("Das Legitimitätsproblem"). En esta dirección también Hans WELZEL, *Introducción a la Filosofía del Derecho. Derecho natural y Justicia material* (traducción del alemán por F. González Vicen de la 4.^a edición de la obra *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, Göttingen 1962, págs. 248-249.

de que la pena es todo eso a la vez. Finalmente, hay que aludir a algunos autores que, con posterioridad, vuelven a pretender una reducción en torno a la prevención general, de manera más o menos pura.

Antes de continuar, hay que hacer una referencia genérica al problema de la distinción entre el *fundamento* y los *finés* de la pena. Respecto a este tema hay que decir que las teorías aludidas pese a haber detectado la necesidad de su distinción, no se han planteado su delimitación, han confundido ambos aspectos o los han hecho coincidir. Resultado de lo cual es un enriquecimiento de las perspectivas desde las que estudiar los fines de la pena que coincide con un planteamiento raquíutico sobre el fundamento.

* * *

Quizá el autor más «maltratado» en exposiciones someras y esquemáticas de la teoría de los fines de la pena, no sólo en la actualidad sino también en el siglo XIX, es Kant. Naucke (2), el penalista más conciencizado hoy en el estudio sobre la aportación kantiana, denunciada: «Es una cuestión abierta, sobre todo, qué significado tuvo en el siglo XIX la opinión de Kant de que la pena sea sin duda retribución justa». Y a continuación: «A la cuestión sobre la influencia de Kant pertenece también la pregunta: en qué medida fue Kant correctamente interpretado. Dicho de otra forma, si parte de la influencia de la teoría kantiana de la pena no es sino la influencia de un equívoco acerca de esta teoría» (3).

La teoría absoluta de Kant, para quien la pena es pura retribución desprovista de todo fin, produjo un gran impacto en el siglo XIX dominado por concepciones relativas sobre la pena, según las cuales la pena sólo puede fundamentarse racionalmente en base a su finalidad: el Estado tiene la finalidad de asegurar la paz y el orden, lo que no es alcanzable sin la pena. De donde se deduce que la pena se legitima por su fin: restablecimiento del orden quebrantado, intimidación, aseguramiento y resocialización. Frente a todo esto Kant: la Ley penal obliga *incondicionalmente*, es un imperativo categórico, pues sólo puede ser aplicada a causa del delito y sólo porque se ha infringido la Ley (4).

Presupuesto de la posición de Kant es la idea de que el hombre actúa *moralmente libre*. Si al hombre le es exigido que actúe necesariamente de esta forma, le estará también crear las condi-

(2) Wolfgang NAUCKE, *Kant und die Psychologische Zwangstheorie Feuerbachs*, Kiel 1962; del mismo autor, *Die Reichweite des Vergeltungsstrafrecht bei Kant*, Schleswig-Holsteinische Anzeigen 1964, págs. 203-211; del mismo autor, *Über den Einfluss Kants auf Theorie und Praxis des Strafrechts im 19. Jahrhundert*, en Philosophie und Rechtswissenschaft. Zum Problem ihrer Beziehung im 19. Jahrhundert (Hrg. J. Blühdorn y J. Ritter), Frankfurt 1969, págs. 27-48. Cfr. también su *Strafrecht. Eine Einführung*, Frankfurt 1975, págs. 46-68.

(3) NAUCKE, *Einfluss Kants*, pág. 29.

(4) NAUCKE, *Einfluss Kants*, pág. 30.

ciones necesarias para ello. Entre estas condiciones están el Derecho y el Estado. Por tanto, el Estado está ahí no para garantizar la paz y el orden, sino para posibilitarle al hombre que actúe moralmente libre. Entre las Leyes del Estado dirigidas a esa finalidad está la Ley penal. «La lesión de una Ley penal es entonces la lesión del deber exigido de no alterar la libertad externa de los demás. Sólo se pune, como retribución no final, por la infracción de una Ley que obliga sin condiciones, es decir, porque el autor ha delinquido» (5).

De lo anterior se deduce que la pena como finalidad no debe estar permitida, pues, según el conocido argumento de Kant, el hombre en su personalidad no puede ser utilizado como medio, pues es un fin en sí mismo. Puesto que la medida de la pena no puede basarse en finalidad alguna, sólo podrá hacerlo en la idea de retribución (*Wiedervergeltungsprinzip*). Es precisamente en este punto donde Kant va a permanecer aislado a lo largo de todo el siglo XIX: «No se encuentra intento alguno de aclarar la teoría absoluta de la pena de Kant desde el concepto del imperativo categórico» (6).

Una excepción a esta actitud general es Feuerbach, para quien la Ley penal es un *imperativo categórico*, pues la pena sólo puede imponerse por razón del delito cometido. La coincidencia, sin embargo, es sólo aparente ya que la argumentación de Feuerbach es que si la pena quiere *intimidar* realmente ha de derivarse automáticamente del delito cometido (categóricamente). Como ha formulado Naucke con gran precisión (7): «Para Kant, el imperativo categórico de la justicia penal explica el fundamento de la punibilidad, para Feuerbach, la referencia al imperativo categórico sólo aclara cómo haya de aplicarse la Ley para que tenga el máximo efecto final». O sea, que si Feuerbach aprovecha el criterio de Kant es porque se acomoda a la pena-fin que él propone. ¿Significa ello que la influencia de Kant en los autores del siglo XIX es nula?

Algunos juristas, entre los que se encuentra Feuerbach, se apoyan en Kant para sostener que el Derecho penal como Derecho sirve de garantía a la libertad externa de los individuos, que es la finalidad del Derecho y a su vez el fundamento de éste y del Estado. De donde se deduce (8): «Si el delito es la lesión del Derecho como institución final, la reacción frente al delito no debe ser retribución en el sentido de Kant sino actividad final que evite futuras lesiones del Derecho». Aquí, sin embargo, se produce un equívoco. Para Kant, efectivamente, *sirve la Ley penal a la finalidad de asegurar la libertad pública pero no para fundamentar el Derecho y el Estado*. Pero, por el contrario, «la garantía de la paz externa es para él sólo *conditio sine qua non* para la posibilidad del

(5) NAUCKE, *Einfluss Kants*, pág. 30.

(6) NAUCKE, *Einfluss Kants*, pág. 32.

(7) NAUCKE, *Einfluss Kants*, pág. 35.

(8) NAUCKE, *Einfluss Kants*, pág. 38.

actuar moral. Kant deduce la obligatoriedad del Derecho y de vivir en el Estado de la obligación de actuar moralmente, *no de la finalidad de garantizar al ciudadano una vida tranquila y segura*» (9).

En suma, Kant sirvió a los juristas del siglo XIX, paradójicamente, para afianzar la fundamentación de la pena en base a su utilidad. La unión de la teoría absoluta de Kant con las teorías utilitarias dominantes en su tiempo sirvió para que la pena-fin se destinase a la protección de la paz entre los ciudadanos, la paz pública, el Derecho en definitiva como proponía Kant. Feuerbach no tiene inconveniente en identificar a su concepción final de la pena según la teoría de la coacción psicológica con la pena-justa kantiana. Para Naucke (10), la formulación kantiana abrió la posibilidad de apoyar en principios jurídicos de filosofía crítica la fundamentación de la pena en base a finalidad.

De esta «síntesis» se deriva, según Naucke, la posición de los *hegelianos*: si la pena sirve de garantía para el Derecho, resultará que la pena se aplica para restablecer la autoridad del Derecho lesionado. O sea, que lo que hasta nuestros días se nos ha transmitido como una teoría absoluta, retributiva, de Hegel, está en la línea iniciada por Feuerbach de concebir a la pena-fin como pena-justa. ¡Y todo ello como consecuencia de una errónea interpretación de Kant! Por tanto, finaliza Naucke (11), «también la teoría absoluta de los hegelianos es sólo una teoría relativa de la pena encubierta». En conclusión, *lo que se ha pretendido por la doctrina a lo largo de todo el siglo XIX es hacer coincidir la pena, fin por esencia, con la pena-justa que propone Kant.*

En 1883, sin embargo, renuncia von Liszt a justificar la pena en base a ambos elementos. *La pena es sólo finalidad.* La pena sirve solamente para garantizar la paz entre los ciudadanos, encontrando en ello su fundamento, y no en aras de la autoridad del Derecho lesionado. La fundamentación de la pena vuelve a ser lo que al principio: una teoría relativa de la pena. Los intentos de integrar a Kant en esta tendencia fracasaron (12).

* * *

Precisamente con el «Programa de Marburgo» de v. Liszt conecta la discusión en torno a los fines de la pena en los años sesenta, con motivo de la elaboración del Proyecto Alternativo de Código penal alemán. «El Proyecto Alternativo está en una línea histórica que se remonta a Franz von Liszt» (13). La pregunta de

(9) NAUCKE, *Einfluss Kants*, pág. 39.

(10) NAUCKE, *Einfluss Kants*, págs. 40-41.

(11) NAUCKE, *Einfluss Kants*, pág. 42.

(12) NAUCKE, *Einfluss Kants*, pág. 43.

(13) Claus ROXIN, *Franz von Liszt y la concepción político-criminal del Proyecto Alternativo*, en «Problemas básicos del Derecho penal» (traducción del alemán por D. M. Luzón Peña de la obra *Franz von Liszt und die kriminalpolitische Konzeption des Alternativentwurf*, en *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, Berlín 1973), págs. 37-70, pág. 38.

obligada formulación es, ¿qué ven los autores del Proyecto Alternativo en v. Liszt que les atrae a diferencia del Derecho penal posterior a él? La respuesta está naturalmente en las reformas propuestas por uno y otros: «Sobre la tendencia de conjunto del Proyecto Alternativo y, con él, del nuevo movimiento de reforma se puede decir que se caracteriza por destacar cada vez de modo más fuerte la prevención especial a costa de la idea de compensación de la culpabilidad y de la prevención general» (14).

Lo que de v. Liszt fascinó a los autores del Proyecto Alternativo fue su concepción de las tareas del Derecho penal, ya que éstas daban respuesta a los dos aspectos esenciales de la cuestión: el práctico (lucha contra el delito) y el de garantía (límites del poder punitivo estatal): «El Derecho penal sirve simultáneamente para limitar el poder de intervención estatal y para combatir el delito. Protege, por tanto, al individuo de una represión ilimitada del Estado, pero igualmente protege a la sociedad y a sus miembros de los abusos del individuo» (15); la perfecta síntesis, en definitiva, entre las ideas ilustrado-liberales (Estado de Derecho) y socialistas (resocialización como meta de la imposición de penas).

Aceptado este punto de partida común, sólo queda evitar algunos excesos en los que había incidido v. Liszt (tratamiento de los delincuentes incorregibles, por ejemplo), para lo que precisamente está el límite de garantía que representa el Derecho penal. Ambos principios «antinómicos» no sólo no se contradicen sino que se condicionan mutuamente: «Un Derecho penal retributivo clásico no sólo es enemigo de la resocialización sino que también es, como consecuencia de su estructura represiva, perjudicial para la libertad individual y su desarrollo; y un puro Derecho de medidas sin las garantías del Estado de Derecho, no sólo violenta al sometido a él, sino que tampoco puede ser provechoso con sus métodos de ilimitada acomodación coactiva para una sociedad democrática y liberal. La dialéctica de individuo y sociedad, que se manifiesta en los componentes del Derecho penal correspondientes al Estado de Derecho y los correspondientes al Estado social, sólo puede ser superada mediante una síntesis que preserve sin deformaciones ambos polos de la existencia humana. Un «Estado de Derecho» que abandone al individuo a sí mismo (o a una abstracta retribución) en vez de ayudar al necesitado, conduce a la opresión y eliminación del débil; y un «Estado social» que desprecie la libertad del individuo, utiliza de modo muy similar al Derecho penal para lograr una tutela manipuladora de aquél, en vez de hacerlo para fomentar el desarrollo de su personalidad. Por consiguiente, la fórmula empleada por nuestra Ley fundamental, del «Estado social de Derecho» no es mero aglutinamiento de principios heterogéneos, sino que por el contrario designa dos partes de un todo que correctamente se considera inseparable» (16).

(14) ROXIN, *Franz von Liszt y el Proyecto Alternativo*, pág. 37.

(15) ROXIN, *Franz von Liszt y el Proyecto Alternativo*, pág. 59.

(16) ROXIN, *Franz von Liszt y el Proyecto Alternativo*, pág. 65.

Las teorías de la síntesis sobre los fines de la pena se caracterizan, a diferencia de las unitarias y de las simplemente aditivas, en que por un lado parten de que la pena es prevención, general y especial y culpabilidad; predominando, por otro, un aspecto en cada una de las fases de realización de la Justicia penal: «Nuestro punto de partida es que el Derecho penal se enfrenta al individuo de tres maneras: amenazando con, imponiendo y ejecutando penas, y que esas tres esferas de actividad estatal necesitan de justificación cada una por separado. En este punto hay que tener ciertamente en cuenta que los distintos estadios de la realización del Derecho penal se estructuran unos sobre otros y que, por tanto, cada etapa siguiente ha de acoger en sí los principios de la precedente» (17). O como Roxin resume al final de su exposición: «Si quisiéramos perfilar en una frase el sentido y límites del Derecho penal, podríamos caracterizar su misión como protección subsidiaria de bienes jurídicos y prestaciones de servicios estatales mediante prevención general y especial que salvaguarde la personalidad en el marco trazado por la medida de la culpabilidad individual» (18).

Por esa razón, llama Roxin a su teoría dialéctico-unitaria o de síntesis, que hay que distinguir estrictamente, tanto metodológicamente como por su contenido, de las tradicionales teorías monistas, así como de la teoría dominante de la unificación por adición». Pues las teorías monistas, «ya atiendan a la culpabilidad ya a la prevención general, son falsas necesariamente porque cuando se trata de la relación del particular con la comunidad y con el Estado, la realización estricta de un sólo principio ordenador tiene como consecuencia forzosamente la arbitrariedad y falta de libertad»; y las aditivas «acumulan en una mera adición los puntos de vista particulares. Al contrario: al permitir pasar al primer plano tan pronto este como aquel punto de vista, y al permitir emplear, en lugar de una facultad de ingerencia ya demasiado amplia, nada menos que tres, no hace sino perfeccionar el sistema de reglamentación» (19). Por tanto, la teoría unitario-dialéctica «pretende por contra evitar la exageración unilateral y dirigir los diversos fines de la pena hacia vías socialmente constructivas, el lograr el equilibrio de todos los principios mediante el procedimiento de restricciones recíprocas».

En resumen: «La idea de prevención general se ve reducida a su justa medida por los principios de subsidiariedad y culpabilidad, así como por la exigencia de prevención especial que atiende y desarrolla la personalidad. La culpabilidad no justifica la pena por sí sola, sino que únicamente puede permitir sanciones dentro de lo imprescindible por motivos de prevención general y en tanto

(17) ROXIN, *Sentido y límite de la pena estatal*, Problemas básicos (*Sinn und Grenzen staatlicher Strafe, Grundlagenprobleme*), págs. 11-36, pág. 20.

(18) ROXIN, *Pena estatal*, pág. 33.

(19) ROXIN, *Pena estatal*, págs. 33 y 34.

no impida que la ejecución de la pena se conforme bajo el aspecto de prevención especial. Y como hemos visto, de la misma manera la totalidad de los principios restantes preservan a la idea de corrección de los peligros de una adaptación forzosa que violara la personalidad del sujeto».

* * *

La tercera fase que consideraremos en nuestra exposición sistemática, y que yo calificaría de «post-sintética», se caracteriza por ser una discusión sobre los fines de la pena en torno al principio de la culpabilidad. En definitiva, se trata de dotar de un contenido *teleológico* (prevención general) al principio de culpabilidad. La idea de prevención no va a ser algo que modifica desde fuera a la culpabilidad sino elemento subyacente a la misma.

Roxin ha sido el primero en poner en relación la prevención con la culpabilidad (20). Con el juicio de culpabilidad no se trata de la constatación ingenua de que el autor pudo actuar de otra manera a como lo hizo (juicio de reproche), sino que por el contrario se tratará de responder a la cuestión normativa que si existe la necesidad de llevar a cabo dicho juicio, o si por el contrario, por cualquier otra circunstancia aquel juicio deviene innecesario. En definitiva, será una razón de prevención general la que determinará la necesidad o no de realizar el juicio de reproche de la culpabilidad. La peculiaridad del pensamiento de Roxin es que quiere dejar intacto el juicio de culpabilidad. La culpabilidad sigue siendo el «anders handeln können» como hasta ahora; y si en casos como la inimputabilidad o el error de prohibición inevitable no se lleva a cabo tal juicio será porque razones de prevención general lo hacen innecesario. Por esta razón, trata de sustituir Roxin la categoría culpabilidad («anders handeln können») por la de responsabilidad (que puede no darse pese a persistir la culpabilidad). Por tanto: es la necesidad de prevención general la que en definitiva decide si se va a producir un reproche de culpabilidad (21).

Un paso adelante en esta tendencia a configurar la culpabilidad en base a la prevención general es el dado por Jakobs para quien la culpabilidad tiene como único fundamento a la prevención (22). Según Jakobs, citando a Luhmann, las normas son «expectativas de comportamiento contrafacticamente estabilizadas», o sea, que su validez se mantiene con independencia del cumplimiento o no

(20) ROXIN, "Culpabilidad" y "responsabilidad" como categorías sistemáticas jurídicopenales, en Problemas básicos (cfr. el original alemán en Festschrift für H. Henkel, Berlín 1974, págs. 171-197); ya con anterioridad en *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2.ª ed., Berlín 1973, pág. 33 (existe traducción de la 1.ª ed. de F. Muñoz Conde, Barcelona 1972).

(21) ROXIN, "Culpabilidad" y "responsabilidad", pág. 211.

(22) Günther JAKOBS, *Schuld und Prävention*, Tübingen 1976, páginas 8-9.

cumplimiento fáctico de las mismas (23). La infracción de la Norma ha de ser de tal forma tratada que no se ponga en cuestión su validez, lo que se consigue mediante la *atribución de discrepancia*. Dicha atribución o mejor la estabilización puede conseguirse de diversas formas que van desde la atribución de la infracción a un puro accidente, pasando por la reelaboración como producto de la enfermedad mental (por tanto juicio de inimputabilidad), hasta llegar a la culpabilidad, donde es el autor a quien se atribuye el hecho. Lo importante es que en los tres casos el Ordenamiento jurídico se vea confirmado como tal y se pueda seguir confiando en él (24). En definitiva, el principio de culpabilidad aparece como «derivado de la prevención general» (25), «sólo la finalidad confiere un contenido a la culpabilidad» (26).

Mucho más clarificadoras son algunas aportaciones surgidas de la mano de problemas concretos de la culpabilidad, como el trabajo de Krümpelmann sobre la inimputabilidad o capacidad de culpabilidad (27), y los de Horn y Rudolphi sobre el tratamiento del error de prohibición inevitable (28), en los que con toda evidencia se pone de relieve lo difícil que es aprehender determinados problemas de la culpabilidad con los recursos conceptuales disponibles y lo fácil que es hacer concesiones en este terreno a la idea de prevención para de ese modo eludir aquellos problemas.

En un inteligente estudio sobre la regulación de la enfermedad mental y otras alteraciones psíquicas en el nuevo Código penal alemán (20 y 21) subraya Krümpelmann cómo aquellas alteraciones pueden tener su origen en «anomalías de madurez, debilidad volitiva o anomalías producidas por un desarrollo asocial», con lo que el modelo de culpabilidad elaborado hasta ahora devendría irrealizable. Para eludir este problema podría pensarse —con E. Schmidt— en una persona normal colocada en la situación del autor y suponer con ello que se ha alcanzado la medida de voluntad y fuerza normativa para hacer recaer un juicio de reproche sobre el autor. Se operaría entonces con un «concepto general de culpabilidad social» que no contiene ningún momento de censura *ético-individual*. La punición alcanzaría de esa forma un «Auföpperungscharakter» (29).

El problema se ve con mayor claridad todavía al estudiar los afectos. Las situaciones conflictivas permanentes de donde nacen los afectos se producen en un proceso en el que el dominio sobre

(23) JAKOBS, *Schuld und Prävention*, pág. 10.

(24) JAKOBS, *Schuld u. Prävention*, pág. 13.

(25) JAKOBS, *Schuld u. Prävention*, pág. 14.

(26) JAKOBS, *Schuld u. Prävention*, pág. 14.

(27) Justus KRÜMPELMANN, *Die Neugestaltung der Vorschriften über die Schuldfähigkeit durch das Zweite Strafrechtsreformgesetz vom 4. Juli 1969*, ZStW (88) 1976, págs. 6-39.

(28) Eckhard HORN, *Verbotsirrtum und Vorwerfbarkeit. Eine systematische Grundlagenanalyse der Schuldtheorie*, Berlín 1969; Hans-Joachim RUDOLPHI, *Unrechtsbewusstsein, Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtum*, Göttingen 1969.

(29) KRÜMPELMANN, *Schuldfähigkeit*, pág. 33.

la propia voluntad va dejando paso poco a poco al predominio de los impulsos: «La irrupción de los afectos indica... la pérdida de la capacidad de dominio» (30), lo que significa que dichos actos no pueden compararse ya con una acción normalmente motivada. Por tanto, habrá que declarar inculpable no sólo en los estados extremos patológicos sino también en las típicas acciones guiadas por los afectos (por lo menos la cuarta parte de los delitos contra la vida). De ahí se derivan, sin embargo, inconmensurables consecuencias de política criminal. Para evitarlas, podría pensarse en limitar los casos de exculpación mediante un juicio más estricto, considerando la *evitabilidad de la situación conflictiva como tal* (31). Sin embargo, ello significaría una concesión del principio de culpabilidad ante el de prevención general.

Algo parecido ocurre con la inevitabilidad del error de prohibición: ¿Cuándo fue evitable el error de prohibición? Según Horn, conforme a la teoría de la culpabilidad llevada hasta sus últimas consecuencias habría que estimar la no punibilidad (exculpación) sin tener en cuenta la evitabilidad, pues presupuesto mínimo del reproche de culpabilidad es la «simple duda sobre el injusto». Si el autor no ha tenido la más mínima duda sobre la antijuricidad de su comportamiento no se ha podido motivar a actuar de conformidad a Derecho, lo que es básico para la reprochabilidad (32). El problema, en estos casos, es qué hacer con el autor: ¿Imponerle una medida de seguridad o renunciar a cualquier tipo de sanción?

En cuanto a Rudolphi (33), sólo introduciendo la posibilidad de acudir a la *Lebensführungsschuld* se podrá apreciar si en el momento del hecho existió o no ignorancia inevitable de la Norma jurídica. Dicho recurso, sin embargo, está prohibido cuando de una Norma general se trate, pues «el reproche que alcanza al autor de no haberse informado suficientemente con anterioridad en su vida sobre las prohibiciones y mandatos jurídicos no justifica punición alguna» (34). Esta conclusión que favorece al autor que revela el mayor desprecio por el Ordenamiento jurídico sólo puede evitarse imponiendo una medida de seguridad. Algo distinto ocurre, según Rudolphi, cuando se trata de Normas que reglamentan una determinada actividad: En estos casos no habrá inconveniente en acudir a la «*Lebensführungsschuld*» y atribuir al autor el haber omitido informarse sobre las reglas que regulan la actividad que emprendió y como consecuencia de lo cual se ha producido el hecho en error de prohibición. La solución propuesta es la misma, como se recordará, que se ofrecía en los casos de situaciones conflictivas de afectos. Y todo porque la eficacia político-criminal del Derecho penal se pondría en entredicho en estos casos si el autor

(30) KRÜPELMANN, *Schuldfähigkeit*, pág. 25; *Motivation und Handlung in affekt*, Fest.f. Welzle, Berlín 1974, págs. 327-341, pág. 334.

(31) KRÜPELMANN, *Schuldfähigkeit*, pág. 25, nota 75

(32) HORN, *Verbotsirrtum u. Vorwerfbarkeit*, págs. 149-151.

(33) RUDOLPHI, *Unrechtsbewusstsein*, págs. 276-284.

(34) RUDOLPHI, *Unrechtsbewusstsein*, pág. 279.

fuese exculpado. Nuevamente pues, la idea de prevención parece condicionar el juicio de reproche de la culpabilidad.

* * *

Stratenwerth nos ha ofrecido recientemente una brillante crítica de los intentos expuestos de reducir, o por lo menos condicionar, el principio de culpabilidad a la idea de prevención general. Preguntándose por el futuro del principio de culpabilidad penal, pasa revista Stratenwerth a las posiciones precedentes que pueden haber puesto en entredicho el mantenimiento del principio básico que sostiene al Derecho penal contemporáneo. Su balance, creo, es una lúcida exposición del significado de política criminal que está llamado a desempeñar aquel principio, como después veremos (35).

Aplicando conceptos de Teoría de la evolución social (Eder, Luhmann, Habermas) a la Historia del Derecho penal, elabora Stratenwerth tres grandes fases en la configuración de la pena. En un primer momento, la realización del Derecho penal estaba en manos de la «Sippe» (sociedades arcaicas organizadas). A partir del siglo XII, nace la pena como sanción unida a una culpabilidad ética: el Derecho penal se etiza en una época en que nace un poder político central que dispone sobre la pena. El nacimiento del «mundo moderno» se produce a fines del siglo XVII y se caracteriza por la estricta separación entre el Derecho y la Moral, por lo que el Derecho penal de la Ilustración se ve influido por ideas teleológico-preventivas. Desde el siglo XIX, la pena entendida como culpabilidad se encuentra a la defensiva. «La desaparición del Derecho penal tradicional, clásico, parece sólo una cuestión de tiempo» (36).

En esta situación, es pregunta obligada «cuáles son las funciones que realiza el principio de culpabilidad en nuestra sociedad tras la infracción de Normas penalmente protegidas, y si en qué medida se le puede privar de tal función o sustituir adecuadamente» (37), siempre y cuando seamos conscientes de que todavía sabemos muy poco tanto sobre el rendimiento que puede proporcionar el principio como, lo que es todavía más importante, las posibilidades de enfrentarse al fenómeno de la criminalidad de una forma tanto o más racional como a través de aquel principio.

«El desarrollo actual y las nuevas tendencias se dirigen unánimemente a superar la posición dominante del principio de culpabilidad en su tradicional entendimiento orientado al haber podido actuar de otra manera, al reproche ético. Por todas partes surgen puntos de vista de prevención general lo que significa traer al primer plano el tratamiento de la pena sometida a control racional»

(35) *Infra.*

(36) Günther STRATENWERTH, *Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzips*, Heidelberg 1977, págs. 5-7.

(37) STRATENWERTH, *Zukunft Schuldprinzips*, pág. 7.

final» (38). Este diagnóstico es válido, nadie puede negarlo; como tampoco pueden ocultarse las «barbaridades» que se han cometido en nombre de la culpabilidad, la retribución, en la historia del Derecho penal. «Pero con ello, como ya se ha puesto de relieve, no se ha decidido todavía la cuestión sobre el futuro del principio de culpabilidad. Muy por el contrario, ha de comprobarse todavía con más precisión si y en qué medida aquél puede ser retrotraído a puntos de vista de prevención o ser sustituido por ellos».

La observación precedente puede confrontarse con las tendencias, ya expuestas, de intentar observar el principio de culpabilidad en la idea de prevención. En efecto, como agudamente denuncia Stratenwerth, del hecho de que sea la idea de finalidad la que permita exculpar en ciertos casos no prueba nada en contra del principio de culpabilidad. Por un lado por lo que se refiere a la prevención general, la idea de Roxin según la cual la exigencia de capacidad de culpabilidad y el conocimiento de la antijuricidad se basen en que la sociedad no se ve amenazada en esos casos («La pena presupone culpabilidad por razones de prevención general») (39), es evidentemente falsa; pues «si el principio de culpabilidad recibe al menos como correctivo frente a las necesidades de prevención un significado autónomo, no puede retrotraerse a las necesidades de prevención, sino que debe apoyarse en conexiones sustanciales» (40). En suma, si el Derecho penal exculpa en casos de alteraciones psicológicas graves (Triebtäter) o en definitiva, por una razón de prevención general sino por razones *sustanciales* del principio de culpabilidad mismo.

Lo mismo puede decirse, con Stratenwerth, del intento de fundamentar la exigencia de la culpabilidad en base a la prevención especial: según Roxin, la prevención especial en el caso del autor no culpable es innecesaria o (caso del enfermo mental) inalcanzable por medio de la pena. El argumento de Stratenwerth es el siguiente: Puesto que sin lugar a dudas por prevención especial también se entiende la seguridad de la colectividad frente al autor peligroso (el terrorista que ignora las leyes de la sociedad que quiere destruir y el enfermo mental agresivo manifiestan un alto índice de peligrosidad); y si, pese a ello, no parece adecuada la aplicación de una pena a estos casos de falta de culpabilidad, no será porque la prevención especial no lo aconseje, sino por razones que residen en el propio principio de culpabilidad (41).

El principio de culpabilidad mantiene, por tanto, su propia autonomía y no puede ser sustituido por la idea de prevención. La relación entre ambos ha de llevarse a cabo de otra forma, para poder ponderar adecuadamente sus posibles influencias mutuas. La salida del dilema: ¿Culpabilidad o prevención? pasa por el análisis de la

(38) STRATENWERTH, *Zukunft Schuldprinzips*, pág. 28.

(39) *Supra*.

(40) STRATENWERTH, *Zukunft Schuldprinzips*, págs. 30 y 31.

(41) STRATENWERTH, *Zukunft Schuldprinzips*, págs. 35-36.

auténtica influencia de la idea de prevención sobre el Derecho penal. Sólo de esa forma se podrán obtener criterios con los que poder criticar el principio de culpabilidad (42).

La clave, para Stratenwerth, está en diferenciar entre la medición de la culpabilidad en base a criterios culpabilistas y otra basada en puntos de vista de prevención (generalización), pues si bien es cierto que a todo juicio de culpabilidad subyace un momento de generalización («poder haber actuado de otra manera») es porque no es posible comprobar el ámbito individual de libertad, y no por razones de prevención general (43). Por otra parte, no cabe duda de que la timidez de la jurisprudencia en extender demasiado el ámbito de la exculpación obedece a razones de prevención.

La insistencia de hacer influir la prevención sobre la culpabilidad tiene su razón de ser en la aceptación de que la Dogmática ha alcanzado un techo en el que intrasistemáticamente no puede aclarar las limitaciones del principio de culpabilidad (imputabilidad y error de prohibición). La apelación de Rudolphi al concepto de «Lebensführungsschuld» obedece a una razón estricta de política criminal, no dogmática, pues «una legitimación real para la imposición o agravación de la pena no es suministrada en verdad por el hallazgo de la «Lebensführungsschuld» (44). El camino a seguir deberá ser uno distinto al de la confusión entre la culpabilidad y la prevención (45).

El diagnóstico de Stratenwerth sobre el futuro del principio de culpabilidad es el siguiente (46): 1.º Mientras que se siga acudiendo a la pena como instrumento de reacción frente al comportamiento desviado, quizá cada vez con menos frecuencia, permanecerá intacto el principio de culpabilidad aunque cambie, como ha cambiado, su significado (la culpabilidad no será más metafísica sino mecanismo de solución de conflictos); 2.º La relación prevención-culpabilidad no puede ser entendida como inalterable, como muestra la tendencia a una disminución cuantitativa y cualitativa de la reacción penal, en la que también a veces es la idea de prevención la que cede el paso a la de culpabilidad (como ocurre en los casos de ampliación de la inimputabilidad o reconocimiento del error de prohibición); 3.º La necesidad de sancionar no es una constante para la generalidad; por el contrario, cada vez se ve más la necesidad de reaccionar frente al delito de manera distinta a las medidas retributivas, lo que trasciende también al carácter de las sanciones penales (primacía de la resocialización); 4.º Si, como se dijo al principio, es característica de la modernidad la regulación de conflictos conforme a fines racionalmente supervisables, el acento ha de recaer sobre la *racionalidad del medio*. Y lo que no es

(42) STRATENWERTH, *Zukunft Schuldprinzips*, págs. 42-43.

(43) STRATENWERTH, *Zukunft Schuldprinzips*, pág. 42. . .

(44) STRATENWERTH, *Zukunft Schuldprinzips*, pág. 44.

(45) STRATENWERTH, *Zukunft Schuldprinzips*, pág. 44.

(46) STRATENWERTH, *Zukunft Schuldprinzips*, págs. 46-49.

precisamente racional es entender la lucha contra la criminalidad como una especie de «social engineering» cuya única meta sea la disminución del delito. Al contrario, «debe pensarse en intentar tomar en cuenta de forma tan abierta e imparcial como sea posible el nacimiento de los conflictos que se manifiestan en la lesión de Normas de comportamiento social y sobre todo la forma y manera como reacciona la sociedad frente a tales lesiones».

* * *

Dornseifer (47) ha continuado una tradición iniciada por Adolf Merkel, para quien la finalidad del Derecho penal es un «Einüben in Rechtstreue». La pena tendrá pues un significado de «efecto estabilizador del comportamiento». «La conexión de consecuencias perjudiciales con la lesión de una determinada regla de comportamiento robustece por lo general la fuerza psicológica, especialmente en la medida en que esta conexión no se siga arbitraria y esporádicamente sino según un orden fijo y, por así decir, conforme a leyes» (48). La pena es para Merkel prevención y retribución. La medida de la pena la dará su finalidad, bajo la condición del mínimo daño para el afectado y presuponiendo que el hecho le puede ser atribuido a su autor. Por este camino se llega también a la síntesis culpabilidad-prevención: «La estabilización de la confianza en las Normas y el concepto de culpabilidad son interdependientes. La fijación al concepto de responsabilidad pertenece a la determinación general final».

En base a la Filosofía interaccionista de G. H. Mead y E. Goffman, ha ensayado Dornseifer proporcionar una victoria «post-mortem» al principio de culpabilidad. La atribución de culpabilidad es una solución formalizada de conflictos para obtener la estabilidad de determinados modelos de comportamiento. Función del principio de culpabilidad es confirmar un proyecto de apertura del hombre en la planificación de su vida, de tal forma que se le pueda reprochar un comportamiento desviado cuando éste no pueda ser atribuido ni al azar ni a enfermedad. La atribución personal es posible porque se basa en un consenso general (que satisface a la prevención general) (49). Por eso, y porque la estigmatización de «enfermo» puede ser más gravosa para el afectado que la pena va a resolver fácilmente Dornseifer el difícil problema del límite entre la enfermedad y la normalidad; en la duda habrá que decidirse por la normalidad y atribuir la culpabilidad. De esa forma el autor será respetado como persona y las expectativas de la generalidad se verán robustecidas. Condición para que así ocurra será que la pena no se entienda como un «mal» sino como la censura de una

(47) Gerhard DORNSEIFER, *Rechtstheorie und Strafrechtsdogmatik: Adolf Merkel. Ein Beitrag zum Realismus in der Jurisprudenz*, Berlín: 1979, págs. 104-118.

(48) DORNSEIFER, *Rechtstheorie u. Strafrechtsdogmatik*, pág. 108.

(49) DORNSEIFER, *Rechtstheorie u. Strafrechtsdogmatik*, pág. 115.

sociedad humana en la que está firmemente arraigada la idea de dignidad del hombre (50).

Dornseifer (51) quiere ver una contradicción en el argumento de Stratenwerth, pues, si como éste reconoce, todo juicio sobre la culpabilidad contiene un momento de generalización como presupuesto de que el autor pudo haber actuado de otra manera (como habría actuado en su lugar), no se comprende que reproche a los defensores de un concepto de la culpabilidad orientado a la prevención general que renuncien a una configuración absolutamente individualizada del principio de culpabilidad.

En defensa de Stratenwerth, hay que decir que es precisamente la individualización postulada la que salvará al hombre, pues aunque Dornseifer no «lo quiera» son razones de Psicología social —llámese necesidad de retribución, llámese prevención general— las que todavía hoy sustentan al Derecho penal (52). Dornseifer, parte de una situación ideal, inexistente, en donde la pena tiene como *fin en sí mismo* la estabilidad del Ordenamiento jurídico. Su posición, por paradójico que parezca, es *metafísica*. Yo me pregunto: ¿Si se diesen las condiciones requeridas para que el principio de culpabilidad pudiera realizar la función que Dornseifer le atribuye, sería necesaria la pena?

* * *

La historia de la pena es la historia de una confusión entre *Praxis* y *Empiria*, conceptos que en Kant y Hegel, sobre todo el primero, están perfectamente diferenciados. La idea de fines de la pena, ya desde Feuerbach, se emplea como *fórmula mágica* que no sólo va a servir para justificarla sino que además pretende asegurar un rendimiento *efectivo* en la lucha contra la criminalidad. Si la pena logra el efecto propuesto, sea éste atemorizar al delincuente potencial (prevención general) sea resocializarlo (prevención especial), el delito desaparecerá. Por el contrario, una concepción de la pena que no responda a esa idea de Finalidad, que no vea en la misma su fundamento, no tiene cabida en la sociedad moderna y es pura metafísica (sin necesidad de detenerse a analizar que detrás de ello puede haber un fundamento radicalmente práctico).

En efecto, en Kant el Estado no es pura metafísica. Ahora bien, tampoco es pura empiria, como Hobbes pudo entender el contrato social. Como ha dicho Manfred Riedel, Kant no concibe el contrato social como *factum* sino como *Norma*, por lo que aquél es media de la Sociedad civil en su manifestación histórica (53). La

(50) DORNSEIFER, *Rechtstheorie u. Strafrechtsdogmatik*, págs. 116-117.

(51) DORNSEIFER, *Rechtstheorie u. Strafrechtsdogmatik*, pág. 117.

(52) Cfr. mi trabajo *La definición de "criminalidad"* (*Competencias del Derecho penal y de las Ciencias sociales*), Cuadernos de Política criminal (CPCr) 1980 (en prensa), "I. Introducción".

(53) RIEDEL, *Herrschaft und Gesellschaft. Zum Legitimationsproblem des Politischen in der Philosophie*, en Zwi Batscha (ed.) *Materiaalien zu Kants Rechtsphilosophie*, Frankfurt 1976, págs. 125-148 (antes

«Constitución burguesa es un apriori, la idea de voluntad colectiva, que, por tanto, no es efecto del pacto social sino que, al contrario, es éste su efecto. Lo fascinante en Kant es su concepción normativo-práctica del Estado y sus Instituciones (la pena): «La Constitución burguesa no es arbitraria, sino necesaria para la seguridad de los demás y de conformidad a Derecho. Tampoco es la Sociedad la causa de ese estado, sino el efecto. El fundamento práctico soberano del Derecho hace una Sociedad» (54). Hegel, por su parte, diferenciando precisamente *Praxis* y *Empiria*, procede a su superación integrándolas: «La subsistencia y el bienestar del individuo y su destino jurídico están enraizados en el bienestar y el Derecho de todos, en ellos fundamentados y sólo en esta conexión realizados y asegurados» (§ 183 *Grundlinien der Philosophie des Rechts*) (55). Y en el párrafo 187: «Los individuos, como ciudadanos de este Estado, son *personas privadas* que tienen como finalidad sus propios intereses». Como ha puesto de relieve Riedel (56), «la finalidad del interés particular de estos ciudadanos privados se toca, sin embargo, con la conexión interior de la finalidad de los intereses de todos, por lo que solamente puede alcanzarse si la persona determina su querer y hacer de aquella "forma general", se confronta como tal con la conexión de intereses, "la sociedad", y por su parte, como dice Hegel, se hace un *eslabón* de la cadena que es esta *conexión*».

* * *

Bajo la «consigna» «rehabilitación de la Filosofía práctica», se han dado cuenta los filósofos europeos del eminente significado práctico de las *Críticas* de Emanuel Kant. Ni Kant ni Hegel especulan por especular. Al contrario, son muy conscientes de la sociedad en que viven y de la sociedad que están configurando para el futuro. No creo que haya otro extremo de la Filosofía de Kant que haya sido tan mal entendido como su teoría de la pena. En Derecho penal (un capítulo de la Filosofía práctica) no puede hablarse de *rehabilitación*, mejor habría que pensar en un «desagravio». A esta finalidad, nada será mejor que redescubrirlo, pues los «signos de los tiempos» no sólo han mantenido la validez de su filosofía penal, sino que además aparece como única salida del «callejón» en que la Teoría de los fines de la pena hoy se encuentra.

En la Filosofía moral de Kant, la razón pura (independiente de las condiciones naturales del hombre) se transforma en razón prác-

publicado en Manfred Riedel (ed.) *Rehabilitierung der Praktischen Philosophie II*, Freiburg 1974, págs. 235-258), pág. 137.

(54) E. KANT, *Schriften*, Preussischen Akademie der Wissenschaften, Berlín 1902 y siguientes, tomo VI, pág. 232 (Einleitung in die Rechtslehre, § E).

(55) Cfr. RIEDEL, *Hegels "Bürgerliche Gesellschaft" und das Problem Ihres geschichtlichen Ursprung*, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie (48) 1962, págs. 539-566, pág. 559.

(56) RIEDEL, *Hegels "Bürgerliche Gesellschaft"*, pág. 559.

tica mediante la aplicación de los principios de la razón sobre las condiciones del destino humano: Existe una primera Ley que determina objetivamente, como necesaria, qué acción debe producirse, Ley que determina la conversión de la acción en deber; y un impulso que conecta la autodeterminación subjetiva con la representación de aquella acción (57). El hombre utiliza la razón pura para aprehender la realidad empírica y autolegislar. Razón pura es, por tanto, impensable sin *Experiencia*. La experiencia de la razón práctica, por su parte, consiste en el conocimiento de que el hombre ni por naturaleza ni por necesidad está predeterminado a obedecer la Ley moral. En suma: «La Ley objetiva debe poder ser aplicada a la subjetividad de situaciones típicas humanas» (58). Esta es precisamente la relación que une al Derecho natural con el Derecho positivo (59). «Existe un concepto general de Derecho, construido de forma analógica, que representa a diversos hombres que se desarrollan en movimiento y acción libres y que deben ser obligados por la Ley de su armonización. De tal forma, se llega a la determinación del Derecho general como libertad acorde con la libertad de los demás conforme a Ley. En esta conexión, aparece la coacción como concepto ajeno, en principio, al concepto de Derecho general» (60).

Frente a esta posición, ya conocemos la de Feuerbach: negar la deducción de la Ley jurídica de la Ley moral. La Ley jurídica puede ordenar algo inmoral. Por tanto, será la coacción la que atribuya carácter a lo jurídico. «El Derecho es la posibilidad de coacción determinada por la razón, o una autorización de la coacción determinada racionalmente por voluntad de la Moralidad» (61). Por otra parte, es cierto que el hombre como ser racional puede aprehender determinados deberes, pero de ahí no puede ser derivado el Derecho. Eso sólo puede ocurrir «si también en concreto tiene el hombre esta obligación. El hombre en concreto sólo tiene la obligación que realmente reconoce como tal» (62).

En la «Antrittsvorlesung» de 1804, analiza Feuerbach la relación Derecho racional-Experiencia. La salida a la tensión entre estos dos polos está en su síntesis: Lo que es simple Ley natural ha de positivizarse, y ello, a través de la experiencia. Como ha concluido Kaulbach, «Kant aboga por el espíritu de la Ley al que hace jugar contra su letra; Feuerbach habla de una conversión del espíritu en le-

(57) Cfr. Friedrich KAULBACH, *Naturrecht und Erfahrungsbegriff im Zeichen der Anwendung der kantischen Rechtsphilosophie; dargestellt an der Thesen P. J. A. Feuerbach*, págs. 193-205 (antes publicado en M. Riedel (ed.) *Rehabilitierung I*, Freiburg 1972, págs. 297-309), págs. 193-194.

(58) KAULBACH, *Naturrecht u. Erfahrungsbegriff*, págs. 195-196.

(59) KAULBACH, *Naturrecht u. Erfahrungsbegriff*, pág. 196.

(60) KAULBACH, *Naturrecht u. Erfahrungsbegriff*, pág. 197.

(61) FEUERBACH, *Kritik des natürlichen Rechts als Propädeutik zu einer Wissenschaft der natürlichen Rechte*, Altona 1796 (cfr. KAULBACH, *Naturrecht u. Erfahrungsbegriff*, pág. 198).

(62) KAULBACH, *Naturrecht u. Erfahrungsbegriff*, pág. 199.

tra» (63). Para Feuerbach, no basta con el reconocimiento interior, es necesaria la institucionalización para asegurar la confianza en el funcionamiento del Derecho.

* * *

El error fundamental de Feuerbach está en confundir dos funciones distintas del Derecho: la determinación racional de lo justo y la aplicación del Derecho justo (positivo y no positivo) a la «empiría» (64). Por eso, no puede ser útil Feuerbach para una política criminal de envergadura tal como se necesita hoy en día, cuando se ha comprobado que no basta con una política criminal encaminada a hacer desaparecer el delito «de la faz de la tierra»; que es más importante la identificación del ciudadano con sus leyes (primera función del Derecho penal), pues en su consecución está la posibilidad de superación del Derecho penal como Derecho necesariamente represivo (65).

Por eso insiste tanto Kant en el *imperativo categórico*, porque es consciente de que sólo a su través (¡y no con la pena!) puede alcanzarse una superación moral individual y colectiva; y Hegel, el máximo exponente de la superación del hombre a través de la Sociedad. Lo que obsesiona a Kant son los abusos del poder político a que puede llevar una radicalización de las posiciones de Feuerbach: «Se trata más de los Derechos del hombre que del orden (y la tranquilidad). Se puede fundar un gran orden y tranquilidad mediante opresión general...» (66).

La pena no es para Kant pura retribución metafísica, es la *pena justa*, no manipulable finalmente, que se impone a una persona que se presupone libre (por elemental respeto a la dignidad humana) cuando la sociedad no puede prescindir de la pena. Si la sociedad estuviese en condiciones de prescindir de la pena, por no ser ésta necesaria para asegurar la convivencia, no «tendría inconveniente» Kant en renunciar a la misma. *Lo inexorable en Kant no es que la pena deba seguir inmediatamente a la lesión del Derecho (perspectiva empírica); el respeto al Derecho justo, positivo y no positivo, no la pena, es el imperativo categórico en Kant.*

* * *

(63) KAULBACH, *Naturrecht u. Erfahrungsbegriff*, pág. 203. Cfr. FEUERBACH, *Über Philosophie und Empirie in ihrem Verhältnis zur positiven Rechtswissenschaft*, reeditado en FEUERBACH/MITTERMAIER, *Theorie der Erfahrung in der Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts. Zwei methodische Schriften* (con una introducción de K. Lüderssen), Frankfurt 1969, págs. 59-100.

(64) Cfr. mi *Definición de "criminalidad"*, "II. El origen de la polémica sobre la relación Criminología-Derecho penal"; "IV. La Criminología como crítica del Derecho penal (*in fine*: g.)" y "V. Justificación del Derecho penal (2)".

(65) Cfr. mi *Definición de "criminalidad"*, "V. Justificación del Derecho penal".

(66) KANT, en Kant-Ausgabe der Preussischen Akademie der Wissenschaften, tomo XV, pág. 612, núm. 1401 (recogido en Batscha, *Kants Rechtsphilosophie. Auswahl aus den Reflexionen, Vorarbeiten und Briefen Kants*, pág. 38).

Creemos interpretar correctamente a Stratenwerth en su afán de separar política criminal y Derecho penal. En esta ocasión no se trata de responder contundentemente a la pregunta sobre la extensión del juicio de culpabilidad a casos (error de prohibición inevitable, inimputabilidad) en los que razones de prevención general hacen temer una ampliación excesiva de la exculpación: puesto que no se dan los presupuestos dogmáticos de la culpabilidad, habrá que absolver, y si la sociedad se resiste ante ello, tanto peor para ésta. No, ese planteamiento no conduciría a ningún lugar. Y, por supuesto, tampoco es válido aceptar sin más, no exculpando, que razones de prevención general «coloreen» («¿Qué queda de él?») el principio de culpabilidad.

Sin duda, todavía nos falta mucho por saber sobre el principio de culpabilidad, la idea de prevención general y los problemas a que aluden estas cuestiones conflictivas del juicio de culpabilidad. Ahora bien, si la política criminal ha de servir para algo, es para canalizar la prevención general, para indicar sobre cuál de los múltiples aspectos de la «lucha contra el delito» ha de recaer en cada caso el acento. Dicho de otra forma: Es posible que en algún momento nos demos cuenta de que en estos casos conflictivos lo justo es exculpar. Entonces, habrá que proyectar la idea de prevención general no sobre el principio de culpabilidad sino sobre la sociedad, que tendrá que aceptar el hecho de exculpación. Evidentemente, eso comporta un riesgo de desestabilización (por las mismas razones que hoy han llevado a algunos autores a ampliar la culpabilidad a supuestos dudosos). Ciertamente, dependerá de muchos factores (evolución social) que llegado ese momento acepte la sociedad tal solución dogmática pero, a mi manera de ver, el Derecho penal como totalidad podrá jugar un papel fundamental en esta cuestión: como veíamos, no se trata tanto de hacer desaparecer el delito de nuestra sociedad como de conseguir que la infracción de la Ley que aquél supone no determine la pérdida de la credibilidad en el Derecho. Sin duda, dicha pérdida es mayor cuando la infracción procede de quien personalmente había estado en condiciones de evitarla que cuando no existe esa instancia subjetiva a la que atribuirle. Pero, ¿por qué es menor la pérdida de credibilidad en el Derecho en estos casos? ¡No porque haya una razón de prevención general como ésta se ha entendido hasta ahora! Muy por el contrario, sólo partiendo de la base de que el Derecho penal lo que preferentemente persigue es la cohesión social (67), podrá comprenderse y aceptarse la exculpación de los casos aludidos. Si una sociedad tiene a su Derecho penal como propio, como factor de cohesión social, no se verá afectada, al contrario, por la exculpación en estos casos. Y es que una buena Dogmática puede ser en ocasiones la mejor política criminal.

(67) Cfr. mi *Definición de "criminalidad"*, "I. Introducción"; "V. Justificación del Derecho penal".

El delito de violación y su incremento actual

SARA JIMENO DE TORRES

Doctora en Derecho. Técnico Superior en Criminología. Presidenta de la Asociación de Amas de Casa y del Consumo Familiar de Navarra y Asesora Jurídica de la Federación Española de Asociaciones de Amas de Casa y del Consumo Familiar.

INTRODUCCION

Las principales motivaciones que me han llevado a fijar la atención en uno de los delitos de la Parte Especial del Código penal es, de una parte su constante incremento y de otra la reacción errónea de la Sociedad y en especial de determinados grupos políticos que en ella hacen oír sus voces, así como la benignidad con que es tratado en la proyectada reforma del Código penal, completado todo ello con un momento inoportuno de evolución de técnicas penitenciarias—que tienden hacia un «paternalismo intelectuoides» muy en desacuerdo con las realidades socio-económicas de la Sociedad a la cual debe servir.

DELITO DE VIOLACION

Nuestro Código penal, Texto Refundido conforme a la Ley 44/1971, en el Título IX bajo la rúbrica de «Delitos contra la honestidad» engloba conjuntamente en el Capítulo I la violación y los abusos deshonestos (arts. 429-430).

En este trabajo voy a tratar exclusivamente del artículo 429, es decir el correspondiente al delito de violación.

Esta infracción se suele encuadrar dentro de los delitos que generalmente se llaman sexuales, por ser la violación el más típico y su naturaleza de gran complejidad; porque a la utilización de medios coactivos o impositivos se unen otras ofensas a diversas categorías de bienes jurídicos que suelen resultar comprometidos o dañados; estos ataques se pueden manifestar en forma de amenazas, injurias, intimidación, golpes, privación violenta de libertad física, asalto, lesiones más o menos graves, llegando incluso al homicidio.

Por eso el delito de violación, constituye dentro de los delitos sexuales, el más grave de los delitos; porque además de la brutal ofensa erótica que representa, va acompañado de medios violentos

que implican peligros o daños a la paz, la seguridad, la tranquilidad psíquica, la libertad personal, la integridad corporal y a veces la vida de la violada.

Comenzaré haciendo un breve estudio histórico del tratamiento que nuestros legisladores han dado al delito de violación.

La primera regulación de este delito en el Derecho Histórico aparece en el *Fuero Juzgo*, Ley XIV, Título IV, Libro III, ordenamiento que decía así: «Si algum omme fisiera por fuerza fornicio o adulterio con la mujer libre, si el omme es libre reciba C azotes, o sea dado por siervo a la mujer que fizo fuerza, e si es el siervo sea quemado en el fuego. Hy el omme libre que por malfecho fuere en poder de la mujer, en ningun tiempo non pueda casar con ella. E si por ventura ella se casar co el en alguna manera, pues aquel recibiere por siervo, por pena de este fecho sea siervo con todas de los herederos mas proquinhos.»

Como se observa este Fuero se reserva el último suplicio para el siervo que hacía el fornicio con la mujer libre; pero si el forzador no era siervo, sino libre, era condenado a recibir cien azotes y luego era dado por siervo a la mujer ofendida.

La servidumbre que esta ley imponía era muy singular y contraria al espíritu que domina las legislaciones modernas. Se prohibía al forzador y a la forzada, bajo cuya servidumbre caía aquel que en ningún momento contrajesen matrimonio, hasta el extremo de quedar siervos los que lo contraían, con toda su hacienda, de los herederos más próximos.

Con igual rigor se pena este delito en los *Fueros Municipales*. En el *Fuero Viejo*, Libro II, Título II, se castigó generalmente con la muerte o con la declaración de enemistad, que permitía a los parientes de la víctima dar muerte al ofensor.

En el *Fuero Real*, las cuatro primeras leyes del Título X del Libro IV están dedicadas a los que «Furtan», «Roban» o «engañan a las mujeres», y tratan conjuntamente del rapto y de la violación, imponiendo penas de muerte a la cometida en mujer soltera, a la cometida con el concurso simultáneo de dos o más personas, cualquiera que sea la condición de la mujer, y la de cualquier religiosa o profesa; si la mujer raptada por varios era violada por uno solo, los demás se les condenaba a satisfacer sólo una pena pecuniaria que se distribuía entre la ofendida y la Cámara del Rey.

Las *Partidas* dedican de su contenido, la Ley III del Título XX de la Partida VII, a la violación, involucrando su concepto con el rapto, pues dice que se comete: «Robando algun omme alguna mujer biuda de buena famma, o virgen, o casada, o religiosa, o yaziendo con algunas dellas por fuerza, si lo fuere probado en juyzio debe morir por ende, e demas deben ser todos sus bienes de la muger que assí oviessse robada, o forçada. Fueras ende, si despues de su agrado cassase con el que la robó, o forçó non habiendo otro marido. Ca entonces los bienes del forçador, deben ser del padre e de la madre de la muger con que fue forçada, si ellos consintiese en la fuerça, ni en el casamiento; Ca si provado le fuese

que avían consentido en ello, entonces deben ser todos los bienes del forçador de la Cámara del Rey. Pero destos bienes deben ser sacadas las dotes e las arras de la mujer del que fizó la fuerça. E otrosi los debdos que avían fecha fasta aquel día en que fué dado juycio contra él. E si la muger que eviesse seydo robada o forçada, fuese monja o religiosa, entonces todos los bienes del forçador deuen ser del monasterio donde la sacó. E la pena que diximos de su só, que deue auer el que forçare algun de las mugeres sobredichas essa misma deuen auer los que ayudaron a sabiendas o robarla o a forçarla, mas si alguno forçase alguna mujer otra que no fuese ninguna destas sobredichas deuer auer pena por ende, según alvedrio del Judgador; catando quien es aquel que fizó la fuerza, e la mujer que forzó, e el tiempo, e el lugar en que le fizó». Las Leyes de Partida igualaron en valor la violación y el rapto, ya que los castigan con la misma pena: la muerte.

Es digno de destacar la distinción que hacen las Partidas entre el caso de que la robada o forzada sea viuda de buena fama, o virgen, o casada, o religiosa y el de una mujer que no reúna ninguna de estas condiciones. La protección de la ley disminuye en tanto grado respecto de esta clase de mujeres que no gozan de buena fama que llega a convertir la pena de muerte señalada para el delito consumado, contra aquellas otras, en una pena indeterminada que se deja al arbitrio del Juzgador, con la obligación sólo de que al fijarla tome en cuenta quién era aquél que hizo la fuerza, quién la mujer a la cual forzó, el tiempo y el lugar en que se comió el delito.

El espíritu del Fuero Juzgo de dificultar el matrimonio entre el violador y la violada, se mantiene todavía en las Partidas. La confiscación a favor de la ofendida, que impone la ley como accesoria a la pena de muerte con que se castiga el delito, se convierte en beneficio de su padre o de su madre cuando la forzada se case con el que ejerció sobre ella la violencia. Pero si los padres hubiesen dado el consentimiento para el matrimonio, los bienes eran para la Cámara del Rey, y cuando la mujer ofendida fuese monja, los bienes del culpable pasaban al convento.

Con el primer *Código Español de 1822* se abandonaron las severas penalidades del Derecho antiguo, castigando estos delitos con la privación de libertad complementada con trabajos forzosos, pero encontramos en este Código que la figura del delito de violación no está perfilada de modo preciso ya que en él se establece lo siguiente: art. 668: «El que sorprendiendo de cualquier modo a una persona y forzándola con igual violencia o amenazas o intimidándola de una manera suficiente para impedirle resistencia intente abusar deshonestamente de ella, sufrirá la pena del raptor y ocho años más de obras públicas con igual destierro si consumare el abuso»; art. 669: «Si fuere casada la mujer contra quien se cometa la fuerza en cualquier caso de los artículos 664, 666 (rapto) y 668 o el engaño de que trata en el 665, sufrirá el reo dos años

más de obras públicas y el destierro en su caso, durará mientras viva el marido»; art. 670: «En todos los casos de dichos cuatro artículos, si se cometiere el delito contra la mujer pública conocida como tal se reducirá la pena a la mitad»; art. 671: «El que abusare deshonestamente de niño o niña que no haya cumplido la edad de la pubertad, será tenido por forzador en cualquier caso y sufrirá la pena de diez a veinte años de obras públicas, con destierro perpetuo del pueblo donde more el ofendido y veinte leguas de su contorno; si del abuso resultare al niño o niña una lesión o enfermedad que pasó de treinta días, se impondrá al reo cuatro años más de obras públicas. Si la enfermedad o lesión fuere de por vida, sufrirá el reo diez años de obras públicas y después será deportado»; art. 673: «El que cometa cualquier ultraje público contra el pudor de una persona, sorprendiéndola o violentándola, sufrirá reclusión de cuatro meses a un año, y dos meses más de destierro del lugar donde habita la persona ultrajada y diez leguas en contorno. Si fuese mujer pública conocida como tal la ofendida, sufrirá el reo un arresto de uno a seis meses»; art. 686: «El que abusare deshonestamente de una mujer casada o desposada, haciéndola creer sinceramente por medio de algún engaño o ficción bastante para ello, que es su marido o esposo legítimo, sufrirá la pena de cuatro años a ocho años de obras públicas y después la de destierro del pueblo y veinte leguas en contorno por el tiempo que vivan la mujer o su marido y esposo. El delito no podrá ser acusado sino por la misma mujer o su marido o esposo y por muerte de una y otro por los herederos de cualquiera de ellos. Si resultara connivencia de la mujer con el reo, se tratará el caso como simple adulterio»; art. 687: «El que abuse del mismo modo de una mujer casada contra la voluntad de ésta privándola previamente para ello del uso de razón, con licores fuertes u otras confecciones o medios que produzcan el mismo efecto, o aprovechándose de la ocasión en que ella está sin sentido por accidente físico u otra enfermedad u ocurrencia, sufrirá igual pena que la prescrita en el artículo precedente, no pudiendo ser acusado sino por la mujer o por su marido. El que cometa este propio delito contra cualquier otra persona que no sea mujer pública conocida como tal, sufrirá una reclusión de cuatro a ocho años, con igual destierro mientras viva el ofendido».

Vemos pues, a través de la lectura del articulado de este Código de 1822, que el delito de violación no está completamente separado, ni del rapto ni de los abusos deshonestos. Se observa que en dicho Código se asimila por primera vez en España el abuso sobre niño o niña que no haya llegado a la pubertad, al delito de violación, castigando al culpable con la pena de diez años de obras públicas y con el destierro perpetuo del pueblo donde more el ofendido y veinte leguas en contorno.

La pena queda aumentada si como consecuencia de la violación sufre la mujer algún daño en su integridad física o si es casada, y se disminuye si la mujer es prostituta.

En el *Código penal de 1848* es donde la figura delictiva del delito de violación aparece perfilada de modo preciso, ya que elimina la vaguedad con que aparece definido en el Código de 1822. En el art. 354 se dice: «Se comete violación yaciendo con la mujer en cualquiera de los casos siguientes:

- 1.º Cuando se usa fuerza o intimidación.
- 2.º Cuando la mujer se halle privada de razón o de sentido por cualquier causa.
- 3.º Cuando sea menor de doce años cumplidos, aunque no concorra ninguna de las circunstancias expresadas en los números anteriores».

Los Códigos posteriores al de 1848 y a través de sus reformas en 1850, 1870, 1928 y 1932, reprodujeron sus preceptos en lo que a este delito se refiere, que aún se hallaba en Texto refundido conforme a la Ley 44/1971 en su artículo 429 que dice: art. 429: «La violación de una mujer será castigada con las penas de reclusión menor.

Se comete violación yaciendo con una mujer en cualquiera de los casos siguientes:

- 1.º Cuando se usare fuerza o intimidación.
- 2.º Cuando la mujer se hallare privada de razón o de sentido por cualquier causa.
- 3.º Cuando fuere menor de doce años cumplidos aunque no concurren ninguna de las circunstancias expresadas en los números anteriores.»

Para que exista el delito de violación es preciso que haya un hecho de yacimiento, equivalente a cópula o acceso carnal, empleando para ello la fuerza o el fraude.

Es preciso que el agente sea varón y la víctima una mujer, es necesario una unión sexual normal, ya que la «relación contra natura» efectuada con una mujer caería dentro de los abusos deshonestos; pero no basta un mero contacto de los órganos sexuales; es preciso el típico fenómeno de la introducción del órgano masculino.

El sujeto pasivo de este delito que estamos comentando en este Código puede serlo únicamente la mujer. Existe dicho delito cualquiera que sea la condición de la mujer casada, viuda, virgen, de buena o mala reputación, incluso aunque sea prostituta. En este caso, a diferencia de los otros Códigos más antiguos, no se castiga más levemente la violación de mujer de mala reputación.

La conjunción «contra natura» realizada entre hombres, no se considera violación. Los tribunales castigan la homosexualidad como abusos deshonestos, así como los actos de pederastia menores.

El delito de violación se consuma cuando tiene lugar el yacimiento, sin que sea preciso que éste se realice de modo completo.

La reclusión menor según el Código que estamos comentando

abarca desde doce años y un día a veinte años como pena máxima.

Comparando el Código vigente hasta la actual reforma, con el de 1822 y 1848 se observa que, el período de reclusión por la comisión de un delito de violación es mucho más amplio ya que puede llegar hasta los veinte años. Y sin embargo, ha ido aumentando este delito hasta límites insospechados. ¿Cómo explicar este fenómeno de que a mayor pena más número de delitos? Pues sencillamente creemos que su explicación tiene dos fundamentos: de un lado, que la pena nunca se cumple en su totalidad, por los excesivos indultos generales y particulares que se han prodigado en esta época y, de otro lado, porque en el cumplimiento de la pena sólo se le priva al delincuente de su libertad sin obligarle a realizar un trabajo público en interés de la Sociedad cuyas normas ha infringido, en interés de la víctima ya que con el producto del trabajo podría indemnizarla y en el propio interés del recluso para evitarle el ocio pernicioso que padece en el cumplimiento de la pena.

El *proyecto de reforma del Código penal de 17 de enero de 1980* en lo referente al delito que estamos comentando desdobra el artículo 429 en dos y rebaja la pena de forma ostentosa y considerable como se observa de su simple lectura: art. 200: «Será castigado con la pena de prisión de seis a doce años el que yaciera con una mujer usando fuerza o intimidación»; art. 201: «Será castigado con las penas de cinco a diez años el que no concurriendo las circunstancias expresadas en el artículo anterior yaciera con una mujer en cualquiera de los casos siguientes: 1.º Cuando la mujer se hallare privada de sentido, o abusando de su enajenación.—2.º Cuando fuera menor de doce años cumplidos.»

La lectura de estos dos artículos transcritos creemos que no merece comentario, ya que al rebajar las penas es fácil de prever, que servirán como un aliciente más para la comisión del delito de violación sobre el cual hemos hecho estas reflexiones.

CONCLUSIONES

De este somero estudio de la historia legislativa del delito de violación y su incremento en la actualidad podemos sacar las siguientes conclusiones:

1.ª El incremento que estamos padeciendo de este delito en particular se debe a que estamos inmersos en un sistema político social y cultural donde se observa claramente una crisis de valores espirituales y un hedonismo materialista donde sólo se busca el placer.

2.ª Nos hallamos ante una Sociedad en la que se ha trastocado la defensa de los derechos humanos. Los derechos humanos de la víctima son infravalorados a cambio de una exaltación aberrante de los derechos humanos de los delincuentes.

3.^a El violador, al socaire de esta Sociedad excesivamente permisiva que sólo ampara el interés personal, al exaltar el individualismo decimonónico, obra con absoluta impunidad, al tener la seguridad de que sus actos no van a ser denunciados y en caso afirmativo, la ley será muy benigna con ellos al esgrimirse ante el Juzgador como causa atenuante cuando no eximente de la responsabilidad criminal las «célebres causas ambientales».

4.^a Una tolerancia incalificable de la literatura, periódicos, espectáculos pornográficos y soeces unido a las cátedras y aulas que se han convertido en tribunas permanentes donde se forma la escala amoral de contravalores culturales y sociales aberrantes.

5.^a La inoperancia de la aplicación de la Ley, cada vez más benigna, ya que hoy día las finalidades de la pena (redención del infractor y prevención social de los delitos futuros) quedan desvirtuadas, al colocar al infractor en una situación de confort y bienestar (Centros Penitenciarios como se conciben en la actual Reforma) muy distinta de la que habitualmente procede, quedando inmersos en un ambiente poco realista para una auténtica rehabilitación.

A la vista de estas conclusiones es urgente y necesario:

A) Crear e implantar unas medidas de prevención realistas y eficaces, partiendo de los estamentos familiares y educativos. Hay que sacar a la juventud de la miseria moral, de la frustración personal y del aburrimiento que padece como consecuencia de la falta de un ideal que engendre esfuerzo.

B) Aplicar la ley con todo el rigor de su peso, intentando la reinserción social, colocando al infractor en un ambiente que reúna las debidas condiciones de habitabilidad, sin lujos superfluos, obligarle a realizar trabajos en obras públicas. Trabajo que serviría para evitar el ocio pernicioso que padecen en las prisiones, entrenamiento al trabajo, ganarse el sustento, evitar una carga a la Sociedad y con su fruto trabajo indemnizar a la víctima.

Jornadas internacionales de Ciencias Penales y Criminológicas

Durante los días 19 al 21 de noviembre de 1979 se celebraron estas jornadas en la Universidad Andrés Bello, de Caracas, organizadas por el Departamento de Ciencias Penales y Criminológicas, gracias a la iniciativa del Jefe del Departamento, el profesor español de Derecho penal y Criminología, Dr. Pérez-Llantada.

El programa estaba dividido en tres partes: temas penales, temas criminológicos y temas procesales, penitenciarios, etc. Participaron profesores de diversos países hispanoamericanos y europeos. Por España intervinieron los profesores Cerezo Mir, López-Rey y Serrano Gómez. La lección de clausura corrió a cargo de Tulio Chiossone, con una conferencia sobre «El delito ecológico».

Dentro de los temas penales, el profesor Cerezo Mir defendió su trabajo sobre «*culpabilidad y pena*» en la que puso de manifiesto que el principio de culpabilidad ha experimentado una crisis en la moderna ciencia del Derecho penal de varios países europeos, entre los que hay que incluir a España. La crisis del principio de culpabilidad hay que ir a buscarla en las dificultades que existen para poder determinar si el sujeto pudo actuar de modo distinto a como lo hizo y que le llevó a violar la norma.

Se ocupa Cerezo de la postura de los autores sobre el principio de culpabilidad. No comparte la opinión de quienes pretenden abandonar el principio de culpabilidad, en el sentido de que ésta constituye el fundamento y el límite de la pena. Dice que si la justificación de la pena estuviera en su función de prevención general y prevención especial, tendría que llegarse a consecuencias muy distintas en el problema de la responsabilidad por el resultado, de la relevancia del error de prohibición y de la exclusión de la pena para los inimputables.

Con respecto a la postura de Roxin de que la culpabilidad no debe constituir el fundamento, pero sí el límite de la medida de la pena, sostiene que hay una contradicción: «si la existencia de la culpabilidad, es decir, de la capacidad individual de obrar de otro modo en la situación concreta no puede ser demostrada, ¿cómo puede servir luego la culpabilidad de límite a la medida de la pena?».

Sostiene la autonomía del principio de culpabilidad frente a los principios de prevención general y prevención especial. La culpabilidad aparece, por lo menos, como uno de los fundamentos de la pena. Esta no sólo ha de ser justa, sino necesaria.

Novoa Monreal se ocupó especialmente en su comunicación de hacer una crítica del finalismo, poniendo de manifiesto que incluso dificulta la comprensión de la teoría del delito para los alumnos de las Facultades de Derecho. El profesor Cerezo salió en defensa de la doctrina de su maestro Welzel, polemizando con el profesor chileno.

Jorge de la Rúa desarrolló un tema sobre *Derecho penal económico*. Puso de manifiesto que todavía no se ha conseguido determinar cuál sea el bien jurídico protegido en los delitos económicos que permita hacer una ordenación adecuada de esta materia. El Estado debe intervenir enérgicamente para proteger los intereses económicos de la comunidad, teniendo en cuenta que a pesar de ser delitos referentes a intereses patrimoniales, sus elementos no coinciden con los que determinan los delitos contra la propiedad en general.

Luis Gerardo Gabaldón se ocupó de *La percepción social de la Ley penal*, en un trabajo elaborado conjuntamente con otros profesores. Se hace un estudio de la valoración que la sociedad hace de las figuras tipificadas como delitos y su comparación con el criterio del legislador en materia de gravedad y sanciones. Se llega a la conclusión de que hay notables diferencias entre unos y otros criterios de valoración, incluso con frecuencia son importantes entre los diversos estratos sociales diferenciados por cuestiones socioeconómicas.

Dentro de los temas criminológicos, Pinatel trató de la evolución de la Criminología, destacando la importancia de la criminología clínica, que sigue manteniendo en buen nivel de aceptación. Se ocupó también de las nuevas corrientes del mecanismo del rechazo, así como del tema del etiquetaje y la investigación evaluativa. Con respecto de la criminología crítica, que califica como tendencia marginal, dijo que tiene un enfoque dogmático deductivo, no apoyándose en la realidad. «Tiene como postulado que la sociedad post-industrial, en un régimen capitalista, es alienante e injusta. No vacila entonces en tomar el partido del delincuente y de la clase a la cual él pertenece. Así lo que caracteriza la nueva criminología es la politización con todas sus consecuencias, a saber: la estigmatización de los no creyentes y la distorsión sistemática de su doctrina».

El profesor Martínez Rincones se ocupó del *Delito político y delito revolucionario*, considerando que son dos categorías históricas perfectamente diferenciables y que surgen como consecuencia de necesidades histórico-políticas. El delito político es propio de las sociedades capitalistas, mientras que el contrarrevolucionario tiene un carácter defensivo en las democracias socialistas.

Canestri presentó una comunicación bajo el título *Criminología, Política criminal y administración de Justicia*. Tras hacer una exposición de la evolución de las diversas corrientes de la criminología (clínica, interaccionista y organizacional), pone de manifiesto la importancia de la criminología en el campo de la política criminal, no sólo en el plano de la prevención y tratamiento de la criminalidad, sino incluso en el terreno legislativo. Finalmente se ocupó de la aplicación de los resultados de la investigación criminológica por parte de la administración de justicia.

El profesor Julio Rodríguez trató de la *Reacción social internacional* sobre el fenómeno de la criminalidad, especialmente ante hechos de extrema gravedad como pueden ser el genocidio o el terrorismo. Se viene formando una conciencia internacional sobre estos tipos de delitos, pero es necesario una colaboración internacional para poder combatirlos. No obstante, la reacción internacional en los momentos actuales no es puramente altruista, sino que está condicionada a los intereses políticos y económicos de los Estados.

Rosa del Olmo, en su comunicación, se ocupó de *La Criminología como instrumento de crítica y su cooperación en la formulación legislativa*, en donde puso de manifiesto el confusionismo que existe en los últimos quince años sobre las nuevas tendencias en criminología, lo que ha llevado a agrupar bajo la *Criminología crítica* situaciones poco definidas. La criminología hace aportaciones importantes al Derecho penal, como puede ser el concepto de peligrosidad. Sin embargo, la selección de los delincuentes se hace por el propio Derecho penal, lo que ha supuesto un notable fracaso para determinar las causas de la criminalidad.

El profesor López-Rey trató sobre *Derecho penal y Política criminal*, poniendo de manifiesto que el Derecho penal no ha evolucionado mucho, criticando a los penalistas que siguen aferrados a los viejos criterios, así como a aquellos que se ocupan de la dogmática juridicopenal olvidando la realidad del mundo del delito, que es fundamental para la elaboración de los Códigos penales; se trata de un «Derecho penal de sillón». Puso de manifiesto el carácter retrógrado en muchos casos tanto del Derecho penal capitalista como del socialista. Se cometerían menos errores si se tuviera en cuenta la política criminal, cuya planificación, por otra parte, no resulta fácil.

La política criminal que ha de apoyar al Derecho penal, tiene que ocuparse tanto de la criminalidad convencional como de la no convencional, para lo que se necesita un sistema penal bastante diferente del actual, con una organización policial, judicial y penitenciaria prácticamente nueva. La planificación de la justicia penal ha de tener en cuenta multitud de factores de tipo socio-económico, político ideológico y técnico. La política criminal y el sistema penal es la justicia social penal, que no puede ser atendida por la política criminal actual.

Mi comunicación *trataba de la Problemática criminológica del cambio político en España*, en la que se confirmaba lo que desde hace años veníamos manteniendo: un aumento de la criminalidad en cifras absolutas, mayor peligrosidad de los autores, extensión del terrorismo, así como que el autor se inicia cada vez a edad más temprana.

Necesariamente, el cambio de un régimen autoritario a otro democrático habría de llevar a un aumento de la delincuencia convencional y una disminución de la no convencional. Sin embargo, este fenómeno que era previsible no debió desembocar en un desbordamiento de la criminalidad, que en algunos casos es realmente alarmante. Entre los años 1975 a 1978 los atracos a entidades bancarias se multiplican por ocho, los robos con violencia o intimidación a las personas—se exceptúan los casos citados en bancos— se multiplican por seis, se triplica el problema de los estupefacientes y se duplica la sustracción de vehículos de motor. Todo esto es debido a la falta de investigación criminológica en España y a una equivocada planificación de la política criminal.

Dentro de los temas procesales y penitenciarios, Jesús Quintero se ocupó de la problemática venezolana que tiene planteada la administración de justicia, así como las dificultades que existen en algunos casos sobre la independencia de los jueces, cuya selección está en muchas ocasiones condicionada a la realidad política del momento. También puso de manifiesto la falta de atención sobre el delincuente, así como la lentitud de la justicia en Venezuela. Hizo una exposición de las líneas fundamentales del Proyecto de Código de Procedimiento Penal venezolano.

Los profesores Dora Zerpa y Stephan Nube presentaron una comunicación sobre *Consideraciones en torno al trabajo penitenciario como factor de rehabilitación del recluso*. Pusieron de manifiesto la crisis del sistema penitenciario en Venezuela, en donde se da el hacinamiento en las prisiones, el consumo y tráfico de drogas dentro de las mismas, la falta de trabajo, deficiente alimentación, así como la carencia de un programa de reforma que abra alguna perspectiva cara al futuro. Dañ un valor primordial al trabajo como elemento rehabilitador, siempre que se organice de forma correcta.

Helena Fierro Herrera se ocupó de *Antecedentes y rehabilitación*. Después de hacer un estudio de los antecedentes históricos, legislación positiva y los proyectos en marcha, hace una serie de consideraciones sobre el confucionismo y dificultades que surgen en la práctica sobre esta materia, lo que pone de manifiesto a través de un estudio jurisprudencial

Gómez Grillo presentó una comunicación bajo el título *Bases para una reforma penitenciaria venezolana*. La población penitenciaria en ese país es de unos diecisiete mil internos, oscilando la mayoría de ellos entre los veintidós y los veintinueve años. Puso

de manifiesto que pese a tener un número más elevado de jueces que otros países, sin embargo, el 85 por 100 de los reclusos están en situación preventiva, siendo condenados solamente el 15 por 100. Dijo que en el período comprendido entre los años 1958 a 1978 buena parte de los penados han estado en prisión más tiempo del que les correspondía—precisamente por ese retraso de la administración de justicia—, calculando que se han cumplido en exceso unos quinientos mil meses, lo que equivale a 41.666 años.

Como sucede en todos los países, el 90 por 100 de la población reclusa pertenece en Venezuela a las clases sociales más humildes.

López Rey se ocupó en su comunicación de la *Consideración actual de tratamiento del delincuente*. Ante quienes sostienen que han fracasado el Derecho penal y la justicia penal, habría que decirles que lo mismo debe hacerse con los hospitales, por la razón de que las enfermedades continúan. Si se suprimieran las prisiones, bajo la excusa de que no corrigen, el aumento de la criminalidad sería imprevisible.

Es normal que los países tengan algunas prisiones que son modelo, pero el resto se encuentran en estado lamentable. Esta es la situación en los países de habla española y portuguesa, donde las instituciones penales, salvo esas excepciones apuntadas, están en un estado lamentable. En estas instituciones, no existen programas de reeducación y resocialización.

Crea dificultades al tratamiento la lentitud de la administración de justicia, pues en muchos países la mayor parte de los internos en prisión no están condenados. Ofrece una serie de datos de diversos países, comprendidos entre los años 1974 a 1975, en donde la proporción en tantos por ciento entre sentenciados y no sentenciados era: Argentina (38 y 62), Colombia (21 y 79), Chile (22 y 78), Costa Rica (40 y 60), Méjico (40 y 60), Panamá (60 y 40), Venezuela (23 y 77), Francia (63 y 37) Bélgica (70 y 30), Inglaterra (80 y 20) y España (45 y 55).

En materia de tratamiento, Europa no tiene el nivel de aceptación que debería tener; la situación en los países socialistas es poco conocida, y por lo que se sabe no puede decirse que el marxismo haya mejorado las condiciones de tratamiento de los delincuentes; con respecto de Asia y Africa, salvo contados países la situación es también caótica.

En las palabras de clausura, el profesor Llantada puso de manifiesto el drama que algunos países tienen frente al delito, pues aun siendo un fenómeno internacional, la situación no es igualmente grave en todas partes. No son todos los hombres iguales en la práctica, aunque teóricamente así parezca, pues su situación socioeconómica son distintas. También hay divorcio entre las declaraciones sobre derechos humanos en los textos constitucionales y la realidad de cada país.

El acto de clausura oficial estuvo a cargo del Ministro de Justicia, Dr. José Guillermo Andueza. De sus palabras queremos destacar: La composición de la población penal revela el contenido clasista de la justicia venezolana. En nuestras cárceles vegetan como seres inútiles hombres que se apropiaron de pequeñas cantidades de dinero, mientras que por las calles andan con la frente muy alta personas culpables de fraude ante la sociedad. La justicia venezolana es clasista, en perjuicio de los más desafortunados económicamente. Puso de manifiesto el lamentable estado de las prisiones, la falta de edificios, la lentitud de la administración de justicia y la falta de una política penitenciaria. Ya en el acto de apertura, el Presidente de la República, Herrera Campíns, manifestó que debe acabarse con el privilegio que los poderosos tienen ante la administración de justicia, por lo que ésta debe ser igual para todos, sin distinción de clases sociales o poder.

Las Jornadas han tenido interés porque en ellas se trataron temas pertenecientes a distintas disciplinas, especialmente Derecho penal, procesal y criminología, lo que puso de manifiesto que en el campo de la política criminal es necesario recurrir a diversas ciencias para aportar a la dogmática juridicopenal la realidad del mundo del delito. En este campo, la criminología juega un papel importante, es la que lleva esa realidad a la política criminal, para que ésta informe al dogmático, quien será el que haga una crítica del Derecho positivo y proponga reformas, para determinar cuál es el Derecho que debe regir en el futuro.

En Venezuela hay una notable preocupación por la criminología, disciplina que está integrada en los planes de estudio de la licenciatura en Derecho. Por otra parte, hay tres institutos en los que se hace investigación criminológica, con profesorado estatal dedicado a estas funciones, son los Institutos de Caracas, Carabobo y Zulia. Con esta política siguen el movimiento alemán de conceder importancia a la criminología en el campo de la política criminal.

Pese a todo, en España, no nos hemos recuperado del interés que los penalistas han tenido por la criminología; proceso histórico que se rompe con el régimen autoritario. Sin embargo, la democracia todavía no ha hecho nada para conectar que aquella época.

En Alemania, la criminología ha adquirido un auge notable en los últimos años, concediéndosele especial importancia en sus aportaciones al Derecho penal (1). No obstante, y pese a la relación que tiene la ciencia penal española con la alemana, los penalistas patrios están haciendo muy poco por la criminología. Los jóvenes penalistas de nuestro país que completan su formación en Alemania, no quieren hacerse eco de la importancia de la

(1) Véase nuestro trabajo: *Dogmática jurídica-Política criminal-Criminología como alternativa de futuro*, en Libro Homenaje al Profesor don José Antón Oneca. Salamanca, en prensa.

criminología, posiblemente porque sus maestros españoles no les han inculcado esta idea. Hay muchos que prefieren ignorar esa realidad.

Para hacer política criminal necesariamente hay que conocer la realidad del mundo del delito, lo que no puede conseguirse sin el apoyo de la criminología. Este es uno de los defectos que se aprecian en el Proyecto de Código penal de 1980, pues en su elaboración no han intervenido criminólogos, ni prácticos del Derecho.

Si en España seguimos ignorando la criminología, o atacándola directamente, como hacen algunos penalistas, pese a su formación alemana y su conexión con la dogmática de este país, es muy probable que dentro de pocos años la ciencia penal española, que ha adquirido un desarrollo importante, tenga que volver a recibir información extranjera, pues en algunos aspectos su sistema de investigación habrá quedado anticuado. Hoy no puede hacerse una adecuada política criminal sin conocer la realidad del mundo del delito, realidad que aporta la criminología. No olvidemos que cada país tiene sus propios problemas; acudir al Derecho comparado no puede ser la única solución.

Los institutos de criminología no hacen investigación, porque no pueden hacerla, ya que carecen de subvención oficial y de profesorado estable. No se presta ningún apoyo a la criminología por parte del Gobierno o el Ministerio de Universidades. Esperemos que los penalistas que creen en la criminología hagan algo en favor de la misma, para que pueda entrar esta ciencia en la Universidad.

ALFONSO SERRANO

SECCION LEGISLATIVA

A) LEYES ORGANICAS

LEY ORGÁNICA 4/1980, de 21 de mayo, de reforma del Código Penal en materia de delitos relativos a las libertades de expresión, reunión y asociación. («Boletín Oficial del Estado» número 142, del 13 de junio.)

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 Orgánica:

Artículo primero

Se introducen y modifican los siguientes artículos del Código Penal, que tendrán la redacción que a continuación se expresa:

«Art. 165

Serán castigados con las penas de arresto mayor y multa de veinticinco mil a doscientas mil pesetas los que impidieren u obstaculizaren el legítimo ejercicio de la libertad de expresión y de difusión informativa.

Art. 165 bis

Incurrirán en la pena de multa de veinticinco mil a doscientas mil pesetas los autores, directores, editores o impresores, en los casos que proceda, por la forma de su participación, de impresos que se reputen clandestinos, entendiéndose por tales los que no lleven pie de imprenta o nombre y domicilio del autor.

Cuando la difusión se realizare a través de la radiodifusión o televisión se impondrá la pena de prisión menor en su grado máximo.

Art. 166

Quienes impidieren u obstaculizaren el legítimo ejercicio de la libertad de reunión o perturbaren el curso de una reunión o manifestación lícita serán castigados con las penas de arresto mayor y multa de veinticinco mil a doscientas mil pesetas.

Art. 167

Son reuniones o manifestaciones ilícitas:

Primero. Las que se celebraren con el fin de cometer algún delito.

Segundo. Aquellas a las que concurren personas con armas, artefactos explosivos u objetos contundentes o de cualquier otro modo peligrosos.

Los promotores o directores de cualquier reunión o manifestación comprendida en el anterior número primero, y los que, en relación con el número segundo, no hubieren tratado de impedir por todos los medios a su alcance las circunstancias en ellos mencionadas, incurrirán en las penas de prisión menor y multa de veinticinco mil a doscientas mil pesetas.

Los asistentes a una reunión o manifestación portando armas u otros medios peligrosos serán castigados con la pena de prisión menor. Los Tribunales, atendiendo a los antecedentes del sujeto, circunstancias del caso y características del arma o instrumento portado, podrán rebajar en un grado la pena señalada.

Aquellas personas que con ocasión de la celebración de una reunión o manifestación realizaren actos de violencia contra la autoridad, sus agentes, personas o propiedades públicas o privadas, serán castigados con la pena que a su delito correspondiere en su grado máximo.

Art. 168

Incurrirán en la pena de multa de veinticinco mil a doscientas mil pesetas los promotores de cualquier reunión o manifestación que eludieren el cumplimiento de los requisitos previstos en las Leyes reguladoras del derecho de reunión.

Art. 169

Los promotores o directores de cualquier reunión o manifestación que no la disolvieren en el acto a requerimiento de la autoridad o sus agentes, y los que celebraren o intentaren celebrar de nuevo una reunión o manifestación que hubiese sido expresamente prohibida o disuelta, serán castigados con la pena de prisión menor en los supuestos previstos en el artículo ciento sesenta y siete y con la de arresto mayor en los demás casos. En ambos supuestos se impondrá, además, la pena de multa de veinticinco mil a doscientas mil pesetas.

Los meros asistentes a una reunión o manifestación que no se retiraren de ella a requerimiento de la autoridad o sus agentes incurrirán en la pena de multa de veinticinco mil a doscientas mil pesetas.

Art. 170

Las penas establecidas en los artículos ciento sesenta y siete a ciento sesenta y nueve serán impuestas en su grado máximo o elevadas a la superior en grado, al prudente arbitrio del Tribunal sentenciador, cuando, como consecuencia de la reunión o manifestación, se produjeran hechos calificados por este Código o Leyes penales especiales como delitos castigados con pena igual o superior a la de prisión mayor.

Art. 171

Para la aplicación de lo dispuesto en los artículos anteriores se reputarán directores de la reunión o manifestación los que las presidieren.

Las penas señaladas en los artículos ciento sesenta y siete a ciento setenta se impondrán en sus respectivos casos sin perjuicio de las que procedieren por delitos cometidos con ocasión de la reunión o manifestación celebrada o intentada.

Art. 172

Quienes impidieren u obstaculizaren el legítimo ejercicio de la libertad de asociación o de alguna manera perturbaren gravemente las actividades estatutarias de cualquier asociación lícita, incurrirán en las penas de arresto mayor y multa de veinticinco mil a doscientas mil pesetas, salvo que el hecho constituyere delito castigado con pena de mayor gravedad. Las penas se impondrán en su grado máximo cuando el impedimento, obstáculo o perturbación afectare al pluralismo político o sindical.

Art. 173

Son asociaciones ilícitas:

Primero. Las que tuvieren por objeto cometer algún delito o, después de constituidas, promuevan su comisión.

Segundo. Las que, aun teniendo por objeto un fin lícito, emplearen medios violentos para su consecución.

Tercero. Las organizaciones clandestinas o de carácter paramilitar.

Art. 174

En los casos previstos en el artículo anterior se impondrán las siguientes penas:

Primero. A los fundadores, directores y presidentes de las asociaciones mencionadas, las de prisión menor, inhabilitación especial y multa de cincuenta mil a quinientas mil pesetas.

Segundo. A los miembros activos, las de arresto mayor.

Dichas penas se impondrán en su grado máximo cuando se hubiere cometido algún delito contra la vida o la libertad de las personas, sin perjuicio de la pena que por éstos correspondiere.

Asimismo se acordará la disolución de la asociación ilícita.

Art. 175

Los que con su cooperación económica o de cualquier otra clase, en todo caso relevante, favoreciesen la fundación, organización o actividad de las asociaciones comprendidas en el artículo ciento setenta y tres, incurrirán en las penas de prisión menor y multa de veinticinco mil a doscientas mil pesetas.

Art. 176

Incurrirán en las penas previstas en el primer párrafo del artículo ciento sesenta y nueve los fundadores, directores, presidentes o miembros activos de asociaciones que vuelvan a celebrar sesión después de haber sido ésta suspendida por la autoridad o sus agentes, mientras no se haya dejado sin efecto la suspensión ordenada. A los meros asistentes se les aplicarán, en su caso, las penas establecidas en el segundo párrafo del mismo precepto.

Art. 195

El funcionario público que, una vez disuelta cualquier reunión o manifestación o suspendida cualquier asociación o su sesión, se negare a poner en

conocimiento de la autoridad competente que se lo reclamare las causas que hubieren motivado la disolución o suspensión indicada, será castigado con las penas de inhabilitación absoluta y multas de veinticinco mil a doscientas mil pesetas.

La autoridad o agente de la misma que empleare amenazas o coacciones para coartar el libre ejercicio de los derechos de reunión o asociación reconocidos por las Leyes incurrirá en las penas de arresto mayor en su grado máximo, inhabilitación absoluta y multa de cincuenta mil a doscientas mil pesetas.

Cuando las amenazas o coacciones coartaren el pluralismo político o sindical, la pena de arresto mayor en su grado máximo será sustituida por la de prisión menor.

Art. 268

El que hiciere apología oral o escrita o por medio de la imprenta u otro procedimiento de difusión de delitos comprendidos en este título o de los cometidos por bandas o grupos armados y sus conexos o de sus culpables, será castigado con la pena inferior en uno o dos grados, según arbitrio del Tribunal, a la correspondiente al delito que hubiere sido objeto de la apología.

Art. 566, núm. 4.º

Los que de igual forma provocaren a la desobediencia de las Leyes o de las autoridades constituidas, o hicieren apología de acciones calificadas por la Ley como delitos que no fueren de los expresados en el artículo doscientos sesenta y ocho.»

Artículo segundo

Se derogan los artículos ciento sesenta y cinco bis a), doscientos cincuenta y uno, doscientos cincuenta y dos y doscientos cincuenta y tres del Código Penal y se suprime la rúbrica del capítulo XI del título II del libro II del mismo Código.

DISPOSICION TRANSITORIA

Se revisarán de oficio las sentencias dictadas con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley, por delitos relativos a las libertades de expresión, reunión y asociación castigados por el Código Penal o Leyes penales especiales (*), para acomodarlas a la nueva normativa.

Por tanto,

Mando a todos los españoles, particulares y autoridades, que guarden y hagan guardar esta Ley Orgánica.

Palacio Real, de Madrid, a veintiuno de mayo de mil novecientos ochenta.

(*) La referencia a las leyes penales especiales no modificadas en esta reforma demuestra la más supina ignorancia del art. 7.º del Código penal, según el cual no es de aplicación a los delitos y faltas penados por leyes especiales, respecto a las que el Código tiene un valor meramente supletorio. José M.ª RODRÍGUEZ DEVESA.

B) LEYES

LEY 16/1980, de 22 de abril, sobre modificación de los artículos 503, 504 y 505 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional. («B. O. del Estado» núm. 101, del 26.)

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 único

Los artículos quinientos tres, quinientos cuatro y quinientos cinco de la Ley de Enjuiciamiento Criminal quedarán redactados de la siguiente forma:

«Art. 503

El Juez decretará la prisión provisional cuando concurren las circunstancias siguientes:

Primero. Que conste en la causa la existencia de un hecho que presenta caracteres de delito.

Segundo. Que tenga señalada pena superior a la de arresto mayor, y

Tercero. Que aparezcan en la causa motivos bastantes para creer responsable criminalmente del delito a la persona contra quien se haya de dictar el auto de prisión.»

«Art. 504

No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, aunque el delito tenga señalada pena superior a arresto mayor, cuando el inculcado no tenga antecedentes penales o se pueda creer fundadamente que no tratará de sustraerse a la acción de la justicia y cuando además el delito no haya producido alarma ni sea de los que se cometen con frecuencia, podrá el Juez o Tribunal acordar con o sin fianza la libertad del inculcado con expresión de las razones que lo justifiquen.

Concurriendo las circunstancias primera y tercera, aunque la pena no exceda de arresto mayor, teniendo en cuenta la alarma que haya podido producir el hecho, los antecedentes y circunstancias del inculcado o el fundado temor de que no comparezca al llamamiento de la autoridad judicial, podrá decretarse la prisión, con expresión igualmente de las razones en que se justifique.

En ningún caso la prisión provisional podrá exceder de la mitad del tiempo que presuntivamente pueda corresponder al delito imputado.

A estos efectos se entenderá como pena la que en razón de las posibles circunstancias modificativas pueda corresponder al inculcado. No existiendo éstas a juicio de la autoridad judicial, se computará como tiempo el que corresponda al grado medio.»

«Art. 505

Para llevar a efecto el auto de prisión se expedirán dos mandamientos: uno cometido al alguacil del Juzgado o portero del Tribunal o al funcionario de Policía Judicial que haya de ejecutarlo, y otro al Director del establecimiento que deba recibir al preso.

Los Jueces podrán acordar la prisión atenuada cuando por razón de enfermedad del inculcado el internamiento entrañe grave peligro para su salud.

En el mandamiento se consignará a la letra el auto de prisión, el nombre, apellidos, naturaleza, edad, estado y domicilio del procesado, si constaren; el delito que dé lugar al procedimiento; si se procede de oficio o a instancia de parte, y si la prisión ha de ser con comunicación o sin ella.

Los Directores de los establecimientos no recibirán a ninguna persona en clase de preso sin que se les entregue mandamiento de prisión.»

C) ORDENES

ORDEN de 23 de abril de 1980 sobre homologación de autorizaciones para la obtención, preparación y utilización para injertos y trasplantes de órganos y tejidos humanos. («Boletín Oficial del Estado» núm. 112, del 9 de mayo.)

Ilustrísimos señores:

El Real Decreto 426/1980, de 22 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplantes de órganos, en su disposición final cuarta, uno, establece que corresponderá a través de la Secretaría de Estado para la Sanidad y Seguridad Social, especificar, de acuerdo con lo que se establece en dicho Real Decreto, los requisitos técnicos, las condiciones mínimas y los criterios generales de funcionamiento que deban cumplir los laboratorios, «bancos de órganos» y Centros sanitarios en materia de extracción y trasplante de órganos humanos, así como conferir y revisar periódicamente las autorizaciones y homologaciones correspondientes. Como quiera que en la actualidad existen numerosos Centros autorizados para la extracción y trasplantes de órganos, y con objeto de que los mismos no vean interrumpida su actividad.

Este Ministerio ha dispuesto:

Artículo único.—Los establecimientos hospitalarios que fueron autorizados para obtener, preparar y utilizar para injertos y trasplantes órganos o tejidos humanos, al amparo de la Ley de 18 de diciembre de 1950 y Ordenes ministeriales de 9 de mayo de 1967 y 17 de diciembre de 1968, deberán acomodar sus medios y actividades a lo dispuesto en el Real Decreto 426/1980, de 22 de febrero, debiendo homologar la autorización concedida en el plazo de un año, contado a partir de la publicación de la presente Orden en el «Boletín Oficial del Estado».

D) PROYECTOS DE LEY**a) Proyecto de ley orgánica de Código penal**

El presidente del Congreso de los Diputados ha hecho público que por acuerdo de la Mesa se amplía el plazo de presentación de enmiendas hasta el 30 de abril de 1980. (BOCG. Congreso de los Diputados. I. Legislatura. Serie A. Proyectos de ley, núm. 108-I, 1).

b) Dictamen de la Comisión de Justicia e Interior del Senado (BOCG. Senado. I Legislatura. Serie II. Proyectos y proposiciones de ley remitidos por el Congreso de los Diputados, núm. 73 c), del 2 de abril de 1980, págs. 9 ss.) sobre el proyecto de ley de reforma del Código penal en materia de delitos relativos a las libertades de expresión, reunión y asociación.**Artículo primero**

Se introducen y modifican los siguientes artículos del Código Penal, que tendrán la redacción que a continuación se expresa:

Art. 165

Serán castigados con las penas de arresto mayor y multa de 25.000 a 200.000 pesetas los que impidieren u obstaculizaren el legítimo ejercicio de la libertad de expresión y de difusión informativa.

Serán castigados con la misma pena los que a sabiendas publicaren o difundieren noticias falsas o que tengan por objeto y produzcan el efecto de causar alarma o perturbaciones del orden público o daño a los intereses públicos o privados.

Art. 165 bis

Incurrirán en la pena de multa de 25.000 a 200.000 pesetas los autores, directores, editores e impresores, en los casos que proceda por la forma de su participación, de impresos que se reputen clandestinos, entendiéndose por tales los que no lleven pie de imprenta o nombre y domicilio del autor.

Incurrirán en pena de arresto mayor quienes a través de grabaciones, de la radiodifusión, estaciones televisivas u otros medios de comunicación social, distintos de la prensa o imprenta, dirigieren o a sabiendas realizaren emisiones clandestinas u otro tipo de difusión con incumplimiento de las respectivas prescripciones legales. También incurrirán en la pena de multa de 25.000 a 1.000.000 de pesetas, que los Tribunales aplicarán a su prudente arbitrio, teniendo en cuenta la difusión alcanzada.

Art. 166

Quienes impidieren u obstaculizaren el legítimo ejercicio de la libertad de reunión o perturbaren el curso de una reunión o manifestación lícita serán castigados con las penas de arresto mayor y multa de 25.000 a 200.000 pesetas.

Art. 167

Son reuniones o manifestaciones ilícitas:

1.º Las que se celebraren con el fin de cometer algún delito.

2.º Aquellas a las que concurren personas con armas, artefactos explosivos u objetos contundentes o de cualquier otro modo peligrosos.

Los promotores o directores de cualquier reunión o manifestación comprendida en el anterior número 1.º, y los que, en relación con el número 2.º, no hubieren tratado de impedir por todos los medios a su alcance las circunstancias en ellos mencionadas, incurrirán en las penas de prisión menor y multa de 25.000 a 200.000 pesetas.

Los asistentes a una reunión o manifestación portando armas u otros medios peligrosos serán castigados con la pena de prisión menor. Los Tribunales, atendiendo a los antecedentes del sujeto, circunstancias del caso y características del arma o instrumento portado, podrán rebajar en un grado la pena señalada.

Aquellas personas que con ocasión de la celebración de una reunión o manifestación realizaren actos de violencia contra la autoridad, sus agentes, personas o propiedades públicas o privadas, serán castigados con la pena que a su delito correspondiere en su grado máximo.

Art. 168

Incurrirán en la pena de multa de 25.000 a 200.000 pesetas los promotores de cualquier reunión o manifestación que eludieren el cumplimiento de los requisitos previstos en las leyes reguladoras del derecho de reunión.

Art. 169

Los promotores o directores de cualquier reunión o manifestación que no la disolvieren en el acto a requerimiento de la autoridad o sus agentes, y los que celebraren o intentaren celebrar de nuevo una reunión o manifestación que hubiese sido expresamente prohibida o disuelta, serán castigados con la pena de prisión menor en los supuestos previstos en el artículo 167 y con la de arresto mayor en los demás casos. En ambos supuestos se impondrá, además, la pena de multa de 25.000 a 200.000 pesetas.

Los meros asistentes a una reunión o manifestación que no se retiraren de ella a requerimiento de la autoridad o sus agentes incurrirán en la pena de multa de 25.000 a 200.000 pesetas.

Art. 170

Las penas establecidas en los artículos 167 a 169 serán impuestas en su grado máximo o elevadas a la superior en grado, al prudente arbitrio del Tribunal sentenciador, cuando, como consecuencia de la reunión o manifestación, se produjeran hechos calificados por este Código o leyes penales especiales como delitos castigados con pena igual o superior a la de prisión mayor.

Art. 171

Para la aplicación de lo dispuesto en los artículos anteriores se reputarán directores de la reunión o manifestación los que las presidieren.

Las penas señaladas en los artículos 167 a 170 se impondrán en sus respectivos casos sin perjuicio de las que procedieren por delitos cometidos con ocasión de la reunión o manifestación celebrada o intentada.

Art. 172

Quienes impidieren u obstaculizaren el legítimo ejercicio de la libertad de asociación o de alguna manera perturbaren gravemente las actividades estatutarias de cualquier asociación lícita, incurrirán en las penas de arresto mayor y multa de 25.000 a 200.000 pesetas, salvo que el hecho constituyere delito castigado con pena de mayor gravedad. Las penas se impondrán en su grado máximo cuando el impedimento, obstáculo o perturbación afectare al pluralismo político o sindical.

Art. 173

Son asociaciones ilícitas:

1.º Las que tuvieren por objeto cometer algún delito o, después de constituidas, promuevan su comisión.

2.º Las que, aun teniendo por objeto un fin lícito, emplearen medios violentos para su consecución.

3.º Las organizaciones secretas o de carácter paramilitar.

Art. 174

En los casos previstos en el artículo anterior se impondrán las siguientes penas:

1.º A los fundadores, directores y presidentes de las asociaciones mencionadas, las de prisión menor, inhabilitación especial y multa de 50.000 a 500.000 pesetas.

2.º A los miembros activos, las de arresto mayor.

Dichas penas se impondrán en su grado máximo cuando se hubiere cometido algún delito contra la vida o la libertad de las personas, sin perjuicio de la pena que por éstos correspondiere.

Asimismo se acordará la disolución de la asociación ilícita.

Art. 175

Los que con su cooperación económica o de cualquier otra clase, en todo caso relevante, favoreciesen la fundación, organización o actividad de las asociaciones comprendidas en el artículo 173, incurrirán en las penas de prisión menor y multa de 25.000 a 200.000 pesetas.

Art. 176

Incurrirán en las penas previstas en el primer párrafo del artículo 169 los fundadores, directores, presidentes o miembros activos de asociaciones que vuelvan a celebrar sesión después de haber sido ésta suspendida por la autoridad o sus agentes, mientras no se haya dejado sin efecto la suspensión ordenada. A los meros asistentes se les aplicarán, en su caso, las penas establecidas en el segundo párrafo del mismo precepto.

Art. 195

El funcionario público que, una vez disuelta cualquier reunión o manifestación o suspendida cualquier asociación o su sesión, se negare a poner en conocimiento de la autoridad competente que se lo reclamare las causas que hubieren motivado la disolución o suspensión indicada, será castigado con las penas de inhabilitación absoluta y multas de 25.000 a 200.000 pesetas.

La autoridad o agente de la misma que empleare amenazas o coacciones para coartar el libre ejercicio de los derechos de reunión o asociación reconocidos por las leyes incurrirá en las penas de arresto mayor en su grado máximo, inhabilitación absoluta y multa de 50.000 a 200.000 pesetas.

Cuando las amenazas o coacciones coartaren el pluralismo político o sindical, la pena de arresto mayor en su grado máximo será sustituida por la de prisión menor.

Art. 268

«El que hiciere apología oral o escrita o por medio de la imprenta u otro procedimiento de difusión, de delitos comprendidos en este título o de los cometidos por bandas o grupos armados y sus conexos o de sus culpables, será castigado con la pena inferior en uno o dos grados, según arbitrio del Tribunal, a la correspondiente al delito que hubiese sido objeto de la apología.»

Art. 566, número 4

Los que de igual forma provocaren a la desobediencia de las leyes o de las autoridades constituidas, o hicieren apología de acciones calificadas por la ley como delito que no fueren de los expresados en el artículo 268.

Art. 2.º

Se derogan los artículos 165 bis a), 251, 252 y 253 del Código penal y se suprime la rúbrica del capítulo XI del título II del libro II del mismo Código.

Disposición transitoria

Se revisarán de oficio las sentencias dictadas con anterioridad a la entrada en vigor de la presente ley, por delitos relativos a las libertades de expresión, reunión y asociación castigados en el Código penal o leyes penales especiales para acomodarlas a la nueva normativa.

Votos particulares:

De don Mario García Oliva (S.) a la Presidencia del Senado: El Senador que suscribe convierte en voto particular la enmienda «in voce» presentada en el seno de la Comisión de Justicia e Interior al párrafo 3.º del artículo 173 del Código penal, tal como viene redactada en el artículo 1.º del Proyecto de Ley de Reforma del Código penal en materia de delitos relativos a las libertades de expresión, reunión y asociación, y que es consistente en cambiar la expresión «secretas» por «clandestinas».

E) CRONICA LEGISLATIVA

NOTAS PARA UNA DISCUSION SOBRE LOS DELITOS CONTRA EL ORDEN SOCIO-ECONOMICO Y EL PATRIMONIO EN EL PROYECTO DE 1980-DE CODIGO PENAL (Títulos VIII y V)

JOSE MANUEL GOMEZ BENITEZ
 Profesor Ayudante de Derecho penal
 Universidad Complutense

SUMARIO: I. *Delitos contra el orden socio-económico*. 1. Cuestiones generales de política criminal: A) Carácter fragmentario del Derecho penal. B) La cuestión de las «cuantías»: el principio de irrelevancia. C) Aplicabilidad de los tipos. D) Función político-criminal del tipo y principios de legalidad: el problema del error. 2. Anotaciones relativas a las insolencias punibles. 2.1. Cuestiones generales de política criminal. 2.2. Propuestas en particular: art. 330 (alzamiento de bienes); art. 331 (quiebra). 3. Notas relativas al tráfico de los medios de pago y crédito. 3.1. Letra de cambio vacía. 3.2. Cheque. 4. Propuestas relativas a los delitos financieros. 4.1. Cuestiones generales. 4.2. Comentario crítico general. 4.3. Propuestas, en concreto. 5. Propuestas relativas a los delitos contra la Hacienda Pública.—II. *Delitos contra el patrimonio*. 1. Cuestiones generales de política criminal. 2. Propuestas, en concreto: hurto, robo y utilización de vehículos ajenos sin autorización.—III. *Especial consideración del delito monetario en la Ley de 16 diciembre 1979 y en el Proyecto de C. P.: acotaciones jurisprudenciales*. 1. La cuestión del bien jurídico protegido. 2. La ausencia de autorización administrativa previa. Problemática de la autorización posterior. El dolo. 3. La autorización administrativa previa como «momento especial de la antijuricidad». El dolo y su presunción en el delito monetario. 4. Organó competente. Las potestades administrativas.

(*) El presente trabajo es, con muy pocas variaciones, una parte de la Ponencia sobre la que se discutieron las enmiendas correspondientes al Proyecto de Código penal presentado por el Gobierno en la Comisión Técnica, a tal fin, reunió el Grupo Parlamentario del PCE-PSUC. Comisión de la que formo parte, como otras personas, sin pertenecer a dicho partido político.

He considerado útil su publicación, manteniendo la forma original de documento de trabajo, en este período de reforma penal que, en su primera fase, al menos, no se caracterizó precisamente por su transparencia (no ignoro las razones de urgencia que efectivamente explican en gran parte la premura en la preparación del documento de trabajo que, también, es el Proyecto de Código penal de 1980. Aunque no en todos los miembros de la Comisión inicial para la reforma estas razones de urgencia eran sentidas igualmente).

Dada la forma de documento de trabajo que tiene este trabajo no he considerado necesario reproducir en cada caso el texto del Proyecto sometido a crítica, sino sólo en aquellos casos en que ello facilitaría la comparación con la alternativa propuesta.

I.—DELITOS CONTRA EL ORDEN SOCIOECONOMICO

1. Cuestiones generales de política criminal

A) También en este ámbito delictivo interesa respetar el carácter fragmentario del Derecho penal, frente al olvido al respecto del Proyecto, así como la evitación de los tipos de peligro, mera actividad, tentativas autónomamente tipificadas, etc. Para fundamentar estas dos afirmaciones no sería la razón de menos peso la consideración de que no es función político-criminal que nos competa el perfeccionamiento o corrección del sistema de libre competencia, sino evitar las más graves disfunciones para la economía nacional. Por ello habrá que enfocar los tipos penales desde la óptica de la protección de la economía nacional, aunque en concreto pueda ser la lesión de derechos e intereses individuales la vía de la lesión de aquélla.

Ello no obstante, los tipos de peligro no están en general justificados: se ha de exigir la efectiva lesión de un bien jurídico individual o «colectivo» como resultado para la punición del delito consumado. Esa efectiva lesión puede y debe demostrar el peligro o efectiva lesión para la economía, sin que por ello haya que configurar tipos de mero peligro. Entiendo, pues, que la utilización de los tipos de peligro en el ámbito de los delitos socio-económicos no está siempre fundamentada en una razón de necesidad político-criminal, sino en una muy concreta y trasnochada concepción de la misma: en la «defensa social».

Por otro lado, hay que resaltar que hacer un Código penal no es hacer el Derecho penal (1). Existen numerosas materias que por su especificidad deben de contemplarse en las correspondientes leyes específicas, que no tienen por qué ser sólo leyes penales específicas. El espíritu reaccionario de la Codificación debe de ser superado. Este defecto es uno de los más evidentes en la regulación de los delitos socio-económicos que hace el Proyecto, en una equivocada pretensión de emular al Proyecto Alternativo alemán. Muchas veces se ha hecho mención a las razones para esta extracción del Código penal de gran parte de los delitos socio-económicos: de justicia y de economía procesal, de naturaleza material (resultan forzados muchos institutos penales: participación, formas imperfectas, resultado-lesión, tipo subjetivo, concurso, etc.) y de naturaleza político criminal (la t.^a de la pena se problematiza o queda sin contenido, se altera la motivación de los sustitutivos, en muchos casos, se imposibilita la aplicación de otras penas específicas y otro sistema de ejecución, etc.).

En conclusión:

1) Numerosas conductas incriminadas en el Proyecto como delitos contra el orden socio-económico deben regularse o complementarse en leyes

(1) Sólo se explica que se olvide esto cuando, por las razones discutidas y ya aludidas razones de urgencia, se pretende abarcar en un solo cuerpo legislativo lo que, sin embargo, requiere un complejo desarrollo diversificado e igualmente reformable «de raíz». La comprensión de las razones citadas no impide, sin embargo, que haya que seguir manifestando la necesidad de que esta diversificación y la pérdida del sentido de provisionalidad reformista.

específicas. Así ocurre con las *insolvencias, delito fiscal relativo al control de cambios, y delitos financieros*. Ello no equivale obviamente a su despenalización. En el C. P. deben subsistir un número muy limitado (así ocurre, p. ej., con la frustración de la ejecución forzosa», también regulada en el C. P. alemán (parágrafo 288), a pesar de existir una especial ley concursal, no sólo penal (2).

2) Deben de desaparecer o reformularse los numerosos delitos de peligro, mera actividad o «tentativas» autónomas del cap. VIII. Así: alzamiento y suspensión de pagos, delito publicitario, competencia desleal, alteración de precios y prácticas restrictivas, secretos industriales, regulación de mercados, control de cambios, financieros, fundamentalmente. Al respecto hay que resolver algunos aspectos especialmente conflictivos y generadores de inseguridad de la regulación del Proyecto, tanto en lo que se refiere a los delitos socio-económicos como a los patrimoniales. Me refiero destacadamente a la evitación de la reiterada expresión de *en perjuicio*. Existen elementos de comparación en el propio Proyecto que permiten entender esa expresión como alusión al resultado: así, p. ej., el art. 366 dice: «Los que en perjuicio de otros o con ánimo de causárselo...». Sin embargo, y con independencia de la crítica que merece el art. 366 citado, la utilización de la expresión «en perjuicio» no resulta clara a la hora de expresar si lo que se pretende es exigir un resultado lesión, un peligro, o, simplemente, un elemento subjetivo («animus»). En general, pues, la expresión es confusa y hace pensar en la ulterior fuente de innumerables problemas interpretativos, respecto al resultado en los tipos correspondientes. Para evitarlo es necesario corregir en cada tipo en particular esa expresión.

B) Constituye motivo de especial preocupación la cuestión de la delimitación en base a cuantías determinadas del ámbito del ilícito penal y el administrativo. Aunque muy corregido respecto al vigente C. P., todavía subsiste en determinados tipos. La cuestión va interrelacionada, lógicamente, con la propuesta respecto a las faltas (3), y se refiere, además, tanto a los delitos patrimoniales, como a los socio-económicos. Constituye, como es sabido, una de las cuestiones dogmáticas y político-criminales más «irresueltas» actualmente, cuya concreción sería la discusión en torno a los «Bagatelldelikte», y en general al principio de «irrelevancia».

Fundamento brevemente la opinión aquí mantenida, en el sentido de evitar que formen parte del tipo legal (es decir, de aquél al que va referido el dolo del tipo) las referidas cuantías. Para ello es inevitable sustan-

(2) Dado el, según noticias, avanzado estado de elaboración en España de una Ley Concursal general —es decir, de naturaleza no sólo penal—, en la que, por ejemplo, desaparece la figura jurídica de la suspensión de pagos, parece especialmente justificada la pretensión de que, en esta materia, el Código penal no nazca con la provisionalidad que su formulación en el Proyecto hace deducir. Lo mejor sería, y no sólo por la razón antes aludida, que, efectivamente, se regulasen las insolvencias, en general, fuera del Código penal.

(3) Debería suprimirse el Libro III y procederse a la incorporación, en su caso, al Libro II de aquellas «faltas» (concretamente de las llamadas «faltas delictuales contra la propiedad y la integridad»), que se considere indispensable mantener como punibles.

ciar la diferencia entre concepto formal y material del delito. A mi entender ello debe hacerse en la Parte General (Libro I), con una fórmula *semejante* a la utilizada en algún texto positivo de Derecho comparado: «No existe delito cuando la acción corresponde ciertamente al texto literal de un tipo legal y, sin embargo, las repercusiones del hecho sobre los derechos e intereses de los ciudadanos o de la Sociedad y la culpabilidad del autor son irrelevantes».

Las consecuencias político-criminales de esta opción son notables. Por menos evidentes, tal vez merezca la pena destacar las que se deducirán para el tratamiento del error. Se podría argumentar al respecto que también la consideración de las cuantías aludidas como condiciones objetivas de punibilidad, sería capaz de llegar a semejantes conclusiones político-criminales y dogmáticas. Parece más correcto, sin embargo, encontrar soluciones vinculadas a la estructura del tipo del injusto y de la culpabilidad, que recurrir a la discutible categoría objetiva (?) de las condiciones de punibilidad. Además, es conveniente evitar la posibilidad de que se aplique en este ámbito de la delincuencia socio-económica o patrimonial el error sobre las condiciones de la punibilidad, siquiera como error sobre la prohibición.

C) Constituye una «obligación» político-criminal evitar los tipos demagógicos o vacíos, no sólo no respetuosos con la naturaleza fragmentaria del Derecho penal, sino además fuente de desprestigio del propio ordenamiento punitivo por su consustancial inaplicabilidad. En este sentido son muchos los tipos del Proyecto que nacen muertos, por ser las conductas que pretenden incriminar cotidiana actividad, inmanente y esencial en el sistema capitalista. Así, habría que aligerar, especialmente, los Cap. II, VI, VIII y X del Proyecto.

D) Es preciso reconducir los tipos a su auténtica función político-criminal de expresión real (no formal) del principio de legalidad.

Es bien sabido que el principio de legalidad en Derecho penal no es más que un formalismo conveniente al Estado burgués de las libertades formales, y que en el concreto ámbito de la delincuencia «económica» y patrimonial ha sido altamente rentable para la clase dominante.

Se presenta, pues, la necesidad de dotar de contenido real a este principio, y específicamente en este terreno de disfunción para el sistema capitalista (delitos socio-económicos y patrimoniales). A mi entender ello sólo se puede conseguir con unos tipos que contengan la materia de prohibición y que ésta no sea simplemente formal. Se trata en realidad de dar un claro contenido al dolo en los tipos dolosos y de evitar, consecuentemente, la punición o impunidad infundamentadas debido a la imperfecta conformación de los tipos, es decir, destacadamente, por imperfecta aplicación de la dogmática del error. En este sentido resulta algo más que un «juego» dogmático la concepción del dolo como elemento subjetivo referido a la realización de las circunstancias del hecho contenidas en el tipo legal. Sólo así se llena de contenido real al principio de legalidad, en el sentido concreto de que la pena por el hecho doloso depende de la previa tipificación de unas circunstancias a las que se ha referido la consciencia-volición del

sujeto. Por eso resulta importante que el supuesto contrario o inverso, es decir, la impunidad por el hecho doloso en caso de error, dependa, precisamente, del (invencible) desconocimiento-volición de esas circunstancias, y no simplemente de las «especiales» (4). Es importante, pues, regular el error sobre el tipo como error sobre las circunstancias del hecho pertenecientes al tipo legal, porque supone reivindicar la importancia político-criminal de la tipicidad del tipo. Esta óptica se ha de tener muy en cuenta a la hora de analizar cada una de las figuras típicas de los títulos V y VIII, y a la de proponer formulaciones alternativas.

En el concreto ámbito de determinados delitos socio-económicos (manifiestamente los relativos al control de cambios y al contrabando), concebidos, generalmente, como delitos «formales», es decir, que (según expresión jurisprudencial) «reciben el contenido de la antijuricidad» por la inexistencia de autorización administrativa o de determinados requisitos administrativos, la correcta configuración del tipo cobra una especial importancia, y no sólo a efectos de evitar que los delitos se definan por la infracción administrativa correspondiente, sino también para poder sustanciar de forma correcta político-criminalmente la problemática del error referido a la autorización administrativa previa, puesto que al errar el autor sobre ese supuesto elemento del «tipo» (?) está, al tiempo, errando sobre la total antijuricidad. Se trata de evitar en la descripción típica que estos elementos o «especiales momentos de la antijuricidad» puedan aparecer como elementos del tipo, con el fin de evitar a su vez que el error sobre los mismos pueda ser considerado un error sobre el tipo. Es fundamental situar esta problemática del error sobre la autorización administrativa (es decir, sobre su necesidad, etc.) en el marco del error sobre la prohibición.

Por eso, entre otras razones, parece oportuno sustituir las constantes alusiones hechas en el Proyecto a «los que sin la previa autorización administrativa», o similares, por la de «los que ilegalmente...».

2.—Anotaciones relativas a las insolvencias punibles (Cap. I) (5).

2.1.—Cuestiones generales de política criminal.

Hay que evitar el despegue respecto a la realidad económica y jurídica de estas actividades. Ello se consigue teniendo en cuenta su naturaleza dependiente del orden civil mercantil por el que se articula la defensa del interés del acreedor para que éste consiga lo que realmente le interesa: la satisfacción del crédito y la indemnización correspondiente, en su caso, por

(4) Categoría que considero superada dogmáticamente en lo que a los tipos de la prohibición se refiere, y que introduce elementos valorativos extraños a la técnica de tipificación de las conductas. Cuestión diferente es la que se refiere al error sobre la situación de justificación. Respecto a mi opinión sobre un tema tan complejo y discutido, me remito a mi obra *El ejercicio legítimo del cargo*, Fac. de Derecho, Madrid, 1980.

(5) Tal y como se dijo anteriormente, considero preferible su tratamiento fuera del Código penal. Con este carácter de provisionalidad, pues, hay que entender las anotaciones siguientes.

incumplimiento. Por tanto, es en vía civil donde, obviamente, se sustancia fundamentalmente el litigio entre las partes y se posibilita la satisfacción del derecho de crédito. El interés en la persecución penal es, desde esta perspectiva, subsidiario, en un doble sentido: sólo existe cuando el interés público sigue materialmente dañado y/o cuando el acreedor no puede satisfacerse dada la conducta dolosa o gravemente imprudente del deudor. En cuanto a las insolvencias en Derecho penal ello quiere decir que:

1) Existen insolvencias que deben conminarse con una pena específica en el Código penal (con independencia del concreto y efectivo perjuicio particular para los acreedores) en función del grave perjuicio efectivo para la economía nacional y el interés de los trabajadores.

2) En los casos de insolvencias dolosas aparentes o ficticias, o gravemente imprudentes reales, el perjuicio para el acreedor subsiste, por lo que está justificada su persecución penal aunque no afecte gravemente al interés de la economía nacional.

2.2. Propuestas en particular.

Art. 330.—Alzamiento de bienes.

«El que se alzare con sus bienes en perjuicio de sus acreedores, será castigado con pena de prisión de seis meses a seis años, según fuere la cuantía del perjuicio propuesto, número de acreedores afectados y condición económica de los mismos, si fuere comerciante, y con la de arresto de doce a veinticuatro fines de semana y multa de ocho a veinticuatro meses si no lo fuese.»

a) Absoluta y relativamente resulta desproporcionada la pena. Así se constata igualmente en Derecho comparado sobre insolvencias. En realidad, el Proyecto mantiene la pena del vigente Código penal. Habida cuenta de la regulación de los sustitutivos es preferible que la cantidad máxima de prisión no supere los *dos años* y que la pena de multa sea optativa, tal y como ocurre en Derecho comparado. Por otra parte, en el alzamiento está injustificada la diferencia entre comerciante o no a efectos de la pena, dado que también puede ser una forma (el alzamiento) para la quiebra dolosa.

b) El texto del Proyecto sigue recogiendo el alzamiento como delito de peligro, mera actividad o «tentativa autónoma» al eludir a la cuantía del «perjuicio propuesto», con lo que la alusión a «en perjuicio» de sus acreedores queda reducida a expresión de un elemento subjetivo. Todo ello resulta criticable desde un punto de vista político-criminal. Por otro lado, si la insolvencia (aparente) es generalmente considerada como el «resultado» en este tipo de alzamiento, resulta absurdo incluir otros elementos (cuantía del fin propuesto, número de acreedores afectados o condición económica de los mismos) para graduar la pena. Al respecto basta y sobra el Libro I Código penal.

c) Para restringir el ámbito de aplicación de esta figura típica y matizar el interés público en su persecución, así como el tipo subjetivo, habría que establecer la vinculación subjetiva y objetiva de la acción a la evitación de la ejecución forzosa, excluida la ejecución universal. Es éste un sistema ple-

namente coherente con la pretensión de que la generalidad de las conductas punibles de insolvencia se regulen específicamente en el marco de una ley concursal. Ello no sería obstáculo para que el tipo que aquí se propone subsistiese en el Código penal. Es exactamente lo que ocurre en el Derecho alemán, cuyo Código penal incluye en el parágrafo 288 la siguiente figura típica, coexistente, como se dijo, con las de la correspondiente ley concursal: «Frustración de la ejecución forzosa. (1) El que, ante la inminencia de una ejecución forzosa enajena o hace desaparecer parte de sus bienes, con la intención de frustrar la satisfacción de los acreedores, será penado con privación de libertad hasta dos años o con pena de multa. (2) El hecho se perseguirá sólo a instancia de parte».

d) En resumen, pues, la siguiente redacción alternativa, que pretende afrontar los problemas más discutidos y discutibles del alzamiento en Derecho penal (bien jurídico, resultado, dolo, omisión, naturaleza de la relación crediticia) podría servir como texto de trabajo para una discusión:

«El que, para evitar la ejecución forzosa, se alzare con sus bienes, produciendo un perjuicio a sus acreedores, será penado con prisión de seis meses a dos años o multa de ocho a veinticuatro meses, salvo que constituya delito más grave.»

Art. 331.—Quiebra dolosa e imprudente.

«El que fuere declarado en quiebra o concurso de acreedores con arreglo a la ley será castigado con pena de prisión de uno a seis años cuando la crisis económica haya sido intencionadamente causada por el deudor o persona que obre en su nombre, y con las penas de prisión de seis meses a tres años o multa de ocho a veinticuatro meses cuando se haya debido a falta de diligencia grave de los mismos en la administración del patrimonio.

En ambos supuestos se tendrá en cuenta para graduar la pena la cuantía del perjuicio inferido a los acreedores, su número, condición económica y, en su caso, el quebranto que la crisis acarree a la economía nacional.

En todo caso, los delitos singulares cometidos por el deudor, o persona que haya actuado en su nombre, en la administración del negocio o patrimonio, podrán perseguirse sin esperar a la calificación de la quiebra o concurso, y con independencia de las penas que puedan imponerse por éstos. El importe de la responsabilidad civil derivada de dichos delitos deberá incorporarse, en su caso, a la masa.»

a) De nuevo resulta desproporcionada la pena en su límite máximo de privación de libertad. Ni siquiera es justificable desde el punto de vista del perjuicio a la economía nacional o la condición económica de los acreedores.

b) El texto del Proyecto deja irresueltos algunos temas fundamentales del tipo subjetivo: en el tipo doloso, por ejemplo, la intención debe dirigirse tanto a la causación de la crisis económica como a su *agravación*, lo cual no siempre ocurrirá antes de la declaración de la quiebra, sino también con

conductas posteriores, tal y como recoge la actual regulación de la quiebra fraudulenta en el Código de comercio.

c) En lo que se refiere al tipo imprudente, la graduación de la pena en función de determinadas circunstancias del resultado (cuantía del perjuicio, número de acreedores, etc.), en igualdad de tratamiento con el doloso, resulta francamente criticable, por ser demostrativo de una concepción de la imprudencia que ya nadie defiende. En efecto, sin pretender sustanciar aquí el complejo problema de la naturaleza del resultado en los tipos imprudentes (6), parece cierto que se construyen, en todo caso, sobre el desvalor de la acción, por lo que esa abierta concesión al objetivismo, que se contiene en el párrafo segundo del art. 331 del Proyecto, parece fuera de lugar.

d) Reflexión aparte merece la exclusión del tipo de la suspensión de pagos, y su regulación parcial en los arts. 332 y 333 del Proyecto.

En realidad la suspensión de pagos (7) se ha impuesto como la «trampa» en el ámbito de las insolvencias, especialmente de las definitivas. Si se quiere evitar, aunque sea provisionalmente, que ello siga siendo así, estará plenamente justificada la equiparación en Derecho penal a las conductas delictivas en el ámbito de la quiebra o el concurso de acreedores. Es desde esta óptica, además, desde la que, a mi entender, hay que afrontar la crítica de los arts. 332 y 333 del Proyecto, porque con la inclusión de la suspensión de pagos en el régimen hasta ahora pensado sólo para la quiebra y el concurso de acreedores, y con la referencia del tipo doloso subjetivo también a la agravación de la crisis económica, quedan sin contenido los citados artículos (8), por lo que deberían de suprimirse al quedar incorporadas las

(6) De nuevo me remito a mi obra *El ejercicio legítimo del cargo*, cit., sobre mi opinión al respecto.

(7) Que, como se dijo, es una figura jurídica a desaparecer. Por eso todas las propuestas al respecto tienen sólo un sentido de provisionalidad.

(8) Por lo demás, el tipo del art. 332 del Proyecto es inadmisibles, porque más que un delito de peligro supone la punición de una simple pretensión, en muchos casos. Respecto al art. 333, hay que tener en cuenta que frente a la quiebra, en que el quebrado pierde la administración de sus bienes tras la declaración de la misma, al igual que ocurre en el concurso de acreedores (arts. 878 C. de c. y 1.914 C. c., respectivamente), el declarado en suspensión de pagos conserva la administración, aunque sometida a limitaciones, hasta que la propuesta de convenio obtenga la aprobación de los acreedores, así como la gerencia de sus negocios (art. 6 Ley S. P.), por lo que podría estar justificado el tratamiento específico en Derecho penal de las conductas relativas a este convenio y a su incumplimiento. Hay que tener en cuenta que si el deudor incumple el convenio al acreedor no le queda más salida que la solicitud de rescisión del mismo y de declaración de la quiebra. Lo que ocurre es que, en tal caso, parece obvio que el deudor estaría *agravando* dolosamente, o imprudentemente, su crisis económica en perjuicio de sus acreedores, por lo que estos incumplimientos de convenio estarían ya contemplados en la propuesta hecha anteriormente para el art. 331. Ello resulta mucho más claro todavía en lo que se refiere al incumplimiento de cualquier concordato preventivo de insolvencia definitiva, ya que ello conduce directamente a la agravación de una suspensión de pagos declarada.

A mi entender, por tanto, este tipo es superfluo si se admite la propuesta hecha anteriormente (art. 331), que refiere el tipo no sólo a la suspensión de pagos, sino, además, a la «agravación» de la crisis económica.

conductas a las que se refieren en el régimen general punitivo de las insolencias.

e) Finalmente, el último párrafo del art. 331 del Proyecto ha de corregirse hasta conseguir que no vulnere el «non bis in idem», tal y como ocurre en su propuesta.

f) Teniendo en cuenta todo lo referido, y también las cuestiones generales dogmáticas y político-criminales señaladas al principio (supra, I, 1), el texto de trabajo podría ser el siguiente:

«El que fuere declarado en quiebra, concurso de acreedores o suspensión de pagos, será penado con prisión de uno a tres años y multa de ocho a veinticuatro meses, cuando la crisis económica esté causada o agravada dolosamente por el deudor o persona que obre en su nombre, y con la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de ocho a veinticuatro meses, cuando la crisis o su agravación se hayan debido a imprudencia grave de los mismos. Si con su acción dolosa produce un grave perjuicio a la economía nacional la pena será la superior en grado. En todo caso... (idem) (suprimir «y con independencia de las penas que puedan imponerse por éstos»).»

3.—Notas relativas al tráfico de los medios de pago y de crédito (Cap. IV).

3.1. Art. 353.—Letra de cambio vacía.

Como se sabe, son diferenciables, a todos los efectos, las letras vacías de favor, inherentes al sistema de obtención y garantía de un crédito, y otras letras no comerciales, en las que, a diferencia de las anteriores, no figura firma válida del acepto por el librado.

La validez jurídica de las primeras resulta hoy en día indiscutida, y sus beneficios son superiores a los riesgos que entraña para el sistema de crédito. Por lo demás, su protección penal se realiza, fundamentalmente, a través del delito de estafa en la presentación al descuento o en la cesión. A mi entender, por tanto, el tipo de la estafa es perfectamente capaz de asumir, sin forzamientos, los supuestos de letras de colusión y de peloteo (no incluyen las de favor por precio ya que no llevan acepto y las entiendo, de acuerdo con la mejor doctrina, como «tirage a liàir», y, por tanto, no son auténticas letras de favor).

En cuanto a las segundas (es decir, a las restantes letras no comerciales) las más de las veces se originan en una falsedad utilizada para el giro fraudulento de la letra o en un engaño en su negociación, por lo que su punición por falsedad o estafa no presenta problemas relevantes.

En consecuencia, el espacio penal para la punición autónoma del giro o negociación de la letra de cambio vacía es, a mi entender, inexistente. Así lo confirma el propio Proyecto de C. penal al incluir los dos últimos párrafos del art. 353: impunidad por ausencia de perjuicio efectivo y especialidad de la estafa. También lo confirma la última frase del párrafo primero «... o que el librado hubiese firmado el acepto», ya que al exigir «a contrario sensu» la inexistencia de acepto del librado como elemento del tipo se están excluyendo las letras de favor válidas: sólo cumplirían con este

requisito del tipo otras letras vacías de difícil existencia no delictiva por estafa o falsedad. O, dicho de otra manera: si hay firma del acepto por el librado existe garantía (reforzada) de cobro, es decir, de no perjuicio efectivo, o bien inexistencia de engaño *idóneo*. Y, viceversa, la no firma de acepto por el librado se erige en elemento del tipo del 353 por las razones contrarias (posible engaño *idóneo* y perjuicio efectivo). En consecuencia, y en resumen, pues, el art. 353 es la descripción de lo que no es una estafa (o una falsedad). El esfuerzo es inútil, sin embargo. Lo mejor sería suprimirlo.

3.2) Art. 354 y 355.—Cheque

1) Cuestiones generales.

No es necesario reproducir las razones político-criminales que fundamentan la supresión de este delito, a pesar de la importante y saludable reforma que el Proyecto ha efectuado respecto al inadmisibles tipo del actual. 563 bis b). Las razones se resumen en la no necesaria incriminación del incumplimiento de una obligación civil de pago, es decir, en la restricción de la punición del libramiento de cheque a la defraudación (estafa) y/o al delito falsario.

Se deben dar por reproducidas aquí, además, las razones aducidas respecto a la letra de cambio vacía sobre el estrecho espacio penal subsistente, en su caso, para la punición, cuando se excluyen, como hace correctamente el propio Proyecto, los supuestos de estafa (último párrafo del 354) y ausencia de perjuicio efectivo (párrafo 5.º), así como, lógicamente, de falsedad. Finalmente, las razones de interés exclusivamente bancario no justifican su subsistencia en el Código penal. Así, pues, también este art. 354 podría desaparecer.

2) Respecto al art. 355, son igualmente válidas las razones aducidas para el art. 354. Una correcta dogmática de la estafa y la falsedad resuelve con facilidad los supuestos de libramiento o negociación sobre cuenta imaginaria o ajena. Al margen de ello no debe ser punible.

3) En general, por tanto, a mi entender nada se perdería suprimiendo el Capítulo IV del Proyecto de Código penal.

4.—Propuestas relativas a los delitos financieros (Cap. VI).

4.1.—Cuestiones generales.

Dada la poca atención prestada tradicionalmente por la doctrina española al tema de los delitos societarios, y debido, también, a la innovación que supone su regulación específica en el Código penal (Proyecto), considero útil establecer una previa sistematización general. Pero antes, quisiera expresar la opinión de que sería deseable que quedasen fuera del Código penal: tanto el derecho comparado, como la compleja especificidad de la materia lo aconsejan vivamente. A mi entender, este intento del Código penal (Proyecto) de imponer «orden» en el mundo societario está, en la formulación del Proyecto, condenada al fracaso. Pero es que, además, todo el Cap. VI, tal y como se verá, podría desaparecer sin que por ello que-

dasen impunes las conductas allí incriminadas. En efecto, este Capítulo tiene mucho de demagógico.

Con profundo escepticismo, por tanto, hay que entrar en el estudio y reformulación de los tipos que propone el Proyecto. Como se verá, la mayoría resultan «distrayentes» respecto al auténtico interés político-criminal. Las ausencias son, también, muy esclarecedoras.

En síntesis, los arts. 363 a 369 del Proyecto se contemplan, a grandes rasgos, las siguientes figuras delictivas, por ámbitos de actuación:

— Sociedad mercantil «fantasma» o «fachada». Tiene una especial relevancia real en relación a conductas defraudatorias, especialmente de fraude fiscal (art. 364).

— Falseamientos contables. Su contemplación en el art. 364 parece obedecer fundamentalmente a la constatación del funcionamiento real de las grandes sociedades anónimas, en las que la autonomía en la gestión se prolonga en el tiempo (arts. 364 y 365).

— Actuaciones sobre la garantía. Apariencia de desembolso del capital social suscrito. Es frecuente y legal el parcial y simbólico desembolso de ese capital. El tipo en el art. 366 no tiene que ver con ello, sin embargo, sino con la apariencia de lo contrario, es decir, es claramente defraudatorio en su aspectos subjetivo y falsario. No hay que olvidar que el capital social desembolsado cumple una función de garantía de buena gestión, pero no es de destino o afectación. Por lo demás, el desembolso efectivo pleno reafuerza, simplemente, la garantía.

— Diversificación del fin (?) del capital y los beneficios sociales. Se trataría de regular el auténtico delito financiero (art. 368).

— Actuación sobre los acuerdos sociales, en una doble vertiente: utilización de votos (art. 367) y abuso de mayoría (art. 369).

4.2.—Comentario crítico general.

No es desacertado decir, en resumen, que en este Cap. VI se da cabida a supuestos bien heterogéneos en tipos en los que el peligro y el resultado son bastante confusos, y en los que, sin embargo, no se contempla el auténtico delito financiero, ni de riesgo, ni de resultado. Con ello no pretendo reivindicar la inclusión de tipos de riesgo, pero no cabe duda de que la ausencia del delito financiero de riesgo en el Proyecto es ampliamente significativa de la defectuosa técnica utilizada, dado el vacío legal que pretendidamente venía a colmar.

Se observa, en general, un desmesurado defensismo penal, que se concilia mal con el inevitable y fomentado caos de entorno que exige el funcionamiento de las grandes sociedades anónimas. Por ello muchos tipos nacen condenados a su inaplicabilidad, o quedan reducidos a una contradictoria declaración demagógica sin contenido autónomo real, ya que se trata de conductas claramente subsumibles en los tipos defraudatorios o falsarios generales. Junto a ellos se olvida, sin embargo, sin embargo, la contemplación de la específica actividad delictiva *bancaria*.

Político-criminalmente no se observa, finalmente, una preocupación por la delimitación del bien jurídico de naturaleza «pública» (interés social del orden público económico) por lo que se frustra la principal virtualidad de:

la peculiar inclusión específica de los delitos financieros en un Código penal. En refuerzo de lo anteriormente señalado hay que hacer constar que, tanto por el entorno socio-económico al que se va a aplicar el ordenamiento, como por la específica regulación contenida en este Cap. VI, los «delitos financieros» parecen dirigidos, fundamentalmente, a establecer un «orden» (?) en la actividad de la pequeña y mediana empresa (así, p. ej., los artículos 363, 366 y 368).

Así, pues, propongo una crítica general de los tipos del Cap. VI, desde la óptica de:

a) Remitir lo posible a los delitos falsarios, defraudatorios y de apropiación indebida, contra el patrimonio. Mantener la esperanza de una legislación específica sobre los delitos societarios.

Queda claro que «las maniobras tendientes a beneficiar a los directores de las empresas, en menoscabo de la sociedad misma, de sus accionistas o acreedores, o aquellas otras en que se apliquen de manera fraudulenta los bienes, dándoles fin distinto de aquél para el que fueron entregados, o, por fin, los supuestos de abuso de los bienes sociales, si el agente actúa con ánimo de fraude y produce un daño concreto» (S. 23-VI-1973), encajan perfectamente como delitos financieros de resultado en las figuras patrimoniales delictivas reseñadas.

b) Introducir o mantener, en su caso, figuras típicas que respondan a las necesidades de protección del interés social del orden público económico «por ausencia de sumisión al deber propio de las sociedades mercantiles y al interés mismo del Estado, prevalentes en su valoración y defensa sobre el mal quehacer que los postergue indebidamente» (S. 23-VI-1973).

c) Reducir la «huida al Derecho penal» para el control y ordenación de los principios de inalterabilidad del capital social, no desviación del patrimonio de destino y de intermediación del crédito. Huida que es manifiesta en el Cap. VI del Proyecto.

4.3.—Propuestas, en concreto.

Art. 363.

Es un tipo con constantes indeterminaciones, conceptos de dudosa interpretación («valerse de» (?)).

En abstracto carece de sentido, pues lo cierto es que la acción en él descrita (valerse de una sociedad mercantil) se subsumirá en la estafa («disimular en perjuicio de otro la auténtica actividad industrial»), en el fraude de fiscal («para eludir el cumplimiento de una obligación»), o, en su caso, en la insolvencia («para eludir el cumplimiento de...»). En esos ámbitos no cabe duda de que es correcta la intervención del Derecho penal. Pero al margen de ellos todo queda reducido a la «cómica» pretensión de control de la actividad comercial de las sociedades o de las razones por las que se crean en un régimen jurídico u otro, intentando sustituir con el Código penal deficiencias del propio sistema. No cabe duda de que las sociedades de fachada pueden representar un peligro para la economía nacional, pero lo será (al igual que el quebranto de la economía a través de las subsiguientes actividades delictivas que encubren: contrabando, fraude

fiscal. etc. Lo cierto es que ese «valerse de» al que alude el art. 363 (tan preocupante a nivel de seguridad jurídica) no es más que un medio para la comisión de delitos. Su punición a parte resulta, pues, indefendible.

Art. 364.

«Los administradores o directores que, para ocultar a los socios o a terceros interesados la verdadera situación real de la entidad, falsearen los balances, haciendo lucir u omitiendo indebidamente en los mismos beneficios o pérdidas, o usando de cualquier otro artificio que suponga inflación o disminución del activo, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses.»

Su necesidad político-criminal es clara, dado el funcionamiento de las grandes sociedades y el efectivo perjuicio que suponen las actividades allí reseñadas. Sin embargo, en la formulación del Proyecto resulta irreal, parcial y defectuoso. Por varias razones:

En primer lugar, el balance está reconocido como documento mercantil a pesar de su «confidencialidad» (así, SS. 9 mayo 1956, 4 noviembre 1965, 30 junio 1972, 23 junio 1973, entre otras), por lo que no cabe duda de que su falseamiento puede reunir los requisitos para que constituya delito de falsedad de documento mercantil. Su específica contemplación es, pues, superflua.

En segundo lugar, hay que tener en cuenta que el balance tiene una peculiar naturaleza jurídica en Derecho español, que se deduce fundamentalmente del tratamiento que recibe en la Ley de Suspensión de Pagos en orden a la calificación de la insolvencia como provisional o definitiva: el resultado contable del balance es prioritario al respecto. Sin embargo, hay circunstancias difícilmente cuantificables, manifiestamente el crédito o las posibilidades productivas, así como partidas que exigen una valoración dineraria que puede ser más o menos adecuada o actualizada: así, p. ej., las depreciaciones y plusvalías. En consecuencia, a la hora de analizar penalmente las conductas de ocultación de la verdadera situación económica no es buena técnica la referencia exclusiva al balance. Por otro lado, la referencia al balance no debe de hacerse sólo como documento contable formal, sino como demostración de un estado económico.

Por eso, el Proyecto Alternativo además se refería a la inexacta o falsa (*unrichtig*) reproducción o a la ocultación, no sólo en el balance, de condiciones o asuntos de la empresa o industria en un punto relevante para la apreciación de su situación económica (parágrafos 197 y 198 PA).

De todo ello hay que deducir la incorrecta técnica utilizada en el Proyecto al referir todo al balance y a su falseamiento, con lo que no sólo provoca en general un auténtico e innecesario concurso de leyes aparentes, sino que, además, evita la persecución de otras conductas que a nuestro entender lo merecen: me refiero a la referencia necesaria del art. 364 a otros documentos (de naturaleza interna o destinados a su publicidad) y de otros actos societarios, como medio para la ocultación de la verdadera situación económica de la sociedad. Al respecto la fórmula del 364 es to-

talmente inadecuada y, por tanto, lo es para la incidencia sobre la gestión autónoma o distanciada que caracteriza el funcionamiento de las grandes sociedades anónimas y que produce un efectivo perjuicio (lo cual no quiere decir, obviamente, un acto de disposición) a otros.

Parece posible, por lo demás, ofrecer un texto que subsuma el tipo o los tipos del art. 365, y que responda a la preocupación político-criminal de dirigir también la *conminación penal* a la *simulación de plusvalías*, aspecto éste especialmente interesante para el control del funcionamiento de los Fondos de Inversión, especialmente los inmobiliarios, o de cualquier otra sociedad en la que la revalorización se produzca precisamente a través de la incidencia a largo plazo de aquéllas sobre el valor de los títulos.

La siguiente redacción, semejante a la del P. A., podría justificar (aunque también es dudoso) su tipificación autónoma:

«Los directores o administradores que reproduzcan falsamente u oculten, en el balance o en cualquier otro documento o informe interno o destinado a ser hecho público, condiciones o aspectos económicos de la sociedad relevantes para la apreciación de su situación económica real, serán penados con prisión de seis meses a tres años y multa de ocho a veinticuatro meses, salvo que el hecho constituya delito más grave.»

Art. 365

Como se dijo antes, a mi entender, es perfectamente subsumible en el art. anterior. Su subsistencia, aun con independencia de la propuesta anterior, es de una utilidad muy dudosa por entrar en juego los tipos de estafa tanto si se captan nuevos créditos o aportaciones, como si se consolidan los ya obtenidos, dado que, a mi entender, la punición de la publicación de datos falsos sólo debe producirse, o bien en los términos de la propuesta anterior (art. 364), o bien cuando produzcan un acto de disposición, y en este caso la estafa cubriría el espacio penal. Desde este punto de vista no parece, pues, justificable que el texto del Proyecto se refiera a los que «con el propósito de...» y cifre el resultado en la propia acción de «publicar datos falsos» (?), ya que la consumación debe referirse al acto de disposición hacia el que se dirige el engaño del sujeto. Tras la propuesta anterior, pues, este artículo resulta superfluo.

Art. 366

«Los que, en perjuicio de otros o con ánimo de causárselo, apantaren haber desembolsado el capital social suscrito mediante entregas ficticias o simulación o inflación de aportaciones en especie, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a veinticuatro meses.»

Es, también, reconducible a la propuesta del art. 364. en caso de que no constituya delito de estafa o simplemente falsario.

Sin embargo, puede también defenderse la punición autónoma de esta conducta con independencia del perjuicio-resultado colectivo, dado que en

ese momento suele ser difícil el resarcimiento del perjudicado. Ello no tendría que suponer, sin embargo, la admisión de un tipo de peligro, sino el reconocimiento de que en algunos casos la conducta podría no constituir engaño idóneo a efectos del delito de estafa, aunque el perjuicio sea constatable. Al respecto es importante tener en cuenta que el desembolso del capital social cumple funciones de garantía, y que la apariencia de una garantía o de una garantía «reforzada» no es siempre causa idónea para el acto de disposición patrimonial. Me explico:

Se trata de evitar la simplificación que supone aludir a la «apariencia de haber desembolsado el capital suscrito», ya que las situaciones al respecto pueden ser muy distintas:

Como se sabe, la ley exige el desembolso de una parte del capital suscrito (25 por 100 para las sociedades anónimas) o de una cantidad determinada; por otra parte, hay que tener en cuenta que la cuantía fijada estatutariamente sólo puede alterarse mediante unos específicos trámites legales. En todo caso, como se dijo, el capital social actúa como garantía, y el desembolso refuerza a la misma: por eso no es lícito iniciar la actuación de la sociedad sin tenerlo *plenamente* suscrito y *parcialmente* desembolsado. Pues bien, penalmente hay que atender tanto a la apariencia (desvalorada, indudablemente) de una cuantía *mayor* de la realmente desembolsada, pero que en todo caso parte del efectivo desembolso del mínimo establecido legalmente, como a la apariencia de haber desembolsado, también, o exclusivamente, ese mínimo. La apariencia del desembolso redundante de muy distinta manera e intensidad en un caso o en otro, por lo que su idoneidad a efectos de engañar y causar así el acto de disposición patrimonial es perfectamente diferenciable. Lo mismo cabe decir de las ampliaciones o disminuciones del capital sin someterse a los trámites pertinentes, aunque así se haga creer: no cabe duda de que supone una apariencia fraudulenta o falsaria, generalmente, de muy distinto desvalor e idoneidad a la inicialmente significada de aparentar el desembolso del mínimo legal.

Con todo ello pretendo llamar la atención sobre lo criticable de una serie de aspectos del art. 366 del Proyecto:

1) La indeterminación e injusta generalización que implícita la fórmula de «aparentaren haber desembolsado el capital social suscrito», ya que al exigir la ley la suscripción plena del capital el tipo sólo podría alcanzar a quienes **NO HABIENDO DESEMBOLSADO EL 100 POR 100 DEL CAPITAL SUSCRITO** lo aparentaren. Ello constituye un auténtico contrasentido político-criminal, si se tiene en cuenta que puede parecer más grave aparentar tener desembolsado, p. ej., el 25 por 100 del capital suscrito de una sociedad anónima, por ser esta cuantía una garantía mínima exigida legalmente para el funcionamiento de la sociedad anónima.

2) La restricción de los medios para crear la apariencia a las «entregas ficticias o simulación de inflación de aportaciones en especie». Por una doble razón: porque en este terreno de la suscripción de acciones y su desembolso lo «ficticio» no constituye una categoría pacífica (al respecto es muy clarificadora la detallada legislación francesa al respecto), y porque no se alcanza razón suficiente para dejar fuera del tipo otras formas comisivas igualmente frecuentes. Lo que ocurre es que el Proyecto ha pretendido dirigir

su conminación penal hacia la específica protección de la negociación de las acciones suscritas mediante desembolso en dinero efectivo (acciones de numerario) o mediante aportaciones no dinerarias. Aunque éste sea un motivo destacado para la *incriminación*, no tiene por qué ser el único.

Pero es que, además, el tipo resulta inadmisibile en su redacción actual, por introducir una responsabilidad objetiva al expresar que serán penados los que «en perjuicio de otros o con el ánimo de causárselo», ya que admite la responsabilidad penal por el perjuicio con independencia del «ánimo» (aunque en realidad lo que pretende el Proyecto es mezclar en un solo texto el resultado efectivo (tipo de lesión) y el simple «peligro».

Por otra parte, sigue preocupando especialmente el tema de las revalorizaciones por plusvalías, ya contempladas en la propuesta del art. 364, pero que de mantenerse el tipo del 366 deberían de aludirse específicamente, ya que, normalmente, la materialización de las revalorizaciones suele diferirse bastante (piénsese en las sociedades inmobiliarias, que, al igual que las de seguros revalorizables o con participación en beneficios, suelen contratarse con posibilidad de materialización de esas plusvalías a plazo fijo).

En consecuencia, y como *alternativa a su supresión*, se propone el siguiente texto de trabajo:

«Los que, causando un perjuicio a otro, aparentaren haber desembolsado todo o parte del capital social suscrito o la cuantía fijada legalmente como obligatoria, o bien aparentaren revalorizaciones por plusvalías (?), serán penados con prisión de seis meses a dos años y multa de seis a veinticuatro meses, salvo que constituya delito más grave.»

Art. 367.

«Los que, abusando de firma en blanco o atribuyendo indebidamente el voto a quienes según la ley no les corresponde, consiguieren adoptar acuerdos sociales por una mayoría ficticia en contra de los intereses de la generalidad de los socios, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de seis a veinticuatro meses.»

Este artículo contiene la regulación incorrecta de algo que merece la pena tipificar autónomamente: las conductas no estrictamente defraudatorias o falsarias en contra del *interés social* (no sólo de los socios) mediante el abuso de la real desvinculación existente entre el capital y su gestión, especialmente en las sociedades anónimas. Se trata, pues, de una «parte» del auténtico delito financiero.

Sin embargo, el tipo resulta, tal y como está concebido en el Proyecto, inoperante. El problema principal lo representa la frase «en contra de los intereses de la generalidad de los socios», lo cual no es fácilmente constatable siempre, dado que en las sociedades anónimas este interés sólo podría ser cuantificable a través de las Juntas Generales. En ellas, sin embargo, el accionista (sobre todo en las grandes sociedades anónimas) no hace más que aceptar los datos de la gestión, siempre que éstos no sean escandalosos, en un espectáculo no precisamente participativo. Por ello resulta bastante difícil conformar y deformar el «interés de los socios».

Además, la alusión a la «generalidad» de los socios es bastante falaz en muchos casos, en los que de hecho las mayorías en cuanto a capital constituyen una auténtica mayoría, y por tanto generalidad, concertada y representativa de sus particulares intereses que son, al tiempo, intereses de la «generalidad». Habida cuenta de que una sociedad anónima es más un conjunto de capitales que de personas, la pretensión de protección de la mayoría numérica de socios resulta un contrasentido. Eso sin tener en cuenta que también pueden coincidir mayoría numérica y de capital sin que ello presuponga un interés público protegible.

Además, la fluidez de la vida económica de las grandes sociedades anónimas hace que las prácticas de «abuso» de firma o atribución indebida de voto no tengan que aparecer en sí mismas como perjudiciales definitivamente. De cualquier forma, insisto en que el concepto de «la generalidad de los socios» no constituye un concepto unívoco y unificable, ni tampoco lo es su «interés», que es siempre «aposterirístico» y sólo definible en base a la idea del particular beneficio en su apersonalizada inversión de capital, por lo que constituye un concepto relativo. La pugna abierta entre esta mayoría relativa del capital y la generalidad numérica o globalmente mayoritaria no es fácilmente imaginable más que en los últimos estadios de la crisis fraudulenta de la sociedad. En tal caso la protección penal se ejercería por otras vías, si es que el interés de la «generalidad» de los socios no sigue siendo, a pesar de todo, la sustanciación al margen del Derecho penal de sus pretensiones de mínimo perjuicio.

Por otro lado, el prevalimiento de la posición mayoritaria en una sociedad, al que alude el art. 369, es fácilmente enmarcable en el ámbito conjunto de la protección del «interés social» (que no de la «generalidad de los socios»). En efecto, tanto los tipos contenidos en el art. 367 como 369 deben responder a la protección de un bien jurídico «público»: el interés social en el funcionamiento correcto de estas sociedades, auténtico motor del sistema capitalista. En consecuencia, parece correcto sustituir la estrecha concepción de la protección del «interés de la generalidad de los socios» por la más amplia y adecuada de la protección del interés social, y no sólo de los socios. En este sentido el interés económico del conjunto de la colectividad social se puede identificar con el interés de la propia sociedad anónima. Se trata, pues, de vincular el interés del capital al de la colectividad, sin por ello olvidar que las sociedades anónimas no son, ni tienen que ser, sociedades precisamente filantrópicas.

En resumen, pues, se propone la fusión de los motivos de incriminación de los artículos 367 y 369 del Proyecto en un solo artículo, cuyo texto básico de trabajo sería:

«Los que, prevaliéndose de su posición mayoritaria en una sociedad o mediante la conformación de una mayoría ficticia, ejecutaren acuerdos sociales así seguidos, contrarios al interés u objetivo social, serán penados....»

Art. 368

«Los administradores que, en perjuicio de los socios, utilizaren el capital o los beneficios sociales en su propio provecho o en el de-

otra sociedad o empresa en la que, directa o indirectamente, estuvieren interesados, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de seis a veinticuatro meses.»

Aquí sí resulta, sin embargo, directamente relevante la delimitación del ámbito de los posibles perjudicados, así como la contrapartida subjetiva del beneficio particular, para establecer la correspondiente protección penal. De nuevo la técnica del Proyecto deja mucho que desear dogmática y político-criminalmente. Por varias razones:

1) No hay por qué reducir el ámbito de los sujetos activos a los «administradores».

2) Tampoco hay por qué reducir el del sujeto pasivo a los «socios», ya que se dejan fuera la mayoría de los delitos «bancarios» en perjuicio, fundamentalmente, de los depositarios, etc., o los cometidos en el marco de las sociedades de cartera, de inversión mobiliaria o inmobiliaria, etc.

3) Igualmente inadmisibles resulta la restricción del objeto del delito al «capital o beneficios sociales», con lo que queda fuera toda la problemática que supone la conducta tipificada en el art. 368 del Proyecto, pero referida al *capital o patrimonio de afectación o destino*.

4) Es innecesario aludir al «provecho de otra sociedad o empresa», y criticable en buena técnica jurídico-penal la indeterminación que introducen los términos «directa o indirectamente» en el tipo, así como el de «en la que estuvieren interesados». Por otro lado, de la correcta sustanciación de lo planteado en este apartado se deduce directamente la innecesidad de la última «coletilla» del art. 368 del Proyecto: «salvo que el hecho constituyere delito más grave».

Para la mejor comprensión de la propuesta que se hace al final, es conveniente tener en cuenta algunos aspectos de Derecho comparado.

Con el siempre alto y relativo valor técnico que tiene el P. A. alemán hay que citar su —por lo demás no plenamente satisfactoria— regulación en el parágrafo 183, y que se refiere al que «en el marco de sus facultades de representación dispone de propiedades de la sociedad o cooperativa o contrae obligaciones contrariamente a su deber y en un ámbito relevante».

Por su parte, en el concreto terreno de los delitos bancarios hay que citar el tampoco plenamente satisfactorio art. 38 de la Ley Bancaria italiana, que dispone que «los administradores, liquidadores, directores y miembros de los órganos de supervisión de las entidades bancarias no podrán contraer obligaciones o perfeccionar actos de compraventa, ya directamente, ya por persona interpuesta, con el capital que administran, dirigen o supervisan, si no es con previa deliberación del Consejo de Administración decidida por unanimidad y con el voto favorable de todos los componentes del órgano de supervisión».

A mi entender, ambas regulaciones resultan preferibles a la del Proyecto español, aunque el formalismo de la ley italiana contenga factores para su inaplicabilidad, así como la técnica alemana de la «contrariedad al deber» resulte, asimismo, criticable.

En resumen, la siguiente regulación del delito financiero podría ser útil (lo que no ocurre con la formulación del Proyecto):

«Los directores o administradores que, en beneficio propio y con perjuicio de los socios, depositarios, cuenta-participes o titulares de los valores o capital que administran, contraigan obligaciones o dispongan de propiedades sociales o del patrimonio de afectación, serán penados....»

5.—Propuestas referentes a los delitos contra la Hacienda Pública (Cap. VII).

Art. 370.

En general, el texto del Proyecto ha corregido las numerosas incorrecciones de que adolece el actual art. 319.

Por las razones explicadas en la introducción, considero correcto suprimir las cuantías del marco típico y no aludir a ellas ni siquiera como condiciones objetivas de punibilidad. En coherencia habrá que incluir la opción por la pena de multa, aunque vinculada a la escasa gravedad (no cuantificada) de la defraudación. La necesidad de incluir un párrafo referente a la pena de multa para los supuestos de escasa gravedad se justifica por la importancia político-criminal que tiene mantener la pena privativa de libertad como pena básica para las defraudaciones graves. Por eso no se puede conceder la opción por la multa en todo caso. Sin embargo, parece útil introducir una exclusiva pena «menos grave» (art. 67 del Proyecto) de multa para los supuestos de escasa gravedad que, sin embargo, no lleguen a ser irrelevantes, ya que en este último caso entraría en juego la regulación propuesta en la Parte general (principio de irrelevancia o insignificancia).

Por razones de política criminal que considero irrenunciables, sería importante la desaparición de la alusión a la reincidencia del tercer párrafo del art. 370 del Proyecto, lo que conllevaría la generalización de las consecuencias fiscales allí contempladas. Por pura coherencia habría que suprimir igualmente la alusión del art. 371.

El siguiente texto de trabajo podría ser significativo de cuanto se dice anteriormente:

«El que defraudare a la Hacienda estatal, autónoma o local, mediante la elusión del pago de tributos o el disfrute indebido de beneficios fiscales, será castigado con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a veinticuatro meses, según la gravedad de la defraudación.

Si la cuantía defraudada pudiese de manifiesto la escasa gravedad del hecho, la pena será de multa de tres a doce meses.

A los efectos de determinar la cuantía defraudada... (idem).

Además de las penas señaladas en el párrafo primero, se impondrá... (idem)...

Cuando la autoridad... (idem)....»

II.—DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO

1.—Cuestiones generales de política criminal

Paradójicamente, es en esta materia donde la reforma del Código penal vigente pretendida por el Proyecto se manifiesta no sólo como mera refor-

ma, sino, además, como reforma tímida y formal las más de las veces. Tal parece que la única preocupación hubiera sido la adecuación por disminución de las cantidades de pena. De la misma manera se podría decir que la casi exclusiva preocupación técnico-jurídica (y, por tanto, también, en alguna medida, político-criminal) ha sido la evitación de la fijación de cuantías objetivas como sistema básico para la individualización de las penas, aunque subsistan fundamentalmente como condiciones de la punibilidad referidas a numerosos tipos.

Ambos aspectos son positivos, pero no suficientes. Es preciso dar muchos pasos más en la dogmática y la política criminal de los delitos patrimoniales, especialmente de los de «apoderamiento», hasta conseguir erradicar de su ámbito ese predominio de lo estrictamente moral y de los supuestos «valores objetivos» que caracteriza su regulación. Frente a ello hay que imponer una regulación jurídica que obedezca al no menos estricto estudio político-criminal de la delincuencia patrimonial. Algunos ejemplos podrán ilustrar lo que se pretende decir: no deja de parecer indefendible, por ej., que el legislador siga empeñado en equiparar los ataques al patrimonio mediante violencia o intimidación en las personas a los realizados mediante fuerza en las cosas; o que se mantengan supuestos agravados de hurto en función de algo tan ajeno a la problemática de este delito, de estos «delincuentes», y de la función preventiva de la pena en este delito, como es que el objeto del delito esté destinado al culto, al servicio público o pertenezca a entidades benéficas; o que se mantenga en el Proyecto la figura típica de «robo acompañado (?) de violación». Así se podrían suceder los ejemplos.

En general se impone, pues, un replanteamiento global del tratamiento penal de los delitos patrimoniales, que simplifique su regulación y los jerarquice de forma coherente con la función preventiva de la pena. Hay que evitar el uso y abuso que en el Proyecto se hace de la reincidencia, mediante su supresión, en general.

Por lo demás, hay que dar por reproducidos aquí los planteamientos hechos en relación a los delitos socio-económicos sobre la solución preferida para el tema de las cuantías.

2.—Propuestas en concreto.

Art. 236: Hurto.

Debe reunir también al 237.

A mi entender, el elemento que jerarquiza el robo y el hurto como hechos punibles, es decir, el elemento que fundamente su distinta conminación penal, debe ser la existencia o no de violencia o intimidación en las personas, ya que es el único elemento que supone un cambio cualitativo político-criminalmente para su desvaloración.

En consecuencia, todos los supuestos de fuerza en las cosas deben quedar enmarcados en el tipo de hurto. Resulta poco menos que surrealista, a mi entender, reducir la aplicabilidad del hurto a los supuestos en que no se utilicen llaves falsas, ni haya escalamiento, ni fractura interior o exterior, ni se violen cerraduras, etc. Si se establece un margen de pena a individua-

lizar debe ser, precisamente, para que tengan cabida en él estos y otros supuestos. Lo contrario es invertir el orden de valores en favor del patrimonio frente a los de naturaleza personal, además de convertir en aparente la supuesta reducción de la pena en relación al Código penal vigente. Me explico: interesa destacar la importancia político-criminal que tiene la configuración de un delito más grave en base al peligro o efectiva lesión de bienes jurídicos de naturaleza personal en los ataques contra el patrimonio: parece una lamentable confusión desvalorativa equiparar la violencia e intimidación con la fuerza (grave) en las cosas, tal y como ocurre en el robo tipificado en el Proyecto, además de constituir una dudosa solución en política criminal la equiparación en las penas (pena básica de dos a cinco años).

La solución correcta no puede ser la injustificada «subida» de la pena en los supuestos de violencia o intimidación mediante el delito complejo, sino la unificación de los supuestos en que no exista dicha violencia o intimidación en las personas en una sola figura delictiva (el hurto), lo que permite construir un delito más grave en los casos en que sí se constate esa violencia o intimidación (el robo).

Esta propuesta altera obviamente toda la regulación del Proyecto al respecto, forzando a reunir artículos, a suprimir otros, etc.

Por lo demás, el segundo párrafo del art. 236 debe desaparecer en sus dos partes y del art. 237, que debe incluirse en el 236, sobran (por reiterativos o criticables materialmente) los criterios para la individualización de la pena. Es función que cumple sobradamente la parte general del Código penal. El último párrafo del art. 237 se debe suprimir y sustituir por la fórmula utilizada en los delitos socioeconómicos para los delitos de escasa gravedad por su cuantía.

Por último, los supuestos agravados de fuerza en las cosas se incluirán teniendo como base el art. 246 del Proyecto.

Así, pues, se propone el siguiente texto:

«El que, con ánimo de lucro, toma cosas muebles ajenas sin la voluntad de su dueño (?), será penado con prisión de seis meses a dos años si para la ejecución del hecho no utilizó fuerza en las cosas, y con la pena de prisión de uno a tres años si se apoderó de ellas mediante fuerza en las cosas.

En todo caso, se impondrá la pena superior en grado, respectivamente, si el hecho se cometió llevando armas o si, mediando fuerza en las cosas, se cometiese en casa habitada o en sus dependencias.

Si no se empleó fuerza en las cosas, ni se llevaran armas, y de la cuantía de lo sustraído se dedujese la escasa gravedad del hecho, la pena será de arresto de uno a seis fines de semana o multa de tres a seis meses.»

La consecuencia inmediata de esta regulación sería la necesaria supresión de los artículos 237, 238 y 239, en coherencia con lo señalado al principio. Asimismo, habría que alterar la sistemática del Proyecto, y así, p. ej., en el lugar del art. 237 habría de incluirse la definición de lo que se entiende por fuerza en las cosas, casa habitada, etc., para lo que se utilizarían

como textos básicos los de los arts. 245 y 247 del Proyecto. Por cierto, que la formulación sobre lo que se entiende en Derecho penal por fuerza en las cosas debe someterse a una seria restricción de su contenido, así como a una corrección técnica. Así, por ejemplo, la utilización de llaves falsas o ganzúas no debe incluirse entre los supuestos de fuerza en las cosas, por suponer una extensión desmesurada de ese concepto, que imposibilitaría en numerosísimos casos la aplicación del tipo básico de hurto. Ello es especialmente significativo, como se verá, para la correcta regulación de los supuestos de utilización indebida de vehículos de motor. Por otra parte, tal vez fuera más correcto sustituir la añeja definición de la fractura interior y exterior, en su compleja formulación hecha por el Proyecto (art. 245), por la más sencilla propuesta por Quintano hace años, de «escalamiento, fractura de lugar, puerta u objeto».

Art. 241.—Robo.

En consecuencia con todo lo anterior, el texto del art. 241, o mejor dicho, la regulación del robo, debe limitarse a los supuestos de violencia o intimidación en las personas. El marco penal del Proyecto debe corregirse, agravándose la pena en estos supuestos. Además, se deben contemplar, como tipos agravados, los casos de utilización de armas, que no sólo se deben referir, como hace el Proyecto (art. 243), al «asalto» perpetrado por *dos o más* personas: es suficiente con que una persona utilice armas para que entre en juego el tipo agravado.

El texto básico de trabajo, en consecuencia, sería:

«El que, con ánimo de lucro, se apodere de cosas muebles ajenas mediante violencia o intimidación en las personas, será penado con prisión de tres a seis años.

Se impondrá la pena superior en grado si en la ejecución del hecho el autor o cualquier partícipe, en su caso, utilizase armas.»

Por lo demás, apenas es necesario repetir aquí las múltiples razones existentes para defender la desaparición del delito complejo que sigue contemplando el Proyecto de Código penal en su art. 242. Puede y debe suprimirse en favor del concurso de delitos.

Finalmente, hay que tener en cuenta que la regulación propuesta conlleva la necesaria supresión, ya por estar parcialmente recogidos en los textos propuestos, ya porque entra en colisión con los mismos, de los restantes arts. del Capítulo II del presente Título dedicado a los delitos patrimoniales, y en concreto al robo.

«Utilización de vehículos (de motor) ajenos sin autorización».

(La rúbrica del capítulo del Proyecto alude a la «utilización indebida de vehículos», con lo que parece que se trata de una infracción de un deber o de una utilización no correcta. Sin exagerar, creo pertinente corregirla de forma que se aluda a lo que realmente se quiere perseguir, que es la «utilización de vehículos ajenos sin autorización»).

Art. 250.

Los párrafos tercero y cuarto deben redactarse de forma que sean algo más que una remisión a la pena del hurto, apropiación indebida o robo, ya que la no restitución en 48 horas demuestra la existencia de un ánimo de apropiación o lucro (salvo prueba en contra), por lo que el tipo de hurto con o sin fuerza en las cosas es materialmente aplicable, así como el de apropiación, en su caso. En lo que al robo se refiere, la existencia de violencia o intimidación «actúa preponderantemente junto al hecho de la ajenidad de la cosa, por lo que está plenamente justificada la remisión a las penas previstas en el art. 241 (robo).

El segundo párrafo es muy incorrecto. Resulta caprichoso y en algunos extremos digno de un Derecho penal de resultados: así se puede entender la agravación por los trastornos que cause la sustracción (?) al propietario. Respecto a la agravante de haber utilizado el vehículo para cometer otro delito cabe decir lo mismo, y, además, si lo que se pretende es activar la función preventiva de la pena de forma especial, la agravación resulta totalmente inadecuada (extensión del arresto de 24 a 36 fines de semana). En lo que se refiere a la utilización de fuerza para la comisión del delito de utilización de vehículo ajeno sin autorización la cuestión es un poco más compleja, dado que se suele considerar como tal «fuerza» la utilización de llaves falsas (ganzúas, etc.). Lo cierto, sin embargo, es que —con independencia de la propuesta de art. 238 en que no se incluye este caso entre los de fuerza en las cosas— parece inevitable la utilización de «fuerza» en la sustracción de vehículos para su uso: parece ridículo y político-criminalmente inútil, reducir el ámbito de aplicación del tipo no agravado a estos supuestos. Por eso, la fuerza en las cosas ha de servir exclusivamente para tipificar el hurto, en caso de que la acción admita esa tipificación por constatación del ánimo de apropiación/lucro. Así, pues, se propone la supresión del segundo párrafo del art. 250 del Proyecto.

En consecuencia, el texto quedaría como sigue:

«El que usare automóvil o ciclomotor ajenos sin la debida autorización y sin ánimo de apropiárselos, será penado con arresto de doce a veinticuatro fines de semana.

Si no efectúa la restitución, directa o indirecta, en el plazo de cuarenta y ocho horas se deducirá, salvo prueba en contrario, la comisión de un delito de hurto o apropiación indebida de los arts. 236 y 261, respectivamente.

Si el hecho se cometiere con violencia o intimidación en las personas se impondrán en todo caso, las penas previstas en el art. 241.»

III.—ESPECIAL CONSIDERACION DEL DELITO MONETARIO EN LA NUEVA LEY DE 10 DICIEMBRE 1979 Y EN EL PROYECTO DE CODIGO PENAL DE 1980: ACOTACIONES JURISPRUDENCIALES.

La regulación del régimen jurídico del control de cambios está marcada por la naturaleza progresivamente más intervencionista del Estado en la

economía libre de mercado. Este intervencionismo estatal que, en general, se efectúa en función de intereses de la «economía nacional», se manifiesta aquí en la especial sumisión al control administrativo de los «movimientos de bienes o valores en medios de pago internacionales. susceptibles de afectar a los recursos del Estado, o simplemente a la estabilidad de su moneda», según conocida y constantemente reproducida definición.

En el concreto y específico ámbito penal, las leyes sobre delitos monetarios expresan también esa pretensión estatal de control. Así, todas las figuras típicas del genéricamente denominado «contrabando monetario» presentan, tal y como dice la Sentencia de la Audiencia Nacional de 16 junio 1977, «rasgos comunes y generales, ya que todas ellas tienden a proteger y salvaguardar el ordenamiento monetario regulado por el Estado español, en garantía de los intereses económicos de toda la nación (?), y el que se extiende a actos de comercio y tráfico de moneda».

1. *La cuestión del «bien jurídico protegido».*

Se delimita de esta manera un interés jurídico protegido que, genéricamente, puede identificarse con la «economía nacional», y que se concretaría más en su «ordenamiento monetario» tal y como está regulado en cada momento. A todo ello se refiere la sentencia de la Audiencia Nacional de 27 de mayo de 1977, que entre sus considerandos motivadores de la absolución del inculpaado alude destacadamente a que la conducta allí enjuiciada «no ha sido susceptible de originar perjuicio alguno a la economía nacional». En este mismo sentido hay que aludir al art. 6.º de la Ley de 10 de diciembre de 1979, que se refiere explícitamente a la finalidad de protección subyacente al delito monetario: «cometen delito monetario en perjuicio de la Economía Nacional...». También en este orden de aproximación genérica al bien jurídico protegido hay que tener en cuenta el Proyecto de C. P., que regula los delitos relativos al control de cambios» en el título VIII, instilulado «delitos contra el orden socio-económico».

No se pueden ignorar las razones aducidas por Miguel Bajo en el sentido de delimitar más concretamente el bien jurídico protegido y lesionado, en su caso, hasta identificarlo con el «interés de la Administración pública en el control de los medios de pago internacionales», matizando que «el interés de la Economía Nacional» no sería más que «la finalidad última» o motivo de la incriminación. Por mi parte considero que esa delimitación del bien jurídico es plenamente coherente con una concepción formal del delito monetario; concepción que puede encontrar su fundamento en la propia ley (tanto en la de 1938 como en la de 1979) y en una doctrina jurisprudencial dominante.

Pero precisamente la crítica también debe dirigirse hacia esa naturaleza o carácter formal con que normalmente es analizado el delito monetario, porque de esa crítica dependerá en gran medida el correcto tratamiento jurídico-penal de estas conductas y la solución adecuada para determinados supuestos. Se entra así de lleno en una de las cuestiones fundamentales que se suscitan en relación al delito monetario: la de la autorización administrativa previa como elemento del tipo de gran parte de las figuras delictivas

de contrabando monetario. Sin perjuicio de un ulterior tratamiento más detenido de esta importante cuestión (cfr. infra) hay que señalar ahora que, en efecto, no puede ignorarse, por obvio, que la mayoría de los tipos de delitos monetarios parecen estar contruidos en base a la formalidad de la no existencia de la aludida autorización administrativa, y que en todos ellos, sin excepción, subyace un interés de la Administración en el control formal de los medios de pago internacionales; pero ello no debe llevar a la genérica delimitación técnica del bien jurídico protegido en el delito monetario en función sólo de ese elemento de algunos (la mayor parte) de los tipos o, en todo caso, de ese interés formal subyacente.

En efecto, como decía anteriormente, es exigencia del actual estado del Derecho penal, a mi entender, la evitación de la configuración de delitos cuyo contenido de la antijuricidad sea de naturaleza formal. En este caso ello tal vez se consiga evitar introduciendo el efectivo perjuicio para la economía nacional como elemento del tipo del delito consumado. Aunque, como se verá, esta aportación dogmática debe complementarse con otras elaboraciones paralelas para lograr conseguir el objetivo propuesto, no es menos cierto, sin embargo, que con su simple consideración en los términos propuestos se consigue ya desviar el contenido de la antijuridicidad, la materia de prohibición descrita en el tipo, respecto al simple formalismo de la ausencia de una autorización administrativa previa. Ello implica, a mi entender, que se dan pasos importantes para la solución de la cuestión de la validez o invalidez de la autorización concedida *ex post*. Como se dijo, esta cuestión tiene una importancia capital para determinados supuestos, como son, por ejemplo, los relacionados con la actividad de las empresas de importación y exportación que además se complicarán o simplificarán, respectivamente, según se vaya alejando o aproximando la integración de España en la Comunidad Económica Europea (razón que se suma a otras muchas para fundamentar la opinión —que comparto— de que estos delitos deben quedar fuera del Código penal, por su coyunturalidad en concreto). Piénsese que en los casos aludidos, a título de ejemplo (y en general también), lo que subyace muchas veces a la problemática del contrabando monetario es —aunque no exclusivamente— una cuestión de evasión fiscal, que en numerosos supuestos puede obviarse, sin embargo, mediante la exigencia de *comunicación* de la inversión a la Administración.

Así, pues, la autorización *adva ex ante* no debe constituir el elemento básico sobre el que construir, en todo caso, la teoría sobre el bien jurídico en el delito monetario. Porque, en efecto, en este ámbito la exigencia de una autorización administrativa previa es inútil. Ahora bien, desde la perspectiva de la evitación de la devaluación de la moneda (peseta) es comprensible la exigencia de autorización administrativa previa. En el siguiente sentido: hay que partir de la necesaria intervención del Banco de España para mantener un equilibrio en el cambio, dada la debilidad de nuestra moneda como medio de pago internacional. La actuación estatal al respecto sólo puede ser la de comprar (con divisas) pesetas colocadas en el mercado internacional. De ahí se deduce un doble interés del Estado: por un lado en la persecución de conductas que engrosen ilegalmente la cantidad de pesetas en dicho mercado; por otro lado, en la de aquellas

ótras que reduzcan, también ilegalmente, la disponibilidad de divisas. Sólo en el caso de que el atesoramiento de divisas por parte del Estado fuese cómodo podría pensarse en liberalizar el sistema de control de cambios. Ello ocurre en España sólo coyunturalmente, dado el raquitismo de nuestras exportaciones y la magnitud, sin embargo, de nuestras importaciones.

Sin embargo, tampoco esta óptica de evitación de la devaluación justifica, a mi entender, la delimitación del bien jurídico protegido en función exclusivamente de ese elemento formal de algunos tipos (autorización administrativa o su ausencia) fundamentado en el ya aludido interés subyacente y coyuntural.

Y es que, en general, no se debe seguir manteniendo una concepción formal de la antijuricidad o, mejor dicho, la diferencia entre concepto formal y material de delito debe superarse; se deben dar pasos efectivos para la delimitación material entre delito e infracción administrativa.

Me explico: cuando el artículo 10.1 de la Ley de 1979 configura infracciones administrativas «graves» en función de la exclusiva ausencia de autorización administrativa, es porque está considerando, obviamente, que con cualquier infracción de las *normas* reguladoras del control de cambios se está conculcando el «interés de la Administración en el control de los medios de pago internacionales» (interés que Miguel Bajo considera, como se vio, como bien jurídico). Sin embargo, sólo cuando el objeto del delito supera los dos millones de pesetas (art. 6.º) la infracción pasa a considerarse delictiva. Pues bien, estos dos datos interrelacionados extraídos de la ley pueden interpretarse material o formalmente.

En un sentido formal habría que decir que tanto la conducta tipificada como infracción administrativa, como la que lo está como delito, lo son en función del ataque a un mismo bien jurídico (interés de la Administración en el control de cambios), pero que, dado el carácter fragmentario del Derecho penal éste sólo se ocupa de los ataques más graves, lo cual se delimita OBJETIVA y FORMALMENTE en base al dato de la cuantía objeto del delito.

En un sentido material, sin embargo, esa explicación resulta insatisfactoria: no se puede explicar formalmente el carácter fragmentario del Derecho penal. ¿Cómo puede depender la diferencia entre delito e infracción administrativa del dato objetivo de que el objeto del delito oscile entre los dos millones y algunas pesetas, o sea, de un millón novecientas noventa y nueve mil pesetas? Sólo cabe una interpretación material satisfactoria frente a ese predominio de lo «caprichoso»: ambas conductas conculcan el «interés de la Administración en el control de los medios de pago internacionales», pero sólo cuando por cuantía se demuestra una especial gravedad de la conducta para el *interés de la economía nacional* la infracción puede y debe considerarse delictiva. Porque en este caso el bien jurídico lesionado es algo más que el mero «interés de la Administración en el control de los cambios».

Ahora bien, si se admite esta interpretación material del delito resulta evidente que el criterio delimitador en base a la fijación de una cuantía determinada debe considerarse inadecuado, puesto que como máximo permite una orientación respecto a lo que coyunturalmente es considerado como demostrativo de una especial gravedad de la conducta, es decir, lesivo; en

su caso, del bien jurídico protegido «interés de la economía nacional». Por ello la supresión de la alusión a la cuantía es perfectamente posible y deseable, siempre y cuando se elabore el delito sobre la materialidad del interés de la economía nacional (sobre propuestas de lege ferenda al respecto, cfr. infra).

Pero retomando el tema que preocupaba inicialmente de la evitación del formalismo en la configuración del delito y, por tanto, del bien jurídico protegido (formalismo de que hacen gala tanto la reciente ley como el proyecto del Código penal), debe concluirse, pues, que es posible y deseable una concepción material de la antijuricidad típica que tenga por base la conducta del sujeto activo, y en la que el bien jurídico protegido sea el «interés de la economía nacional».

¿Qué hacer, entonces, con el elemento de la «ausencia de autorización administrativa previa», si ya no es el que define el contenido de la antijuricidad junto a la cuantía señalada como delictiva? ¿Qué consecuencias tiene esa interpretación para la validez o invalidez de la autorización administrativa ex post a efectos de impunidad? ¿Cómo sustituir el criterio de la cuantía determinada como método de delimitación entre delito e infracción administrativa (grave)?

2. *La ausencia de autorización administrativa previa. Problemática de la autorización posterior. El dolo.*

Ni la jurisprudencia ni la doctrina ofrecen la más mínima duda sobre la caracterización de la ausencia de autorización administrativa como elemento del tipo en el delito monetario. Así se constata en los tipos referentes a la importación y exportación de cualquier medio de pago o crédito, o en aquellos relativos a adquisiciones onerosas de bienes o derechos patrimoniales o crediticios en el extranjero (núms. 8, 14 y 19 del artículo 1 de la Ley de 1938; artículo 6 A) tercero, de la Ley de 1979; artículo 372 A) tercero del Proyecto de C. P.), o a la realización o aceptación de pagos en pesetas (generalmente mediante la utilización ilícita de cuentas corrientes) de los núms. 15, 16 y 17 del artículo 1 de la Ley del 38 y artículo 6 A) cuarto de la del 79 (artículo 372 del Proyecto de C. P.); que explícitamente aluden a ese elemento de la ausencia de autorización administrativa. Otros muchos tipos aluden también a dicho elemento, y la generalidad de ellos se conforman en base a la infracción de una determinada regulación administrativa sobre el control de cambios.

La jurisprudencia, por su parte, se ha manifestado estrictamente formalista al respecto, siendo suficiente, en general, la constatación de la ausencia de autorización en el ámbito de las conductas típicas para motivar una sentencia condenatoria. Ello es especialmente frecuente en el supuesto del número 16 del artículo 1 de la Ley de 1938, en el que la mera existencia de un ingreso en pesetas en la cuenta de un no residente, sin autorización del órgano competente, fundamenta la responsabilidad criminal: así, por ejemplo, la sentencia 18 mayo 1977 («y con el fin de satisfacer dicha cantidad en pesetas, transfirió dicha suma a favor de una cuenta corriente en pesetas ordinarias, sin contar con la necesaria autorización adminis-

trativa»); lo mismo ocurre en los supuestos comprendidos en el número 17 de la citada Ley y artículo («procedió a la apertura de tres cuentas corrientes en pesetas normales; no obstante, su condición de no residente, sin haber obtenido la autorización previa..., efectuó operaciones de ingreso y abono, movilizándolo el saldo... *consistiendo la antijuricidad de su conducta en realizar tales operaciones dinerarias sin haber solicitado la autorización que se requería...*»); igualmente significativa resulta la ya citada Sentencia de 27 mayo 1977, en relación a la exportación de billetes (núm. 12 del artículo 1 de la Ley de 1938): «ya que tal falta de autorización es *elemento integrante del tipo* de los delitos referenciados...».

Por otra parte, en lo que se refiere al momento de la autorización administrativa, la doctrina y la jurisprudencia casi unánimes se han manifestado con absoluta claridad respecto a la exigencia típica de que la autorización sea previa: así lo recibe la Ley de 1979 (art. 6) con carácter general (en la Ley del 38 también se aludía al carácter previo de la autorización en determinados tipos (núm. 8), aunque en otros aludía simplemente a «sin mediar autorización» o «sin autorización»). En todo caso parece lógico interpretar los términos legales en el sentido indudable de que el elemento al que se alude en el texto legal es la ausencia de autorización administrativa *previa*. Así lo tiene reconocido también la jurisprudencia: «es menester que se demuestre que la autorización administrativa... no se haya concedido, ya que tal falta de autorización es elemento integrante del tipo...» (S. Aud. Nac. 27 mayo 1977, núm. ...). En puridad dogmática, así opina también Miguel Bajo.

Ahora bien, la jurisprudencia últimamente citada prosigue: «... y la constancia de que tal licencia fue *solicitada* en su día por el obligado a ello implica también que la actuación enjuiciada aparece ausente de dolo..., en su actuación no puede presumirse *conciencia alguna de ilicitud...*, su aprobación en su día por el competente órgano administrativo *ha venido a revestir de legalidad las actuaciones enjuiciadas... que no han sido susceptibles de originar perjuicio alguno a la economía nacional al haberse obtenido con posterioridad la correspondiente autorización* del Ministerio de Industria...».

Así, pues, al tenor de la sentencia (que no puede considerarse doctrina jurisprudencial aislada), por un lado no existe dolo-conciencia de la antijuricidad cuando, tratándose de un contrato legal y autorizado (lo que suele implicar la autorización para la correspondiente exportación monetaria), es constable la existencia de una solicitud —todavía no resuelta— de autorización para hacer la aludida exportación de moneda. Y además, por otro lado, la autorización *ex post* convierte en «legales» las conductas por ausencia de perjuicio para la economía nacional.

Se trata de dos cuestiones o argumentaciones perfectamente diferenciables, aunque puedan tener, como se verá, una continuidad.

El primer argumento resulta francamente inadmisible desde la perspectiva jurisprudencial de la teoría del dolo, ya que el hecho de haber tramitado la pertinente solicitud debería ser demostrativo, precisamente, de la conciencia del actuar antijurídico que supone exportar moneda sin esperar a la autorización o respuesta afirmativa a esa solicitud. Lo máximo que se podría

argumentar es un error de prohibición, en el sentido de que se creyese que era suficiente la solicitud y la aprobación anterior del contrato que la sustenta. Pero no es ése el caso, ni por tanto la argumentación utilizada por el tribunal.

Parcialmente distinto podría ser el panorama si se intentase la aplicación de la teoría de la culpabilidad que, como se sabe, es la que —según entender generalizado— mantiene el Proyecto de C. P. Aunque, si se sigue considerando la ausencia de autorización administrativa como elemento del tipo legal, tampoco esta teoría es capaz de fundamentar la inexistencia de dolo en los supuestos en que la autorización administrativa se produce con posterioridad. Y no es capaz porque el dolo, que tiene que referirse a los restantes elementos del tipo legal, habría captado (en estos supuestos en que existe la solicitud, pero no la respuesta afirmativa a la misma por parte de la Administración) el elemento típico de la «ausencia de la autorización», por lo que no podría hablarse de inexistencia de dolo por error sobre circunstancias del hecho pertenecientes al tipo legal (error sobre el tipo). Pero sobre los problemas de error y de la caracterización dogmática de la «ausencia de autorización administrativa previa» se vuelve ulteriormente (cfr). Interesa ahora retomar el hilo de las argumentaciones de la citada sentencia. Se decía que el argumento de la inexistencia de dolo por haber presentado el autor la solicitud parece dogmáticamente indefendible.

Ahora bien, al hilo de la segunda argumentación de la sentencia, se podría intentar desde la teoría de la culpabilidad afirmar la posible ausencia de dolo por no pretensión de lesión de un interés. Tal interpretación es, desde mi punto de vista, incorrecta, ya que entiendo —con un amplio sector doctrinal— que el conocimiento de los elementos del tipo legal (dolo del tipo) conlleva inevitablemente la conciencia de la lesión de un interés. Sin embargo, esta vía de pensamiento puede acercarnos a la solución correcta de estos supuestos y a la consiguiente delimitación de la validez penal de la autorización administrativa concedida *ex post*.

Obsérvese, en efecto, que la Sala viene a decir, en resumen, que no existe *ilegalidad* (antijuricidad tipificada), dada la efectiva ausencia de lesión del bien jurídico protegido, a pesar de haberse consumado la acción típica (por haberse exportado moneda sin la debida autorización previa). No se trata aquí ya, pues, de una ausencia de dolo (lo que ya ha sido criticado, y que además, desde la óptica jurisprudencial, equivaldría a la negación de la *culpabilidad* dolosa, en su caso), ni tampoco de una falta de dolo del tipo, en el sentido de inexistencia de pretensión de la lesión de un interés, dado que, como se dijo, el conocimiento-volición de los elementos del tipo implica la consiguiente conciencia-volición de la lesión de un interés.

Sin embargo, creo mantenible la validez de la autorización administrativa *ex post* para conceder «legalidad» a la conducta, por una doble vía, sugerida por el tenor de dicha sentencia.

Una vía es la de negar —con otras argumentaciones— que efectivamente en tales supuestos de autorización posterior exista dolo y, por tanto, tipo doloso. Y ello porque considero el resultado-lesión del bien jurídico (interés de la economía nacional) como elemento típico al que ha de referirse, como conocimiento y volición, la intención del sujeto activo. Si se entiende, pues,

que el delito no se rellena formalmente en su antijuricidad; si se admite, tal y como he propuesto anteriormente, que el bien jurídico no es de naturaleza formal, sino material, podrá concluirse que la no pretensión de realizar la lesión del bien jurídico ha de equivaler a la inexistencia de dolo. Así ocurriría en muchos supuestos en los que la ausencia de autorización previa es exclusivamente demostrativa del incumplimiento de un requisito formal. La prueba sería, precisamente, la existencia ulterior de la citada autorización, lo que equivale a afirmar que la Administración reconoce la conducta como materialmente correcta. Se suscribe así, por tanto, la traslación al Derecho penal del control de cambios, que tanto tiene que ver con el Derecho administrativo, de la argumentación administrativa, de que la autorización posterior no afecta al interés público, siempre y cuando no se haya dictado sentencia firme, porque en este caso lo impediría el obstáculo formal de la cosa juzgada.

Pero existe una segunda vía, a mi entender mucho más sugestiva, pero que implica una serie de propuestas de lege ferenda, lo cual no me parece desacertado si se tiene en cuenta que el C. P. está todavía en fase de Proyecto, y si éste pretende regular el delito monetario en los mismos términos que la actual ley sobre régimen jurídico del control de cambios.

Se trata de reconocer en la declaración jurisprudencial de que la autorización posterior reviste de legalidad las actuaciones por no haber sido susceptibles de originar perjuicio alguno en la economía nacional, en el sentido de la admisión en Derecho penal español del principio de irrelevancia o insignificancia. Ello supone, obviamente, al tiempo, el reconocimiento de la naturaleza material del delito.

Me explico: ya antes se dijo, al tratar del problema que suponía la fijación de una cuantía determinada como medio para delimitar la infracción administrativa del delito, y la naturaleza formal que implica ese método, que si se querían dar pasos efectivos en la solución material de las cuestiones suscitadas en torno al delito monetario (o patrimonial, o socio-económico, o incluso en general) no sólo había que ordenar el perjuicio a la economía nacional en el tipo, y considerar el interés de la economía nacional como bien jurídico protegido, sino que, además, había que sustituir el método de «cuantías» (más de dos millones de pesetas, en el delito monetario) por una fórmula que resolviese materialmente el problema del concepto del delito frente a la infracción administrativa.

Esa fórmula que, insisto, ha de sustituir a la de las cuantías (en general) y que, en el caso concreto del delito monetario ha de sustanciar además correctamente el tema de la autorización administrativa ex post, se compone de dos estados: por un lado habría que introducir en el Libro I del Código Penal (Parte General) el reconocimiento del principio de «irrelevancia» o «insignificancia», de forma que venga a confirmar que *no existe delito cuando la acción corresponde al texto literal del tipo legal, pero, sin embargo, «las repercusiones del hecho sobre los derechos o intereses de los ciudadanos o de la sociedad (y la culpabilidad del autor) son irrelevantes»*. Por otra parte, y para sustanciar el concreto problema de las escasas cuantías (Bagatelldelikte) en determinados delitos, habría que imponer una fórmula distinta a la tradicional entre nosotros de la división entre delito y falta

(método igualmente formal y criticable). La solución podría ser recurrir a una pena leve (cfr. art. 67 del Proyecto C. P.), generalmente de multa, para los casos en que *de la cuantía se deduzca la escasa gravedad del hecho*.

Retomando el tenor de la sentencia que nos sirvió de base para intentar un nuevo tratamiento del problema de la autorización posterior, parece fundamentable, como conclusión, la ausencia de dolo en tales casos, en los términos ya vistos, o mejor la irrelevancia de la conducta por efectiva ausencia de lesión del bien jurídico protegido.

De ello se deduce, inicialmente, que la naturaleza jurídica de la autorización previa es distinta a la de la autorización posterior. Ahora bien, ¿es realmente la autorización previa (o su ausencia) un elemento del tipo del delito monetario? ¿Es satisfactoria esa dogmática unánimemente admitida para sustanciar los problemas de error?

3. *La autorización administrativa (previa) como «momento especial de la antijuricidad» El dolo y su presunción en el delito monetario.*

Según opinión generalizada y aquí mantenida sobre el dolo del tipo, éste es conocimiento-volición de las circunstancias del hecho pertenecientes al tipo legal. Luego el error sobre cualquiera de ellas impide la afirmación del tipo doloso, subsistiendo, sin embargo, la posibilidad de que se haya realizado el tipo imprudente, si es que el error era evitable. El dolo no tiene que ver, pues, con el conocimiento de la antijuricidad del hecho (en su caso, error sobre la prohibición), aunque el conocimiento del tipo por parte del sujeto activo permite afirmar que se ha actuado una «función de llamada» del tipo: llamada al sujeto sobre la posible prohibición de su acción típica.

En base a estos presupuestos se intentará dar una solución aceptable a la caracterización dogmática de la ausencia de autorización administrativa previa, al tiempo que a los problemas de error, ya de tipo, ya de prohibición. Pero antes es imprescindible detenerse brevemente en la solución jurisprudencial de estas cuestiones, vinculada lógicamente a la teoría del dolo.

Ni de la Ley del 38 ni de la del 79, ambas en relación forzosa con el sistema de la imprudencia en el vigente C. P., puede deducirse la imposibilidad de la comisión imprudente (culposa) de los delitos monetarios. Lo cierto, sin embargo, es que la jurisprudencia no se ha ocupado de este tema. Por el contrario, es frecuente encontrar alusiones explícitas en numerosas sentencias a la «presunción de voluntariedad» establecida en el artículo 1 del C. P. (entendiendo la «voluntariedad» como comprensiva del dolo y de la culpa —así, por ejemplo, Sentencia de la Audiencia Nacional de 18 mayo 1977—, para acto seguido dilucidar supuestos de error sobre el tipo o sobre la prohibición.

En consecuencia, resulta normal en la praxis jurisprudencial tomar el punto de partida de la presunción del dolo en el delito monetario, es decir, desde la óptica dominante, de la culpabilidad dolosa. Por lo demás, la doctrina jurisprudencial sobre el error es, como es sabido, poco rigurosa, fundamentalmente por la constante confusión entre el error sobre el tipo y el que versa sobre la prohibición. Al concluir ambos en la exclusión del

dolo, según la teoría dominante, es frecuente encontrar mezclas argumentaciones sobre uno y otro error, conjuntándose, a veces, en una misma razón absolutoria por falta de «intención de delinquir».

En concreto, es norma la afirmación de la irrelevancia del error sobre la prohibición (es decir, según expresión jurisprudencial, la no ruptura de la presunción «*iuris tantum*» de voluntariedad que establece el art. 1 C. P.) cuando se trata de personas dedicadas habitualmente a las transacciones internacionales (cfr. S. Aud. Nac. de 7 junio 1977). Por el contrario, cuando el inculpaado no detenta dicho «status», el tribunal puede ponderar las peculiaridades del caso, dando relevancia excluyente del dolo a la firme convicción en la juricidad de la conducta por parte del autor. Esta praxis ha conducido a una concepción preponderantemente formal, de nuevo, del conocimiento de la antijuricidad y de la antijuricidad misma, ya que ésta se hace depender —según expresión jurisprudencial— «en gran medida de normas no penales de difícil conocimiento para personas que no intervienen habitualmente en transacciones internacionales». Este formalismo en el tratamiento de la antijuricidad y su traslación al terreno de la culpabilidad, a través de la solución de los casos de error, hace que no sea de extrañar que la solución de los supuestos de error sobre el tipo (por ejemplo, sobre la cualidad de no residente del titular de una cuenta corriente) guarde un estricto paralelismo con la que se ofrece respecto al error sobre la prohibición: es decir, que también en los supuestos de error sobre el tipo alude la jurisprudencia a la presunción de voluntariedad establecida en el artículo 1.º C. P. En ambos casos se excluye, en su caso, el dolo (la voluntariedad), sin que, por lo demás, haya interesado a la jurisprudencia, especialmente la investigación de la evitabilidad o no del error a efectos de la imprudencia (culpa).

Esta construcción jurisprudencial resulta, en general, insatisfactoria. En concreto se muestra incapaz de resolver correctamente la cuestión del error sobre el elemento de la «ausencia de autorización administrativa», tal y como se puede comprobar cuando se intentan abordar supuestos como el que ocupó al tribunal en la Sentencia de 27 mayo 1977: es perfectamente posible que una persona que se dedica habitualmente a las transacciones internacionales confíe firmemente en la juricidad (material) de su conducta», cuando tiene la convicción de que la autorización que ha solicitado será concedida, aunque con ulterioridad a la exportación de moneda; ese error sobre la prohibición puede ser relevante en sede de culpabilidad, a pesar de tratarse de una persona dedicada a la exportación e importación. Pero es que el supuesto contrario también es demostrativo de la incorrección de la solución jurisprudencial: una persona que no se dedique habitualmente a esas transacciones puede creer que la solicitud a la que la Administración no responde explícitamente equivale a la autorización de una determinada operación monetaria. Se trataría, entonces, de un error sobre el tipo, según doctrina unánime, lo cual no quiere decir que se desconociese la prohibición de exportar moneda sin autorización ni que no deba investigarse sobre la evitabilidad de ese error, a efectos de imprudencia.

Para llegar a una solución más correcta lo primero que se impone, a mi entender, es acabar con la unánime consideración de que la «ausencia de

autorización administrativa previa» es un elemento del tipo. La demostración de que el cambio de caracterización dogmática es posible parte de la convicción de que ese elemento es perfectamente sustituible por la expresión de «ilegalmente»: «cometen delito monetario los que *ilegalmente...*» (en vez de «los que sin la debida autorización administrativa»). Esta no dificultad en la sustitución de un término por otro pone de manifiesto que, en realidad, esa expresión del texto legal, más que un elemento del tipo, es lo que desde Welzel se viene en denominar un «especial momento de la anti-juricidad». Estos «momentos» o elementos se caracterizan, a diferencia de los elementos del tipo legal, porque su conocimiento implica que el autor conoce también la total antijuricidad del hecho. Por eso el error al respecto no puede considerarse un error sobre el tipo, sino sobre la prohibición. La consecuencia es que en caso de ser inevitable ese error quedará excluida la *culpabilidad*, en tanto que, de ser evitable, nada impediría la afirmación de que se ha realizado el tipo doloso (es decir, de que se ha actuado con conocimiento y volición de los elementos del tipo objetivo), aunque sea posible, en tal caso imponer la pena inferior por culpabilidad disminuida.

Parece claro —desde mi punto de vista— que esta dogmática es capaz de introducir elementos de generalización frente al casuismo que caracteriza, como se ha visto, a las soluciones actuales. No cabe duda de que cada caso concreto seguirá presentando sus peculiares dificultades de prueba. Pero no es menos cierto que es preciso corregir el confusiónismo de las sentencias actuales sobre el error. Además, con independencia de la aceptación o no de la propuesta respecto a la caracterización de la «ausencia de la autorización administrativa previa» (es decir, del elemento «ilegalmente», según propongo), lo cierto es que se impone una solución que, en caso de progresar la propuesta del Proyecto de C. P. sobre el error, no puede ser otra que la de la teoría de la culpabilidad, a pesar de que existen dudas fundamentadas sobre la efectiva adscripción del Proyecto a esta teoría.

Otra importante razón en favor de la solución apuntada es la regulación que hace el Proyecto de la imprudencia. En efecto, al no ser punible la imprudencia más que cuando se contemple específicamente por la ley, se comprobará que el número de delitos que admiten el tipo imprudente es muy reducido; y entre los que no está prevista la punición de la imprudencia hay que contar a los delitos monetarios. Pues bien, si se sigue manteniendo que la ausencia de autorización administrativa es un elemento del tipo, es decir, que el error sobre él es un error sobre el tipo, se estará dejando abierta una puerta a la impunidad generalizada, ya que lo máximo que podría afirmarse en esos casos de error sería la existencia de imprudencia (por evitabilidad del error), y ésta sería impune, por no estar específicamente contemplada. No cabe más solución, pues, a mi entender, que considerar ese error, en todo caso, como un error sobre la prohibición, y terminar definitivamente con tan reiterada por la jurisprudencia presunción de «voluntariedad» (culpabilidad): *la pena*.

No quisiera terminar estas notas sobre el delito monetario sin aludir, si quiera brevemente, al sistema de penas que imponen la nueva ley y el Proyecto de C. P., así como a algunas particularidades de naturaleza procesal.

De un sistema asentado sobre la pena de multa como básica, y la de

comiso, si ésta fuese posible, a las que el juez podía adicionar la de prisión hasta un máximo de tres años (art. 7 de la Ley de 24 noviembre 1938), y en el que se contempla la prisión subsidiaria hasta un año por insolvencia (aunque, en realidad, sólo ha funcionado la pena de multa, excepto para el «maletero»), se pasa en la nueva Ley de 10 diciembre 1979 al sistema que se podría denominar «inverso», y que consiste en la pena privativa de libertad y multa para cuantías superiores a los cinco millones de pesetas y, en escala descendente, en la pena de multa, exclusivamente, para las también delictivas cuantías superiores a los dos millones, pero inferiores a cinco. Estas penas pueden considerarse producto de la progresiva agravación, según la cuantía del contrabando, que se inicia en las sanciones administrativas pecuniarias para infracciones administrativas leves y graves (arts. 10 y 11 de la Ley del 79). Se puede decir, en general, que se ha corregido la escandalosa benignidad de las penas que caracterizó a la Ley de 1938.

Sin embargo, el sistema no es, ni mucho menos, satisfactorio. Al margen de la propuesta hecha anteriormente para la sustitución del método de las cuantías para delimitar penas entre sí, o bien respecto a las infracciones administrativas, al margen de ello —digo— es insatisfactorio el hecho de que la pena básica siga siendo de naturaleza pecuniaria. Con el decomiso previsto en el C. P. y en la propia ley, y con la adición de una multa, se consigue ciertamente un efecto preventivo, pero resulta insuficiente, además de privilegiado comparativamente. En todo caso la pena básica debe ser privativa de libertad. En este sentido parece mucho más correcto el sistema que impone el Proyecto de C. P., ya que conmina con pena privativa de libertad de uno a seis años y multa de ocho a veinticuatro meses (art. 373) la realización de los hechos tipificados como delito monetario en el art. 372. De esta forma el Proyecto evita, además, ese trasnochado casuismo (uso y abuso del sistema de las «cuantías») que caracteriza a la vigente ley sobre régimen jurídico de control de cambios. Sin embargo, la pena privativa de libertad es comparativamente desproporcionada en el Proyecto de C. P. en relación a los restantes delitos contra el orden socio-económico, por lo que sería de desear su reducción hasta esos términos medios (prisión entre seis meses y tres años).

Tal vez lo más interesante al respecto, como innovación, sea la explicitación en la nueva ley de una serie de causas de atenuación de la responsabilidad criminal (pena inferior en un grado), y que se recogen igualmente en el Proyecto de C. P. (art. 374). Abstracción hecha de la disminución de la pena en función de la «personalidad del culpable», que podría y debería desaparecer, el resto de las causas tienen una impronta marcadamente utilitaria y posibilista de efectos positivos en política criminal. Así hay que entender la disminución de la pena por reparación o disminución de los efectos del delito, y la repatriación del capital. En el fondo todas ellas podrían reconducirse a la genéricamente contemplada en primer lugar (número 4 del art. 7 de la Ley de 1979): «los tribunales, teniendo en cuenta la trascendencia económica del hecho para los intereses sociales...».

Aunque en la Ley de 1938 no se contemplaban específicamente esas causas, no es menos cierto que la amplitud que concedía el art. 6 al juez para la apreciación de atenuantes (y agravantes) ha llevado a considerar como más

frecuentes las causas de atenuación ahora explicitadas legalmente. La jurisprudencia siempre ha considerado, efectivamente, dichas conductas de restitución o repatriación como atenuatorias de la pena de multa (?).

4. *Organo competente. Las potestades administrativas.*

La Ley de 24 noviembre 1938 extrajurisdiccionalizó el enjuiciamiento del delito monetario al crear el juzgado y tribunal de delitos monetarios. En efecto, éstos no eran más que organismos administrativos, pero con capacidad punitiva, a los que rodeaba una compleja organización de investigación y control de los cambios: Ministerio de Orden Público y sus delegaciones y Comité de Moneda Extranjera, con su Cuerpo de Investigación y Vigilancia.

La absoluta libertad procesal a la que se refiere la Ley del 38 (art. 16) no era más que la especificidad más anacrónica del sistema. Pero no era la única: también concedía a los funcionarios del citado comité potestades de registro y examen de contabilidades, que no estaban sujetas ni siquiera a la previa autorización del órgano judicial (?) de delitos monetarios, sino a la simple decisión previa del propio órgano administrativo. Se producía así una auténtica sustanciación en el marco administrativo de la investigación y punición de las conductas «delictivas».

Esta situación cambió relativamente con el Real Decreto Ley de 4 enero 1977, que creó los Juzgados Centrales y la Audiencia Nacional, en sustitución del vergonzante Tribunal de Orden Público, y atribuyó a estos órganos jurisdiccionales (especiales) la competencia sobre delitos monetarios, entre otros, según términos que se reformularon ulteriormente por Real Decreto Ley de 23 noviembre 1979. Con ello se consiguió corregir un defecto fundamental de la Ley del 38 hasta entonces vigente, al jurisdiccionalizar la competencia. Subsistieron, sin embargo, tanto la absoluta libertad procesal del no derogado artículo 6 de la Ley de 1938 como las potestades de actuación extrajudicial de los órganos administrativos especiales, en orden a la investigación y prevención de las actuaciones relativas al control de cambios. Por otro lado, el propio tribunal (Audiencia Nacional) es un órgano especial en función de la competencia, por lo que sigue siendo criticable. Sin embargo, hay que decir que en lo que a la libertad procesal se refiere, la propia Audiencia Nacional se ha autolimitado, asumiendo, como era obligado, los términos establecidos por la L. E. Cr. (cfr. S. de 3 marzo 1977).

Parte importante de estas especificidades criticables se han reproducido en la Ley de 10 diciembre 1979, ya que no sólo sigue atribuyendo la competencia a la Audiencia Nacional, sino que también mantiene una trasnochada atribución de competencias no sometidas plenamente a control judicial en favor de la ahora denominada Comisión de Vigilancia de las Infracciones del Control de Cambios.

En efecto, resulta inadmisibles, a mi entender, que estos órganos administrativos puedan «llevar a cabo por propia iniciativa actuaciones de investigación cerca de los particulares» (art. 17.2), que comprenden, además, «el acceso a los establecimientos o lugares en los que las personas físicas o jurídicas sometidas a investigación desarrollen actividades que pudieran ser

constitutivas de delito monetario, con el fin de practicar registros y examinar toda clase de documentación relacionada...» (art. 18), si bien en lo que se refiere a la entrada en lugar cerrado es preceptiva la autorización judicial (art. 18.2). La remisión al Reglamento ulterior (art. 18.3) para la regulación del procedimiento de realización de dichas actuaciones «de forma que su eficacia no se logre en perjuicio de la dignidad y de los derechos de la persona», resulta poco tranquilizante, de momento. Es de esperar, pues, que se reconduzcan mientras tanto a los términos generales del Derecho Procesal Penal. Por último, considero necesario que se produzca la atribución de competencia a la jurisdicción ordinaria, aunque en función de la especificidad de la materia sería conveniente la existencia de un órgano administrativo de asesoramiento y colaboración con la autoridad judicial en materia de control de cambios.

TRATADOS

INSTRUMENTO de ratificación de 14 de marzo de 1980 del Tratado de Extradición y Asistencia de Mutua en Materia Penal entre el Reino de España y los Estados Unidos Mexicanos, firmado en México, D. F., el 21 de noviembre de 1978. («Boletín Oficial del Estado» núm. 145, de 17 de junio.)

DON JUAN CARLOS I

REY DE ESPAÑA

Por cuanto el día 21 de noviembre de 1978, el Plenipotenciario de España firmó en la ciudad de México, juntamente con el Plenipotenciario de México, ambos nombrados en buena y debida forma al efecto, el Tratado de Extradición y Asistencia Mutua en Materia Penal entre el Reino de España y los Estados Unidos Mexicanos.

Visto y examinados los cuarenta y tres artículos que integran dicho Tratado.

Aprobado su texto por las Cortes Generales y, por consiguiente, *Autorizado* para su ratificación,

Vengo en aprobar y ratificar cuanto en él se dispone, como en virtud del presente lo apruebo y ratifico, prometiendo cumplirlo, observarlo y hacer que se cumpla y observe puntualmente en todas sus partes, a cuyo fin, para su mayor validación y firmeza, *Mando* expedir este Instrumento de Ratificación firmado por Mí, debidamente sellado y refrendado por el inscrito Ministro de Asuntos Exteriores.

Dado en Madrid a catorce de marzo de mil novecientos ochenta.

Tratado de Extradición y Asistencia Mutua en Materia Penal entre el Reino de España y los Estados Unidos Mexicanos

El Rey de España y

El Presidente de los Estados Unidos Mexicanos,

Conscientes de los estrechos vínculos existentes entre ambos pueblos, deseosos de promover una mayor cooperación entre los dos países en todas las áreas de interés común y convencidos de la necesidad de prestarse asistencia mutua para promover a la mejor administración de la justicia,

Han resuelto concluir un Tratado de Extradición y Asistencia Mutua en Materia Penal y, al efecto, han nombrado Plenipotenciarios:

El Rey de España al señor Marcelino Oreja, Ministro de Asuntos Exteriores;

El presidente de los Estados Unidos Mexicanos al señor Licenciado Santiago Roel, Secretario de Relaciones Exteriores,

Quienes (después de haberse comunicado sus plenos poderes hallados en buena y debida forma), han convenido lo siguiente:

TITULO PRIMERO

Extradición

ARTICULO 1

Las Partes contratantes se obligan a entregarse recíprocamente, según las reglas y bajo las condiciones determinadas en los artículos siguientes, los individuos contra los cuales se haya iniciado un procedimiento penal o sean requeridos para la ejecución de una pena privativa de libertad impuesta judicialmente como consecuencia de un delito.

ARTICULO 2

1. Darán lugar a la extradición los hechos sancionados, según las leyes de ambas Partes, con una pena privativa de libertad cuyo máximo sea superior a un año.

2. Si la extradición se solicita para la ejecución de una sentencia se requerirá, además, que la parte de la pena que aún falte por cumplir no sea inferior a seis meses.

ARTICULO 3

También darán lugar a la extradición, conforme al presente Tratado, los delitos incluidos en convenios multilaterales en los que ambos países sean Partes.

ARTICULO 4

1. La extradición no será concedida por delitos considerados como políticos por la Parte requerida o conexos con delitos de esta naturaleza. A los fines de la aplicación de este Tratado, el homicidio u otro delito contra la vida, la integridad física o la libertad de un Jefe de Estado o de Gobierno o de un miembro de su familia no será considerado como delito político.

2. Tampoco se concederá la extradición si la Parte requerida tiene fundados motivos para suponer que la solicitud de extradición, motivada por un delito común ha sido presentada con la finalidad de perseguir o castigar a un individuo a causa de su raza, religión, nacionalidad u opiniones políticas, o bien que la situación de este individuo puede ser agravada por estos motivos.

ARTICULO 5

La extradición por delitos estrictamente militares queda excluida del campo de aplicación del presente Tratado.

ARTICULO 6

La infracción de las normas fiscales, sobre control de cambios y aduaneras sólo dará lugar a la extradición en las condiciones previstas en este Tratado cuando las Partes así lo hubieren decidido para cada categoría de infracciones.

ARTICULO 7

1. Ambas Partes tendrán la facultad de denegar la extradición de sus nacionales. La condición de nacional será apreciada en el momento de la decisión sobre la extradición.

2. En el caso de que la Parte requerida no entregue a un individuo que tenga su nacionalidad, deberá poner el hecho en conocimiento de las autoridades judiciales competentes, por si ha lugar, según la ley del Estado requerido, a iniciar la acción penal correspondiente. A estos efectos, los documentos, informes y objetos relativos a la infracción serán enviados gratuitamente por la vía prevista en el artículo 14, y la Parte requirente será informada de la decisión adoptada.

ARTICULO 8

La Parte requerida podrá denegar la extradición cuando, conforme a sus propias leyes, corresponda a sus Tribunales conocer del delito por el cual aquélla haya sido solicitada.

ARTICULO 9

La extradición no será concedida si el individuo ha sido ya juzgado por las autoridades de la Parte requerida por los mismos hechos que originaron la solicitud.

ARTICULO 10

No se concederá la extradición cuando la responsabilidad penal se hubiere extinguido por prescripción u otra causa, conforme a la legislación de cualquiera de las Partes.

ARTICULO 11

Si el reclamado hubiese sido condenado en rebeldía, la extradición sólo se concederá si la Parte requirente da seguridad de que será oído en defensa y se les facilitarán los recursos legales pertinentes.

ARTICULO 12

Si el delito que se imputa al reclamado es punible, según la legislación de la Parte requirente, con la pena capital, la extradición sólo se concederá

si la Parte requirente da seguridades consideradas suficientes por la requerida de que la pena capital no será ejecutada.

ARTICULO 13

La persona objeto de extradición no podrá ser sometida en el territorio de la Parte requirente a un Tribunal de excepción. No se concederá la extradición para ello ni para la ejecución de una pena impuesta por Tribunales que tengan ese carácter.

ARTICULO 14

La solicitud de extradición será transmitida por la vía diplomática.

ARTICULO 15

Con la solicitud de extradición se enviará:

a) Exposición de los hechos por los cuales la extradición se solicita, indicando en la forma más exacta posible el tiempo y lugar de su perpetración y su calificación legal.

b) Original o copia auténtica de sentencia condenatoria, orden de aprehensión, auto de prisión o cualquier otra resolución judicial que tenga la misma fuerza según la legislación de la Parte requirente y de la que se desprenda la existencia del delito y los indicios racionales de su comisión por el reclamado.

c) Texto de las disposiciones legales relativas al delito o delitos de que se trate, penas correspondientes y plazos de prescripción.

d) Datos que permitan establecer la identidad y la nacionalidad del individuo reclamado y, siempre que sea posible, los conducentes a su localización.

ARTICULO 16

Si los datos o documentos enviados con la solicitud de extradición son insuficientes o defectuosos, la Parte requerida pondrá en conocimiento de la Requirente las omisiones o defectos para que puedan ser subsanados.

ARTICULO 17

1. El individuo entregado en virtud de extradición no será procesado, juzgado o detenido para la ejecución de una pena por un hecho anterior y diferente al que hubiese motivado la extradición, salvo en los casos siguientes:

a) Cuando la Parte que lo ha entregado preste su consentimiento, después de la presentación de una solicitud en este sentido, que irá acompañada de los documentos previstos en el artículo 15 y de un testimonio judicial conteniendo las declaraciones del inculcado. El consentimiento será otorgado cuando la infracción por la que se solicita origine la obligación de conceder la extradición según este Tratado.

b) Cuando, estando en libertad de abandonar el territorio de la Parte a la que fue entregado, el inculpado haya permanecido en él más de cuarenta y cinco días sin hacer uso de esa facultad.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1, la Parte requirente podrá adoptar las medidas necesarias según su legislación para interrumpir la prescripción.

3. Cuando la calificación del hecho imputado sea modificada en el curso del procedimiento, el individuo entregado sólo será procesado o juzgado en el caso de que los elementos constitutivos del delito, según la nueva calificación, hubieren permitido la extradición.

ARTICULO 18

Salvo en el caso previsto en el párrafo b) del apartado 1 del artículo 17, la reextradición en beneficio de un tercer Estado no será otorgada sin el consentimiento de la Parte que ha concedido la extradición. Esta podrá exigir el envío previo de la documentación prevista en el artículo 15, así como un acta que contenga la declaración razonada del reclamado sobre si acepta la reextradición o se opone a ella.

ARTICULO 19

1. En caso de urgencia, las autoridades competentes de la Parte requirente podrán solicitar la detención preventiva del individuo reclamado. La solicitud de detención preventiva indicará la existencia de una de las resoluciones mencionadas en el apartado b) del artículo 15 y la intención de formalizar la solicitud de extradición. Mencionará igualmente la infracción, el tiempo y el lugar en que ha sido cometida y los datos que permitan establecer la identidad y nacionalidad del individuo reclamado.

2. La solicitud de detención preventiva será transmitida a las autoridades competentes de la Parte requerida, por la vía más rápida, pudiendo utilizar cualquier medio de comunicación siempre que deje constancia escrita o esté admitido por la Parte requerida.

3. Al recibo de la solicitud a que se refiere el apartado 1, la Parte requerida adoptará las medidas conducentes a obtener la detención del reclamado. La Parte requirente será informada del curso de su solicitud.

4. Podrá concederse la libertad provisional siempre que la Parte requerida adopte todas las medidas que estime necesarias para evitar la fuga del reclamado.

5. La detención preventiva podrá alzarse si en el plazo de cuarenta y cinco días la Parte requerida no ha recibido la solicitud de extradición y los instrumentos mencionados en el artículo 15. En ningún caso podrá exceder de un plazo de sesenta días.

6. La puesta en libertad no impedirá el curso normal del procedimiento de extradición si la solicitud y los documentos mencionados en el artículo 15 se llegan a recibir posteriormente.

ARTICULO 20

Si la extradición se solicita en forma concurrente por una de las Partes y otros Estados, bien por el mismo hecho o por hechos diferentes, la Parte requerida resolverá teniendo en cuenta las circunstancias y especialmente la existencia de otros tratados que obliguen a la Parte requerida, la gravedad relativa, el lugar de las infracciones, las fechas de las respectivas solicitudes, la nacionalidad del individuo y la posibilidad de una extradición ulterior.

ARTICULO 21

1. La Parte requerida comunicará a la Requirente, por la vía diplomática, su decisión respecto a la solicitud de extradición.

2. Toda negativa, total o parcial, será motivada.

3. Si se concede la extradición, las Partes se pondrán de acuerdo para realizar la entrega del reclamado, que deberá llevarse a efecto dentro de los sesenta días siguientes a la fecha en que la Parte requirente haya recibido la comunicación a que se refiere el apartado 1.

4. Si el reclamado no ha sido recibido dentro del plazo señalado, será puesto en libertad y la Parte requerida podrá posteriormente denegar la extradición por el mismo delito.

ARTICULO 22

1. La Parte requerida podrá, después de haber resuelto sobre la solicitud de extradición, retrasar la entrega del individuo reclamado a fin de que pueda ser juzgado o, si ya ha sido condenado, para que pueda cumplir en su territorio una pena impuesta por un hecho diferente de aquél por el que se concedió la extradición.

2. En lugar de retrasar la entrega, la Parte requerida también podrá entregar temporalmente al reclamado, si su legislación lo permite, en las condiciones que de común acuerdo establezcan ambas Partes.

3. La entrega podrá igualmente ser diferida cuando, por las condiciones de salud del reclamado, el traslado pueda poner en peligro su vida o agravar su estado.

ARTICULO 23

1. A petición de la Parte requirente, la Requerida asegurará y entregará, en la medida en que lo permita su legislación y sin perjuicio de los derechos de terceros, los objetos:

a) Que puedan servir de medios de prueba.

b) Que, provenientes de la infracción, fuesen encontrados en poder del reclamado en el momento de su detención o descubiertos posteriormente.

2. La entrega de los objetos citados en el apartado anterior será efectuada aunque la extradición ya acordada no pueda llevarse a cabo por muerte, desaparición o fuga del individuo reclamado.

3. La Parte requerida podrá retener temporalmente o entregar bajo condición de restitución los objetos a que se refiere el apartado 1 cuando puedan quedar sujetos a una medida de aseguramiento en el territorio de dicha Parte dentro de un proceso penal en curso.

4. Cuando existan derechos de la Parte requerida o de terceros sobre objetos que hayan sido entregados a la requirente para los efectos de un proceso penal, conforme a las disposiciones de este artículo, dichos objetos serán restituidos a la Parte requerida lo más pronto posible y sin costo alguno.

ARTICULO 24

1. El tránsito por el territorio de una de las Partes de una persona que no sea nacional de esa Parte, entregada a la otra Parte por un tercer Estado, será permitido mediante la presentación por la vía diplomática de una copia auténtica de la resolución por la que se concedió la extradición, siempre que no se opongan razones de orden público.

2. Corresponderá a las autoridades del Estado de tránsito la custodia del reo mientras permanezca en su territorio.

3. La Parte requirente reembolsará al Estado de tránsito cualquier gasto en que éste incurra con tal motivo.

ARTICULO 25

En lo no dispuesto en el presente Tratado se aplicarán las leyes internas de las respectivas Partes en cuanto regulan el procedimiento de extradición.

ARTICULO 26

Los gastos ocasionados por la extradición en el territorio de la Parte requerida serán de su cuenta, excepto los relativos al transporte del reclamado que recaerán sobre la Parte requirente.

TITULO II

Asistencia mutua en materia penal

ARTICULO 27

1. Las Partes se obligan a prestarse asistencia mutua, según las disposiciones de este Tratado, en la realización de investigaciones y diligencias relacionadas con cualquier procedimiento penal incoado por hechos cuyo conocimiento compete a la Parte requirente en el momento en que la asistencia sea solicitada.

2. Este Tratado no se aplicará a las medidas puramente policiales ni tampoco a los delitos militares, salvo que éstos constituyan infracciones de derecho común.

3. La asistencia podrá prestarse en interés de la justicia, aunque el hecho no sea punible según las leyes de la Parte requerida. No obstante, para la ejecución de medidas de aseguramiento de objetos, de cateos o registros domiciliarios será necesario que el hecho por el que se solicita la asistencia sea también considerado como delito por la legislación de la Parte requerida.

ARTICULO 28

La asistencia judicial podrá ser rehusada:

- a) Si la solicitud se refiere a infracciones políticas, conexas con infracciones de este tipo, a juicio de la Parte requerida o infracciones fiscales;
- b) Si la Parte requerida estima que el cumplimiento de la solicitud atentada contra su orden público.

ARTICULO 29

El cumplimiento de una solicitud de asistencia se llevará a cabo conforme a la legislación de la Parte requerida, ateniéndose a las diligencias solicitadas expresamente.

ARTICULO 30

1. La Parte requerida cumplimentará las comisiones rogatorias relativas a un procedimiento penal que le sean dirigidas por las autoridades judiciales o por el Ministerio Público de la Parte requirente y que tengan por objeto actos de averiguación previa o instrucción o actos de comunicación.

2. Si la comisión rogatoria tiene por objeto la transmisión de autos, elementos de prueba y, en general, cualquier clase de documentos, la Parte requerida podrá entregar solamente copias o fotocopias autenticadas, salvo si la Parte requirente pide expresamente los originales.

3. La Parte requerida podrá negarse al envío de objetos, autos o documentos originales que le hayan sido solicitados si su legislación no lo permite o si le son necesarios en un procedimiento penal en curso.

4. Los objetos o documentos que hayan sido enviados en cumplimiento de una comisión rogatoria serán devueltos lo antes posible, a menos que la Parte requerida renuncie a ellos.

ARTICULO 31

Si la Parte requirente lo solicita expresamente, será informada de la fecha y lugar de cumplimiento de la comisión rogatoria.

ARTICULO 32

1. La Parte requerida procederá a la entrega de las decisiones judiciales o documentos relativos a actos procesales que le sean enviados a dicho fin por la Parte requirente.

2. La entrega podrá ser realizada mediante la simple remisión del documento al destinatario o, a petición de la Parte requirente, en alguna de las formas previstas por la legislación de la Parte requerida, o en cualquier otra forma compatible con dicha legislación.

3. La entrega se acreditará mediante recibo, fechado y firmado por el destinatario, o por certificación de la autoridad competente que acredite el hecho, la forma y la fecha de la entrega. Uno u otro de estos documentos serán enviados a la Parte requirente y, si la entrega no ha podido realizarse, se harán constar las causas.

4. La solicitud que tenga por objeto la citación de un inculpado, testigo o Perito ante las autoridades de la Parte requirente podrá no ser diligenciada si es recibida dentro de los cuarenta y cinco días anteriores a la fecha señalada para la comparecencia. La Parte requirente deberá tener en cuenta este plazo al formular su solicitud.

ARTICULO 33

1. Si la Parte requirente solicitase la comparecencia como testigo o Perito de una persona que se encuentre en el territorio de la otra Parte, ésta procederá a la citación según la solicitud formulada, pero sin que puedan surtir efecto las cláusulas conminatorias o sanciones previstas para el caso de incomparecencia.

2. La solicitud a que se refiere el apartado anterior deberá mencionar el importe de los viáticos, dietas e indemnizaciones que percibirá el testigo o Perito.

ARTICULO 34

Si la Parte requirente estima que la comparecencia personal de un testigo o Perito ante sus autoridades judiciales resulta especialmente necesaria, lo hará constar en la solicitud de citación.

ARTICULO 35

1. El testigo o Perito, cualquiera que sea su nacionalidad, que, como consecuencia de una citación, comparezca ante las autoridades judiciales de la Parte requirente, no podrá ser perseguido o detenido en este Estado por hechos o condenas anteriores a su salida del territorio de la Parte requerida.

2. La inmunidad prevista en el precedente apartado cesará cuando el testigo o Perito permaneciere más de cuarenta y cinco días en el territorio de la Parte requirente después del momento en que su presencia ya no fuere exigida por las autoridades judiciales de dicha Parte.

ARTICULO 36

1. Si en una causa penal se considerase necesaria la comparecencia personal ante las autoridades judiciales de una de las Partes, en calidad de testigo o para un careo, de un individuo detenido en el territorio de la otra

Parte, se formulará la correspondiente solicitud. Se accederá a ella si el detenido presta su consentimiento y si la Parte requerida estima que no existen consideraciones importantes que se opongan al traslado.

2. La Parte requirente estará obligada a mantener bajo custodia a la persona trasladada y a devolverla tan pronto como se haya realizado la diligencia especificada en la solicitud que dio lugar al traslado.

3. Los gastos ocasionados por la aplicación de este artículo correrán por cuenta de la Parte requirente.

ARTICULO 37

Las Partes se informarán mutuamente de las sentencias condenatorias que las autoridades judiciales de una de ellas hayan dictado contra nacionales de la otra.

ARTICULO 38

Cuando una de las Partes solicite de la otra los antecedentes penales de una persona, haciendo constar el motivo de la petición, dichos antecedentes le serán comunicados si no lo prohíbe la legislación de la Parte requerida.

ARTICULO 39

1. Las solicitudes de asistencia deberán contener las siguientes indicaciones:

- a) Autoridad de que emane el documento o resolución.
- b) Naturaleza del documento o de la resolución.
- c) Descripción precisa de la asistencia que se solicite.
- d) Delito a que se refiere el procedimiento.
- e) En la medida de lo posible, identidad y nacionalidad de la persona encausada o condenada.
- f) Nombre y dirección del destinatario.

2. Las comisiones rogatorias que tengan por objeto cualquier diligencia distinta de la simple entrega de documentos mencionarán además la acusación formulada y contendrán una sumaria exposición de los hechos.

3. Cuando una solicitud de asistencia no sea cumplimentada por la Parte requerida, ésta la devolverá con expresión de la causa.

ARTICULO 40

1. A efecto de lo determinado en este Título, cada Parte designará las autoridades habilitadas para enviar y recibir las comunicaciones relativas a la asistencia en materia penal.

2. No obstante lo anterior, las Partes podrán utilizar en todo caso la vía diplomática o encomendar a sus Cónsules la práctica de diligencias permitidas por la legislación del Estado receptor.

TITULO III

Disposiciones finales

ARTICULO 41

Los documentos transmitidos en aplicación de este Tratado estarán dispensados de todas las formalidades de legalización cuando sean cursados por la vía diplomática o por conducto de las autoridades a que se refiere el apartado 1 del artículo anterior.

ARTICULO 42

Las dificultades derivadas de la aplicación y la interpretación de este Tratado serán resueltas por la vía diplomática.

ARTICULO 43

1. El presente Tratado está sujeto a ratificación. El canje de los instrumentos de ratificación tendrá lugar en la ciudad de Madrid a la brevedad posible.

2. Este Tratado entrará en vigor el primer día del segundo mes siguiente a aquel en que tenga lugar el canje de los instrumentos de ratificación y seguirán en vigor mientras no sea denunciado por una de las Partes. Sus efectos cesarán seis meses después del día de la recepción de la denuncia.

3. Al entrar en vigor este Tratado quedará abrogado el Tratado de 17 de noviembre de 1881, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 5.

4. Las extradiciones solicitadas después de la entrada en vigor de este Tratado se regirán por sus cláusulas, cualquiera que sea la fecha de comisión del delito.

5. Las extradiciones solicitadas antes de la entrada en vigor de este Tratado continuarán tramitándose y serán resueltas conforme a las disposiciones del Tratado de 17 de noviembre de 1881.

En fe de lo cual, los Plenipotenciarios firman el presente Tratado, hecho en dos originales igualmente auténticos, en la ciudad de México, Distrito Federal, a los veintiún días del mes de noviembre de mil novecientos setenta y ocho.

El presente Tratado entró en vigor el 1 de junio de 1980, fecha del primer día del segundo mes siguiente a aquel en que tuvo lugar el canje de los instrumentos de ratificación, de conformidad con lo establecido en el artículo 43 del mismo. Dicho canje de Instrumentos se efectuó en Madrid el 29 de abril de 1980.

CONSEJO DE EUROPA

1. CONVENIO EUROPEO DE EXTRADICIÓN (*)

Los Gobiernos signatarios, miembros del Consejo de Europa,
Considerando que la finalidad del Consejo de Europa es lograr una unión más estrecha entre sus miembros,

Considerando que tal objetivo puede alcanzarse mediante la conclusión de convenios o la adopción de una acción común en la esfera jurídica.

Convencidos de que la aceptación de reglas uniformes en materia de extradición es adecuada para hacer progresar dicha obra de unificación.

Han convenido lo siguiente:

Art. 1.º—Obligación de conceder la extradición.

Las partes contratantes se obligan a entregarse recíprocamente, según las reglas y en las condiciones prevenidas en los artículos siguientes, a las personas a quienes las autoridades judiciales de la parte requirente persiguen por algún delito o buscaren para la ejecución de una pena o medida de seguridad.

Art. 2.º—Hechos que dan lugar a extradición.

1. Darán lugar a la extradición aquellos hechos que las leyes de la parte requirente y de la parte requerida castiguen, bien con pena privativa de libertad o medida de seguridad privativa de libertad cuya duración máxima sea de un año por lo menos, bien con pena más severa. Cuando en el territorio de la parte requirente se hubiere pronunciado condena a una pena o se hubiere infligido una medida de seguridad, la sanción impuesta deberá tener una duración de cuatro meses cuando menos.

2. Si la solicitud de extradición se refiere a varios hechos distintos castigados, cada uno de ellos, por la ley de la parte requirente y por la ley de la parte requerida con pena privativa de libertad o medida de seguridad privativa de libertad, pero algunos de tales hechos no cumplieren el requisito relativo a la duración mencionada de la pena, la parte requerida tendrá la facultad de conceder también la extradición por estos últimos.

3. Toda parte contratante cuya legislación no autorice la extradición por determinados delitos previstos en el párrafo 1 del presente artículo podrá, por lo que atañe a dicha parte, excluir los mismos del ámbito de aplicación del Convenio.

4. Toda parte contratante que quisiere ejercitar la facultad prevista en el párrafo 3 del presente artículo entregará al Secretario General del Consejo de Europa en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o de adhesión, bien una lista de los delitos por los cuales la extradi-

(*) Versión oficial publicada en «B. O. C. G.», Congreso de los Diputados. I Legislatura. Serie C, núm. 37-I, del 25 de febrero de 1980.

ción queda autorizada, bien una lista de los delitos por los cuales la extradición queda excluida, con expresión de las disposiciones legales que autoricen o excluyan la extradición. El Secretario General del Consejo remitirá dichas listas a los demás signatarios.

5. Si posteriormente la legislación de una parte contratante excluyere de la extradición otros delitos, dicha parte notificará esta exclusión al Secretario General del Consejo, quien informará de la misma a los demás signatarios.

Dicha notificación no surtirá efectos hasta que haya transcurrido un término de tres meses a partir de la fecha de su recepción por el Secretario General.

6. Toda parte que hubiere hecho uso de la facultad prevista en los párrafos 4 y 5 del presente artículo podrá, en todo momento, someter a la aplicación del presente Convenio los delitos que se hubieren excluido del mismo. Dicha parte notificará tales modificaciones al Secretario General del Consejo, quien las comunicará a los demás signatarios.

7. Toda parte podrá aplicar la regla de la reciprocidad por lo que atañe a las infracciones excluidas del ámbito de aplicación del Convenio en virtud del presente artículo.

Art. 3.º—Delitos políticos.

1. No se concederá la extradición si el delito por el cual se solicita es considerado por la parte requerida como delito político o como hecho conexo con un delito de tal naturaleza.

2. Se aplicará la misma regla si la parte requerida tuviere razones fundadas para creer que la solicitud de extradición, motivada por un delito de naturaleza común, se ha presentado con el fin de perseguir o castigar a una persona por consideraciones de raza, religión, nacionalidad u opiniones políticas, o que la situación de dicha persona corre el riesgo de verse agravada por una u otra de tales consideraciones.

3. Para la aplicación del presente Convenio no se considerará como delito político el atentado contra la vida de un Jefe de Estado o de un miembro de su familia.

4. La aplicación del presente artículo no afectará a las obligaciones que las partes hubieren contraído o contrajeren en lo futuro con arreglo a cualquier otro Convenio Internacional de carácter multilateral.

Art. 4.º—Delitos militares.

Queda excluida del ámbito de aplicación del presente Convenio la extradición por causa de delitos militares que no constituyan delitos de naturaleza común.

Art. 5.º—Delitos fiscales

En materia de Tasas e Impuestos, de Aduana y de Cambio, la extradición se concederá, en las condiciones prevenidas en el presente Convenio, tan sólo cuando así se hubiere decidido entre las partes contratantes para cada delito o categoría de delitos.

Art. 6.º—Extradición de nacionales.

1, a) Toda parte contratante tendrá la facultad de denegar la extradición de sus nacionales.

b) Cada parte contratante podrá, mediante declaración hecha en el momento de la firma o del depósito de su instrumento de ratificación o de adhesión, definir, por lo que respecta a la misma, el término «nacionales» en el sentido del presente Convenio.

c) La cualidad de nacional se apreciará en el momento de la decisión sobre la extradición. Sin embargo, si dicha cualidad hubiere sido concedida y la fecha prevista para la entrega, la parte requerida podrá también acogerse a lo dispuesto en la letra a) del presente párrafo.

2. Cuando el delito que motivare la solicitud de extradición se hubiere deberá, a instancia de la parte requirente, someter el asunto a las autoridades competentes a fin de que pueda procederse judicialmente, en su caso, contra aquél. A tal efecto, los documentos, informaciones y objetos relativos al delito se remitirán gratuitamente por la vía prevenida en el párrafo 1 del artículo 12. Se informará a la parte requirente del resultado que hubiere obtenido su solicitud.

Art. 7.º—Lugar de comisión.

1. La parte requerida podrá denegar la extradición de la persona reclamada por causa de un delito que, según su legislación, se hubiere cometido total o parcialmente en su territorio o en lugar asimilado al mismo.

2. Cuando el delito que motivare la solicitud de extradición se hubiere cometido fuera del territorio de la parte requirente, la extradición solamente podrá ser denegada si la legislación de la parte requerida no autorizare la persecución de un delito del mismo género cometido fuera de su territorio o no autorizare la extradición por el delito objeto de la solicitud.

Art. 8.º—Actuaciones en curso por los mismos hechos.

La parte requerida podrá denegar la extradición de la persona reclamada si ésta fuera objeto de persecución por las autoridades competentes de aquélla a causa del hecho o los hechos motivadores de la solicitud de extradición.

Art. 9.º—«Non bis in idem».

No se concederá la extradición cuando la persona reclamada hubiera sido definitivamente sentenciada por las autoridades competentes de la parte requerida por el hecho o los hechos motivadores de la solicitud de extradición. Podrá ser denegada la extradición si las autoridades competentes de la parte requerida hubieren decidido no entablar persecución, o poner fin a los procedimientos pendientes por el mismo o los mismos hechos.

Art. 10.—Prescripción.

No se concederá la extradición si se hubiere producido la prescripción de la acción penal o de la pena con arreglo a la legislación de la parte requirente o a la de la parte requerida.

Art. 11.—Pena capital.

Si el hecho que motivare la solicitud de extradición estuviere castigado con pena capital por la ley de la parte requirente y, en tal caso, dicha pena no se hallare prevista en la legislación de la parte requerida, o generalmente no se ejecutare, podrá no concederse la extradición sino a condición de que la parte requirente dé seguridades consideradas suficientes por la parte requerida, de que la pena capital no será ejecutada.

Art. 12.—Solicitud y documentos anejos.

1. La solicitud se formulará por escrito y se cursará por vía diplomática. Podrá concertarse otra vía mediante acuerdo directo entre dos o más partes contratantes.

2. En apoyo de la solicitud se presentarán:

a) El original o copia auténtica, bien de una decisión ejecutoria de condena, bien de un mandamiento de detención o de cualquier otro documento que tenga la misma fuerza, expedidos en la forma prescrita por la ley de la parte requirente.

b) Una exposición de los hechos por los cuales se solicitare la extradición, indicando con la mayor exactitud posible el tiempo y lugar de su perpetración, su calificación legal y las referencias a las disposiciones legales que les fueran aplicables; y

c) Una copia de las disposiciones legales aplicables o, si tal cosa no fuere posible, una declaración sobre el derecho aplicable, así como la filiación lo más precisa posible de la persona reclamada, y cualesquiera otros datos que permitan determinar su identidad y nacionalidad.

Art. 13.—Información complementaria.

Si la información proporcionada por la parte requirente resultare insuficiente para permitir a la parte requerida tomar una decisión en aplicación del presente Convenio, dicha parte requerida solicitará la información complementaria necesaria, pudiendo fijar un plazo para la obtención de la misma.

Art. 14.—Principio de especialidad.

1. La persona que hubiera sido entregada no será perseguida, ni sentenciada, ni detenida a fines de ejecución de una pena o medida de seguridad, ni sometida a ninguna otra restricción de su libertad personal por cualquier hecho anterior a la entrega distinto del que hubiera motivado la extradición, excepto en los casos siguientes:

a) Cuando la parte que la hubiese entregado consintiere en ello. A tal efecto se presentará una solicitud, acompañada de los documentos previstos en el artículo 12 y de un testimonio judicial de la declaración de la persona entregada. Se dará el consentimiento cuando el delito para el cual se solicite hubiere determinado la obligación de proceder a la extradición con arreglo al presente Convenio.

b) Cuando la persona entregada, habiendo tenido la posibilidad de abandonar el territorio de la parte a la cual se efectuó la entrega, no lo hubiere hecho así dentro de los cuarenta y cinco días siguientes a su excarcelación.

definitiva o hubiere regresado a dicho territorio después de haberlo abandonado.

2. Sin embargo, la parte requirente podrá tomar las medidas necesarias, de un lado, para una posible expulsión de su territorio, y, de otro, para una interrupción de las prescripción con arreglo a su legislación, incluido el procedimiento en rebeldía.

3. Cuando la calificación del hecho imputado se modificare durante el procedimiento, la persona entregada no será perseguida o sentenciada sino en la medida en que los elementos constitutivos de la infracción nuevamente calificada hubieran permitido la extradición.

Art. 15.—Reextradición a un tercer Estado.

Salvo en el caso previsto en el párrafo 1, letra b), del artículo 14, será necesario el consentimiento de la parte requerida para permitir a la parte requirente entregar a otra parte o a un tercer Estado a la persona que le hubiese sido entregada a aquélla y que fuere reclamada por la mencionada otra parte o tercer Estado a causa de delitos anteriores a la entrega. La parte requerida podrá exigir el envío de los documentos previstos en el párrafo 2 del artículo 12.

Art. 16.—Detención preventiva.

1. En caso de urgencia, las autoridades competentes de la parte requirente podrán solicitar la detención preventiva de la persona reclamada; las autoridades competentes de la parte requerida resolverán acerca de esta solicitud de conformidad a la ley de esta última parte.

2. La solicitud de detención preventiva indicará la existencia de alguno de los documentos previstos en el párrafo 2, letra a), del artículo 12, y notificará la intención de cursar una solicitud de extradición; mencionará asimismo el delito por el cual se solicitará la extradición, el tiempo y lugar de la comisión de aquél, y, en la medida de lo posible, la filiación de la persona reclamada.

3. La solicitud de detención preventiva se remitirá a las autoridades competentes de la parte requerida, bien por vía diplomática, bien directamente por vía postal o telegráfica, bien por conducto de la Organización Internacional de Policía Criminal (Interpol), bien por cualquier otro medio que deje constancia escrita o sea admitido por la mencionada parte. Se informará sin dilación a la autoridad requirente del resultado que haya tenido su solicitud.

4. La detención preventiva podrá concluir si, dentro de los dieciocho días siguientes a la misma, la parte requerida no hubiere recibido la solicitud de extradición ni los documentos mencionados en el artículo 12; en ningún caso la detención excederá de cuarenta días, contados desde la fecha de la misma. Sin embargo, será posible en cualquier momento la puesta en libertad provisional, pero en tal caso la parte requerida habrá de tomar las medidas que estimare necesarias para evitar la fuga de la persona reclamada.

5. La puesta en libertad no será obstáculo para una nueva detención,

ni tampoco para la extradición si la solicitud de ésta se presentare ulteriormente.

Art. 17.—Concurso de solicitudes de extradición.

Si la extradición fuere solicitada concurrentemente por varios Estados, bien por el mismo hecho, o por hechos diferentes, la parte requerida resolverá teniendo en cuenta todas las circunstancias y especialmente la gravedad relativa y lugar de los delitos, las respectivas fechas de las solicitudes, la nacionalidad de la persona reclamada y la posibilidad de una ulterior extradición a otro Estado.

Art. 18.—Entrega del extradicto.

1. La parte requerida dará a conocer a la parte requirente por la vía prevista en el párrafo 1 del artículo 12, su decisión sobre la extradición.

2. Toda denegación total o parcial será motivada.

3. En caso de aceptación, la parte requirente será informada del lugar y la fecha de la entrega, así como de la detención sufrida a fines de extradición por la persona reclamada.

4. A reserva del caso previsto en el párrafo 5 del presente artículo, si la persona reclamada no hubiere sido recibida en la fecha fijada, podrá ser puesta en libertad una vez transcurrido un plazo de quince días a contar de dicha fecha, y será en todo caso puesta en libertad una vez transcurrido un plazo de treinta días, pudiendo la parte requerida denegar la extradición por el mismo hecho.

5. En caso de fuerza mayor que impidiere la entrega o la recepción del extradicto, la parte interesada informará de ello a la otra parte; en tal caso, ambas partes convendrán en una nueva fecha de entrega, y se aplicarán las disposiciones del párrafo 4 del presente artículo.

Art. 19.—Entrega aplazada o condicional.

1. La parte requerida podrá después de haber resuelto la solicitud de extradición aplazar la entrega de la persona reclamada, a fin de que pueda ser perseguida por ella o si ya hubiera sido condenada a fin de que pueda cumplir en su territorio una pena impuesta por un hecho distinto de aquél que hubiere motivado la solicitud de la extradición.

2. En lugar de aplazar la entrega, la parte requerida podrá entregar temporalmente a la parte requirente a la persona reclamada en las condiciones que se fijaren de común acuerdo entre las partes.

Art. 20.—Entrega de objetos.

1. A petición de la parte requirente, la parte requerida ocupará y entregará, en la medida en que lo permitiere su legislación, los objetos:

a) que pudieren servir de piezas de convicción, o

b) que, procediendo del delito, hubieran sido encontrados en el momento de la detención en poder de la persona reclamada, o fueren descubiertos con posterioridad.

2. La entrega de los objetos mencionados en el párrafo 1 del presente artículo se efectuará incluso en el caso en que la extradición ya concedida

no pudiere tener lugar a consecuencia de la muerte o evasión de la persona reclamada.

3. Cuando dichos objetos fueren susceptibles de embargo o comiso en el territorio de la parte requerida, esta última podrá, a efectos de un proceso penal en curso, conservarlos temporalmente o entregarlos bajo condición de su restitución.

4. En todo caso quedarán a salvo los derechos que la parte requerida o terceros hubieran adquirido sobre los citados objetos. Si existieren tales derechos, los objetos serán restituidos lo antes posible y sin gastos de la parte requerida, una vez terminado el proceso.

Art. 21.—Tránsito.

1. El tránsito a través del territorio de una de las Partes Contratantes será concedido previa solicitud dirigida por la vía prevista en el párrafo 1 del artículo 12, a condición de que no se tratare de un delito considerado por la parte requerida para el tránsito como de carácter político o puramente militar, habida cuenta de los artículos 3.º y 4.º del presente Convenio.

2. El tránsito de un nacional, en el sentido del artículo 6.º, del país requerido para el tránsito, podrá ser denegado.

3. A reserva de lo dispuesto en el párrafo 4 del presente artículo, será necesaria la presentación de los documentos previstos en el párrafo 2 del artículo 12.

4. En el caso de que se utilizase la vía aérea, se aplicarán las disposiciones siguientes:

a) Cuando no estuviere previsto aterrizaje alguno, la Parte requirente avisará a la Parte cuyo territorio haya de ser sobrevolado y certificará la existencia de algunos de los documentos previstos en el párrafo 2, letra a), del artículo 12. En caso de aterrizaje fortuito, esta notificación surtirá los efectos de la solicitud de detención preventiva regulada en el artículo 16, y la Parte requirente presentará una solicitud formal de tránsito.

b) Cuando estuviere previsto el aterrizaje, la Parte requirente presentará una solicitud formal de tránsito.

5. No obstante, una de las Partes podrá declarar, en el momento de la firma del presente Convenio o del depósito de su instrumento de ratificación o de adhesión, que no concederá el tránsito de una persona más que en las mismas condiciones que la extradición o algunas de ellas. En este caso podrá aplicarse el principio de reciprocidad.

6. El tránsito de la persona entregada no se efectuará a través de un territorio en el que hubiere motivo para creer que su vida o su libertad podrían verse amenazadas a causa de su raza, religión, nacionalidad u opiniones políticas.

Art. 22.—Procedimiento.

Salvo disposición en contrario del presente Convenio, la ley de la Parte requerida es la única aplicable al procedimiento de extradición, así como al de la detención preventiva.

Art. 23.—Lenguas.

Los documentos que se presenten estarán redactados en la lengua de la Parte requirente o de la Parte requerida. Esta última podrá exigir una traducción en la lengua oficial del Consejo de Europa que eligiere.

Art. 24.—Gastos.

1. Los gastos ocasionados por la extradición en el territorio de la Parte requerida serán de cargo de ésta.

2. Los gastos ocasionados por el tránsito a través del territorio de la Parte requerida para el tránsito serán de cargo de la Parte requirente.

3. En caso de extradición procedente de un territorio no metropolitano de la Parte requerida, los gastos ocasionados por el transporte entre este territorio y el territorio metropolitano de la Parte requirente serán de cargo de ésta última. Regirá la misma norma con respecto a los gastos ocasionados por el transporte entre el territorio no metropolitano de la Parte requerida y el territorio metropolitano de ésta.

Art. 25.—Definición de «medidas de seguridad».

A efectos del presente Convenio, la expresión «medidas de seguridad» designará cualquier medida de privación de libertad que hubiere sido impuesta como complemento o en sustitución de una pena, por sentencia de un organismo judicial penal.

Art. 26.—Reservas.

1. Toda Parte contratante podrá, en el momento de la firma del presente Convenio o del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión, formular alguna reserva con respecto a una o varias disposiciones determinadas del Convenio.

2. Toda Parte contratante que hubiere formulado alguna reserva, la retirará tan pronto como lo permitieren las circunstancias. La retirada de reservas se hará por notificación dirigida al Secretario General del Consejo de Europa.

3. La Parte contratante que hubiere formulado alguna reserva con respecto a una disposición del Convenio, no podrá pretender la aplicación de dicha disposición por otra Parte más que en la medida en que ella misma la hubiere aceptado.

Art. 27.—Ambito de aplicación territorial.

1. El presente convenio se aplicará a los territorios metropolitanos de las Partes Contratantes.

2. Se aplicará igualmente, en lo que concierne a Francia, a Argelia y a los departamentos de Ultramar, y, en lo que concierne al Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, a las Islas Anglonormandas y a la Isla de Man.

3. La República Federal de Alemania podrá extender la aplicación del presente Convenio al «Land» de Berlín, por medio de declaración dirigida al Secretario General del Consejo de Europa. Este notificará dicha declaración a las demás Partes.

4. Por acuerdo directo entre dos o varias Partes contratantes, podrán ampliarse al ámbito de aplicación del presente Convenio en las condiciones que se estipularen en el acuerdo, a cualquier territorio de alguna de las Partes distinto de los mencionados en los párrafos 1, 2 y 3 del presente artículo y cuyas relaciones internacionales tuviere a su cargo una de las Partes.

Art. 28.—Relaciones entre el presente Convenio y los acuerdos bilaterales.

1. El presente Convenio aboga, en lo que concierne a los territorios en los cuales se aplica, las disposiciones de los tratados, convenios o acuerdos bilaterales que regulen la materia de la extradición entre dos Partes Contratantes.

2. Las Partes Contratantes no podrán concluir entre ellas acuerdos bilaterales o multilaterales, más que para completar las disposiciones del presente Convenio o para facilitar la aplicación de los principios contenidos en éste.

3. Cuando entre dos o varias Partes Contratantes se practicare la extradición sobre la base de una legislación uniforme, las Partes tendrán la facultad de regular sus relaciones mutuas en materia de extradición fundándose exclusivamente en dicho sistema, no obstante las disposiciones del presente Convenio. El mismo principio será aplicable entre dos o varias Partes Contratante, cada una de las cuales tuviere en vigor una ley que previere la ejecución en su territorio de los mandamientos de detención librados en el territorio de la otra o de las otras. Las Partes Contratantes que excluyan o excluyeren de sus relaciones mutuas la aplicación del presente Convenio, de conformidad con lo dispuesto en el presente párrafo, deberán remitir una notificación a este efecto al Secretario General del Consejo de Europa. Este comunicará a las demás Partes Contratantes toda notificación recibida en virtud del presente párrafo.

Art. 29.—Firma, ratificación, entrada en vigor.

1. El presente Convenio quedará abierto a la firma de los miembros del Consejo de Europa. Será ratificado, y los instrumentos de ratificación serán depositados en poder del Secretario General del Consejo.

2. El Convenio entrará en vigor noventa días después de la fecha del depósito del tercer instrumento de ratificación.

3. El mismo entrará en vigor con respecto a cualquier signatario que lo ratificare con posterioridad, noventa días después del depósito de su instrumento de ratificación.

Art. 30.—Adhesión.

1. El Comité de Ministros del Consejo de Europa podrá invitar a cualquier Estado no miembro del Consejo a adherirse al presente Convenio. El acuerdo concerniente a esta invitación deberá ser objeto de la aprobación unánime de los miembros del Consejo que hubieren ratificado el Convenio.

2. La adhesión se efectuará por medio del depósito en poder del Secretario General del Consejo, de un instrumento de adhesión que surtirá efectos noventa días después de su depósito.

Art. 31.—Denuncia.

Cualquier Parte Contratante podrá, en lo que le concierne, denunciar el presente Convenio dirigiendo una notificación al Secretario General del Consejo de Europa. Esta denuncia surtirá efecto seis meses después de la fecha de la recepción de su notificación por el Secretario General del Consejo.

Art. 32.—Notificaciones.

El Secretario General del Consejo de Europa notificará a los miembros del Consejo y al Gobierno de todo Estado que se hubiere adherido al presente Convenio:

- a) el depósito de todo instrumento de ratificación o de adhesión;
- b) la fecha de la entrada en vigor;
- c) toda declaración hecha en aplicación de las disposiciones del párrafo 1 del artículo 6.º, y del párrafo 5 del artículo 21;
- d) toda reserva formulada en aplicación de las disposiciones del párrafo 1 del artículo 26;
- e) la retirada de toda reserva efectuada en aplicación de las disposiciones del párrafo 2 del artículo 26;
- f) toda notificación de denuncia recibida en aplicación de las disposiciones del artículo 31 del presente Convenio y la fecha en que ésta surtiere efecto.

**PROYECTO DE DECLARACIONES Y RESERVAS QUE FORMULA EL
GOBIERNO ESPAÑOL AL CONVENIO EUROPEO DE EXTRADICION**

A) Declaraciones.

- Al artículo 2, párrafo 7.—España se atendrá a la regla de la reciprocidad en cuanto a las infracciones excluidas del ámbito de aplicación del presente Convenio, en virtud del artículo 2.º del mismo.
- Al artículo 3.º—A los efectos de la extradición no se considerarán delitos políticos, además de los excluidos en el artículo 3.º, apartado 3, del Convenio, los delitos de terrorismo.
- Al artículo 6.º, apartado 1, b).—A los efectos del presente Convenio, España considerará como nacionales a las personas que ostentan esta condición con arreglo a las normas del título 1 del libro I del Código civil español.
- Al artículo 11.—En ningún caso se concederá la extradición por delitos castigados con pena capital por la legislación de la parte requirente.

B) Reservas.

- Al artículo 10.—España se reserva el derecho de no conceder la extradición si se hubiera producido la extinción de la responsabilidad criminal por cualquier causa prevista en la legislación de la parte requirente o de la parte requerida.
- Al artículo 23.—España se reserva la facultad de exigir de la Parte requirente una traducción al castellano, al francés o al inglés de la solicitud de extradición y de los documentos aportados con la misma.

2. CONVENIO EUROPEO PARA LA REPRESION DEL TERRORISMO HECHO EN ESTRASBURGO EL 27 DE ENERO DE 1977 (*)

Los Estados Miembros del Consejo de Europa, signatarios del presente Convenio;

Considerando que el fin del Consejo de Europa es realizar una unión más estrecha entre sus miembros;

Conscientes de la creciente inquietud causada por la multiplicación de los actos de terrorismo;

Deseando que se adopten medidas eficaces para que los autores de tales actos no escapen a la persecución y al castigo;

Convencidos de que la extradición constituye un medio especialmente eficaz para la obtención de dicho resultado,

Convienen en lo siguiente:

Artículo 1.º

A los efectos de la extradición entre Estados contratantes, ninguno de los delitos mencionados a continuación se considerarán como delito político, como delito conexo con un delito político o como delito inspirado por móviles políticos:

a) Los delitos comprendidos en el ámbito de aplicación del Convenio para la represión de la captura ilícita de aeronaves, firmado en La Haya el 16 de diciembre de 1970;

b) Los delitos comprendidos en el ámbito de aplicación del Convenio para la represión de actos ilícitos dirigidos contra la seguridad de la Aviación Civil, firmado en Montreal el 23 de septiembre de 1971;

c) Los delitos graves constituidos por un ataque contra la vida, la integridad corporal o la libertad de las personas que tengan derecho a una protección internacional, incluidos los agentes diplomáticos;

d) Los delitos que impliquen raptó, toma de rehenes o secuestro arbitrario;

e) Los delitos que impliquen la utilización de bombas, granadas, cohetes, armas de fuego automáticas, o cartas o paquetes con explosivos ocultos, en los casos en que dicha utilización represente un peligro para las personas;

f) La tentativa de comisión de alguno de los delitos anteriormente mencionados o la participación como coautor o cómplice de una persona que cometa o intente cometer dichos delitos.

Artículo 2.º

1. A los efectos de la extradición entre Estados Contratantes, un Estado Contratante podrá no considerar como delito político, como delito conexo con éste o como delito inspirado por móviles políticos, cualquier acto grave de violencia no comprendido en el artículo 1.º y que esté dirigido contra la vida, la integridad corporal o la libertad de las personas.

(*) Versión oficial publicada en el B. O. C. G. Congreso de los Diputados. Serie C. Tratados y convenios internacionales, núm. 25-I, del 24 octubre 1979.

2. Se aplicará el mismo criterio respecto de cualquier acto grave contra los bienes, no comprendido en el artículo 1.º, cuando dicho acto haya creado un peligro colectivo para las personas.

3. Se aplicará el mismo criterio respecto de la tentativa de comisión de algunos de los delitos anteriormente mencionados, o de la participación como coautor o cómplice de una persona que cometa o intente cometer dichos delitos.

Artículo 3.º

Las disposiciones de cualesquiera tratados y convenios de extradición aplicables entre los Estados Contratantes, incluido el Convenio Europeo de Extradición, quedarán modificadas, en cuanto a las relaciones entre Estados Contratantes, en la medida en que resulten incompatibles con el presente Convenio.

Artículo 4.º

A los efectos del presente Convenio, en los casos en que alguno de los delitos comprendidos en los artículos 1.º o 2.º no figuren en la lista de supuestos de extradición en un tratado o convenio de extradición en vigor entre los Estados Contratantes, se considerará como incluido en dicha lista.

Artículo 5.º

Ninguna disposición del presente Convenio deberá interpretarse en el sentido de que implique una obligación de llevar a cabo la extradición si el Estado requerido tiene serias razones para creer que la solicitud de extradición motivada por un delito mencionado en el artículo 1.º o 2.º se ha presentado con el fin de perseguir o de castigar a una persona por consideraciones de raza, religión, nacionalidad u opiniones políticas, o que la situación de dicha persona corre el riesgo de agravarse por una u otra de las citadas razones.

Artículo 6.º

1. Cada Estado Contratante adoptará las medidas necesarias para establecer su competencia, con el fin de conocer de un delito comprendido en el artículo 1.º, en el caso de que el presunto autor de aquél se encuentre en su territorio y que el Estado no lleve a cabo la extradición después de haber recibido una solicitud de extradición de un Estado Contratante cuya jurisdicción esté fundada sobre una norma de competencia que exista igualmente en la legislación del Estado requerido.

2. El presente Convenio no excluirá ninguna competencia en materia penal ejercida con arreglo a las leyes nacionales.

Artículo 7.º

El Estado Contratante en cuyo territorio se descubra al presunto autor de un delito comprendido en el artículo 1.º y que haya recibido una solicitud de extradición en las condiciones mencionadas en el párrafo primero del artículo 6.º, en el supuesto de que no accediese a la extradición del citado individuo, someterá el caso, sin excepción alguna y sin demora injustificada,

a sus autoridades competentes para el ejercicio de la correspondiente acción penal. Dichas autoridades tomarán la decisión que proceda, en las mismas condiciones que para cualquier delito de carácter grave, con arreglo a las leyes del Estado.

Artículo 8.º

1. Los Estados Contratantes se prestarán la asistencia judicial más amplia posible en materia penal en cualquier procedimiento relativo a los delitos comprendidos en los artículos 1.º y 2.º. En todo caso la ley aplicable a la asistencia en materia penal será la del Estado requerido. Sin embargo, no podrá denegarse dicha asistencia por el único motivo de que se refiere a un delito político, o a un delito conexo con el mismo, o un delito inspirado por móviles políticos.

2. Ninguna disposición del presente Convenio deberá interpretarse en el sentido de que implique una obligación de prestar la asistencia judicial si el estado requerido tiene serias razones para creer que la solicitud de asistencia motivada por un delito comprendido en el artículo 1.º o 2.º se ha presentado con el fin de perseguir o de castigar a una persona por consideraciones de raza, religión, nacionalidad u opiniones políticas, o que la situación de dicha persona corre el riesgo de agravarse por una u otra de las citadas razones.

3. Las disposiciones de cualesquiera tratados y convenios de asistencia judicial en materia penal aplicables entre los Estados Contratantes, incluido el Convenio Europeo de asistencia judicial en materia penal, quedarán notificadas, en lo que respecta a las relaciones entre Estados Contratantes, en la medida en que resulten incompatibles con el presente Convenio.

Artículo 9.º

1. El Comité Europeo para los problemas criminales del Consejo de Europa deberá estar informado del cumplimiento del presente Convenio.

2. El mismo facilitará cuando sea menester la solución amistosa de cualquier dificultad derivada del cumplimiento del Convenio.

Artículo 10

1. Cualquier diferencia entre los Estados Contratantes relativa a la interpretación o aplicación del presente Convenio, que no se solucionase con arreglo a los términos del párrafo 2 del artículo 9.º, se someterá a arbitraje a petición de cualquiera de las Partes interesadas. Cada una de las Partes designará un árbitro y los dos árbitros designarán un tercer árbitro. Si en el término de tres meses, a contar desde la petición de arbitraje, una de las Partes no hubiese procedido a designar un árbitro, éste se designará a petición de la otra Parte, por el Presidente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Si el Presidente del Tribunal fuese nacional de una de las partes interesadas en la diferencia, la designación del árbitro corresponderá al Vicepresidente del Tribunal o, si el Vicepresidente fuese asimismo nacional de una de aquéllas, el miembro más antiguo del Tribunal que no sea nacional de una de las Partes interesadas en la diferencia. El

mismo procedimiento se aplicará en el caso de que los dos árbitros no pudieran ponerse de acuerdo en la elección del tercer árbitro.

2. El Tribunal arbitral fijará el procedimiento por el que haya de resolverse. Sus decisiones se adoptarán por mayoría. Su laudo será definitivo.

Artículo 11

1. El presente Convenio quedará abierto a la firma de los Estados miembros del Consejo de Europa, pudiendo ratificarse, aceptarse o aprobarse. Los instrumentos de ratificación, de aceptación o de aprobación se depositarán ante el Secretario General del Consejo de Europa.

2. El Convenio entrará en vigor tres meses después de la fecha del depósito del tercer instrumento de ratificación, de aceptación o de aprobación.

3. El mismo entrará en vigor con respecto a cualquier Estado signatario que lo ratifique, acepte o apruebe ulteriormente, tres meses después de la fecha del depósito de su instrumento de ratificación, de aceptación o de aprobación.

Artículo 12

1. Cualquier Estado podrá, en el momento de la firma o en el momento del depósito de su instrumento de ratificación, de aceptación o de aprobación, determinar el o los territorios a los cuales se aplicará el presente Convenio.

2. Cualquier Estado, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación, de aceptación o de aprobación o en cualquier otro momento posterior, podrá ampliar la aplicación del presente Convenio, mediante declaración dirigida al Secretario General del Consejo de Europa, a cualquier otro territorio designado en la declaración cuyas relaciones internacionales asuma o en cuyo nombre esté habilitado para estipular.

3. Cualquier declaración hecha en virtud del párrafo anterior podrá retirarse, en lo que respecta a cualquier territorio designado en dicha declaración, mediante notificación dirigida al Secretario General del Consejo de Europa. La retirada surtirá efectos inmediatamente o en una fecha ulterior que se fijará en la notificación.

Artículo 13

1. Cualquier Estado podrá declarar, en el momento de la firma o del depósito de su instrumento de ratificación, aceptación o aprobación, que se reserva el derecho de denegar la extradición, en lo que respecta a cualquier delito comprendido en el artículo 1.º que considere como un delito político, un delito conexo con éste, o un delito inspirado por móviles políticos, con la condición de que se comprometa a tomar debidamente en consideración, al calificar la naturaleza de la infracción, su carácter de especial gravedad, incluidas las siguientes circunstancias:

a) Que ha creado un peligro colectivo para la vida, la integridad corporal o la libertad de las personas; o bien

b) Que ha afectado a personas ajenas a los móviles que la inspiraron; o bien

c) Que para su realización se utilizaron medios crueles o perversos.

2. Cualquier Estado podrá retirar en su totalidad o en parte una reserva formulada en virtud del párrafo anterior, mediante una declaración dirigida al Secretario General del Consejo de Europa, que surtirá efecto el día de la fecha de su recepción.

3. Un Estado que hubiere formulado una reserva en virtud del párrafo 1 del presente artículo no podrá pretender la aplicación del artículo 1.º por otro Estado; sin embargo, si la reserva fuese parcial o condicional, podrá pretender la aplicación de dicho artículo en la medida en que el mismo lo hubiere aceptado.

Artículo 14

Cualquier Estado Contratante podrá denunciar el presente Convenio, dirigiendo una notificación por escrito al Secretario General del Consejo de Europa. Tal denuncia surtirá efecto inmediatamente o en una fecha ulterior fijada en la notificación.

Artículo 15

El Convenio cesará de producir efectos con respecto a cualquier Estado Contratante que se retire del Consejo de Europa o que deje de pertenecer al mismo.

Artículo 16

El Secretario General del Consejo de Europa notificará a los Estados miembros del Consejo:

- a) Cualquier firma.
- b) El depósito de cualquier instrumento de ratificación, de aceptación o de aprobación.
- c) Cualquier fecha de entrada en vigor del presente Convenio con arreglo a su artículo 11.
- d) Cualquier declaración o notificación que se reciba en aplicación de las disposiciones del artículo 12.
- e) Cualquier reserva formulada en aplicación del párrafo primero del artículo 13.
- f) La retirada de cualquier reserva hecha en aplicación del párrafo 2 del artículo 13.
- g) Cualquier notificación recibida en aplicación del artículo 14 y la fecha en que la denuncia surtirá efecto.
- h) Cualquier cesación de los efectos del Convenio en aplicación del artículo 15.

El *IV Coloquio Criminológico del Consejo de Europa* se ha celebrado en Estrasburgo, 26-28 noviembre de 1979. En él se han presentado tres informes generales sobre «manifestaciones y definición de los malos tratos» (relator Lemoil-Degoumois); sus factores etiológicos y consecuencias a largo plazo (Vesterdal), y las reacciones: control social formal e informal (Sommerhausen). Las conclusiones fueron presentadas por la señora Rozes. La temática guar-

daba relación con la protección social y judicial de los niños, dándose las cifras de que dos niños europeos sobre cien son víctimas de sevicias corporales antes de los dieciocho años y un 8 por 100 de crueldades mentales.

ASAMBLEA PARLAMENTARIA

La Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa se ha reunido en Estrasburgo (20-25 abril 1980), incluyendo en el orden del día el tema de la pena capital (día 22), en el que ha actuado como relator el diputado socialdemócrata sueco Carl Lidbom, solicitando su abolición en los países miembros del Consejo de Europa y que se modifique la Convención europea de los Derechos del Hombre en este sentido. La pena de muerte se mantiene en siete de los veintiún Estados que integran el Consejo de Europa: Bélgica, Chipre, Francia, Grecia, Irlanda, Liechtenstein y Turquía. El tema se ha llevado también al orden del día de la reunión de Ministros de Justicia europeos en Luxemburgo, en el mes de mayo.

Jurisprudencia Penal

LUIS FELIPE RUIZ ANTON
Universidad Complutense. Madrid

Artículo 1.º. Dolo eventual.

«Pues si como expresa un conocido refrán castellano "el movimiento se demuestra andando", en el dolo eventual se demuestra actuando, pues si el sujeto no hubiera querido que se produjese el evento suplementario, cuya emergencia sabía o conocía muy probable o casi segura, hubiera paralizado o desistido de su actuación, por lo que al no hacerlo así demuestra que acepta o ratifica tales consecuencias». (Sentencia de 18 de marzo de 1980).

Artículo 2.º, párrafo segundo. Conmutación de la pena.

«Dada la buena conducta acreditada de los procesados, la realidad social que denota la grave situación económica que por razones sobradamente conocidas atraviesa gran número de empresas y, especialísimamente, que según resulta certificación que obra en rollo de Sala, los procesados regularizaron totalmente su situación con el Instituto Nacional de Previsión, habiendo hecho efectivas las cuotas en descubierto correspondientes de los trabajadores, procede hacer uso de la facultad que a los Tribunales concede el párrafo segundo del artículo 2 del Código penal y proponer la conmutación por la que en propuesta al Ministerio se dirá, por estimar excesiva la que resulta de la rigurosa aplicación de la Ley, habida cuenta del grado de malicia y del daño causado por el delito». (Sentencia de 1.º de marzo de 1980).

Artículo 3.º. Consumación anticipada.

En los delitos de robo y hurto «se da una consumación anticipada, que hace innecesaria para su perfección el logro del lucro o fin de aprovechamiento, declarando que el paso de la frustración a la consumación radica

en el hecho de la disponibilidad de la cosa sustraída, que ha de interpretarse más que como real y efectiva disposición que entraría en la fase de agotamiento, como ideal o potencial capacidad de disposición, no consumiéndola, sino estando en condiciones de efectuar cualquier acto de dominio material sobre ella; (...) en los supuestos de flagrante delito con persecución del reo, si éste es sorprendido "in situ" y perseguido sin perderle de vista hasta su detención, es evidente que el perjudicado no queda despojado de su dominio de modo efectivo, pues el reo carece de posibilidad de lograr la desposesión, pero si durante la fuga o huida aquél consigue escapar y eludir su captura, aunque sea transitoriamente, es obvio que durante este lapso de tiempo el sustractor tiene poder de disposición sobre la cosa, y se da la disponibilidad potencial o real sobre la "res furtiva" que admite la doctrina y la praxis como características de la consumación delictiva». (Sentencia de 7 de marzo de 1980).

Artículo 4.º, párrafo segundo. Proposición. Diferencias con la provocación.

«La proposición —párrafo segundo del artículo 4 del Código penal—, etapa o fase inicial del «iter criminis», acto preparatorio criminalizado según algunos sectores doctrinales o resolución manifestada según otros, se caracteriza por dos notas positivas —**resolución** firme de cometer un delito e **invitación** a una o más personas para que participen en dicha ejecución, personas que pueden aceptarla o rechazarla sin que por eso deje de perpetrarse la referida proposición— y otra negativa, esto es, que, aceptada o no la invitación, no se comience la ejecución directamente y por actos exteriores pues, en tal caso, superada la fase anterior, pierde virtualidad la proposición y queda absorbida por la mayor progresión delictiva que implicó la tentativa. Su diferencia con la provocación —párrafo tercero del artículo 4 citado— es tema polémico y controvertido, sosteniendo algunos que la distinción puede lograrse atendiendo a la mayor eficacia suasoria, al más enérgico apremio que supone el verbo legal «incitar» frente al «invitar» de la proposición, pero, la doctrina científica más caracterizada, entiende que ambas expresiones son equivalentes y que la diferencia entre uno y otro concepto radica o estriba en que, en la proposición, el agente, que ha resuelto cometer, **material y personalmente**, un delito trata de sumar a sus propósitos a otra u otras personas, constituyendo con ellas un consorcio criminal o hipótesis de codelincuencia, mientras que en la provocación, el provocador no está resuelto a ser ejecutor del delito a cuya perpetración incita ni pretende que dicha perpetración sea conjunta, sino que se limita al intento de determinar a otro u otros a la ejecución de un hecho punible, pero sin que él haya tomado parte, directa y materialmente, en la misma». (Sentencia de 8 de febrero de 1980).

Artículo 8.º, 8.º. Caso fortuito.

«La doctrina interpretativa de esta Sala tiene afirmado que fortuito es lo que no puede preverse (Sentencias de 30-1-60 y 13-11-73), o que previsto no

puede evitarse (Sentencia de 13-12-46) como factor extraño a la causalidad normal, inopinado y súbito que aparece sin conexión lógica con el acto o conducta desarrollada (Sentencias de 26-1-68 y 6-5-75)». (Sentencia de 12 de marzo de 1980).

Artículo 8.º, 10.º. Miedo insuperable de un mal igual o mayor.

«Para su eficacia exonerativa es preciso: a) que el miedo haya obnubilado la mente del agente, privándole de su capacidad de raciocinio o de su libertad de decisión y de determinación, de tal modo que, galvanizado y trastornado por el terror actúe o se abstenga cuando tenía obligación de obrar gracias a la abolición consecutiva de sus facultades cognoscitivas o volitivas; b) que el miedo haya sido causado o desencadenado por estímulos *reales, conocidos, ciertos e inminentes* (...) debiendo tener una existencia objetiva y constar como hechos probados; c) que sea insuperable, esto es, imposible de dominar o de vencer por el sujeto activo, habiendo prevalecido, por lo general, para determinar la insuperabilidad, criterios objetivos y despersonalizados, entendiéndose por miedo insuperable «el que no puede dominar el común de las gentes y la generalidad de las personas» (...); d) que el mal temido sea *igual o mayor* al causado bajo el imperio del miedo. (Sentencia de 15 de abril de 1980).

Artículo 9.º, 4.º. Preterintencionalidad.

La atenuante 4.ª del artículo 9.º del Código penal «requiere para su apreciación: 1.º, la concurrencia de circunstancias, en los hechos probados, que revelen el aumento del mal producido sin tener intención de causarlo; 2.º, que la progresividad delictiva o disparidad entre delitos sea homogénea, en cuanto que tanto el realizado como el propuesto ejecutar, deben ser susceptibles de incardinarse en la misma tipología, pues si la distorsión es de carácter heterogéneo daría lugar a la aplicación de la normativa del artículo 50 del Código penal, y 3.º, que el exceso no deseado del daño o mal, no esté apreciado como condicionamiento agravatorio de la responsabilidad penal del delito imputable a delito doloso, como en el caso que se contempla en el párrafo último del artículo 411 del Código penal». (Sentencia de 14 de diciembre de 1979).

«1.º. Se regula en la misma la preterintencionalidad homogénea, esto es, se comete un delito en la misma línea de intencionalidad del agente, en el que por tanto el resultado va más allá de la intención, pero con propósito inicial de la realización de un hecho antijurídico, con exceso de resultado respecto de la intención, produciéndose una distonía entre una y otro y desbordando ésta a aquélla, con la presencia de "ultra proposición" y "plus in effectum" (...); 2.º Que, en general, los delitos de lesiones no son propicios, ni idóneos a la aplicación de esta atenuante, pues exigiéndose en los mismos el dolo general de golpear, herir o maltratar, debería concretarse, en cada caso, hasta dónde se pretendió herir y dónde hubo exceso en el resultado conseguido y solamente podría apreciarse la atenuante cuando "verbi gratia", existe una absoluta inidoneidad del medio elegido para la agresión y el resultado obtenido». (Sentencia de 8 de abril de 1980).

Artículo 9.º, 5.º. Provocación previa.

«La atenuante de provocación previa y adecuada, recogida en el núm. 5 del artículo 9 del Código penal, aunque más difícil de perfilar que su homóloga la amenaza, por la ambigüedad de su contenido, está caracterizada por la excitación o invitación, susceptible de producir una menor culpabilidad y antijuricidad, sin relación causal del delito, por lo que la hermenéutica jurisprudencial, reclama para su apreciación los siguientes requisitos: 1.º La existencia de una manifestación o actividad, producida por el sujeto pasivo del delito u ofendido, con potencialidad suficiente para excitar al sujeto activo de la acción delictiva; 2.º La inmediatividad como elemento temporal, en cuanto que entre estas manifestaciones o actividades y la reacción punitiva, no debe existir tiempo para eliminar o atenuar la efectividad de la provocación; 3.º La finalidad, como elemento tendencial, en el sentido de que no sea causa de determinado delito externo al agente provocador, sino como estimulante del sufrido por él; y 4.º La adecuación, ya que entre la intensidad de la excitación provocadora y la magnitud de la reacción delictiva, debe existir una valoración normativa, para poder apreciar la posibilidad de una disminución de la culpabilidad del agente y la antijuricidad del delito». (Sentencia de 14 de marzo de 1980).

Artículo 9.º, 6.º. Vindicación próxima de ofensa grave.

La atenuante de vindicación de una ofensa grave «de acuerdo con el criterio de esta Sala —Sentencias de 19 de enero y 3 de mayo de 1979—, a pesar de su semejanza con la provocación, debido a que ambas son susceptibles de producir un estado emocional en el sujeto activo del delito, su sustantividad le viene dada por los siguientes requisitos: a) en cuanto a la dinámica del ofensor, requiere la existencia de palabras o acciones que impliquen o lleven consigo cierta agresividad, susceptible de crear excitaciones o irritaciones en el agente de la acción delictiva, dirigidas al autor del delito, su cónyuge, ascendientes, descendientes, hermanos legítimos, naturales o adoptivos o afines en los mismos grados; b) que la actividad del autor del delito se realice con el elemento cronológico de la inmediatividad y con la culpabilidad del móvil vindicativo; y c) que la ofensa merezca la calificación de grave, de acuerdo con los condicionamientos que le dan vida, y la relación pueda ser considerada como adecuada, para que el aumento inhibitorio psíquico de la actividad del ofendido pueda tenerse en cuenta de acuerdo con el sentir mayoritario del ente social dentro del que tienen lugar los hechos». (Sentencia de 26 de marzo de 1980).

Artículo 10.º, 1.º. Alevosía.

La esencia de la alevosía es «para unos, de naturaleza *subjetiva*, implicando vileza y cobardía, con una mayor perversidad en el agente y un aumento de su culpabilidad, añadiendo, con base en el "tiendan" legal, que, el referido agente, ha de perseguir, con su comportamiento, la consecución

de un aseguramiento gracias a la indefensión del ofendido, procediendo, en consecuencia, a una escogitación o selección de los medios, modos o formas de ejecución (...), pero a esta teoría (...) se contraponen la actualmente prevalente, *objetiva*, la cual ve la esencia de la alevosía en un "plus" de antijuricidad, y, partiendo también del "tienden" legal, interpreta este término no en función del agente, sino en la de los medios, modos o formas de ejecución, los cuales implican una perpetración modal o instrumental, eliminadora "per se" y "ex ante" de toda posibilidad defensiva por parte de la víctima, agregando este Tribunal en pro de esta tesis (...) que no es necesario que la ocasión aleve se busque de propósito, bastando con su consciente aprovechamiento, y que no requiere una preordenación ideal, sino un comportamiento momentáneo en el acto». (Sentencia de 5 de marzo de 1980).

Artículo 10.º, 13.º. Nocturnidad.

«La doctrina de esta Sala viene desarrollando e interpretando el precepto y apartado dichos, afirmando que en la circunstancia hay un elemento de carácter objetivo: noche, equivalente a sombras de la noche, ausencia de luz solar; un elemento subjetivo: buscado o aprovechado de propósito para una mayor facilidad en la ejecución, en la huida en su caso, favoreciendo el impunitismo, por la dificultad de identificación de los autores, indefensión de la víctima, realizando los hechos con el menor riesgo y aumentando la alarma social en cuanto que se comete a horas dedicadas habitualmente al descanso nocturno del común de las gentes. (Sentencias 22 de diciembre de 1977, 5 de abril de 1978, 6 de febrero de 1979, entre otras)». (Sentencia de 18 de febrero de 1980).

Artículo 14, 2. Inducción.

La inducción del artículo 14, 2 precisa dos elementos: «El objetivo, representado por el influjo psíquico del autor intelectual sobre el autor material en relación de absoluta causalidad, en cuanto que el propósito de éste de realizar el hecho haya encontrado su causa en la instigación de aquél; (...) el subjetivo, constituido por el ánimo doloso del inductor de compeler al autor material a la realización del delito». (Sentencia de 19 de febrero de 1980).

La expresión utilizada comunmente por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, según la cual uno de los elementos básicos de la inducción es el de «que ha de ser directa, o sea, que recaiga sobre un *sujeto determinado*, no puede interpretarse en el sentido de que, si no se conoce a éste, no se le individualiza o no se le encuentra por hallarse en paradero desconocido, no existe posibilidad de condenar a su inductor, sino en el de que, por ser específica, no puede recaer sobre personas indeterminadas o en abstracto, ya que de lo contrario quedarían impunes numerosos hechos delictivos, aun cuando se acreditase plenamente que la comisión de los mismos obedeciese a instigaciones ejercidas sobre personas concretas, aunque sumariamente no identificadas, lo que pugnaría con el más elemental principio de política criminal». (Sentencia de 20 de febrero de 1980).

Artículo 14, 3. Cooperación necesaria.

«Para que entre en juego el concepto de autoría que define el número 3.º del artículo 14 del Código penal se requiere, en esencia, la formulación de un juicio de valor tendente a destacar y enjuiciar si el auxilio o acto de cooperación fue necesario para que el hecho se ejecutase en la forma concreta en que así se hizo o cometió, cargando el acento en el carácter indispensable del acto de cooperación, o en el de imprescindibilidad o en el de necesidad, quedando relegados, en términos generales, a la complicidad los actos de cooperación que supongan una mera participación accidental o meramente accesoria». (Sentencia de 24 de abril de 1980).

Artículo 24. Retroactividad.

El Tribunal Supremo declara que ha sido correctamente aplicado el artículo 437 —estupro patronal— no obstante estar derogado en el momento de juzgarse los hechos, pero vigente al tiempo de realizarse los mismos, debido a que el artículo 434, introducido por Ley 46/1978, de 7 de octubre, si bien podría ser tenido en cuenta, señala una pena más grave, la de prisión menor frente a la de arresto mayor que preveía el artículo 437. (Sentencia de 7 de marzo de 1980).

Artículo 27. Escala general de penas.

«(...) Si bien es cierto que la pena de muerte fue restablecida por Ley de 11 de octubre de 1934, ésta ha sido abolida por la Constitución vigente en su artículo 15, "salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra", cuestión que si en el aspecto material tiene como brújula y guidora la humanización del sistema punitivo...». (Sentencia de 5 de marzo de 1980).

En la segunda Sentencia que dicta el Tribunal Supremo, como consecuencia de casar y anular la recaída en la Sala de instancia, condena a un muchacho de diecisiete años que había causado la muerte de otra persona conduciendo un tractor sin el correspondiente permiso «como autor responsable de dos delitos, uno de conducción ilegal del artículo 340 bis c), y de un delito de imprudencia temeraria con resultado de muerte, concurriendo la atenuante privilegiada de menor edad, a las penas por conducción ilegal de 10.000 pesetas de multa, sustituibles en caso de impago por insolvencia de cinco días de arresto, y por la imprudencia a un mes y un día de arresto mayor y a la privación de un año del permiso de conducir vehículos de motor mecánico o de la posibilidad de adquirirlo». (Sentencia de 22 de febrero de 1980). Obsérvese que la pena de no poder adquirir el permiso de conducción no figura en el penúltimo párrafo del artículo 565. Sí aparece, por el contrario, aunque no en el catálogo general del artículo 27, en el artículo 516 bis, último párrafo, para la utilización ilegítima de vehículos de motor, pero, en todo caso, no es este el precepto aplicado para

el caso de la Sentencia. No debe olvidarse que entre los efectos de la pena de privación del permiso de conducir del artículo 42, párrafo tercero, se recoge la inhabilitación para el ejercicio del derecho de poder obtenerlo durante el tiempo de la condena.

Artículo 50. Diferencias con el artículo 9.º, 4.º.

Esta Sala, en constante y reiterada Jurisprudencia, «viene declarando que cuando el resultado delictivo excede o va más allá de lo pretendido por el sujeto activo, por ejemplo en aquellos supuestos en los que el imputado proponiéndose causar unas lesiones a una determinada persona le ocasiona la muerte, lo que se produce es uno de los llamados delitos preterintencionales, o sea, de aquéllos en los que el resultado va más allá de la intención, por lo que su vertiente o tipo subjetivo viene colocada por la doctrina en un lugar intermedio entre el dolo y la culpa e incluso por algunos autores como una tercera forma de la culpabilidad, dado que si en la primera fase del delito existió un dolo inicial de lesionar, éste no cubre el resultado de muerte que excede tal propósito, por no haber tenido en cuenta su autor que actuando en la forma en que lo hizo, podía derivarse de las mismas lesiones queridas la muerte del ofendido, que resultaba perfectamente previsible y al no haberlo hecho así incurrió en culpa, por lo que no puede decirse que la conducta del agente hubiera sido totalmente dolosa, pues su intención no abarca el homicidio, ni completamente culposa, pues el resultado producido, aunque no deseado, se había injertado sobre una conducta originalmente dolosa, lo que para otros juristas supone un dolo mixto por hallarse contaminado de culpa en su fase final o también un resultado preterdoloso, por lo que esta Sala para evitar en lo posible las consecuencias del "versari in re illicita" venía estimando en tales casos la existencia de un delito doloso de homicidio, con la circunstancia atenuante establecida en el número cuarto del artículo noveno del citado Código punitivo, pero más modernamente se viene distinguiendo entre una *preterintencionalidad homogénea* o de grado menor cuando el resultado más grave constituya o esté dentro del mismo tipo delictivo que el resultado menos grave, por ejemplo, las lesiones leves y lesiones graves y *preterintencionalidad heterogénea* o de grado mayor en la que el delito ejecutado *es distinto* que el que se había propuesto realizar el culpable, como en el caso de unas lesiones graves que producen homicidio, aplicando a la primera situación la citada atenuante cuarta y a la segunda el artículo 50 en atención a que en la primera de las disposiciones legales antecitadas, se habla de *resultado de mayor gravedad*, en la segunda se exige que los delitos sean distintos, imponiendo al culpable la pena correspondiente al de menor gravedad en su grado máximo, pero teniendo que recurrir a veces, como ocurre en el presente caso, a la solución anterior, aun cuando en realidad los delitos fueran distintos, por la imposibilidad de determinar a falta de datos la entidad y duración de las lesiones, presupuesto indispensable para la fijación de la pena correspondiente al delito menos grave en su grado máximo». (Sentencia de 22 de febrero de 1980).

Artículo 59, párrafo segundo. Inherencia.

Las agravantes números 8.^a (abuso de superioridad o empleo de medio que debilite la defensa) y 16.^a (ejecutar el hecho con desprecio de la edad o sexo del ofendido) del artículo 10, «no son apreciables como circunstancias genéricas de agravación en los delitos de abusos deshonestos del artículo 430, en relación con el núm. 3.º del 429, ambos del Código penal, al hallarse embebidas como inherentes y consustanciales al mismo delito cometido con menor de doce años». (Sentencia de 14 de marzo de 1980).

Artículo 69. Delito continuado.

«Que el delito continuado, figura jurídica de origen medieval, ha sido estudiada tiempo ha por este Tribunal, el cual, en una primera etapa, lo reputó mera ficción admitida tan sólo "pietas causa", es decir, exclusivamente en beneficio del reo, posteriormente lo consideró expediente de política criminal, impregnado de practicidad y destinado a evitar la impunidad de conductas múltiples en las que no era posible aislar, sin regularizar o individualizar las diferentes infracciones en cuanto a ocasión, fecha y cantidad exactamente sustraída o defraudada en cada ocasión; más tarde, con una tendencia que algunos sectores doctrinales juzgaron inquietante, convirtió la pluralidad en unidad para evitar que actividades sumamente graves en su conjunto y que afectaban a una multitud de sujetos pasivos, fueran castigadas, gracias a la individualización de cada acción, de modo asaz, parvo e irrisorio, imponiendo penas insignificantes, reducidas todavía más merced a la limitación —triple de la más grave establecida en el artículo 70 del Código penal— y, finalmente, este Tribunal, en la última década, y en numerosas sentencias, de las que son paradigma las de 26 de marzo y 10 de junio de 1974, 25 de octubre y 24 de noviembre de 1975, 20 de febrero y 16 de mayo de 1979, estimó que, el delito continuado no es mera ficción, ni expediente de política criminal, ni ingenioso modo de evitar que sean insuficientemente castigadas conductas que, en su conjunto, revisten suma gravedad, sino ente real, dotado de vida propia, ontológica y esencialmente autónomo e independiente, que concurre cuando se detectan sus elementos estructurales y que opera tanto en favor como en contra del reo, exigiéndose, de acuerdo con la teoría objetivo-subjetiva dominante: pluralidad de acciones, homogeneidad de éstas, unidad de precepto penal violado, de modo que sea infringido un solo mandato legal, un grupo de ellos, o varios entre los cuales exista íntima y evidente afinidad o concatenación, unidad de bien jurídico atacado, unidad de sujeto o sujetos activos —aunque se admiten excepciones—, y, sobre todo, dolo unitario, designio único e intención omnicompreensiva, de tal modo que la actividad del sujeto activo, proyectada y gravitando sobre diferentes sujetos pasivos y en lugares y ocasiones también diversos, sea unificada "ab initio" mediante la concepción, ideación y maduración de un plan antijurídico conjunto que, obedeciendo a una ambición maxidelictiva, haya de ejecutarse y desarrollarse forzosamente de modo múltiple y en episodios y etapas que respondan siempre a un solo

desigmo delictivo y no a un dolo que se agota tras la perpetración de cada infracción y *se renueva* mediante una aislada decisión intencional encaminada, una y otra vez, a la comisión de nuevos hechos punibles; por el contrario, el "nomen iuris" estudiado, no dejará de operar cuando sean diferentes los sujetos pasivos o distintos los lugares y fechas en los que se desarrollen las diversas actividades delictivas». (Sentencia de 12 de febrero de 1980).

«No es posible, aunque el ánimo del autor sea finalísticamente su propio y particular enriquecimiento, englobar en la figura del delito continuado formas de ejecución que obedecen a módulos de operar diferentes, a técnicas diversas y a situaciones pasivas distintas». (Sentencia de 26 de febrero de 1980).

Artículo 106. Responsabilidad civil. Distribución de cuotas.

«Cuando se comete un delito contra la propiedad y posteriormente una receptación, el receptor que no ha intervenido en el delito principal ha de responder exclusivamente hasta el límite del lucro obtenido, no siendo extensiva su responsabilidad civil a lo no recibido, de lo que ni tuvo conocimiento ni se aprovechó (...). La cuota del receptor debe estar representada por la cuantía del beneficio obtenido por él, en esta cuantía entra la solidaridad del artículo 107 del Código penal, esto es, que el receptor es solidario, con autores y cómplices del delito de la propiedad, antecedente, exclusivamente por la cuantía de su lucro (...). Cuando se recupera lo adquirido por el receptor íntegramente, queda cubierta su responsabilidad civil total, por lo que ni solidaria ni subsidiariamente debe responder de las cuotas fijadas a los autores, puesto que en primer lugar su participación delictiva ha sido satisfecha por la restitución de la cosa objeto del encubrimiento y en segundo lugar, a tenor del artículo 108, ha resarcido hasta la cuantía de su participación por título lucrativo». (Sentencia de 7 de marzo de 1980).

Artículo 245. Insultos, injurias y amenazas a los agentes de la Autoridad.

Requiere los siguientes presupuestos: 1.º, que el sujeto activo, de hecho o de palabra, insulte, injurie o amenace gravemente; 2.º, que tal comportamiento se dirija contra agente de la Autoridad, precisamente cuando se halle en el ejercicio de su función o con ocasión de ella; 3.º, que el propio quehacer se realice en presencia del ofendido o en escrito que se le dirija; y 4.º que el inculcado tenga conciencia de infamar o amenazar, menospreciando el principio de autoridad que represente la víctima, dando efectividad anímica al elemento subjetivo de lo injusto, que en esta infracción resulta de necesaria existencia». (Sentencia de 7 de marzo de 1980).

Artículo 280. Falsificación de sellos, marcas, billetes o contraseñas.

«El hecho que se describe en el resultando de hechos probados de haber cambiado el número de motor correspondiente al vehículo que se reseña (...)

integra el delito del artículo 280 del Código penal por el que el recurrente fue condenado, sin que, por tanto, puedan tener la menor trascendencia, a los efectos pretendidos por el recurrente, el hecho de que de tal alteración o falsificación no se hubiera derivado perjuicio alguno para el fabricante ni beneficio para el recurrente en cuanto que (...) el delito se consuma por la mera actividad o ejecución de la acción delictiva, consistente en la alteración de la verdad, por el peligro potencial de la lesión para los bienes jurídicos protegidos, con independencia de que lleguen a producirse o no realmente, como acontece con todos los delitos formales». (Sentencia de 20 de marzo de 1980).

Artículo 303. Falsificación de documento oficial.

«El carnet de conducir es un documento oficial que, aun cuando contiene datos relativos a la identidad de su poseedor, no se expide con ese fin, sino con el de acreditar un derecho, cual es, el que tiene su titular para conducir vehículos (...), o sea, que aunque puede servir a efectos identificatorios, como queda dicho, es más que un documento de identidad, por lo que su alteración no puede ser incardinada en la falsedad privilegiada del artículo 309, sino que queda subsumida en los artículos acertadamente aplicados por la Sala de Instancia» —artículos 303 y 302, núm. 6.º. (Sentencia de 7 de abril de 1980).

Artículo 306. Falsedad en documento privado.

«Para que se entienda cometido el delito de falsedad en documento privado, es preciso que además de la alteración de la verdad constitutiva de la falsedad, se haya producido un perjuicio a tercero, o, simplemente, que haya sido realizada con el ánimo de causárselo, por lo que el delito se consuma desde el momento mismo en que se realiza el acto falsario con el indicado propósito, con absoluta independencia de que el perjuicio llegue o no a producirse, en cuanto que como queda dicho se identifican perjuicio intentado y causado». (Sentencia de 5 de febrero de 1980).

Artículo 340 bis c). Vía pública.

No puede compartirse el criterio de la Sala de instancia al estimar «que por estar cerrada al tráfico la calle lugar de autos no era en el momento del acaecimiento vía pública, pues basta tener en cuenta las normas reglamentarias del Código de la Circulación sobre vías en reparación; y ponderar que la calle en cuestión no estaba en absoluto cerrada al tráfico, cuando establece y reconoce que por ella estaban circulando los tractores y todos los que en las obras de reparación trabajaban, y los peatones que allí vivían, que no cabe suponer que por la realización de las reparaciones estuvieran privados de acceso a sus respectivos domicilios en dicha calle; todo ello aparte, que si aunque fuera con el fin indicado estaban circulando tractores, nada permite afirmar que sus conductores estuvieran exentos de la

obligación de estar provistos de los correspondientes permisos de circulación que se exige en el artículo 262-13 y II del Código de la Circulación». (Sentencia de 22 de febrero de 1980).

Artículo 344. Elaboración, fabricación, cultivo y tenencia de drogas tóxicas o estupefacientes para el autoconsumo. Conductas impunes.

«La dinámica tipificada en el artículo 344 del Código penal, a partir de la reforma que tuvo por Ley de 15 de noviembre de 1971, viene constituida por el actuar ilegítimamente como requisito genérico y primario de todas las conductas que se especifican en el mismo, entre las que se encuentran: los actos de cultivo, fabricación y elaboración de drogas tóxicas o estupefacientes, como productores o creadores de las mismas; los de transporte, tenencia, venta, donación o tráfico en general, como transmisores; y los de promover, favorecer o facilitar su uso de otro modo, como proselitismo, que lleva consigo no solamente la incitación en el consumo, sino también la perseverancia en el mismo. Cierta sector de comentaristas y doctrinarios del Derecho penal, marcadamente de tipo humanitario, ven en las conductas descritas la necesidad de un ánimo tendencial constituido por la intención de destino, en cuanto que todas ellas han de estar dirigidas a la promoción, favorecimiento y a la facilitación del consumo de la droga. Y siguiendo esta orientación, la doctrina de esta Sala ha establecido de forma reiterada —Sentencias 2 de julio, 21 y 22 de octubre de 1979—, que la elaboración, fabricación y el cultivo, la tenencia y el transporte de las drogas o estupefacientes, cuando están destinadas al autoconsumo, sin deseo alguno de transmisibilidad, no constituyen las figuras delictivas del citado artículo 344». (Sentencia de 25 de marzo de 1980).

Artículo 399. Malversación impropia de caudales públicos.

«Comete delito de malversación impropia de caudales públicos, a tenor de lo establecido en el artículo 399 en relación con el 394-1 del Código penal, el particular propietario de bienes embargados por autoridad judicial, que quedando en su poder en concepto de depósito y a resultas del procedimiento donde se acordó esa traba, los enajena y se lucra con el producto de su venta, porque al ser investido del cargo de depositario, le incumbe el ejercicio de una función pública, y los objetos a él confiados, aun cuando continúan en su patrimonio, se hallan afectos al cumplimiento de la resolución que dicte la Autoridad que declaró el embargo y en todo momento han de estar a disposición de ésta». (Sentencia de 16 de abril de 1980).

Artículo 405. Parricidio. Posibilidad de comisión culposa.

«Que el segundo motivo del mismo recurso, también ejercido en el fondo y en el que se niega el dolo o intención parricida en el recurrente, tampoco puede ser acogido, pues habiendo acogido esta Sala en varias resoluciones la figura del parricidio culposo (Sentencias de 15 de noviembre de 1973 y 7 de abril de 1975, entre otras) para cuya calificación no existe obstáculo legal,

puesto que el artículo 565 del Código penal resulta aplicable en principio a todos los tipos delictivos que no contengan un elemento subjetivo, ello viene a demostrar lo innecesario del mal llamado dolo duplicado o reduplicado, sino que basta el conocimiento o intención de agredir a una persona de las relacionadas en el citado artículo 405 y de que el resultado mortal producido por dicha agresión hubiera sido previsible, puesto que de ser exigible un dolo específico de matar a un pariente tampoco podría ser admitido en su total forma culposa». (Sentencia de 27 de marzo de 1980).

Artículo 406. Asesinato. Alevosía.

«Para la apreciación de la circunstancia agravatoria de alevosía, transformadora del homicidio en asesinato, la doctrina de esta Sala armoniza su *subjetividad* —«plus de culpabilidad»— y su *objetividad* —«plus de antijuricidad»— y reclama para su existencia la concurrencia de los requisitos siguientes: —Sentencias 14 de octubre de 1977 y 10 de marzo y 4 de junio de 1979—: a) en la *dinámica de la actividad* de los delitos contra la vida o la integridad de las personas, que la acción tipificada vaya acompañada de una conducta o "modus operandi" que implique un aseguramiento en la ejecución, con eliminación del riesgo para el ofensor que proceda de la posible defensa del ofendido —requisito real o material—; b) en la *culpabilidad*, que el sujeto activo del delito tenga no solamente la conciencia y la voluntad de los actos que realiza, sino además un ánimo tendencial y específico sobre el aseguramiento de su conducta y la indefensión o inadvertencia de la víctima ante el ataque que realiza, revelando cierta vileza o cobardía —requisito psíquico o espiritual—; c) en la *antijuricidad* un juicio valorativo de mayor repulsa que la que encierra en sí la conducta lesiva del bien jurídicamente protegido, por parte de la norma socio-cultural que rige el grupo social en cuyo entorno tienen lugar los hechos, captada a través de las circunstancias que concurren en la operatividad de la conducta del agente, requisito normativo o crítico». (Sentencia de 1.º de marzo de 1980).

Artículo 407. Homicidio. Dolo.

«La intención de muerte como elemento anímico o espiritual resulta de difícil comprobación y ha de ser deducido de las circunstancias exteriores que rodearon al hecho (...) como son, entre otras: la idoneidad del medio empleado en las lesiones para haber producido la muerte; la violencia y la reiteración de los golpes y la región corporal afectada por éstos; las manifestaciones efectuadas por los contendientes sobre sus propósitos al respecto, previamente y durante la contienda; las relaciones sociales y afectivas existentes entre ellos; así como los referentes a las personalidades del agresor y agredido y las causas y motivos que los llevaron a enfrentarse». (Sentencia de 11 de marzo de 1980).

Artículo 429. Violación. Consumación.

«El yacer equivale a ayuntamiento carnal o conjunción de órganos genitales de varón y hembra, no ofreciendo dudas de ninguna clase, para que

quede consumada esta especie delictiva, que basta con la realidad del acceso, sin que se precise la perfectibilidad del coito, bastando la penetración del pene, más o menos imperfecta en los órganos sexuales de la mujer, aunque la cópula no fuera normal y completa». (Sentencia de 11 de marzo de 1980).

Artículo 430. Abusos deshonestos. Formas imperfectas de ejecución.

«Que la doctrina propugnadora de que, en los delitos de mera actividad o de conducta, no es factible la ejecución imperfecta, conocido por determinado sector de penalistas con la denominación de tentativa, en cuanto que el resultado de tipo abstracto de la acción se realiza de forma instantánea, con la conducta misma, no puede admitirse en términos absolutos, ya que existen comportamientos fraccionables en los que formando parte del tipo no producen la perturbación o daño en el bien que se protege jurídicamente desde su iniciación, lo que ha motivado que la Jurisprudencia de esta Sala, sobre el delito de abusos deshonestos, haya experimentado, con dudas y vacilaciones, una evolución que parte de la negativa del reconocimiento de la ejecución imperfecta, hasta su admisión en el momento actual, pues si bien es cierto que el «*iter criminis*», en la mayoría de los casos, es tan breve que no hay posibilidad de apreciar diferentes etapas ejecutivas, también hay que admitir que no es radicalmente imposible la diferenciación de las mismas, en las que la iniciación de la actividad, sin estar despojada del ánimo libidinoso que requiere la vida del delito, el acto de fuerza que realiza no tiene la libido suficiente para engendrar la consumación delictiva». (Sentencia de 6 de marzo de 1980).

Artículo 434. Estupro de prevalimiento. Requisitos: determinación del sexo.

Tras la modificación que introduce la Ley de 7 de octubre de 1978 en materia de estupro, el artículo 434, al que se denomina en la Sentencia como estupro genérico de prevalimiento, exige la presencia de los siguientes requisitos: «a) que el sujeto activo esté dotado de una *superioridad* que nazca de cualquier *relación* o *situación*, con lo que dentro del mismo pueden estar comprendidas todas las personas que se vean investidas de preeminencia por autoridad, convivencia, actividad educativa, sentimiento religiosos, necesidad y entre ellas las que comprendía el artículo 437 que queda derogado; b) que el sujeto pasivo sea *persona* mayor de doce años y menor de dieciocho, con lo que el requisito del sexo femenino —mujer— ha sido eliminado por la ley y la edad queda limitada a los dieciocho años, y c) que la consecución del acceso, o ayuntamiento o cópula carnal tenga lugar mediante el uso de la superioridad como síntoma de conquista de aquiescencia de la estuprada, bien lograda por el imperio que desprende la dote o cualidad de la preeminencia o la seducción del mando o competencia, dentro del concierto social». (Sentencia de 7 de marzo de 1980).

Artículo 452 bis b), núm. 1.º. Corrupción de menores. Bien jurídico protegido.

El precepto protege «como bien jurídico la moral sexual colectiva, siendo un delito formal de mera actividad o de resultado cortado (Sentencias de 9 de diciembre de 1970, 5 de febrero de 1975 y 28 de junio de 1975), de tendencia y conducta promotora de apartamiento y descarrío de lo reputado socialmente ético y justo por el común sentido moral de la gente, al ejercer su influjo degradante y envilecedor sobre ofendidos que por temprana edad más necesitados se encuentran de una resuelta y eficaz defensa familiar, ambiental, legal y judicial, sin precisar para su consumación de actuaciones temporales persistentes, reiteradas, obscenas y extraviadas, bastando que el menor quede a disposición de otra persona que abuse de él, o que simplemente le impulse, lance o induzca a prácticas impúdicas». (Sentencia de 16 de febrero de 1980).

El Tribunal de instancia había absuelto al procesado, que fue sorprendido realizando prácticas masturbatorias con un menor de veintitrés años, del delito previsto en el artículo 452 bis b), núm. 1.º, al entender que difícilmente se puede corromper a un joven de dieciséis años comprobadamente iniciado en una vida de corrupción. Por el contrario, el Tribunal Supremo casa y anula dicho fallo al entender «que no es preciso que recaiga sobre sujeto pasivo (siempre menor de veintitrés años) que sea honesto, pues tal exigencia se encuentra ausente en el artículo 452 bis b)». (Sentencia de 3 de marzo de 1980).

Artículo 452 bis c). Aplicación de las medidas de seguridad a que alude.

«La facultad conferida a los Tribunales de lo Penal en el artículo 452 bis c) del Código penal para aplicar las medidas de seguridad a que alude ha sido suprimida por la Ley de Peligrosidad Social de 4 de agosto de 1970, en cuyo artículo 8 en relación con el 66 del Reglamento de 13 de mayo de 1971, se establece, que la facultad de declarar el estado peligroso y de imponer las correspondientes medidas de seguridad, corresponde, exclusivamente a los Jueces de Instrucción de la Jurisdicción Especial y Sala de Apelación de la misma (...) normas que deben prevalecer por ser más favorables al reo, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 2-2 del Código civil y del 24 del Código penal». (Sentencia de 7 de abril de 1980).

Artículo 487. Abandono de familia.

Para la concurrencia del abandono «no basta con el solo incumplimiento de los deberes de asistencia inherentes a la patria potestad, al matrimonio o a la tutela, sino que es preciso que ello suceda, bien por abandono malicioso del domicilio familiar, bien por razón y causa de la conducta desordenada del acusado, y, en segundo término, que según ha declarado este Tribunal de modo constante, el mencionado acusado no queda exonerado

del inexcusable cumplimiento de tales obligaciones gracias a la circunstancia de haber sido el otro cónyuge quien rompió primero la convivencia y se ausentó del domicilio conyugal, siempre y cuando, claro está el imputado (...) fuerce y compela a aquélla (...) a ausentarse del domicilio común». (Sentencia de 22 de febrero de 1980).

Artículo 489 bis. Omisión del deber de socorro.

«Constituye una infracción dolosa de comisión por omisión, teniendo su razón de existencia en el deber jurídico y moral de prestar auxilio al semejante que lo precisa por solidaridad humana, y cuando la omisión de tal deber se contrae a la propia víctima causada, se acrecienta la antijuricidad en la conducta del agente, dado que la exigencia de inmediato y perentorio auxilio es superior en entidad que cuando se trata de víctima no propia, bastando en aquel supuesto que el culpable capte y se aperciba del daño originado por él». (Sentencia de 3 de marzo de 1980).

Artículo 496. Coacciones. Allanamiento de morada.

El procesado había sido absuelto, por el Tribunal de instancia, de un delito de allanamiento de morada, a pesar de haber forzado la puerta de entrada de una vivienda ajena y haberse establecido en la misma en compañía de su mujer e hija, al entender que no concurrían en los hechos «la circunstancia de que el piso fuera destinado a la habitación de una persona o familia, con disposición exclusiva», dado que sus legítimos dueños residían fuera de la ciudad donde se produjo el suceso. El Ministerio Fiscal recurre contra el fallo absolutorio alegando falta de aplicación del artículo 496 (coacciones). El Tribunal Supremo acepta la tesis advirtiendo que no puede ser considerada como una cuestión «ex novo» la no aplicación del artículo 496, no obstante haberse planteado en instancia sólo la cuestión relativa al allanamiento de morada (artículo 490), al entender que es éste una forma agravada del primero, «que viene a ser la figura más generalizada y amplia de los atentados a la libertad de obrar del individuo (...), constituyendo una variante menos grave de culpabilidad de la específica del allanamiento» conforme a lo ya declarado en ese sentido por las Sentencias de 19 de diciembre de 1918 y de 23 de diciembre de 1923. En consecuencia, casa y anula la sentencia absolutoria, dictando una nueva condenando al procesado por el delito de coacciones del artículo 496 al considerar «que el hecho de entrar y permanecer en el piso ajeno, cerrado y desocupado, revistió carácter de violencia por la fuerza utilizada en el inmueble que el precepto penal requiere; que la ilicitud de la acción se puso de relieve ante la absoluta ausencia de justificación y que fue suficiente, ante la ausencia de los propietarios, el propósito del procesado de privarles arbitrariamente y por la fuerza de los derechos que como dueños tenían (Sentencias de 15 de octubre de 1966, 18 de junio de 1969 y 21 de abril de 1970)». (Sentencia de 13 de febrero de 1980).

Artículo 501, 1. Robo con homicidio. Autoría.

«Presente el recurrente a lo largo de toda la dinámica comisiva, y habiendo convenido en la realización y comisión de un delito de robo con violencia o intimidación en las personas, con armas, y cuya peligrosidad radica en que siempre puede degenerar en homicidio, es claro que admitió las consecuencias de la fechoría, que aceptó perpetrar, cooperando activamente en la misma, y que, por tanto, aunque no tomara parte directa en el homicidio (...) debe responder del mismo, que había previsto y querido, siquiera sea de modo eventual, en concepto de autor». (Sentencia de 18 de marzo de 1980).

Artículo 501, 2. Robo acompañado de violación. Delito complejo.

«Los dos procesados, que resultaron condenados, se pusieron de acuerdo para realizar, en acción conjunta, la conducta delictiva, que consistió en amenazar, con un destornillador y un martillo, a una pareja de novios, a la que ataron de pies y manos con unas cuerdas que llevaban para este fin, logrando, por este procedimiento, la sustracción de mil quinientas pesetas propiedad del novio y de tres mil doscientas pesetas propiedad de la novia, y a continuación "concibieron la idea de yacer" con la joven, lo que realizaron los dos "a pesar de la resistencia de ésta que gritaba y lloraba» y bajo la amenaza de matar a su novio, que era custodiado durante el yacimiento de uno de ellos por el que se quedaba vigilando, conductas éstas que engendran, por lo menos, un delito de robo seguido de dos violaciones, de las que una da vivencia al delito complejo de robo con violación tipificado en el artículo 501-2 del Código penal, y la otra deberá ser penada por separado». (Sentencia de 18 de abril de 1980).

Artículo 504, 1. Escalamiento. Concepto.

«Que el escalamiento, como circunstancia que tipifica el apoderamiento de la cosa mueble como robo, y que fue definido en la legislación derogada —núm. 1 del artículo 497 del Código penal de 1932— como entrada por vía que no sea destinada al efecto, ha seguido considerándose por la doctrina de esta Sala —Sentencias de 10 de mayo de 1978, 28 de mayo de 1979 y 17 de enero de 1980—, además de todo procedimiento en el que es necesario escalar para llegar al lugar en donde se encuentran los objetos sustraídos, el penetrar en el sitio en el que se hallaren las cosas, por camino no dedicado a tal fin, siempre que se realice como medio revelador de vencer las medidas puestas para la defensa de la propiedad, con lo que además de ser necesario la conducta alternativa o conjuntiva de la utilización de la vía no destinada al efecto o el empleo de escalas, es preciso que se pongan de manifiesto que se burlaron los medios materiales de protección del dominio». (Sentencia de 27 de marzo de 1980).

Artículo 530. Doble reincidencia en los delitos de estafa y otros engaños. Carácter facultativo de la agravación.

«El artículo 530 del Código penal, en su indeclinable vigencia, hay que ponerlo en relación con la noción de multirreincidencia de la circunstancia 15 del artículo 10 del mismo Código, tal como ha sido redactada por la Ley de 1978 y con la regla 6 del artículo 61 del mismo texto punitivo también modificada por dicha norma, de tal manera que la locución "serán castigados con la pena superior en grado" del primero de los citados preceptos debe entenderse en el sentido de "podrán ser castigados con la pena superior en grado"; o, lo que es lo mismo, que el *aparente* sentido imperativo del artículo 530 debe ser entendido (interpretado) en un *real* sentido potestativo, con lo que la incongruencia entre norma general y la especial desaparece». (Sentencia de 31 de marzo de 1980).

Artículo 531. Estafa inmobiliaria.

El delito denominado de estafa inmobiliaria requiere para su vivencia, de acuerdo con la Jurisprudencia, los siguientes requisitos: «1.º) En cuanto a la acción, una conducta querida de fingimiento de la titularidad dominical de cosa inmueble como esencia del engaño y abrazadera o común denominador de las actividades específicas de enajenar, arrendar o gravar con concurrencia alternativa, significativas como actos de disponibilidad, y causantes de un perjuicio patrimonial, susceptible de proyectarse sobre el titular del dominio o terceros adquirentes, según las perturbaciones económicas que se presenten en las relaciones jurídicas de acuerdo con la normativa legal de carácter extrapenal —Sentencias 27 de diciembre de 1974, 21 de marzo de 1977 y 19 de mayo de 1978—; 2.º) En cuanto a la culpabilidad, es preciso no solamente la conciencia y la voluntad de las actividades que se realizan, sino además un ánimo específico de carácter defraudatorio, en cuanto que la acción para ser delictiva ha de ir encaminada a causar un perjuicio patrimonial, característico de todo delito de estafa; 3.º) En cuanto a la antijuricidad, que la valoración no se haga simplemente a través de la tipicidad de acuerdo con el rechazo que sienta la norma socio-cultural del grupo o ente social del sitio en que tenga lugar la acción, sino también conforme a normas jurídicas de carácter extrapenal aplicables a los actos y negocios jurídicos que actúan como subyacentes de los actos ilícitos estimados como delitos». (Sentencia de 6 de febrero de 1980).

Artículo 533. Estafa procesal.

«Con base en la doctrina sentada por esta Sala, entre otras, en las Sentencias de 10 de marzo de 1960, 3 de octubre de 1967 y 7 de octubre de 1972, 12 de noviembre de 1975, 19 de abril de 1976 y 25 de octubre de 1978, en las que no obstante reconocer la atipicidad del «fraude procesal» se reconoce la posibilidad de incriminar la denominada «estafa procesal», o sea, aquellas situaciones en las que dándose los tres elementos del trinomio característico de la estafa, lucro-perjuicio-engaño, en relación de absoluta cau-

salidad, este último elemento, mediante el que se logra el ilícito desplazamiento patrimonial, se intenta o se halla representado por una serie de maquinaciones o artificios que se actúan a través de un proceso». (Sentencia de 4 de febrero de 1980).

Artículo 535. Apropiación indebida de vehículos de motor alquilados.

«Cuando se trata de hipótesis de alquiler de vehículos de motor sin conductor, en los que el arrendatario no restituye el vehículo arrendado a pesar de haber transcurrido el plazo pactado, la cuestión reviste cierta complejidad, pues, unas veces se tratará de mera prolongación del uso, goce o disfrute, la cual, por regla general, entraña un supuesto de «usos ilícitos dominicales», atípico e impune en la legislación española que sanciona el robo y el hurto de uso, pero que desconoce la apropiación indebida del mismo, mientras que en otras, el agente, procediendo con "animus rem sibi habendi", no se limita a prorrogar a su arbitrio la tenencia del vehículo más allá del plazo estipulado, sino que, con su comportamiento, evidencia que su propósito real es el de adueñarse del referido vehículo, incorporándolo a su patrimonio de modo definitivo e irreversible, perpetrando en tal caso una conducta de indiscutible subsunción en el artículo 535 citado». (Sentencia de 25 de febrero de 1980).

Artículo 535. Apropiación indebida de cuotas de la Seguridad Social.

«Del relato fáctico de la sentencia recurrida aparece que los procesados, al realizar el pago de los jornales de los obreros, detrajeron el importe de la cuota de cotización a la Seguridad Social, y que en vez de ingresar en el Instituto Nacional de Previsión las cantidades correspondiente las destinaron a usos propios y de la Sociedad en perjuicio del Instituto, es claro que no se puede dejar de reconocer que ha concurrido el elemento objetivo del delito de apropiación indebida, en cuanto que realizaron un acto de disposición a título de dueño sobre lo que les era ya ajeno y poseían con destino a un fin concreto». (Sentencia de 1.º de marzo de 1980).

Artículo 546 bis a). Receptación. Conocimiento previo de la procedencia de las cosas objeto de la receptación.

Respecto del conocimiento en la receptación «no es preciso que sea exacto, cabal, pormenorizado, bastando, por parte del autor del encubrimiento, saber o presumir con vehemente fundamento, que lo que se adquiriera proceda de una actividad dolosa contra la propiedad ajena. Respecto del aprovechamiento también se ha ilustrado al respecto, diciendo que no es preciso fijar cuantías del aprovechamiento, sino que basta adquirir a menos precio del valor real de las cosas objeto del delito contra la propiedad, que este ánimo de lucro se presuma y que abarca tanto el *animus capiendi*, como el *res sibi habendi*, como el *utendi* o *fruendi*». (Sentencia de 7 de marzo de 1980).

«A tenor de la resultancia fáctica de los hechos probados, no consta de modo alguno que el recurrente, en el momento de adquirir las joyas tuviera conocimiento de su ilícita procedencia, si bien se recoge el que así fuera cuando las vendió, por lo que no procede ni tan siquiera hablar del llamado "dolus subsequens", desconocido en nuestro Derecho, pero mucho menos estimar que los hechos pueden ser calificados como un delito de receptación, ya que se encuentra ausente el conocimiento preciso para su comisión, elemento cognoscitivo normativo necesario para calificar los hechos como constitutivos del delito tipificado en el repetido artículo 546 bis a) del Código penal». (Sentencia de 15 de febrero de 1980).

Artículo 563 bis b), núm. 1.º. Libramiento de talón postdatado. Consumación.

La determinación de cuándo tiene lugar la consumación del talón postdatado, si el día de su libramiento o el consignado documentalmente para su pago, es una cuestión de una trascendencia evidente. Pero mucho más en el caso aquí planteado, pues de adoptarse una u otra solución dependía la aplicación del Real Decreto de 14 de marzo de 1977 sobre indulto para «hechos realizados hasta el 15 de diciembre de 1976». El procesado había entregado en pago de unas mercancías tres talones contra su cuenta bancaria, que extendió y firmó «en un día no precisado, pero en una sola ocasión, y antes del día 5 de diciembre de 1976», con fecha de 5 y 28 de diciembre de 1976 y 15 de enero de 1977, careciendo de fondos en el momento de ser presentados al cobro. El Tribunal de instancia consideró aplicable el citado Real Decreto absolviendo al procesado. Contra el fallo recurre el Ministerio Fiscal y acepta su tesis el Tribunal Supremo, al entender que «para la vivencia del delito en su totalidad o consumación es preciso que en la fecha consignada para su efectividad no existan fondos a favor del librado, con lo que la naturaleza del delito permite ser catalogada dentro de los llamados delito de resultado o materiales, en los que para su ejecución perfecta o acabada se requiere además de la conducta del agente, un efecto externo y dañoso en el bien jurídicamente protegido, que es el resultado factor que determina el grado de consumación del delito». Consecuentemente, «debe entenderse consumado el delito el día de la fecha consignada en el último documento, 15 de enero de 1977 que es requisito temporal del resultado de la acción introducido en el tipo delictivo y término en que se cumple el "iter criminis" de los hechos apreciados como constitutivos de un solo delito, con lo que la aplicación del Decreto de Indulto de 14 de marzo de 1977 no puede tener lugar por quedar el delito fuera de su ámbito temporal ya que está limitado hasta el 15 de diciembre de 1976». (Sentencia de 20 de febrero de 1980).

Artículo 563 bis b), núm. 1. Libramiento de cheque o talón sin fondos. Posibilidad de comisión culposa.

«Que radicando la estructura de la culpa en el incumplimiento del objetivo deber de cuidado, penalmente exigible, en virtud de cuya negligencia

no se prevé un resultado antijurídico previsible, no existe obstáculo alguno para admitir que el delito de giro o libramiento de cheque en descubierto, tipificado en el núm. 1.º del artículo 563 bis b), pueda ser cometido en la forma culposa». (Sentencia de 26 de marzo de 1980).

Artículo 565. Responsabilidad a título de culpa. Requisitos.

«La reprochabilidad jurídica de la conducta culposa, se asienta sobre dos bases, aceptadas comunmente por la Doctrina y la Jurisprudencia, como son: la previsibilidad del resultado lesivo derivado como consecuencia de la propia acción u omisión ejecutada, puesto que de faltar ésta, caeríamos en el ámbito del caso fortuito, por constituir tal previsibilidad, como se ha dicho muy acertadamente, el último lindero, la última "Thule" de la responsabilidad por culpa; y que tal evento no haya sido querido por el sujeto activo, ya que de ser así la actuación habría de ser calificada como dolosa, sino producido por inobservancia del denominado genéricamente deber de cuidado, integrado normativamente por todas aquellas previsiones comunes deducidas de los hábitos sociales de convivencia y de la común experiencia de la vida o impuestas en las leyes, reglamentos, órdenes o disposiciones, dirigidas a prevenir y evitar acontecimientos dañosos que pudiera provenir de la realización de determinadas actividades sociales, consideradas como más o menos peligrosas, siempre que el resultado se hallase en relación de causalidad con tal inobservancia, siendo precisamente a los Tribunales a quienes corresponde establecer si el autor ha usado de toda la prudencia que le hubiera sido posible, para evitar la lesión de un bien jurídico, o por el contrario ha desatendido el deber de precaución que legal o consuetudinariamente le venía impuesto». (Sentencia de 4 de febrero de 1980).

Artículo 565. Prohibición de la compensación de culpas.

«Que la más reciente doctrina de esta Sala, tiende a explicar y relacionar el aforismo de que en lo penal no cabe la compensación de culpas, como un caso de concurrencia de conductas, desplazando así el tema al campo que le es propio de lo causal, si bien con la correlativa repercusión en la culpabilidad, de tal modo que si la actuación del sujeto pasivo se muestra como causa principal y eficiente del resultado, habrá de reputarse la del sujeto activo como accidental (Sentencias de 28 de enero de 1972 y 5 de febrero de 1973), mientras que por el contrario, si predomina la imprudente conducta del reo sobre la arbitraria que pudo desarrollar la víctima, siendo ambos favorecedores del daño causado, habrá lugar imputar al primero su imprudente acción, si bien adecuando el grado de culpa a la mayor o menor eficacia causal de su intervención, lo que permitirá mantener la calificación de imprudencia temeraria acusada e imputada o degradarla a la inferior de simple con o sin infracción de reglamentos (Sentencias de 28 de noviembre de 1970 y 19 de enero de 1971)». (Sentencia de 18 de febrero de 1980).

Artículo 565. Infracción del deber objetivo de cuidado.

«El Tribunal Supremo se acoge al parecer mantenido "actualmente por la doctrina científica" al concebir la culpa "como la infracción por desatención de un deber objetivo de cuidado que incumbía al actor y a consecuencia de la cual no previó lo que era previsible (culpa inconsciente), ni evitó lo que era perfectamente posible evitar (culpa consciente)». (Sentencia de 29 de febrero de 1980).

Artículo 565. Crimen culpae.

«La imprudencia delictiva, tratada en nuestra legislación vigente bajo la óptica de unicidad, con determinación de sus dos grados de temeraria y simple con infracción de reglamentos, reclama para su existencia y catalogación: una conducta integrada por una *omisión o falta de diligencia* en el actuar del agente, que ha de intervenir en el resultado dañoso para el bien jurídicamente protegido, de acuerdo con los principios lógicos determinantes de la relación causal; *una culpabilidad*, impregnada por la posibilidad de conocer el evento peligroso —previsibilidad del evento— y de evitarlo —precaución del riesgo—; una *antijuricidad* que viene determinada por el elemento normativo que exige el deber de cuidado para evitar el resultado de la conducta que se presenta como previsible y evitable, y que nos es dado por las exigencias de una normal convivencia o por las normas reglamentarias que exigen ciertas actividades para su buen gobierno; y cierto arbitrio judicial, para concretar y clasificar su grado delictivo, de acuerdo no solamente en la mayor o menor diligencia en el obrar, sino también mediante la intensidad en la previsibilidad del evento (...). (Sentencia de 20 de marzo de 1980).

AMNISTIA INTERNACIONAL: «Informe anual 1979», Barcelona, Producciones Editoriales, 1980, 223 págs.

«No es posible dejar los derechos humanos en manos de los gobiernos, legisladores y juristas. Estos derechos son responsabilidad y preocupación del hombre y de la mujer de la calle, del obrero, del campesino, del empleado de oficina, del estudiante». Así se manifestó Amnistía Internacional al aceptar el Premio de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, con ocasión del XXX Aniversario de la Declaración de los Derechos Humanos.

Amnistía Internacional participa y trabaja en todo el mundo a través de más de dos mil grupos de adopción de presos y de miles de socios en pro de un mayor fomento y protección de los derechos humanos en las esferas civil, política, económica, social y cultural. Entre sus muchas actividades destaca la información objetiva, seria y detallada acerca de la violación de los derechos humanos en los cinco continentes. Prueba patente de ello son sus informaciones mensuales y otras varias publicaciones. A comienzos de 1980, por ejemplo, Amnistía Internacional ha dado a luz un exhaustivo estudio sobre la legislación y la práctica de la pena de muerte en todo el planeta (1).

Esta breve nota intenta presentar al lector el último libro importante de Amnesty International: su *Informe anual*, que cubre el período desde el 1.º de mayo de 1978 al 30 de abril de 1979.

Esta organización, por procurar la liberación de presos de conciencia, por oponerse a la tortura y por publicar noticias concretas sobre las violaciones de los derechos humanos por parte de los gobiernos y de los individuos resulta, inevitablemente, polémica. Pero, por lo mismo merece también ser conocida en el campo universitario en general, y especialmente en el campo de la Criminología, del Derecho penal y de la Política criminal.

El informe de que ahora hablamos ofrece una descripción detallada y objetiva acerca de los trabajos llevados a cabo en favor de los derechos humanos en 31 países en África, 18 países en las Américas, 20 países en Asia, 18 países en Europa y 9 países en Oriente Medio y África del Norte.

Estas páginas constatan, por ejemplo, la desaparición de 2.665 personas en un solo país. En otro país de otro continente, A. I. entabló contacto directo con el Jefe de Estado acerca de los arrestos masivos de manifestantes posteriormente reclusos en un aparente desafío de las leyes del país. En otros lugares, miles de presos se encontraron detenidos sin haber sido juzgados, años después de ser arrestados. Amnistía Internacional maneja a diario situaciones como éstas y les da publicidad. La crítica de las prácticas gubernamentales es inherente a su trabajo.

Cuando los gobiernos cambian y los regímenes caen, las críticas expresadas por A. I. resultan haber sido, por lo general, prudentes declaraciones en comparación con la situación real que existía en el país en cuestión.

(1) AMNESTY INTERNATIONAL, *La pena de muerte*. Informe de Amnistía Internacional, Barcelona, Producciones Editoriales, 1980, 240 págs.

Amnistía Internacional tiene unos rasgos originales que le caracterizan y que conviene conocer: pide la aplicación humanitaria del Derecho, expresa detalladamente los fines que pretende (la defensa de los derechos humanos, la liberación de los prisioneros políticos o de opinión y la abolición de las penas y tratamientos crueles e inhumanos o degradantes para toda clase de prisioneros), dialoga con los gobiernos, excluyendo por principio el uso de la negociación o de la sanción, y fomenta el trabajo personal, ya que el peso del movimiento lo llevan unos individuos precisos con nombre, nacionalidad y profesión concreta. Estas y otras características le permiten superar varias dificultades frecuentes en los trabajos internacionales, como es la información manipulada, el reproche del imperialismo occidental, o de la prioridad de los derechos socio-económicos y de la violencia.

Este Informe sobre la labor de A. I. no abarca toda la gama de sus actividades, pero es un estudio, país por país, extraordinariamente fiable pues se basa en material preparado y distribuido por el secretariado internacional que se preocupa de proveer a los afiliados la información para ser usada en todo el mundo acerca de los objetivos expresados en los Estatutos. En el Departamento de investigación (del Secretariado internacional) trabaja más de la mitad del personal; en este Departamento se recoge información, se verifica y se facilita a los otros Departamentos del Secretariado para que sea utilizada por los afiliados y para las campañas internacionales y programas de acción coordinados.

Actualmente A. I. cuenta con secciones nacionales en 38 países, con 2.283 grupos en 39 países y con gran número de suscriptores y simpatizantes en 87 países, en donde todavía no existe una plena estructura institucional.

El presupuesto de la organización en el año 1968-1969 era de 27.000 libras esterlinas. En 1978-79 ha ascendido a un millón doscientas mil libras esterlinas. Semejantemente, el tamaño del Secretariado internacional ha crecido de diez a ciento cincuenta funcionarios en 1979.

Durante el período que cubre este Informe, A. I. ha llamado la atención de varios organismos de las Naciones Unidas con abundantes datos concretos sobre violaciones de derechos humanos, especialmente en Argentina, Chile, Etiopía, Campuchea, Namibia, Zimbabue (Rodesia), Sudáfrica y Uganda.

En las páginas últimas encuentra el lector algunos apéndices sobre: Objetivos y métodos de A. I.; Declaración de Estocolmo, contra la pena de muerte; Resolución de las Naciones Unidas sobre la Pena Capital; Declaración sobre la protección de todas las personas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; Declaración del Consejo de Europa sobre la Policía (1979); Comunicados de prensa de A. I.; Publicaciones y algunas estadísticas de A. I.

Este libro, por su seriedad, objetividad e internacionalidad resulta insustituible a cualquier persona o institución que quiera conocer y mejorar la situación de los derechos humanos en nuestro mundo de hoy y de mañana. El penalista y el criminólogo encuentran en estas páginas una información de calidad impar.

CONNAISSANCE ET FONCTIONNEMENT DE LA JUSTICE PENALE: PERSPECTIVES SOCIOLOGIQUES ET CRIMINOLOGIQUES. Editions du Centre National de la Recherche Scientifique. Paris, 1979 (I Vol. 16 × 25, 556 páginas).

Los coloquios o congresos de criminología tienen una rica tradición en Francia. Este libro publica los trabajos del coloquio internacional celebrado en Lyon el año 1977, sobre el tema que le da título, bajo el patronato y organización del Centro Nacional de Investigación Científica.

Limitado a algunos países europeos (Bélgica, Inglaterra, Holanda, República Federal Alemana), sus ilustres participantes trataron múltiples temas objeto de recientes investigaciones criminológicas, imposibles de resumir en esta breve nota. Queremos al menos dejar constancia en estas páginas, tanto del coloquio internacional como de la edición de sus trabajos mediante este precioso libro, donde los estudiosos podrán consultar tan interesantes aportaciones, obra de profesores, magistrados, policías, etc.

La sesión inaugural la presidió Edmond Lisle, a cuyo cargo estuvo el discurso, con dos ponencias, la de J. Verin sobre las inciertas fronteras de la justicia penal y de la justicia civil, y la de Guy Denis: Racionalidad de las conductas policíacas en la marcha de la justicia penal.

Presidió el profesor Jean Carbonnier la sesión segunda en la que André Davidovitch y Klaus Sessar trataron del funcionamiento del Ministerio Público en Francia y Catherine Balie, de la organización del Tribunal de Gran Instancia.

En la sesión tercera, presidida por Jacques Baudoin, trataron de la estadística criminal Robert, Aubusson de Cavarlay, Godefroy y Kalegoropoulos. Presentó investigaciones sobre el lenguaje de la justicia penal Louis-Marie Raymondis.

Especial interés tiene para nosotros la sesión cuarta, que presidió Louk Hulsman, y se abre con una contribución de Raymond Gassin sobre las investigaciones criminológicas en Bocas del Ródano. Siguen las ponencias de Barberger, Poncela y Severin sobre el jurado, a propósito de su representatividad, la de Michel Henry sobre la práctica judicial en el campo de la protección de la juventud y la del profesor Georges Levasseur: El juez único, funcionamiento actual, proposiciones para una problemática de la investigación y perspectivas de futuro.

De las sesiones quinta y sexta, presididas por Roche y Bonnefoy des Aulnais, mencionemos las ponencias de Van Outrive sobre el sistema penitenciario belga, Hall-Willians sobre investigación evaluatoria de la libertad bajo condición y de las prisiones, y Robert y Faugeron, con el título «Representaciones del sistema penal en la sociedad francesa».

De la sesión séptima, presidida por Simone Rozes y Jean Pinatel, destaquemos la ponencia de Hanna Malewska y Vincent Peyre: las reacciones sociales a los comportamientos delictivos y marginales de los jóvenes.

En la sesión de clausura, Jean Pinatel trató de «Criminología y administración de la justicia penal. Perspectivas internacionales». La ponencia de síntesis estuvo a cargo de André Davidovitch y Pierre Creysell pronunció el discurso de clausura.

DELMAS-MARTY, Mireille: «*Les chemins de la répression. Lectures du Code pénal*» (Los caminos de la represión. Lecturas del Código penal), Paris, Presses Universitaires de France, 1980, 263 págs.

El lector está ante una monografía sumamente original y sumamente atinada. Un libro escrito por quien domina todo el campo del Derecho penal y se ha especializado en el sector hoy quizá más importante (los delitos económicos de nuestra sociedad postindustrial), sin perder de vista la faceta humana de los problemas con que se enfrenta el Derecho penal, la Criminología y la Política criminal. Delmas Marty ha profundizado en la dimensión personal de estos problemas para atisbar la dimensión mágica que atraviesa todas las cuestiones de la ciencia y del arte sobre el crimen, los controles sociales, la victimación, la angustia, el juicio, la cárcel, etc.

La autora, después de una introducción muy sugerente, desarrolla su obra en dos partes: la primera, trata de la racionalización lógica de nuestra disciplina, en concreto, del crimen, de la pena y de ciertos delitos específicos. La segunda parte estudia el círculo mágico del criminal y la víctima, la culpabilidad, la acusación, la reprobación y la condenación. Termina con una apuesta en favor de la ley penal, pero con una orientación que reconozca más su particularismo irracional por encima de la sola voluntad de verdad, la sola lógica, la sola razón, para llegar a la «mágica» (¿religiosa?, pregunto yo) desaparición del crimen, tal como la intuyó hace ya cuatro siglos el Bosco en su excelente cuadro «El carro de heno», cuya descripción ocupa las últimas páginas en la orientación de Mario Bussagli. En realidad, el mundo del Bosco es propiamente un mundo sistemático, como ha escrito R. Caillois.

La profunda originalidad de esta obra cubre su contenido, su formulación y su presentación externa. Todo enriquecido con selecta bibliografía clásica y moderna.

Muchas lecciones pueden aprenderse en estos siete capítulos. Aquí nos limitamos a espumar dos: primera, la necesidad de superar la racionalización del Derecho penal para que el alargamiento mágico de la reprobación después de la pena consiga el efecto ilógico de borrar o superar el delito y el desorden causado por las conductas que infringen las normas mínimas de convivencia. La segunda: la necesidad de descriminalizar muchas acciones hoy tipificadas como delito, pero sin abocar a una desaparición del Derecho penal. Esta desaparición acarrearía tres inconvenientes mayores que las muchas actuales consecuencias negativas del «ius poenale». Si enterásemos el Código represivo, sobre su cadáver brotaría pujante la venganza privada ilimitada, aumentaría la inseguridad ciudadana (pública y particular) y, sobre todo, se extendería—como marea negra—un Estado policial que haría imposible la libertad en el planeta.

Como en todo lo humano, también en este libro se encuentran algunas limitaciones. En concreto, no aparece suficientemente clara la distinción entre la culpabilidad jurídica y la culpabilidad moral. Conviene distinguir detalladamente estos dos planos para llegar a una relación armónica entre el Derecho y la Moral, sin dictadura de una parte.

Al llegar al final del libro, el lector se encuentra enriquecido con varias soluciones y varias interrogantes claramente formuladas. Resultado altamente positivo, pues todavía hoy quedan muchas «cosas ocultas desde la fundación del mundo», como repite R. Girard.

ANTONIO BERISTAIN

Sección bibliográfica retrospectiva y actual de revistas españolas

MANUEL GURDIEL SIERRA

En su segunda salida esta sección ha ampliado y diversificado su campo, en consonancia con el calificativo de “Ciencias penales” aplicado al Anuario, a sectores tradicionalmente descuidados: prisiones, sociología criminal, medicina legal, etc. Discutible como cualquier tipo de selección, hemos preferido la heterodoxia metodológica (*vide*: Paul K. Feyerabend, *Contra el método. Esquema de una teoría anarquista del conocimiento*, trad. de Francisco Hernán, Ariel, Barcelona, 1974) a la rigidez enervante, pues desde siempre nos ha subyugado aquel viejo lema aprendido hace años: “prefiero adoptar cualquier estigma con tal de demoler un dogma”.

Las dificultades para allegar materiales han sido muy superiores a las lógicamente previsibles. Curiosamente han surgido a la hora de manejar aquellos fondos que por su modernidad deberían estar en nuestras bibliotecas. Craso error. La inoperancia y la desidia —pese a lo mucho que se haya hecho— campan por sus fueros, y en este país, como en los tiempos de Larra, escribir sigue siendo llorar. El tema es grave y de él trataremos de ocuparnos en lo porvenir.

En el número anterior se han deslizado algunas erratas —inextinguibles como sus cuasi homófonas las ratas— que el buen sentido del lector sabrá salvar. Respecto de las más graves se han hecho las oportunas anotaciones (1).

(1) La *Bibliografía jurídica española* publicada por la Sección de publicaciones de la Facultad de Derecho a que se hace mención en *ADP*, 1980, p. 290, nota 4, va desde 1956 hasta 1971 y no hasta 1968, y está compuesta de 16 cuadernos en vez de los 13 que allí se anuncian. La referida nota deberá completarse con las siguientes noticias: *Bibliografía Jurídica Hispánica. In bibliographia universali. Inventario sistemático de la producción jurídica española*. 016:34:35 (46), por José de Peray March, Imprenta Elzeviriana, Barcelona, 1912. Tomo I (No tengo noticia de que hayan aparecido más tomos). La Dirección General de Archivos y Bibliotecas ha publicado las siguientes obras: *Catálogo colectivo de publicaciones periódicas en bibliotecas españolas*. 1. *Publicaciones periódicas de tema jurídico*. 1.1. *Bibliotecas Universitarias*, Madrid, 1969 (222 págs.). 1. *Derecho y Administración*, Madrid, 1971 (449, más anexo de 56 págs.). Por su parte, el Gabinete de Documentación y Publicaciones de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia ha publicado: *Boletín de información documental y bibliográfica*. Núm. 3. *Índice sistemático de Derecho penal*. Octubre 1970. T. I y II (228 págs.). Recoge el material bibliográfico y de documentación existente

I. BIBLIOGRAFÍA RETROSPECTIVA DE REVISTAS

BOLETIN DE LAS PRISIONES Y REVISTA GENERAL DE ADMINISTRACION. *Periódico especialmente dedicado á promover la reforma de los establecimientos penales, á difundir la ciencia de las prisiones y á instruir á todos los funcionarios y corporaciones que intervienen en dichos establecimientos en el cumplimiento de sus deberes, explicándoles las disposiciones que rigen en la materia.* Dirigido por un antiguo empleado de la Administracion. Madrid, 1863-1864 (2).

De esta curiosa y semidesconocida publicación aparecieron trece números, escritos a doble columna y paginados consecutivamente (Núm. 1, jueves, 1.º de octubre de 1863. Núm. 13, miércoles, 6 de abril de 1864); lo cual nos exige de mayores precisiones. Fue director y redactor de la misma José Fernando Buitureira, que firmaba los artículos con sus iniciales.

Artículo prospecto, p. 1 a 4.

De los presidios, p. 4 a 6.

Historia de las prisiones. I. Origen de las penas. II. De las prisiones en los pueblos antiguos (p. 6 a 7). *III. De las prisiones desde la edad media hasta fines del siglo XVIII* (p. 12 a 13). *IV.* (p. 24). *V. Legislacion española* (p. 31 a 33). *VI. Régimen y disciplina de las cárceles* (p. 57 a 59). *VII. Seguridad individual; funcionarios que tenían la facultad de prender: formalidades con que debían recibirse los presos: intervencion y atribuciones de los jueces y tribunales en las prisiones: visitas* (p. 77 a 79). *VIII. IX. Visita de Howard en 1873 á varias prisiones de España. Descripción que hizo de ellas* (p. 98 a 100, 106 a 107). J. F. B.

De las penas. Nociones generales (p. 7 a 8, 16 a 17, 24 a 25). *Circunstancias que atenúan la responsabilidad criminal* (p. 33). *Personas responsables criminalmente* (p. 59 a 60). *Clasificación y duracion* (p. 66 a 67). *Legislacion penal. Clasificación y duracion de las penas* (p. 91 a 93). *Legislacion penal. Penas que llevan consigo otras accesorias* (p. 109). J. F. B.

Sistemas carcelarios y penitenciarios. I. II. (p. 9 a 10, 21 a 22). *III. Clasificación. IV. Primer sistema. Vida de reunion* (p. 29 a 31). *V. Observaciones sobre la vida de reunion. Doctrinas de los principales publicistas* (p. 49 a 53). *VI. Régimen y disciplina de las cárceles* (p. 57 a 58). *VI. Consideraciones sobre el estado moral de la sociedad* (p. 73 a 77). *VII. Vicios comunes á las prisiones. Sus consecuencias. Ejemplos del pernicioso efecto de la vida de reunion* (p. 89 a 91). J. F. B.

en la Biblioteca del Ministerio de Justicia. Núm. 4. *Indice de las materias penales (Derecho penal y Ciencias relacionadas con el mismo) publicadas en Información Jurídica* desde el día de su aparición —19 de diciembre de 1940, número 1.º— hasta el número 305 correspondiente a los meses de abril-junio de 1970. Diciembre 1970 (118 págs.). Finalmente, en *ADP*, 1980, p. 294, línea 22, dice: p. 11 a 121, debe decir: p. 111 a 121.

(2) Llamada en un primer momento *Boletín de las prisiones* a secas, desde el núm. 6 (20 de noviembre de 1863) se le añadió el subtítulo de *Revista General de Administración*.

Cárceles (p. 11). J. F. B.

Presidios (p. 11 a 12). J. F. B.

Arquitectura de las prisiones. I. II. III. (p. 13 a 15). *IV.* (p. 25 a 26). *V. Programa del Congreso de Bruselas* (p. 33 a 34, 53 a 54). *VI. Idea general del estado de nuestras prisiones. Division de estos establecimientos segun las disposiciones vigentes. Diferentes medidas adoptadas sobre construccion y apropiacion de edificios. De qué fondos deben costearse las obras. Programas para la formacion de proyectos* (p. 81 a 83). *VII. Condiciones fundamentales de las prisiones. Primera condicion, seguridad. Medios adoptados para conseguirla é impedir las evasiones* (p. 106). J. F. B.

Cuestion de trabajo de los penados (p. 17 a 18). J. F. B.

Crónica criminal (p. 19 a 20, 27 a 28, 39 a 40, 47 a 48, 56, 62 a 63, 71, 94 a 96). E. P.

Cárceles (p. 22 a 24). J. F. B.

Centralizacion del gobierno de las prisiones (p. 41 a 44). J. F. B.

Presidio (p. 65 a 66). J. F. B.

Biografía. Juan Howard (p. 83 a 85). J. F. B.

Cárceles. I. Destino de estos establecimientos en España. Objeto de las prisiones. Sistema celular aplicado á la prision preventiva. Doctrina sobre este punto. Objeciones. Refutacion (p. 97 a 98). *II. La autoridad no puede consentir las asociaciones de criminales. El aislamiento individual no es pena. El sistema de separacion por la noche y de reunion durante el día no puede aplicarse a la prision preventiva* (p. 105). J. F. B.

Historia de las sociedades inglesas para la reforma de las prisiones de mujeres. I. Mis Fry. Sus primeras visitas á la prision de Newgate. Resultado de sus primeros encargos para moralizar las reclusas (p. 100 a 101). *II. Dificultades suscitadas á Mis Fry para establecer la escuela. Inauguracion de la escuela. Sus buenos resultados. Organizacion de la Sociedad de señoras. Organizacion de las presas y estatutos para arreglar su conducta* (p. 107 a 108). J. F. B.

GACETA MÉDICO-FORENSE. *Revista científica, dedicada al exámen teórico-práctico de todas las cuestiones propias de la Higiene Pública, Medicina Legal y de la Legislacion relativa á estos ramos, y á la defensa de los intereses generales del Cuerpo de Médicos-Forense.* Director D. Aníbal Álvarez-Ossorio y Pizarro. Madrid. Año I (Núm. 1.º, 15 de marzo de 1863, a núm. 20, 31 de diciembre de 1863). Año II (Núm. 21, 1 de enero de 1864, a núm. 30, 15 de junio de 1864).

Su paginación correlativa y a dos columnas hace innecesaria cualquiera otra precisión identificadora de los trabajos que a continuación se mencionan. Incluía, además, diversas secciones (sección editorial, oficial, de variedades, así como una revista de trabajos españoles y extranjeros) no exentas de interés. Puede que sea cronológicamente la segunda revista española de esta especialidad. Según Manuel Pérez de Petinto y Bertomeu (*Desarrollo histórico de la Medicina Legal y Forense en España*, en *Documentación Jurídica*, núm. 2, 1974, p. 480), la primacía corresponde al *Repertorio de Higiene Pública y Medicina Legal*, editado en Madrid por Álvarez Chamorro en 1853. A pesar de ello no la citan ni este autor, en el artículo referido, ni Jaroslav

Nemee en su *International Bibliography of Medicolegal Serials 1736-1967* (U. S. Department of Health, Education, and Welfare. Public Health Service. National Institutes of Health. National Library of Medicine. Reference Services Division, Washington, 1969), que relaciona 333 publicaciones periódicas sobre esta materia.

- La Redaccion, *Pensamiento de la revista*, p. 1 a 2.
- Robles (Emilio de), *Médicos-Forenses. El Real decreto de 13 de Mayo de 1863. Consideraciones generales*, p. 2 a 5.
- Álvarez-Ossorio (Aníbal), *Medicina legal*, p. 5 a 9.
- Álvarez-Ossorio (Florencio), *Observaciones que prueban la conveniencia de añadir un artículo mas al capítulo 6.º, título IX, de nuestro Código penal*, p. 9 a 11, 20 a 22, 51 a 53, 66 a 68 (Asunto: necesidad de que asistan a los duelos dos o más facultativos).
- A. y M., *Médicos-Forenses. El Real Decreto de 13 de Mayo de 1863. Exámen crítico*, p. 22 a 23.
- Brierre de Boismont (A.), *Estudio bibliográfico y práctico de la colonizacion aplicada al tratamiento de los enajenados*, p. 23 a 27, 46 a 48, 53 a 56, 68 a 71, 84 a 85, 103 a 104.
- Robles Monterroso (Emilio de), *Denuncias facultativas*, p. 35 a 38.
- Alvarez-Ossorio y Pizarro (Aníbal), *Asilo general de enajenados de la isla de Cuba llamado de MAZORRA. Su fundación. Estado actual. Necesidad de una reforma radical*, p. 38 a 43.
- Bouchut (M. E.), *Nuevo método de docimasia pulmonar por medio de las lentes aplicadas á la investigacion médico-legal del infanticidio*, p. 43 a 46.
- Discusion sobre la docimasia pulmonar. En la Academia imperial de Medicina de París*, p. 56 a 58, 89 a 91, 221 a 223, 236 a 238, 355 a 357, 368 a 370, 413 a 414.
- Herrero y Picado (Manuel), *Estadística de actuaciones médico-forenses*, p. 71 a 75 (corresponden al partido judicial de Trujillo).
- Álvarez-Ossorio (Aníbal), *¿Puede legalmente exigirse al médico responsabilidad criminal, por los errores que cometa en el ejercicio de su profesion?*, p. 81 a 83.
- Carta del Dr. Mata al señor Aparici y Guijarro sobre un caso de locura*, p. 86 a 88.
- M. F., *¿Qué es el médico forense?*, p. 91 a 93.
- A. A. O., *Parricidio. Juzgado de Manresa*, p. 93 a 94.
- Pizarro y Gimenez (Manuel), *Estudio sobre la prostitucion, sus causas, efectos y profilaxis*, p. 97 a 100, 120 a 125, 152 a 155, 170 a 172, 196 a 198, 207 a 210, 226 a 228.
- Célebre causa sobre detencion ilegal. Extracto de la causa criminal sobre el ingreso de doña Juana Sagrera de Nolla en el manicomio de San Baudilio de Llobregat, é informe de la Academia de medicina de Valencia al juzgado del cuartel del Mercado*, p. 104 a 106.
- Camps y Sala (Jacinto), *Médicos forenses*, p. 106 a 107.
- Esposion de los médicos forenses de la ciudad de Barcelona á S. M.*, p. 113 a 116.
- Álvarez-Ossorio (Aníbal), *Estudio sobre la monomanía, considerada como cir-*

- cunstantia eximente de responsabilidad criminal*, p. 116 a 120, 147 a 152, 206 a 207.
- Estadística médico-forense*, p. 125 a 126. (Se circunscribe a Sevilla.)
- Adame y Muñoz (Serafín), *Estudio sobre la monomanía, considerada como causa eximente de responsabilidad criminal*, p. 130 a 134, 164 a 168, 190 a 194.
- Ponte (José María), *Nueva idea sobre estadística médico-legal*, p. 141.
- Solá y Abadal (José), *Médicos forenses*, p. 155 a 156.
- Álvarez-Ossorio (F.), *Contestacion á los médicos forenses de Barcelona*, p. 161 a 164.
- Bravo (Emilio), *Importancia de la medicina legal. Institucion médico-forense*, p. 168 a 170, 194 a 196.
- Salarich (Joaquín), *Médicos-forenses. Necesidad de proveer á su subsistencia*, p. 178 a 179.
- Réplica de los médicos forenses de Barcelona*, p. 189 a 190.
- Álvarez Ossorio (C.), *De los derechos devengados por los médicos forenses en los juicios de faltas*, p. 205 a 206.
- Álvarez Ossorio (Florencio), *Bibliografía de la Medicina Legal*, p. 213 a 214, 231 a 232, 244 a 247.
- Mosquera (Pedro), *Médicos forenses*, p. 214 a 215.
- Álvarez-Ossorio (Aníbal), *Breve reseña histórica de la Higiene pública y de la Medicina legal desde su origen hasta nuestros días*, p. 223 a 226.
- Álvarez-Ossorio y Pizarro (Aníbal), *Estudio médico-legal sobre el aborto, seguido de observaciones é investigaciones útiles á la historia médico-legal de los embarazos falsos y simulados*, por Ambroise Tardieu, París, 1863, p. 301 a 304, 335 a 338, 384 a 386.
- Brierre de Boismont (A.), *De la responsabilidad legal de los enajenados.— 1.º general.—2.º parcial*, p. 316 a 320, 348 a 351, 397 a 399, 428 a 430.
- Mosquera (Pedro), *Observaciones sobre el servicio médico-forense*, p. 320 a 321, 338 a 339.
- Moreno Fernández (José), *De la libertad moral con relación á los delitos y á las penas. Casos y circunstancias en que debe intervenir el médico para ilustrar la conciencia del juez antes de declarar á un reo exento de responsabilidad criminal, ó en condiciones que atenúen su delito ó hagan imposible la aplicación de la pena*, p. 351 a 355, 365 a 368, 381 a 384.
- Herrero y Picado (Manuel Francisco), *Resúmen de las actuaciones médico-forenses del partido judicial de Trujillo en el año que principió en octubre de 1862*, p. 421 a 424.
- Pérez (José Pablo) - Cherizola (Carlos), *Hermafroditismo*, p. 435 a 438.
- Álvarez Ossorio (Cayetano), *Ligerisimas consideraciones sobre la necesidad de unir la práctica á la especulativa en el estudio de la medicina legal*, p. 447 a 448.
- Proceso del doctor Couty de la Pommerais, acusado de envenenamiento*, p. 451 a 453.

REVISTA ESPAÑOLA DE CRIMINOLOGÍA Y PSIQUIATRÍA FORENSE
(*Órgano oficial del Instituto español criminológico*), Madrid. Dirección
Dr. Saldaña y Dr. Juarros. Año I, núms. I a IV (1929). Año II, núms. V
a VII (1930).

AÑO I:

- Saldaña (Q.), *El pragmatismo penal*, traducción del francés por R. M. de P., p. 3 a 12 (Apareció también en *Scritti in onore di Enrico Ferri*, Utet, Turín, p. 431-442).
- Thot (Ladislaw), *La literatura eslava sobre política criminal*, p. 13 a 18, 99 a 101.
- Juarros (César), *La psiquiatría en el nuevo Código penal*, p. 41 a 54.
- Piga (A.), *La psiquiatría y los médicos forenses*, p. 55 a 57.
- Wittels (Fritz), *Algunas observaciones sobre cleptomanía*, versión española de R. M., p. 58 a 65.
- Coutts (Waldemar E.), *Del equivalente biológico en la aplicación de las penas*, p. 66 a 70.
- Malasechevarría (Eloina R.), *Simonin. Diagnóstico médico-legal de la embriaguez*, p. 71 a 73.
- Francke (Herbert), *Criminalidad juvenil*, versión española de Elena G. Morales, p. 74 a 78.
- Masaveu (J.), *Ferri: el político, el abogado*, p. 85 a 93.
- Locard (Ed.), *Criminalistique et preuve indiciale*, p. 94 a 98.
- Jerez (E.), *Penología (Sobre el sentido antropológico penitenciario)*, p. 102 a 105.
- Juarros (C.)-Tolosa Latour, *Grupos sanguíneos y delincuencia*, p. 125 a 131.
- Van der Zid (J.), *Lucha contra la criminalidad juvenil*, versión española de Juan Gascón, p. 132 a 140.
- Brill (A. A.), *Aplicación de la psicoanálisis a la psiquiatría*, versión española de R. M., p. 141 a 152.
- Galarza (A.), *Una encuesta: ¿Qué piensa usted del peritaje psiquiátrico?*, p. 153 a 154.
- Castejón (F.), *Cubí, precursor de Lombroso*, p. 171 a 180, año II, p. 298 a 313.
- Mauro (J. B. de), *El Derecho penal en el nuevo Estado de la Ciudad del Vaticano*, versión castellana de Horacio de Castro, p. 181 a 188.
- Mallo (J.), *Estadística criminal*, p. 189 a 193, año II, p. 271 a 290.
- Crónica Penitenciaria: *El anteproyecto de Constitución y el Cuerpo de prisiones. Una novela del presidio. España en los sistemas penitenciarios*, p. 206 a 208.
- Juarros (C.), *Los tests para el examen de la inteligencia en Psiquiatría forense*, p. 210 a 225.
- Camargo (César), *El sofisma y las alegaciones alternativas en la práctica forense*, p. 226 a 228.
- Zaragoza Gilabert (F.), *Reacciones peligrosas en los epilépticos*, p. 229 a 238, año II, p. 356 a 368.
- Canseco, *Análisis del carácter*, p. 239 a 240 (Asunto: efecto de las libaciones alcohólicas en el carácter).

Lafora (Gonzalo R.), *El problema del alcoholismo en el nuevo Código penal español*, p. 241 a 249.

Las condiciones del peritaje médico-legal criminal. 1.º Informe de R. Vullien (de Lille). 2.º Informe de José Sanchís-Banús (de Madrid), p. 258 a 264.

AÑO II:

Finzi (M.), *El museo criminal de Lyon*, versión castellana de Horacio de Castro, p. 291 a 297.

Rodríguez Ferrer (Vicente), *Ensayo sobre técnica penitenciaria durante la prisión preventiva*, p. 314 a 319.

Conclusiones del II Congreso Internacional de Derecho penal, p. 343 a 346.

Juarros, *El paranoico y sus delitos*, p. 349 a 355.

Labbé (M.), *La organización de la lucha anti-alcohólica en Francia*, versión española de Lydia Fridman Kuper, p. 369 a 381.

Psiquiatría histórica: El proceso de la Roncière, p. 382 a 386.

Gascón (Juan), *Sobre la delincuencia infantil*, p. 387 a 389.

II. BIBLIOGRAFÍA ACTUAL DE REVISTAS

ANUARIO DE HISTORIA DEL DERECHO ESPAÑOL. Madrid. Años 1975 a 1979.

Tomás y Valiente (Francisco), *Castillo de Bobadilla (c.1547-c.1605). Semblanza personal y profesional de un juez del Antiguo Régimen*, T. XLV, 1975, p. 159 a 238.

Uruszczak (Waclaw), *Un jurista español olvidado: García Quadros de Sevilla (Sobre la historia de la ciencia jurídica en Polonia en la época del Renacimiento)*, trad. de A. M.ª Barrero, T. XLVI, 1976, p. 469 a 502 (García Quadros de Sevilla es autor de un *Tractatus de crimine laesae maiestatis*).

Lalinde Jürss (Jorge), *Una "Historia de los jueces" en la España musulmana*, T. XLVII, 1977, p. 683 a 740.

Rodríguez Alvarez (Luis), *La tentativa de homicidio en la jurisprudencia romana*, T. XLIX, 1979, p. 5 a 37.

ANUARIO DE HISTORIA ECONÓMICA Y SOCIAL. Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Madrid. Año I (1968), II (1969), III (1970).

Reglà (Juan), *El bandolerismo en la Cataluña del barroco*, I, 1968, p. 281 a 294.

Viñas (Carmelo), *Sobre religión, sociedad y delincuencia en el Siglo de oro*, III, 1970, p. 422 a 431.

ANUARIO DE HISTORIA MODERNA Y CONTEMPORÁNEA. Universidad de Granada. 1/1974, 2 y 3/1975-76, 4 y 5/1977-78.

Herrera Puga (P.), *La mala vida en tiempo de los Austrias*, 1/1974, p. 5 a 32.

Viñas Millet (Cristina), *Una prisión y un preso a finales del siglo XVIII. La Alhambra y Marcos del Castillo*, 2 y 3/1975-76, p. 157 a 174.

Sanz Sampelayo (Juan), *Los presidios españoles del norte de Africa y su aprovisionamiento de viveres a fines del siglo XVIII*, 4 y 5/1977-78, p. 101 a 125.

BOLETÍN DE INFORMACIÓN. Ministerio de Justicia. Organo Oficial del Departamento. Madrid, 1979, núms. 1154 a 1189.

Martín Martín (Virgilio), *Ante la inmediata reforma del Código Penal. [Breves observaciones sobre las faltas y sus penas]*, 1154, p. 38 a 41.

Bueno Arus (Francisco), *La última modificación de la redención de penas por el trabajo*, 1156, p. 3 a 11.

García Zarandieta (Serafin), *El ejercicio del derecho de defensa en el juicio sobre faltas*, 1157, p. 3 a 8.

Vilar Badía (Ramón), *La racionalidad funcional en la Administración de Justicia*, 1158, p. 3 a 7 (Asunto: criminalización y descriminalización de ciertas conductas para el logro de una Admón. de Justicia más racional).

Bueno Arús (Francisco), *Algunas cuestiones fundamentales sobre el trabajo penitenciario*, 1159, p. 3 a 12.

Torralba Bayo (Manuel), *El principio acusatorio formal en el juicio de faltas*, 1160, p. 3 a 8.

Caballero Gea (José A.), *La indemnización atendiendo a los diferentes perjuicios ocasionados por el culpable del accidente, dentro del ámbito penal*, 1161, p. 3 a 8.

Caballero Gea (José A.), *Las costas de la acusación particular en el artículo 802 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, 1162, p. 3 a 6.

Ruiz Vadillo (Enrique), *Algunas anotaciones a la ley de 28 de diciembre de 1978, que modifica el Código Penal en materia de reincidencia y reiteración*, 1163, p. 3 a 14.

Caballero Gea (José-Alfredo), *La prescripción en la acción civil*, 1164, p. 3 a 8. [Se ocupa brevemente de la misma en el ámbito penal.]

García Zurdo (Miguel), *El contenido del poder judicial en la Constitución de 1978 (Breve referencia al cobro judicial de las multas administrativas)*, 1165, p. 3 a 10.

Martín García (Pedro), *Breves consideraciones sobre los delitos contra la forma de Gobierno*, 1166, p. 3 a 11.

Rubio Maestre (Tomás), *Algunas ideas para mejorar el procedimiento criminal*, 1167, p. 3 a 10.

Onecha Santamaría (Carlos), *Sentido de la premeditación*, 1168, p. 3 a 14.

Rojo Urrutia (Rafael), *En torno a las causas de la delincuencia*, 1171, p. 3 a 7.

López Rielves (Antonio), *La sustracción de vehículos, como delito típico de allanamiento de morada*, 1172, p. 3 a 6.

Domínguez Martín (Salvador), *El autogobierno Judicial y la Constitución*, 1174, p. 3 a 6.

Tejedor Alonso (Narciso), *Unificación de criterios y arbitrio judicial (Especial referencia al artículo 91 del Código penal)*, 1175, p. 3 a 9.

Vilar Badía (Ramón), *Estado de Derecho y exacción de multas gubernativas*, 1176, p. 3 a 7.

Martín García (Pedro), *Un artículo retardatario: el artículo 487 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, 1177, p. 3 a 4.

- Ollero de Sierra (Aníbal), *La potestad sancionadora de la Administración y el Libro III del Código Penal. Su pretendida reforma*, 1179, p. 3 a 7.
- Azparren Gaztambide (Agustín), *Situación actual de las oposiciones a ingreso en la Escuela Judicial*, 1180, p. 3 a 8.
- Domínguez Romero (Maximiliano), *El cobro de las multas de tráfico por vía judicial y la Constitución*, 1182, p. 3 a 10.
- Perea Vallano (Antonio), *La actual tipificación de los delitos de estupro y raptó y su entorno social*, 1186, p. 3 a 7.
- Rojo Urrutia (Rafael), *Conocer al acusado*, 1186, p. 8 a 10.
- Serrano Gómez (Alfonso), *Irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables en la Constitución española*, 1187, p. 3 a 8.
- Caballero Gea (José-Alfredo), *La compensación de culpas*, 1188, p. 3 a 10.

BOLETÍN DEL ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE MADRID. Año 1979. (Esta publicación había estado interrumpida desde el núm. 3-4 de 1976) (3).

- Stampa Brau (José María), *La estafa procesal en el negocio fiduciario y en el proceso de creación de títulos ejecutivos*, enero-marzo, p. 7 a 21.
- Fernández González (Juan), *El pasado año la delincuencia aumentó un 25 por 100 en España*, julio-septiembre, p. 43 a 47.

CIVITAS. REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO ADMINISTRATIVO. Madrid, 1979, núms. 20 a 23.

- Serrano (Adolfo), *El principio de legalidad; algunos aspectos problemáticos*, núm. 20, p. 83 a 101.

CIVITAS. REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO FINANCIERO. Madrid. Núms. 1 a 24.

- Banacloche Pérez (J.), *La represión del fraude fiscal*, núm. 9, 1976, p. 111 a 122.
- Herrero Madariaga (Juan), *El fraude de ley como elusión ilícita de los tributos*, núm. 10, 1976, p. 319 a 334.
- Córdoba Roda (Juan), *El delito fiscal*, núm. 15-16, 1977, p. 689 a 701.
- Rodríguez Mourullo (Gonzalo), *El nuevo delito fiscal*, núm. 15-16, 1977, páginas 703 a 735.
- Bayona de Perogordo (Juan José), *Aspectos procedimentales del delito fiscal*, núm. 15-16, 1977, p. 737 a 773.

CUADERNOS DE INVESTIGACIÓN HISTÓRICA. Fundación Universitaria española. Seminario "Cisneros", Madrid 1/1977, 2/1978, 3/1979.

- Ruiz Majón-Cabeza (Octavio), *La amnistía de 1833 y los liberales emigrados*, 1/1977, p. 137 a 148.
- Pérez Estevez (Rosa M.^a), *Delincuencia en la España del Siglo XVIII: los presidios de Marina*, 3/1979, p. 259 a 273.

(3) Agradezco a E. Octavio de Toledo y Ubieto que me haya facilitado su manejo.

CUADERNOS DE POLÍTICA CRIMINAL. Instituto de Criminología de la Universidad Complutense. Facultad de Derecho. Universidad Complutense. Madrid (4).

Núm. 7.—1979:

Bueno Arús (Francisco), *Aspectos positivos y negativos de la legislación penitenciaria española*, p. 3 a 28.

Caballero (Juan José) *Terapia de grupo en prisiones*, p. 29 a 37.

García Valdés (Carlos), *Un año de reforma penitenciaria*, p. 39 a 59.

Mapelli Caffarena (Borja), *El régimen penitenciario abierto*, p. 61 a 90.

Muñoz Conde (Francisco), *La resocialización del delincuente, análisis y crítica de un mito*, n. 91 a 106. [Se publicó también en Sistema, núm. 31, 1979, p. 73 a 84.]

Pavarini (Massimo), "Concentración" y "difusión" de lo penitenciario. *La tesis de Rusche y Kirchheimer y la nueva estrategia del control social en Italia*, traducción de I. Muñagorri, p. 107 a 125.

Proyecto de Ley General Penitenciaria. Exposición de motivos, p. 127 a 147.

Núm. 8.—1979:

López Hernández (Gerardo), *Criminología y cambios del sistema penal*, p. 3 a 26.

Mato Reboredo (José María), *Tráfico ilícito de drogas en España*, p. 27 a 40.

Righi (Esteban), *Las garantías individuales y la represión de la delincuencia económica*, p. 41 a 50.

Rüther (Werner), "La criminalidad (o el "delincuente") a través de las definiciones sociales (o etiquetamiento)." (*Respecto de las dimensiones esenciales del enfoque del etiquetamiento —"labelling-approach"— en el campo de la sociología criminal*), traducción directa del alemán por Roberto Bergalli, p. 51 a 63.

Gómez Pérez (Jesús María), *El ámbito del tratamiento penitenciario*, p. 65 a 71.

Huerta Tocildo (Susana), *Criterios para la reforma del delito de aborto*, p. 73 a 89.

Silva (Ana Isabel), *Consideraciones sobre la reforma de los delitos de estupro y rapto*, p. 90 a 107.

Martínez Morán (Narciso), *La ley penal en Francisco Suárez*, p. 109 a 127.

Rivacoba y Rivacoba (Manuel de), *Influencia historicista en Pellegrino Rossi*, p. 128 a 139.

Núm. 9.—1979:

Baeza Avallone (Vicente), *El arrepentimiento espontáneo*, p. 3 a 53.

Roxin (Claus), *Prevención y determinación de la pena*, trad. de Francisco Muñoz Conde, p. 55 a 74.

Volkman-Schluck (Thomas), *La evolución del proceso alemán en el siglo XX*, traducción de José Vicente Gimeno Sendra, p. 75 a 84.

(4). ADP, 1980, p. 298, línea 26, dice: artículos 430 a 567, debe decir: artículos 430 y 567. En la p. 299, línea 32, dice: p. 141 a 151, debe decir: p. 144 a 151. En la p. 300, línea 22, dice: Ballesteros, debe decir: Ballester. En la línea 42 de la misma página dice: Novaldos, debe decir: Novalvos.

- Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, p. 85 a 104.
 García Valdés (Carlos), *La droga en las prisiones*, p. 105 a 118.
 Caballero (Juan José), *Sentido de la homosexualidad en la prisión*, p. 119 a 129.
 Beristain (Antonio), *No hay criminología cristiana, pero...*, p. 131 a 135.

DOCUMENTACIÓN JURÍDICA. Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia. Gabinete de Documentación y Publicaciones. Madrid, 1979. Números 21 a 23 (5).

- Morenilla Rodríguez (José María), *Peligrosidad social y la tipología del sujeto peligroso*, núm. 21, p. 7 a 89, núm. 22, p. 257 a 349. (Es continuación del número 20, p. 1127 a 1211).
 Millán Garrido (Antonio), *El delito de falso testimonio*, núm. 21, p. 91 a 138, núm. 22, p. 379 a 417, 615 a 647.
 Bueno Arús (Francisco), *Notas sobre la Ley 81/1978, de 28 de diciembre, de modificación del Código Penal, en materia de reincidencia y reiteración*, núm. 21, p. 139 a 152.
 Reinoso y Reino (Antonio), *Fundamentales derechos de la persona ante la privación jurídica de la libertad*, núm. 22, p. 421 a 454.
 Fungairiño Bringas (Eduardo), *La acusación penal en Inglaterra*, núm. 23, p. 649 a 694.
 Barbero Santos (Marino), *XII Congreso Internacional de Derecho Penal (AIDP)*, núm. 23, p. 725 a 738.
Proyecto de ley sobre enjuiciamiento oral de delitos menos graves y flagrantes, núm. 23, p. 741 a 746.

ESTUDIOS DE DEUSTO. Bilbao. Vol. XXVI/2. Fasc. 61. Julio-Diciembre 1978.

- Recondo Porrúa (Rodrigo), *El sistema del fuero de extranjería*, p. 449 a 517. (Cierta interés desde el p. d. v. procesal penal).

HISPANIA. REVISTA ESPAÑOLA DE HISTORIA. Instituto Jerónimo Zurita. C.S.I.C., Madrid. Núms. 129 [1975] a 142 [1979].

- Luxan Meléndez (Santiago de), *Contribución al estudio de los presidios españoles del Norte de Africa: Las dificultades de la plaza de Ceuta para abastecerse de trigo [1640-1668]*, núm. 130, 1975, p. 321 a 342.
 Bahamonde Magro (Angel), *Contribución al estudio del fraude electoral en un distrito urbano: las elecciones de 1869 en Madrid*, núm. 134, 1976, p. 639 a 658.
 Nonente Zabala (Adela), *La conspiración de Lacy*, núm. 137, 1977, p. 601 a 621.

(5) ADP, 1980, p. 301, línea 26, dice: Fungairiños, debe decir: Fungairiño; línea 33 dice: diciembre de 1978, debe decir: diciembre de 1958, núm. 19, 1978.

HISTORIA. INSTITUCIONES. DOCUMENTOS. Publicaciones de la Universidad de Sevilla. Núms. 1 (1974), 2 (1975), 3 (1976), 4 (1977), 5 (1978), 6 (1979).

Pérez de la Canal (Miguel Angel), *La Justicia de la Corte en Castilla durante los siglos XIII a XV*, 2, 1975, p. 385 a 481.

Alejandro García (Juan Antonio), *El delito de falsedad testimonial en el Derecho histórico español*, 3, 1976, p. 9 a 139.

Bacigalupo (Enrique), *Culpabilidad y prevención en la fundamentación del Derecho penal español y latinoamericano*, 6, 1979, p. 11 a 31.

PRETOR. Madrid, 1979, núms. 103 a 106.

Martín Ostos (José Luis de los Santos), *Anotaciones procesales a la nueva Constitución (Desde una perspectiva jurisdiccional de menores)*, p. 19 a 27.

Aragoneses (Pedro), *El encausado en el proceso penal español*, p. 325 a 345.

REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1979. Núms. 88 a 90.

Fairén Guillén (Víctor), *Comentarios a la Constitución de 1978: El habeas corpus del artículo 17-4 y la manifestación de personas*, núm. 88, p. 7 a 54.

Fairén Guillén (Víctor), *El procedimiento "preferente y sumario" y el recurso de amparo en el artículo 53-2 de la Constitución*, núm. 89, p. 207 a 249.

REVISTA DE DERECHO DE LA CIRCULACIÓN. Madrid. Año 1979.

Alonso Prieto (Luis), *Las impugnaciones de los aseguradores. Objeciones a la instrucción de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 7 de diciembre de 1978*, p. 1 a 7.

Calvillo (J.), *El "Derecho de la circulación" en las Memorias de la Fiscalía del Tribunal Supremo. Memoria de 1978*, p. 221 a 226.

Alonso Prieto (Luis), *La incongruencia civil en los motivos de casación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, p. 339 a 343.

Queralt (Joan Josep), *El artículo 286-II del Código de la Circulación: Su inconstitucionalidad. Notas al auto de 27-IV-1979 del Juzgado de Distrito n.º 16 de los de Barcelona*, p. 447 a 459. [Publicado asimismo en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1979, p. 727 a 738].

Santos Briz (Jaime), *Sobre los daños indirectos derivados de acto ilícito*, p. 555 a 567.

REVISTA DE DERECHO FINANCIERO Y DE HACIENDA PÚBLICA. Números 121 a 141.

Menéndez (José), *La reincidencia en la Ley general tributaria*, núm. 124-125, 1976, p. 646 a 662.

Cano Mata (Antonio), *Infracciones tributarias aduaneras de "sobra o falta de bultos". Nuevas perspectivas a la luz de la Ley general tributaria*, números 124-125, 1976, p. 950 a 956.

- Bajo Fernández (Miguel), *El desaparecido Juzgado de Delitos Monetarios, a propósito de la Reforma de 4 de enero de 1977*, núm. 128, 1977, p. 375 a 393.
- Miranda Pan (M.), *El fraude a la Ley Tributaria y la Legislación Española*, núm. 128, 1977, p. 535 a 557.
- Menéndez (José), *Exigencias jurídicas para la implantación del delito fiscal*, núms. 131-132, 1977, p. 1173 a 1174.
- Menéndez (José), *Consideraciones en torno al delito fiscal*, núm. 134, 1978, p. 301 a 312.
- Lejeune Valcárcel (Ernesto), *La discusión parlamentaria de la Ley de Medidas Urgentes de Reforma Fiscal*, núm. 135, 1978, p. 605 a 674 (De interés para el penalista, p. 654 a 662: delito fiscal).
- González García (E.), *El delito fiscal en la Ley de Medidas Urgentes de Reforma Fiscal*, núm. 135, 1978, p. 725 a 742.
- Fernández Bretaño (J.), *El delito fiscal*, núm. 135, 1978, p. 743 a 764.
- Circular núm. 2/1978 de la Fiscalía del Tribunal Supremo sobre persecución del delito fiscal (Ley 50/1977, de 14 de noviembre)*, núm. 135, 1978, p. 863 a 868.
- Quintero Olivares (G.), *El nuevo delito fiscal*, núm. 137, 1978, p. 1313 a 1329.
- Márquez (A.), *La infracción-sanción de contrabando, causa de incompatibilidad para la profesión de agente de aduanas*, núm. 140-141, 1979, p. 275 a 281.

REVISTA DE DERECHO PROCESAL IBEROAMERICANA. Madrid. Año 1979 (6).

- Martín Ostos (José de los Santos), *La intervención de abogado en el procedimiento tutelar de menores*, p. 65 a 80.
- Montón Redondo (Alberto), *La Audiencia Nacional, los Juzgados Centrales de Instrucción y su competencia objetiva en materia penal (1.ª parte)*, p. 341 a 371, (2.ª parte), p. 535 a 558.
- Toro Marzal (Alejandro del), *La influencia de la delincuencia de tráfico en la legislación penal, procesal penal y en la realidad judicial*, p. 385 a 445.
- Hernández Henríquez (Esteban Emilio), *La responsabilidad civil en el proceso penal*, p. 497 a 534.
- Oliva Santos (Andrés de la), *El "Labyrinthus" procesal de los partidos políticos*, p. 559 a 579.
- Serra Domínguez (Manuel), *El Ministerio Fiscal*, p. 609 a 677.

REVISTA DE DERECHO PÚBLICO. Madrid. 2.ª época. Año V., 1979. Números 74 a 77 (7).

- Casado Burbano (P.), *Las fuerzas armadas en la nueva Constitución española*, núm. 74, p. 23 a 58 (Publicóse también en *Revista española de Derecho militar*. Núm. 36, 1978, p. 7 a 41).

(6) *ADP*, 1980, p. 303, línea 1.ª, dice: iberoamericano, debe decir: iberoamericana; línea 22, dice: en 1978, debe decir: de 1978; línea 34, dice: Novaldos, debe decir: Novalvos.

(7) *ADP*, 1980, p. 304, línea 10, dice: y lucro, debe decir: de lucro; línea 19, dice: núm. 469 a 499, debe decir: núm. 64, p. 469 a 499; línea 43, dice: núm. 717 a 720, debe decir: núm. 72, p. 717 a 720.

Beristain (A.), *La violencia como desafío en España y en el país vasco*. 1936-1977, núm. 75, p. 237 a 302.

REVISTA DE POLÍTICA SOCIAL. Instituto de Estudios Políticos. Madrid. Nums. 97 a 120.

Molero Manglano (Carlos), *El delito social*, núm. 100, 1973, p. 5 a 41.

Fagoaga (Miguel), *I Congreso internacional sobre uso de tóxicos por la juventud universitaria*, núm. 103, 1974, p. 131 a 138.

González Velasco (Jesús), *Las acciones laborales y el delito de estafa procesal*, núm. 110, 1976, p. 153 a 165.

García Ortuño (Francisco), *La responsabilidad en el pago de las prestaciones del régimen general de la Seguridad Social*, núm. 113, 1977, p. 93 a 122.

Durán López (Federico), *La nueva regulación de la huelga y del cierre patronal*, núm. 115, 1977, p. 47 a 82.

REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO MILITAR. Instituto Francisco de Vitoria. Sección de Derecho militar. C.S.I.C. Madrid. Núm. 36, julio-diciembre 1978.

Casado Burbano (Pablo), *Las fuerzas armadas en la nueva Constitución española*, p. 7 a 41. (Publicado también en *Revista española de Derecho público*, núm. 74, 1979, p. 23 a 58).

Puig Durán (Juan Ignacio), *Consideraciones sobre el artículo 338 del Código de Justicia militar*, p. 107 a 135.

Valenciano Almoyna (Jesús), *Sobre la reforma del Código de Justicia militar: B) Proyecto de 1971: Sobre composición de Tribunales militares y otros extremos. C) Proyecto de Ley de reforma, de 1978*, p. 138 a 143.

Fernández Areal (José Ramón), *La edad penal después del Real Decreto-ley*, núm. 33/78, p. 145 a 148.

REVISTA ESPAÑOLA DE INVESTIGACIONES SOCIOLOGICAS. Centro de Investigaciones Sociológicas. Madrid, 1978. Núms. 1 a 4. [Sustituye a la extinta *Revista española de la opinión pública*.]

Hernández Rodríguez (Gerardo), *Actitudes y criterios sobre la planificación familiar y el aborto*, núm. 1, p. 206 a 249.

Estudio sobre la pena de muerte, cárceles y delincuencia. Realizado por EDIS a encargo del C.I.S. Enero de 1978, núm. 2, p. 237 a 258.

Discusión: I. Aborto y sociología: en torno a un artículo del señor Hernández, por Jesús M. de Miguel. II. Agradecimiento y objeciones a una crítica de Jesús M. de Miguel, por Gerardo Hernández Rodríguez, núm. 4, p. 171 a 181.

REVISTA ESPAÑOLA DE LA OPINIÓN PÚBLICA. Instituto de la Opinión Pública. Madrid. Núm. 0 a 50. (Con este número concluye su publicación y da paso a la *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*).

Campo (Salustiano del), *Los médicos ante el problema del control de la natalidad*, núm. 1, 1965, p. 27 a 38.

- Halloran (J. D.), *Los efectos de la presentación por los medios, de la violencia y de la agresión*, núm. 13, 1968, p. 9 a 16.
- Alvarez Villar (Alfonso) y Hernández (Virtudes), *Prensa y delincuencia*, núm. 16, 1969, p. 77 a 100.
- Estadísticas de delincuencia infantil y juvenil en España*, núm. 16, 1969, p. 155 a 220.
- Serrano Gómez (Alfonso), *Criminalidad y movimientos migratorios*, núm. 17, 1969, p. 19 a 54.
- Estudio socio-económico de la delincuencia infantil y juvenil*, núm. 17, 1969, p. 397 a 427.
- Villar (Alfonso A.) y Muñoz de Cuenca (M.^a Carmen), *Estudio psicométrico de la delincuencia juvenil*, núm. 18, 1969, p. 97 a 168.
- Miguel (Jesús M. de), *El suicidio en España*, núm. 18, 1969, p. 195 a 233.
- Entrevistas a familias de delincuentes infantiles y juveniles*, núm. 18, 1969, p. 329 a 343.
- Estudio de actitudes ante la violencia por parte de los pedagogos*, núm. 19, 1970, p. 217 a 224.
- Mestre (Esteban), *Los delitos electorales en España*, núm. 20, 1970, p. 125 a 171.
- Serrano Gómez (Alfonso), *Estudio sociológico en la sustracción de vehículos*, núm. 26, 1971, p. 129 a 158.
- Sondeo sobre terrorismo y secuestros*, núm. 30, 1972, p. 221 a 249.
- Alvira Martín (Francisco), *La teoría de la etiqueta y el concepto de conducta desviada*, núm. 39, 1975, p. 75 a 87.
- Soria (Carlos), *Límites jurídicos a la información sobre delincuencia juvenil*, núms. 40-41, 1975, p. 101 a 115.
- Castro Fariñas (José A.), *La nueva Ley de Prensa portuguesa (24 de febrero de 1975). Análisis y texto completo*, núms. 40-41, 1975, p. 205 a 241.
- Miguel (Jesús M. de), *Un modelo crítico sobre (supuestos) enfermos mentales*, núm. 43, 1976, p. 73 a 97.
- Cazorla Pérez (José), *Minorías marginadas en España: el caso de los gitanos*, núm. 45, 1976, p. 25 a 36.
- González Díaz-Llanos (Antonio E.), *Los límites de la libertad de expresión en Dinamarca*, núm. 45, 1976, p. 213 a 223.
- García Cotarelo (Ramón), *Problemas teóricos de la explicación del suicidio en Durkheim*, núm. 46, 1976, p. 65 a 77.
- Serrano Gómez (Alfonso), *Robos con violencia o intimidación en las personas*, núm. 46, 1976, p. 103 a 140.
- Galliner (Peter), *La inestabilidad del mundo: Una oportunidad para la Prensa de modelar su porvenir. Informe 1975 sobre la libertad de Prensa. Informe anual sobre la libertad de Prensa en el mundo en 1975, por ...*, núm. 46, 1976, p. 245 a 273.
- Rubio Llorente (Francisco) y Aragón Reyes (Manuel), *La legalización del P.C.E. y su incidencia en el estatuto jurídico de los partidos políticos en España*, núm. 48, 1977, p. 157 a 171.
- Fernández Miranda (Alfonso), *La inmunidad parlamentaria en la práctica de la Segunda República y de las Cortes orgánicas*, núm. 49, 1977, p. 125 a 152.

REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD
COMPLUTENSE. Madrid, 1979. Núms. 55 a 57 (8).

- Cuerda Riezu (Antonio) y Cobos Gómez de Linares (Miguel Angel), *I. Una nueva construcción jurídica del derecho de asilo*, núm. 55, p. 125 a 168.
- Ruiz Antón (Luis Felipe), *El fundamento de la pena en la tentativa inidónea (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 1977)*, núm. 55, p. 169 a 177.
- Lima Torrado (Jesús), *El problema de las Leyes "Mere Poenales" y el derecho fundamental a la objeción de conciencia*, núm. 56, p. 43 a 59.
- Bacigalupo (Enrique), *El delito fiscal en España*, núm. 56, p. 79 a 97.
- Díez Moreno (Sabina Luisa), *La idea del derecho en el Quijote*, núm. 56, p. 143 a 166 (Sobre cuestiones penales, p. 157 a 162).
- Cobos Gómez de Linares (Miguel Angel) y Cuerda Riezu (Antonio), *II. La otra cara del problema: La extradición*, núm. 56, p. 167 a 205.
- Octavio de Toledo y Ubieta (Emilio), *Notas para un estudio de los fraudes alimentarios en derecho penal*, núm. 57, p. 55 a 135.
- Cobos Gómez de Linares (Miguel Angel) y Cuerda Riezu (Antonio), *III. La otra cara del problema: La extradición (procedimiento y efectos)*, núm. 57, p. 161 a 194.

REVISTA DE FOMENTO SOCIAL. Madrid. Núms. 100 a 111.

- Recio (Eugenio), *La religión y el fraude fiscal en España*, núm. 102, 1971, p. 137 a 148.
- Quadra Salcedo (Tomás), *La reforma de la Ley de Orden Público*, núm. 102, 1971, p. 159 a 163.

REVISTA GENERAL DE DERECHO. Valencia, 1979 (9).

- Millán Garrido (Antonio), *El delito de falso testimonio en la doctrina del Tribunal Supremo*, p. 346 a 351, 458 a 464.
- Ruiz Vadillo (Enrique), *Hacia una reforma en profundidad del ordenamiento jurídico*, p. 1202 a 1213 (continuará).
- Millán Garrido (Antonio), *Falso testimonio y retractación*, p. 1214 a 1224.

(8) Interrumpida en 1974 (Núms. 50-51), la *RFDUC* reapareció en 1978: Núms. 52 (Invierno), 53 (Primavera), 54 (Verano) y un 1 Monográfico de estacional anonimato. Su peculiar y valleinclanesca acotación hizo que en nuestra anterior reseña bibliográfica (vid. *ADP*, 1980, p. 305) olvidásemos consignar los números en que aparecieron los trabajos allí mencionados, de Rodríguez Ramos (1 Monográfico) y de Octavio de Toledo y Ubieta (Número 52).

(9) *ADP*, 1980, p. 306, línea 7, dice: 826 a 932, debe decir: 826 a 832.

REVISTA GENERAL DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA. Madrid.
Año 1979 (10).

Tomo LXXVIII (246 de la colección):

- Bello Landrove (Federico), *El Derecho Penal hoy: ¿Reforma o desaparición?*, p. 43 a 52.
Bello Landrove (Federico), *La redención de penas y otros incentivos del trabajo penitenciario, ante el futuro*, p. 149 a 154.
Ruiz Vadillo (Enrique), *Algunas consideraciones sobre la lucha contra los atentados a la Economía Nacional*, p. 191 a 249.

Tomo LXXIX (247 de la colección):

- Bueno Arús (Francisco), *Las normas penales en la Constitución española de 1978*, p. 25 a 64.
Gimeno Sendra (Vicente), *El Auto de procesamiento*, p. 305 a 346.
Matilla Alegre (Rafael), *La noción de competencia y la orientación fundamental de la Ley española sobre represión de prácticas restrictivas de competencia*, p. 409 a 429.
Bello Landrove (Federico), *Bases para una reforma penal*, p. 431 a 439.

REVISTA DE HISTORIA DEL DERECHO. Universidad de Granada. I (1976) II (1977-78). Volumen Homenaje al profesor M. Torres López.

- Fiestas Loza (Alicia), *Algo más sobre la vigencia del Código Penal de 1822*, II, 1977-78, p. 55 a 77.

REVISTA JURÍDICA DE CATALUÑA. Ilustre Colegio de Abogados. Barcelona. Año 1979.

- Mir Puig (Santiago), *Preterintencionalidad y límites del artículo 50 del Código penal*, p. 57 a 99.
Fernández (Miguel-Angel), *Nuevo panorama de los delitos perseguibles de oficio y de los delitos perseguibles sólo a instancia de parte*, p. 345 a 370.
Queralt (Joan-Josep), *El artículo 286-II, del Código de la circulación: Su inconstitucionalidad. Notas al auto de 27-IV-1979 del Juzgado de Distrito n.º 16 de los de Barcelona*, p. 727 a 738 [Apareció también en *Revista de Derecho de la circulación*, 1979, p. 447 a 459].
Farré Trepát (Elena), *Notas a la celebración del Seminario hispano-germano sobre reforma del Derecho penal*, p. 749 a 752.
Garcías Planas (Gabriel), *Notas sobre el tratamiento de la riña tumultuaria en el Código penal español y en la Jurisprudencia*, p. 845 a 867.
Estudios sobre el derecho de asistencia letrada a los detenidos (Iste. Colegio de Abogados de Madrid, Comisión de Defensa de los Derechos Hu-

(10) Las referencias bibliográficas de la RGLJ (1977-78) incluidas en ADP, 1980, p. 306, deben precisarse del siguiente modo: los dos primeros trabajos de 1977 aparecieron en el T. LXXIV (242 de la colección), los tres restantes en el T. LXXV (243 de la colección), y los correspondientes al año 1978 en el T. LXXVI (244 de la colección).

manos de la Persona del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona y Dr. D. Francisco Ramos Méndez), p. 931 a 958.

Muñoz Conde (Francisco), *Comentario al Código penal y dogmática jurídico-penal. Segunda parte*, p. 959 a 971 (Publicado también en *Cuadernos de Política Criminal*, 1979, p. 141 a 152).

SISTEMA. REVISTA DE CIENCIAS SOCIALES. Madrid. Núm. 1.º (1973) a 36 (1980).

Campo (Salustiano del), *Política demográfica de la familia y de la natalidad en España*, núm. 4, 1974, p. 47 a 73.

Toharia (José Juan), *Notas sobre el origen social de la judicatura española*, núm. 7, 1974, p. 101 a 121.

Barbero Santos (Marino), *Postulados político-criminales del sistema punitivo español vigente: presupuestos para su reforma*, núm. 10, 1975, p. 99 a 113.

García Valdés (Carlos), *La población reclusa en España. Un ensayo de sociología carcelaria*, núm. 14, 1976, p. 117 a 130.

Andrés Ibáñez (Perfecto), *Notas para una posible reforma democrática de la justicia*, núms. 17-18, 1977, p. 111 a 124.

Abellán (Manuel), *Análisis cuantitativo de la censura bajo el franquismo (1955-1976)*, núm. 28, 1979, p. 75 a 89.

Muñoz Conde (Francisco), *La resocialización del delincuente. Análisis y crítica de un mito*, núm. 31, 1979, p. 73 a 84 (Se publicó también en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 7, 1979, p. 91 a 96).

Reig Tapia (Alberto), *Consideraciones metodológicas para el estudio de la represión franquista en la guerra civil*, núm. 33, 1979, p. 99 a 128.

NECROLOGICAS

OSCAR ADOLF GERMAN

El día 1.º de diciembre de 1979 falleció en Bottmingen el eminente profesor y patriarca de la ciencia del Derecho penal en Suiza, profesor Oscar Adolf German, a la edad de noventa años. La obra del profesor German ha trascendido las fronteras de su país, tanto por sus trabajos científicos y legislativos, entre los que destaca la publicación de su libro sobre: «El delito en el nuevo Derecho penal», en 1952, el mismo año de la culminación de sus grandes y famosos *Comentarios al Código penal de 1937* como por su activa colaboración en la *Revue Pénale Suisse*. El ANUARIO expresa su sentimiento por esta pérdida tan dolorosa para la ciencia europea del Derecho penal que sigue luchando por la auténtica instauración del principio de que no hay pena sin culpabilidad por el que libró tantas batallas el extinto y eximio profesor suizo.

FILIPPO GRAMATICA

El secretario general de la Sociedad Internacional de Defensa Social, al comunicarnos el fallecimiento de nuestro Presidente de Honor, el abogado Filippo Gramatica, escribe:

«Su vinculación a las ideas de la Defensa Social, su perseverancia en la acción, su gran alteza de miras, su generosidad natural, su delicada sensibilidad, su espíritu abierto y profundamente humano han hecho de él el símbolo de la renovación humanista de la política criminal.»

Nacido en Génova el año 1901, ejerció la obogacía como penalista desde el año 1925 y fue pronto profesor de Derecho penal en su Universidad.

Entre sus primeras obras recordaremos los «Principios de Derecho Penal Subjetivo» (Torino, Bocca, 1934), cuya traducción española, por Juan del Rosal y Víctor Conde, publicó la Editorial Reus, y el Proyecto de Código Penal de la República de San Marino (Vallardi Editore, Milano, 1934).

En el año 1945 fundó en Génova el Centro Internazionale di Studi di Difesa Sociale, transformado luego en la Sociedad Internacional de Defensa Social, siendo fundador y Director desde 1947 de la Rivista di Difesa Sociale.

Buen exponente de este importante movimiento son los Congresos Internacionales de Defensa Social, desde el primero, celebrado en San Remo (Italia) en 1947, con el siguiente tema general: Por la transformación de los actuales sistemas penales y penitenciarios en sistemas de educación y de tratamiento en relación con la personalidad individual de los delincuentes. Fue en verdad un acontecimiento, apenas terminada la guerra europea, así como el II Congreso Internacional (Lieja, 1949) y el I Congreso Interameri-

cano de Defensa Social (Caracas, 1952), con asistencia de una delegación europea de diez miembros, en los que tuvimos el honor de participar (1).

¡DESCANSE EN PAZ!

PASCUAL MENÉU MONLEÓN

SEVERIN-CARLOS VERSELE

Hoy ha de hacerse eco el ANUARIO DE DERECHO PENAL de la triste noticia de la muerte de un criminalista ilustre, de bien ganada fama entre cuantos incansablemente lucharon continuamente por la Justicia, por el progreso del Derecho y de las ciencias penales.

Severin-Carlos Versele era Juez del Tribunal de Bruselas y Director fundador del Centro de Sociología del Derecho y de la Justicia de la Universidad de Bruselas, que ha anunciado, como homenaje a su memoria, la edición de algunos de sus numerosos trabajos.

Son innumerables los que desde las principales revistas de Europa y América publicó sobre temas de su especialidad, y en estas páginas se ha dado más de una vez noticia de los mismos. Sus aportaciones a los grandes temas sociales, penales y criminológicos son bien conocidos, y merecieron general estimación.

Fue experto y consultor de las Naciones Unidas, cuya Organización le confió una de las conferencias magistrales que escuchamos durante el Congreso de Londres para prevención del delito y tratamiento de delinquentes. También participó activamente en los trabajos del Consejo de Europa sobre problemas criminales.

Miembro destacado de diversas sociedades científicas y jurídicas nacionales e internacionales. Medalla Beccaria de la Sociedad alemana de Criminología, entre su numerosa bibliografía recordaremos las ponencias presentadas a sus diferentes congresos y crónica de los mismos, especialmente los internacionales y panamericanos de Defensa Social, de cuya Sociedad Internacional fue destacado directivo.

(1) V. Pascual MENÉU: *El II Congreso Internacional de Defensa Social, en Rev. General de Legislación y Jurisprudencia*, marzo 1950.

Incansable, Gramatica celebró reuniones de trabajo en Buenos Aires, San José de Costa Rica, Managua y Méjico, que contribuyeron también a la difusión de la Defensa Social en América, y especialmente el IX Congreso Internacional, celebrado en Caracas en 1976.

Sus «Principios de Defensa Social» fueron traducidos al francés, alemán, polaco y árabe. Luego al español, por Jesús Muñoz y Luis Zapata (Ed. Montecorvo, 1974, Madrid).

Fueron innumerables sus artículos en las principales revistas, publicaciones y conferencias. En España recordaremos las pronunciadas en Madrid, Barcelona y Valencia.

El último artículo de Gramatica que conocemos, siendo ya Presidente de Honor de la Sociedad Internacional de Defensa Social, es el publicado en el homenaje a su Presidente, Marc Ancel, con el título «la notion de 'responsabilité' dans le système de défense sociale». (Aspects nouveaux de la pensée juridique, II, Paris, Pedone, 1975, pág. 109).

Fue precisamente durante su Congreso Internacional celebrado en Caracas cuando se agravó su dolencia, haciendo temer por su vida a cuantos sabíamos de su continuo trabajo, poniendo a prueba su resentida salud. Era muy conocido y estimado de cuantos se dedicaron a estos estudios, en los que se formó en la Escuela de Etienne de Greef, como gustaba recordar. Fueron numerosos sus cursos y conferencias, también en hispanoamérica, particularmente en Brasil y Venezuela, donde era muy apreciado, desde la conferencia interamericana de Defensa Social de 1952.

Profundamente humano, no fue ajeno a ninguno de los grandes temas y problemas de nuestro tiempo. ¡Descanse en paz!

PASCUAL MENÉU MONLEÓN

INDICE GENERAL DEL TOMO XXXIII

AÑO 1980

Páginas

TOMO XXXIII - FASCICULO II - MAYO - AGOSTO

SECCION DOCTRINAL

<i>Análisis político-criminal del Proyecto oficial del Código penal español</i> , por Manuel López-Rey y Arrojo	313
<i>Inobservancia de los principios básicos y reglas establecidos en la parte general del proyecto de 1980 en su parte especial, con algunos otros defectos sobresalientes de ésta</i> , por José María Rodríguez Devesa	337
<i>Culpabilidad y pena</i> , por José Cerezo Mir	347
<i>El Derecho de las víctimas</i> , por el doctor Israel Drapkin ...	367
<i>En torno al "furtum possessionis"</i> , por Francisco Candil Jiménez	387
<i>La "ideología" de los fines de la pena</i> , por el doctor Joaquín Cuello	423
<i>El delito de violación y su incremento actual</i> , por Sara Jimeno de Torres	441

CRONICAS EXTRANJERAS

<i>Jornadas Internacionales de Ciencias Penales y Criminológicas</i>	449
---	-----

SECCION LEGISLATIVA

A) Leyes orgánicas	457
B) Leyes	461
C) Ordenes	462
D) Proyectos de Ley	463
E) Crónica legislativa	467

TRATADOS

<i>Instrumento de ratificación de 14 de marzo de 1980 del Tratado de Extradición y Asistencia Mutua en Materia Penal entre el Reino de España y los Estados Unidos Mexicanos, firmado en México, D. F., el 21 de noviembre de 1978. ("B. O. E.", núm. 145, de 17 de junio)</i>	503
---	-----

CONSEJO DE EUROPA

I. <i>Covenio Europeo de Extradición</i>	515
II. <i>Convenio Europeo para la Represión del Terrorismo, hecho en Estrasburgo el 27 de enero de 1977</i>	525

Indice general del tomo XXXIII

	<u><i>Páginas</i></u>
SECCION DE JURISPRUDENCIA	
<i>Jurisprudencia Penal</i> , por Luis Felipe Ruiz Antón	531
REVISTA DE LIBROS	553
REVISTA DE REVISTAS	
<i>Sección bibliográfica retrospectiva y actual de revistas españolas</i> , por Manuel Gurdíel Sierra	559
NECROLOGICAS	577

	<u>Páginas</u>
<i>Culpabilidad y pena</i> , por José Cerezo Mir	347
<i>El Derecho de las víctimas</i> , por el doctor Israel Drapkin	367
<i>En torno al «furtum possessionis»</i> , por Francisco Candil Jiménez ...	387
<i>La «ideología» de los fines de la pena</i> , por el doctor Joaquín Cuello.	423
<i>El delito de violación y su incremento actual</i> , por Sara Jimeno de Torres	441
 CRONICAS EXTRANJERAS	
<i>Jornadas Internacionales de Ciencias Penales y Criminológicas</i>	449
 SECCION LEGISLATIVA	
A) Leyes orgánicas	457
B) Leyes	461
C) Ordenes	462
D) Proyectos de Ley	463
E) Crónica legislativa	467
 TRATADOS	
<i>Instrumento de ratificación de 14 de marzo de 1980 del Tratado de Extradición y Asistencia Mutua en Materia Penal entre el Reino de España y los Estados Unidos Mexicanos, firmado en México, D. F., el 21 de noviembre de 1978. («Boletín Oficial del Estado» núm. 145, de 17 de junio)</i>	503
 CONSEJO DE EUROPA	
I. <i>Convenio Europeo de Extradición</i>	515
II. <i>Convenio Europeo para la Represión del Terrorismo hecho en Estrasburgo el 27 de enero de 1977</i>	525
 SECCION DE JURISPRUDENCIA	
<i>Jurisprudencia Penal</i> , por Luis Felipe Ruiz Antón	531
 REVISTA DE LIBROS	553
 REVISTA DE REVISTAS	
<i>Sección bibliográfica retrospectiva y actual de revistas españolas</i> , por Manuel Gurdíel Sierra	559
 NECROLOGICAS	577

AVISO IMPORTANTE

Hay existencias limitadas de números sueltos de años anteriores, con excepción de los fascículos I y II del año 1948, fascículos I y III del año 1953, fascículos I, II y III del año 1954, fascículos I, II y III del año 1955, fascículos I y II del año 1956, y fascículo II del año 1958.

Formulen sus pedidos a través de su librería habitual o directamente al Servicio de Publicaciones del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Duque de Medinaceli, núms. 6 y 8, teléfono 222 92 42, Madrid-14.

Suscripción anual: España, 2.250 pesetas
Extranjero, 2.400 pesetas

Número suelto, España, 900 pesetas
Extranjero, 1.100 pesetas