

ANUARIO
DE
DERECHO PENAL
Y
CIENCIAS PENALES

TOMO XXXIII
FASCICULO III



SEPBRE.-DICBRE.
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

JOSE MARIA GONZALEZ SERRANO
Teniente Fiscal del Tribunal Supremo

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

ADOLFO DE MIGUEL 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

<i>El Proyecto de Código penal de 1980, víctima de las estructuras,</i> por Antonio Beristain	585
<i>El secreto profesional en el proyecto de Código penal,</i> por Miguel Bajo Fernández	595

ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

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

Periodicidad: CUATRIMESTRAL.

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

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

Primer fascículo aparecido: Enero-abril 1948.

Ultimo fascículo aparecido: Mayo-agosto 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 III**



**SEPBRE.-DICBRE.
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

El Proyecto de Código penal de 1980, víctima de las estructuras

ANTONIO BERISTAIN

Catedrático de Derecho penal. Facultad de Derecho. San Sebastián

SUMARIO: 1. Nada interesa más a una nación.—2. Sin culpa de nadie, el Proyecto no alcanza la línea de flotación.—3. Cuatro motivos para la enmienda a la totalidad.—4. Urge nombrar comisiones interdisciplinarias que elaboren un Anteproyecto radicalmente nuevo.

«Para nosotros, difundir y defender la cultura son una misma cosa: aumentar en el mundo el humano tesoro de conciencia vigilante.»

Antonio Machado (1937).

1. NADA INTERESA MAS A UNA NACION...

Hace doscientos años, exactamente en 1782 (1), Manuel de Lardizábal y Uribe, en el Prólogo a su *Discurso sobre las penas, contraído a las leyes criminales de España para facilitar su reforma*, escribía unas frases oportunísimas entonces y no menos ahora. Decía textualmente: «Nada interesa más a una nación que el tener buenas leyes criminales, porque de ellas depende su libertad civil, y en gran parte la buena constitución y seguridad del Estado. Pero, acaso no haya una empresa tan difícil como llevar a cabo su entera perfección la legislación criminal... en que tanto interesa la humanidad...».

Estas atinadas consideraciones del ilustre guipuzcoano subrayan dos facetas—la importancia y la dificultad sumas de la nueva legislación penal—dignas hoy de reflexión para todos.

Los que han tomado y están tomando parte directa en la elaboración del futuro Código penal español han de percatarse de cuánto interesa a nuestra sociedad española que la normativa penal logre toda su madurez posible para que facilite el desarrollo de las libertades civiles, así como la buena constitución y seguridad del Estado. Simultáneamente han de caer en la cuenta de las dificultades que encuentra

(1) Por lo tanto, en 1982, convendría celebrar dignamente el segundo centenario de la aparición del excelente *Discurso sobre las penas, contraído a las leyes criminales de España para facilitar su reforma*. Esperamos y deseamos que se conmemore este aniversario, algo así como en 1964 se celebró el segundo centenario *De los delitos y de las penas*, de Beccaria.

su tarea y de la necesidad de llevar a cabo su trabajo dentro de las coordenadas que exige y salvaguarda el crecimiento del humanismo. Todo esto requiere mucho estudio, mucho tiempo y mucho diálogo, y da pie a una crítica bien intencionada, amplia y quizá profunda.

Los que voluntaria o involuntariamente (2) no hemos trabajado en la redacción del Anteproyecto y del Proyecto hemos de releer el texto de Lardizábal para adoptar una postura equilibrada cuando nos vemos obligados —feliz obligación— al estudiar el articulado que otros han formulado, para manifestarles nuestra opinión.

Al comentar el Proyecto de Código penal hemos de conjugar y armonizar por una parte el agradecimiento a quienes han tenido la valentía y la ciencia necesarias para una empresa tan difícil, y por otra parte el deber de colaborar a mejorar esa incipiente legislación criminal que, como todo lo humano, adolece de debilidades e imperfecciones. Hemos de elaborar una crítica seria porque el Código penal nos afecta a todos en lo más personal y noble: la libertad, la seguridad, la paz, la humanidad.

2. SIN CULPA DE NADIE, EL PROYECTO NO ALCANZA LA LINEA DE FLOTACION

El Proyecto de Ley Orgánica del Código penal remitido a la Comisión de Justicia y publicado en el «Boletín Oficial» de las Cortes Generales, de 17 de enero de 1980, merece una respuesta bien pensada por la suma importancia de lo que dice, lo que omite, lo que significa y lo que sugiere. Pero, al lector inteligente le bastará una respuesta breve que se puede resumir en las palabras del título. De ahí se deduce la necesidad de considerarlo inviable, de pedir su devolución al gobierno. Entre paréntesis, conviene recordar que estas Cortes Generales no quedan muy bien paradas en el Informe anual de Amnesty International correspondiente al período comprendido entre el 1.º de mayo de 1978 y el 30 de abril de 1979 (3). Con otras palabras, es necesaria la enmienda a la totalidad.

(2) En 1977 recibí y acepté la invitación para trabajar en la elaboración del Anteproyecto de Ley General Penitenciaria.

En 1978 recibí la insistente invitación para formar parte de la Comisión encargada de preparar el Anteproyecto de Código penal. Agradezco sinceramente a quienes avalaron ambas propuestas. No acepté la segunda por varios motivos, entre otros, por considerar que la técnica y metodología para elaborar una Ley tan importante, compleja y urgente, debe iniciarse desde el primer momento con "luz y taquígrafos", con comisiones multi e interdisciplinarias —sin excluir a filósofos— y con suficientes ayudas personales, institucionales, económicas, etc.

Mi experiencia en los trabajos para la elaboración de la Ley General Penitenciaria muestra que faltaron los medios indispensables. Según parece no se dispuso de medios ni para redactar las actas de las reuniones y discusiones, ni tan siquiera se han publicado los nombres de los miembros de los grupos y subgrupos que trabajan con y en la Comisión.

3. *Amnistía Internacional. Informe anual 1979*, Barcelona, Producciones Editoriales, 1980, págs. 147 ss. Transcribimos los párrafos siguientes:

Este Proyecto puede verse, *de lege ferenda*, como un pecado de omisión, pero más exactamente como una víctima de las estructuras actuales del Estado Español. Como víctima, también, de la *eficacia política* que, a veces, avanza en dirección opuesta a la Política criminal. Algunos políticos ofuscados, quizá, por la urgencia de corregir rápidamente el Código penal actual, por la urgencia de responder a ciertos problemas de seguridad ciudadana (y de seguridad carcelaria), por la urgencia de cambiar para decir que cambian, aunque sólo modifiquen los números o las palabras del articulado y no su contenido, se han dejado atrapar por la engañosa ley de la eficacia y han creído que el fin justifica los medios, olvidándose que, en este caso como en otros, determinados medios prostituyen el fin y corrompen la mayor parte del trabajo, y que un Proyecto de Código penal nuevo, por la naturaleza de las cosas, exige más tiempo.

En el período que abarca este informe—del 1.º mayo 1978 al 30 abril 1979—se registraron más de 80 asesinatos, en la mayor parte de policías u oficiales del ejército. A fin de combatir esta violencia, el gobierno ha dictado leyes que pueden contribuir al deterioro de los derechos civiles y humanos garantizados por la nueva Constitución.

El Decreto-Ley 21/1978 del 30 de junio de 1978 referente a crímenes cometidos por grupos armados, reduce las garantías del artículo 17 (2) de la Constitución, según el cual todos los detenidos deben, o bien ser llevados ante las autoridades judiciales, o de lo contrario ser puestos en libertad dentro de las setenta y dos horas de su arresto. Reduce asimismo las garantías del artículo 55 (1) de la Constitución, este último derecho no puede ser eliminado ni aun bajo el estado de excepción. Sin embargo, el Decreto-Ley 21/1978 permite a las autoridades retener a un sospechoso durante el tiempo que sea necesario para completar sus investigaciones, siempre y cuando aquél comparezca ante un juez dentro de las setenta y dos horas de su arresto.

Este procedimiento fue modificado por la nueva Ley 56/1978, del 4 de diciembre de 1978, según la cual el sospechoso debe ser llevado ante un juez dentro de las 72 horas, pero el juez puede ordenar un nuevo período de siete días de detención. Además, según el artículo 2 de esta ley, el juez puede ordenar un período de incomunicación durante el tiempo que considere necesario para completar la investigación. El decreto establece que el ejercicio de estos poderes no debe obrar en perjuicio del derecho de defensa, pero han habido reiteradas denuncias de que los jueces interpretan el derecho de defensa de manera tal que obstaculizan la visita de los abogados a los detenidos en virtud de esta ley. Los casos sometidos a esta ley deben ser juzgados por la *Audiencia Nacional*.

La Ley 56/1978 se limitaba a contemplar actos que pudieran ser clasificados como terroristas, pero el nuevo Decreto-Ley 3/1979, del 26 de enero de 1979, sobre la protección de la seguridad de los ciudadanos, extendió el alcance de las leyes especiales. La parte más importante estipula que la defensa pública, verbal, escrita o por otro medio, de la conducta o actividades de cualquier persona que pertenezca a un grupo armado o esté vinculado a tal grupo, constituye un crimen que se castiga con la cárcel. El juez de instrucción tiene el poder de ordenar la detención preventiva incondicional de los posibles sospechosos.

La interpretación de estas leyes a fin de restringir el derecho del detenido a un abogado fue, en opinión de Amnistía Internacional, un factor muy importante en el repentino aumento de denuncias de tortura por parte de detenidos políticos.

Es de agradecer que eminentes penalistas hayan dedicado muchas horas para aportar lo mejor que los especialistas en su rama pueden aportar hoy a un Anteproyecto de Código penal. Pero eso no basta (4).

Todo lo positivo del trabajo de los penalistas no obsta para que algunos al considerar el desvalor de la acción y el desvalor del resultado final, el articulado reunido en este Proyecto, hablen casi de pecado de omisión y, sin casi, de una víctima de las estructuras. Estructuras que en esta ocasión conviene desenmascarar, criticar y modernizar para que no sigan obstaculizando la elaboración de leyes futuras.

Los penalistas contemporáneos que colaboraron en el Anteproyecto merecen un aplauso agradecido. Nadie juzga ni rechaza lo realmente hecho, pero más de uno y más de dos echamos de menos lo omitido, por lo que implica y por lo que impide, que es otra manera de hacer.

No se pretende ahora reprochar a nadie estas omisiones en la elaboración del Anteproyecto. Puede haber víctimas sin delito. Quizá la realidad imponente —¿invencible?— de la carencia de las estructuras culturales, investigadoras y legislativas que debían existir (y que deben crearse) haya abocado, sin remedio, a este texto no merecedor de comentario científico, ni de discusión parlamentaria.

Por desgracia, ante la falta de medios y de personas con que se ha preparado el articulado que ahora comentamos, nadie deba extrañarse de su baja calidad que no resiste la crítica más somera. Para convencerse bastaría hacer una «cata», un muestreo, y se vería que su contenido no está a la altura de los tiempos por falta de calidad literaria, por falta de realismo, por falta de seguridad jurídica, por exceso de represión, por exceso de cláusulas penales en blanco... Léase por ejemplo, el artículo 135, 1.^a y 3.^a, con su sanción penal de internamiento en nuestras instituciones, tal como funcionan (y tal como seguirán funcionando hasta que se reformen realmente) por tiempo indeterminado («El internamiento en centros psiquiátricos durante el tiempo indispensable», «El internamiento en centro pedagógico especial durante el tiempo indispensable») o el artículo 149, último inciso, que deroga la minoría de edad aun para los que todavía no han cumplido quince años, que somete a los Tribunales ordinarios de adultos a los niños desde su más tierna infancia, sin límite alguno de edad («cuando su peligrosidad o rebeldía los haga incompatibles con el tratamiento asignado a los mismos por dichos Tribunales Tutelares de Menores») (5), o el artículo 563 que desconoce la concreción mínima

(4) Además, el texto gubernamental "olvidada", a veces, atinadas consideraciones y formulaciones que esos penalistas habían aportado para la preparación del previo Anteproyecto.

(5) Parece triste, por no decir anticientífico, anticasitado e injusto, que nada se sepa públicamente de qué se hace para, y cómo va, la reforma de la legislación de los Tribunales Tutelares de Menores. Probablemente esta técnica en la elaboración de la LTMM no infringe la legislación *de lege lata*. Pero, otra afirmación debe hacerse acerca de si infringe la justicia.

exigida para la tipificación punitiva («la mera pertenencia o colaboración de cualquier clase con las organizaciones o grupos señalados en los artículos precedentes se castigará con la pena de prisión de seis meses a seis años») y muchos otros artículos similares.

3. CUATRO MOTIVOS PARA LA ENMIENDA A LA TOTALIDAD

Múltiples motivos exigen que ni se entre a discutir el texto elaborado en 1979. Baste destacar ahora los cuatro siguientes: las soluciones, los problemas, la forma y el fondo del Proyecto piden abandonar totalmente el camino emprendido y empezar otro distinto.

1.º) *Las soluciones.* No pueden admitirse los seiscientos ochenta y ocho artículos del Proyecto desde su solución acerca del delito hasta su solución acerca de la pena (castigo y consecuencia del delito), pasando por su solución acerca de la acción, la tipicidad, la antijuridicidad, la culpabilidad y la punibilidad. Tampoco merecen otra consideración las soluciones del Libro II y del Libro III al tipificar los delitos y las faltas en concreto.

No es ahora el momento de explicar todos los porqués de esta negativa tan general. Parece suficiente reflexionar sobre uno de ellos: se deben rechazar las soluciones proyectadas porque se deben rechazar sus problemas, es decir, sus planteamientos de los problemas que abocan a esas soluciones.

2.º) *Los problemas.* Un Código penal español del año 1980 no puede plantearse los problemas únicamente desde el punto de vista que lo hace nuestro Proyecto: unidimensional, técnico-dogmático, iuspenalista y, quizá, en el sentido de la Criminología y de la Política criminal de los años sesenta o setenta.

La redacción de un Código penal requiere previamente planteamientos multidisciplinarios e interdisciplinarios; exige, sin duda—anteriormente—unas investigaciones empíricas, unas estadísticas que se apoyen en la realidad y la reflejen con objetividad científica, no como las estadísticas oficiales que se conocen, y unos estudios económicos que, según las informaciones publicadas, no se han realizado ni se piensa realizar.

Sustituir el texto punitivo actual por otro nuevo sin dar tiempo a: estudios para recoger y comentar abundantes datos en el campo sociológico, cultural, del coste del delito, etc., sería un remedio peor que la enfermedad, porque falta el diagnóstico indispensable.

3.º) *La forma.* En anterior ocasión (6) he hablado ya algo acerca de este punto, y otros especialistas más autorizados que yo han tratado

(6) A. BERISTAIN, Código penal de 1980: sí, no y abstención, en *Estudios penales y Criminológicos III*, Santiago de Compostela, 1979, páginas 43 y ss.

también el tema. Aquí conviene, por lo menos, recordar que la elaboración de este Proyecto no ha cumplido las normas elementales en la praxis de nuestro ámbito cultural, ni ha guardado los usos y costumbres hoy exigidos en el mundo jurídico, ni ha observado la legislación española.

El poder imponente de la realidad y de las estructuras sociales científicas y económicas quizá no ha permitido cumplir los trámites indispensables para emprender con seriedad los estudios básicos para un Código penal que tenga en cuenta la realidad social de hoy y de mañana y responda a ella.

Parece nocivo redactar el articulado del Derecho represivo con precipitación anticientífica, sin previas consultas a los maestros de nuestra Filosofía (por ejemplo, José Luis Aranguren, G. Bueno, J. R. Capella, Julio Caro Baroja, Elías Díaz, Pedro Laín Entralgo, L. Legaz-Lacambra, Julián María, G. Peces-Barba, J. Ruiz-Giménez, Javier Zubiri, para no citar a los filósofos jóvenes y a los maestros también de nuestra Teología y de nuestra Política), sin estudiar antes seriamente la actual crisis de las instituciones familiares (Cfr. Libro II, Título VI), las innovaciones del urbanismo (Cfr. Libro II, Título VIII, Cap. X) y sus incidencias en el comportamiento personal, la nueva criminalidad violenta supranacional (Cfr. Libro II, Título XII, Cap. 8), el sentimiento de inseguridad ciudadana, etc.

4.º *El fondo.* Lógicamente, la carencia de técnica y de metodología elementales ha abocado a unos resultados criticables. La lectura del articulado del Proyecto muestra que no se ha acudido a las fuentes indispensables, tanto en el devenir histórico español de nuestra Política criminal como en el panorama comparatista de las ciencias y las artes relacionadas con la criminalidad y los controles sociales.

Nuestros maestros de ayer, nuestras grandes escuelas de tradición hispana no aparecen ni subyacen en el Proyecto. Tampoco se tienen suficientemente en cuenta las aportaciones de las ciencias teóricas y empíricas contemporáneas de otros países (dada la intensificación de las relaciones mundiales de hoy) resultan necesarias para elaborar una normativa penal en el último tercio del siglo veinte.

Pueden ponerse ejemplos muy concretos de doctrinas, escuelas y congresos internacionales cuya influencia se echa de menos en este Proyecto gubernamental. La Política criminal, la Criminología, la Victimología, la Praxis evaluada y evaluativa en la investigación supranacional exigen su lugar en el futuro Código penal.

Hay que tomar más en consideración las nuevas formas de criminalidad, las transformaciones radicales de los valores individuales y sociales, la desigualdad económica intra y supranacional, la crisis industrial y postindustrial con los problemas del paro multitudinario (Cfr. Libro II, Tít. VIII, cap. V), la crisis y la saturación del aparato judicial (Cfr. Libro II, Tít. XI), las incidencias de las autonomías reconocidas en la Constitución de 1978 (arts. 137 ss.)...

La protección y el desarrollo de la pequeña y mediana empresa (en sí y frente a las empresas multinacionales) no han sido suficientemente tenidos en cuenta.

El contenido del Proyecto no alcanza el nivel exigible a un Código penal *español*, y a un Código penal *nuevo*. En su mayor parte podía haberse escrito fuera de aquí y en tiempos pasados.

4. URGE NOMBRAR COMISIONES INTERDISCIPLINARES QUE ELABOREN UN ANTEPROYECTO RADICALMENTE NUEVO

Algunos piensan que no conviene devolver el Proyecto al Gobierno por razones de utilidad (*utilitatis causa*). Por temor a que un Código penal digno e innovador encuentre dificultades interminables en su preparación y en su aprobación. La tesis de la utilidad, en temas tan relacionados con la dignidad de la persona, resulta a veces inútil y perjudicial. Ante tales peligros, todos los ciudadanos—y especialmente los profesionales de la cultura—estamos obligados a dar la señal de alarma.

Si, a pesar de tantas deficiencias, este Proyecto de Ley Orgánica llegase a discutirse y a aprobarse (con reformas más o menos superficiales), debería declararse formal y solemnemente su provisionalidad. Y debería establecerse, simultáneamente, el plan científico multi e interdisciplinar para la elaboración urgente, pero no precipitada, seria y responsable, de un Código penal distinto, menos extenso, menos casuista, menos represivo, más creador, más atento a la antropología dinámica y a la sociología del lenguaje.

Quienes preparen el nuevo Anteproyecto han de tener en consideración de qué manera se ha trabajado en otros países, por ejemplo en dos tan próximos a nosotros como Francia (Cfr. *Commission de Revision du Code penal, Avant-Projet definitif de Code pénal*, Ministère de la Justice, Paris, La Documentation Française, 1978; Alain Peyrefite, *Reponses à la violence*, Paris, Presses Pocket, 1977) y la República Federal de Alemania (Cfr. *Materialien y Niederschriften über die Sitzungen...*) (7), con sus Comisiones variopintas, con sus discusiones y ruedas de prensa, con sus discrepancias en la radio, en la televisión, en las revistas, en la Universidad, en la Magistratura...

En este sector no conviene seguir inventando a lo «Robinson Crusoe» o a lo Napoleón, ni sólo con libros, porque los resultados no llegarán al mínimo exigido por nuestros conciudadanos a los cuales estamos obligados a preparar un Código penal con otro contenido, con

(7) Aunque en tono menor, también interesa el Informe de la Comisión para la revisión del Código penal belga sobre las principales orientaciones de la reforma, publicado por el Ministerio de Justicia, Ministère de la Justice, *Commission pour la Révision du Code Pénal. Rapport sur les principales orientations de la réforme*, Bruxelles, junio, 1979.

otra metodología y con otra técnica, mediante los oportunos grupos de trabajo que deberán disponer de los instrumentos indispensables para llevar a cabo las investigaciones previas necesarias, a que antes se ha hecho referencia.

El actual Proyecto muestra fallas notables en nuestras estructuras político-administrativas, en nuestra cultura, en nuestra Universidad y en nuestro sistema de justicia. Entre otras, la ausencia de medios para la investigación. Las pruebas de esta falla pueden encontrarse a la vuelta de cualquier esquina. Dos ejemplos. Faltan, si no estoy mal informado, instituciones que lleven a cabo investigaciones tal útiles como las realizadas en Francia por el *Service d'Etudes Penales et Criminologiques*, *Direction des Affaires Criminelles et des Graces*, del Ministerio de Justicia (8). El otro ejemplo es más cercano: el Departamento de Derecho penal de la Facultad de Derecho de San Sebastián y el Instituto Vasco de Criminología de la Universidad del País Vasco han pedido a varios Ministerios módicas subvenciones para estudiar la criminalidad y sus respuestas (controles sociales, sentimiento de seguridad, etc.) en Guipúzcoa. Sólo se ha recibido contestación afirmativa del Ministerio de Universidades e Investigación. Se pedían ayudas económicas para llevar a cabo varios trabajos interdisciplinares (aunque más profundos y amplios) al que se realizó el año 1974 respecto a los problemas de la drogadicción, uno de cuyos frutos se encuentra recogido en el libro editado en Bilbao, con el título *Las drogas* (9).

Urge que los varios Ministerios relacionados con el complejo sistema de la Política criminal dispongan de presupuestos suficientes y los distribuyan con seriedad, sin miedo a futuribles críticas científicas.

Las anteriores consideraciones no pretenden acusar a nadie. Sólo desean llamar la atención a todos de lagunas que quizá a ninguna persona concreta deban reprocharse aunque están ahí, perjudican a todos y deben subsanarse lo antes posible. Sólo desean, a la luz de A. Machado, aumentar en España y en el mundo el humano tesoro de conciencia vigilante.

Si alguien pudiera considerarse afectado por lo aquí expuesto, comprenda que estas líneas —quizá en algún punto exageradas— han surgido sólo por el deseo de una crítica constructiva, imprescindible en campos tan difíciles y tan necesitados de la mano y de la comprensión de todos. Tan necesitadas de la interpretación restrictiva (en el previo período de la elaboración) para evitar futura Jurisprudencia represiva en el tiempo subsiguiente de la aplicación.

En resumen, quienes han colaborado en la formulación del Anteproyecto de 1979 han prestado un servicio a la comunidad nacional, y han dado un paso necesario, aunque no debía ser el primero, ni el único. Al constatar que se han omitido algunas «acciones» imprescin-

(8) No parece comparable la actividad del Centro de Investigaciones Sociológicas (Programa de Investigaciones Criminológicas) de Madrid.

(9) E. BASELGA, A. BERISTAIN y otros, *Las drogas*, Bilbao, Ed. Mensajero, 1974, 200 págs.

dibles, se constata que el Anteproyecto es una víctima de tales y cuales estructuras que urge subsanar de raíz. Mientras tanto, sigamos con el Código penal actual modificado parcialmente en sus defectos más notables (primeramente en su excesiva duración de las sanciones privativas de libertad, y aplicado con una interpretación progresiva, que puede llegar muy adelante incluso en el sector de la delincuencia socio-económica, si se aplican inteligentemente los actuales artículos correspondientes a las estafas, falsedades y otras figuras.

Y para terminar, *si parvat licet componere magnis* —como canta Virgilio— si es lícito comparar lo minúsculo con lo gigante, conviene que el lector aplique a estas notas (quizá necesitadas de más largo comentario) lo que Lardizábal decía de su excelente *Discurso sobre las penas*: «Conozco la cortedad de mis talentos y toda la dificultad del asunto que he emprendido. Estoy muy distante de creer que he acertado a tratarle con la dignidad y perfección que merece. Sé también que no faltan en la nación Magistrados sabios, Profesores y Letrados instruidos, capaces por su erudición y talento, no sólo de corregir los yerros y defectos en que yo habré incurrido, y de suplir todo lo que falta a este Discurso, que sujeto gustosamente a su censura, sino también de hacer efectiva con las luces que puede suministrarles su experiencia, su prudencia y sabiduría una reforma de nuestras leyes completa y digna del siglo en que vivimos».

Espero y deseo que mis consideraciones críticas, expuestas con cortedad y con menos dignidad y perfección de lo deseable, puedan servir algo para que otras personas, más capaces por su erudición, talento y experiencia, puedan lograr una renovación de nuestro Código penal completa y digna del mañana.

El secreto profesional en el proyecto de Código penal*

MIGUEL BAJO FERNANDEZ

SUMARIO: I. Delimitación del tema.—II. Sentido del precepto como criterio delimitador del concepto de profesional: 1. Motivación político-criminal del precepto. 2. Bien jurídico protegido.—III. Concepto de profesión.

I. *Delimitación del tema.*

El Código penal vigente no castiga la revelación del secreto profesional como delito específico. La revelación que el profesional realice de los secretos de su cliente, sólo resulta punible en los supuestos de prevaricación de abogado o procurador de los artículos 360 y 361 o si la conducta fuese cometida mediante alguna de las modalidades descritas en el artículo 497 (apoderamiento de papeles o cartas) (1). Dado que el profesional no puede ser considerado «administrador, dependiente o criado» de su cliente, como exige el artículo 498 para ser sujeto activo de la revelación de secretos, hay que reconocer la existencia de una laguna en nuestro Código penal vigente, laguna que ha sido denunciada por la doctrina en lo que respecta, principalmente, al secreto médico (2).

* Este trabajo es parte de otro más amplio realizado con ayuda del Fondo para la Investigación Económica y Social de la Confederación Española de Cajas de Ahorros.

(1) El Código penal vigente se refiere expresamente a los siguientes supuestos de secreto: traición en el artículo 122,6; prevaricación de Abogado y Procurador en el artículo 360; violación de secretos por parte del funcionario en los artículos 367 y 368; y las normas generales para particulares de los artículos 497, 498 y 499.

El Proyecto de Código penal de 1980 castiga como traición la revelación de secretos políticos o militares en el artículo 636; como prevaricación la revelación del Abogado o Procurador de los secretos del cliente en el artículo 504; la violación de secretos por parte del funcionario en los artículos 466 a 470; y la revelación de secretos por parte de los particulares en los artículos 196 a 199.

(2) Vid. DÍAZ PALOS, *El secreto médico*, en *Revista internacional de Derecho comparado*, 1958; DEL TORO MARZAL, *Estudio penal sobre el secreto médico*, en ANUARIO DE DERECHO PENAL, 1961; ALAMILLO, *El secreto médico profesional*, en ANUARIO DE DERECHO PENAL, 1950.

Hay que tener en cuenta que el castigo de la revelación del secreto profesional es común en el Derecho continental europeo (3).

Esta laguna se padece en nuestra legislación penal desde que, inexplicablemente, el Código penal de 1870 excluyera de su ámbito el delito de revelación de secretos profesionales que, sin embargo, se recogía en los Códigos de 1822 y 1848 (4).

El Proyecto de Ley de Código penal de 1980 recoge la tradición truncada en 1870 creando el delito de revelación de secretos por parte del profesional en el último párrafo del artículo 196 cuyo tenor es el siguiente: «El profesional que revelare los secretos de su cliente, de los que tuviere conocimiento por razón de su profesión u oficio, será castigado con la pena de suspensión de dicha profesión u oficio por tiempo de dos a cuatro años».

No peco de agorero si afirmo que este precepto va a plantear problemas político-criminales de envergadura sobre los que carecemos de tradición doctrinal y jurisprudencial. Uno de los problemas más complejos es el que se refiere al propio sujeto activo del delito. Determinar qué sujetos quedan sometidos al deber penal de sigilo no es sólo una cuestión de interpretación legal, como lo prueba el hecho de que trascienda a la opinión pública, y se discuta con argumentaciones éticas, sociológicas o deontológicas, si determinados profesionales (por ejemplo, los periodistas) quedan o no sujetos a dicho deber. La labor del investigador es sentar las bases para una adecuada interpretación del futuro precepto y que sirvan para corregir falsos entendimientos como la extendida opinión, sin duda errónea, de que el profesional sometido al deber jurídico penal de secreto recibe, a cambio, ciertas prerrogativas, como quedar dispensado de denunciar o declarar testificalmente ante los Tribunales de Justicia o de revelar ante la Hacienda pública (5).

Este trabajo sólo quiere ser una aproximación al delito de revelación de secretos profesionales cuya bibliografía es copiosísima, tratando de proporcionar un concepto técnico de profesional o de profesión a los exclusivos efectos de este precepto. El contenido

(3) Así en los Códigos penales francés, artículo 378; alemán, artículo 300; italiano, artículo 622; suizo, artículo 321; belga, artículo 458; holandés, artículo 272; etc... No es punible en Inglaterra, Grecia y Noruega, según CHAVANNE, pág. 4, notas 9 y 10.

(4) El artículo 424 del Código penal de 1822 disponía: «Los eclesiásticos, abogados, médicos, cirujanos, boticarios, barberos, comadronas o cualquiera otros, que habiéndoseles confiado un secreto por razón de su oficio, estado, empleo o profesión, lo revelen, fuera de los casos en que la ley lo prescriba, sufrirán un arresto de dos meses a un año y pagarán una multa de treinta a cien duros».

El artículo 276, párrafo segundo del Código penal de 1848 establecía: «En estas mismas penas (s. c. suspensión, arresto mayor y multa de diez a cien duros) incurrirán los que ejerciendo alguna de las profesiones que requieren título, revelaren los secretos que por razón de ella se les hubieren confiado».

(5) Sobre los límites del secreto profesional, referido principalmente al secreto bancario, vid. mi trabajo al respecto en *Papeles de Economía Española*, núm. 4, en prensa.

específico de este trabajo lo constituye, así pues, el concepto de profesión o de profesional, si bien haremos un estudio a fondo del bien jurídico protegido en el precepto como medio interpretativo.

II. Sentido del precepto como criterio delimitador del concepto de profesional.

El artículo 196 del Proyecto de Código penal al recoger el delito de revelación de secretos profesionales se ha separado de sistemas como el alemán que en su artículo 300 limita de alguna forma el número de profesiones a que se refiere el delito, sistema que ya había sido utilizado por el Código penal español de 1822 cuyo artículo 424 se refería a los eclesiásticos, abogados, médicos, cirujanos, boticarios, barberos, comadronas y otros (6). El artículo 196 ha escogido una fórmula totalmente abierta, al estilo del Código penal de 1848 (7), con la diferencia respecto de Códigos europeos de no enumerar profesión alguna a título de ejemplo como la de médico, abogado, etc.

A pesar de que el concepto de profesional tiene una plural trascendencia jurídica (fiscal, administrativa, procesal, penal, etc.), no existe en nuestro Ordenamiento jurídico una deficiencia legal de profesional. «En la legislación española, no sólo en la fiscal, sino también en la administrativa, el término profesional se da por sabido, y únicamente abordando estatuto por estatuto podrían sintetizarse, en un alarde de dedicación y generosidad, las características delimitadoras del término» (8).

Una interpretación gramatical daría una amplitud excesiva al concepto tanto a efectos penales, como fiscales, administrativos o procesales. En efecto, el Diccionario de la Lengua española entiende por profesional la persona «perteneciente a la profesión o magisterio de ciencias y artes», siendo la 2.^a acepción del término «profesión» la de «empleo, facultad u oficio que cada uno tiene y ejerce públicamente». Por otra parte «profesar» es «ejercer una ciencia, arte, oficio, etc.». Atendiendo al Diccionario —se dijo— «tan profesional es un médico como un mecánico fresador o un cantante de ópera» (9).

No cabe la menor duda sobre la necesidad de someter a una restricción esta interpretación gramatical. Conviene advertir que tal restricción ha de tener distinto carácter según tratemos del problema de los impuestos, de la regulación de los Colegios profesionales, del secreto profesional o de la dispensa para declarar como testigos, lo que necesariamente debe conducir a un con-

(6) Vid. texto legal en nota 4.

(7) Vid. texto legal en nota 4.

(8) J. R. DOMÍNGUEZ RODICIO, J. A. ANTÓN PÉREZ, *El concepto fiscal de profesional*, en *Régimen tributario de las rentas de trabajo*, Instituto de Estudios fiscales, 1976, pág. 67.

(9) J. R. DOMÍNGUEZ RODICIO, J. A. ANTÓN PÉREZ, pág. 70. Téngase en cuenta que ambos autores ven la cuestión desde el punto de vista fiscal.

cepto de profesional distinto según se trate del Derecho fiscal, administrativo, penal o procesal.

Por lo que respecta al secreto profesional a efectos penales se ha insistido en la necesidad de limitar el alcance que se dé a esta obligación de sigilo. La extensión de la obligación penal de secreto a toda actividad acaba ridiculizando el secreto profesional y le hace perder por completo su significado.

La restricción ha de hacerse con el criterio que proporciona el sentido del precepto penal de que tratamos: el artículo 196 del Proyecto de Código penal. De ahí que dediquemos las próximas páginas a desentrañar el sentido político-criminal del precepto y conocer el bien jurídico que se trata de proteger para luego enfrentarnos con el concepto de profesional a estos efectos.

1. Motivación político-criminal del precepto

La obligación de guardar secreto impuesto, moral o jurídicamente, a quien realiza ciertas actividades tiene un fundamento variado. El sigilo a que obliga la función sacerdotal se basa en la libertad de conciencia: el del abogado en la necesidad de la defensa, el del médico, en la salud pública, etc.... (10).

Pero el motivo común a todas las profesiones que explica el delito de revelación del secreto profesional se puede concretar en las siguientes consideraciones. De un lado, la defensa de la intimidad como derecho de la personalidad que constituye el bien jurídico protegido en el artículo 196 del proyecto. Dado que en la base de toda relación profesional se produce un depósito de confianza por parte del cliente que da lugar a desvelar aspectos de la vida privada, la obligación de mantener sigilo no es más que la lógica consecuencia de la defensa de la esfera de la intimidad.

En segundo lugar, motivo de esta obligación de discreción penalmente tutelado es la necesidad a que cada uno se ve sometido de recurrir a los servicios profesionales. Esto ocurre, como dice Manzini, cuando el sujeto no puede obtener el servicio por sí mismo por carencia de conocimientos técnicos, peligrosidad del servicio, imposibilidad natural, prohibición jurídica de proveerse por sí mismo, necesidad de someterse a determinados controles, deberes del culto religioso, etc. (11).

En tercer lugar, motiva la obligación de mantener secreto el interés público que, en ciertas profesiones como la del médico, abogado, sacerdote se acentúa por la alta misión moral encomendada que ha hecho apreciar el secreto no ya sólo como una carga,

(10) A. CHAVANNE, *La violation du secret professionnel*, voz de *Juris-Classeur pénal*, 6, 1957, pág. 4, ap. 16.

(11) V. MANZINI, *Treatato di diritto penale italiano*, 4.^a ed., por Nuvo-lone-Pisapia, VIII, *Delitti contro le persone*, Torino, 1964, pág. 957.

sino como un verdadero título de nobleza que explica la reivindicación del secreto por los profesionales más variados como vanagloria y autoestima (12). En este sentido cita Chavanne (13) la pretensión de los veterinarios de someterse al secreto profesional y rehusar la obligación de testificar en juicios. Por lo que respecta al secreto bancario se habla de «el interés de un correcto funcionamiento del sistema bancario, presupuesto elemental y condicionante de la organización económica» (14). Este interés público suele hacerse patente en las reglamentaciones oficiales de la profesión.

En cuarto lugar, y por último, hay que citar como motivo de la obligación jurídica de sigilo el interés del propio profesional en mantener la confianza del cliente en el sentido de que su secreto no va a ser revelado. No hay que olvidar que si en la práctica los profesionales no revelan los secretos de su cliente, no lo es tanto por el efecto intimidatorio de la pena como por el interés de conservar la confianza del cliente. Prueba de ello es que en nuestro país no es punible la revelación de secreto profesional o, al menos, no lo es mientras no se apruebe el Proyecto de Código penal, y, pese a ello, no podrá decirse que el médico o el abogado se comportan de forma distinta a como lo hacen en otros países donde rige el delito de revelación de secreto profesional.

2. Bien jurídico protegido

1. El secreto cobra relevancia jurídico penal en la medida en que su descubrimiento afecta a un interés que el Derecho protege. Este interés puede ser la seguridad del Estado, intereses públicos de la Administración, intereses comerciales o industriales, o la esfera de intimidad del sujeto. El delito de revelación de secretos profesionales recogido en el último párrafo del artículo 196 del Proyecto de Código penal protege la esfera de intimidad personal. Por esfera íntima ha de entenderse ese *ámbito personal donde cada uno, preservado del mundo exterior, encuentra las posibilidades de desarrollo y fomento de su personalidad* (15). Se trata de un ámbito personal reservado a la curiosidad pública, absolutamente necesario para el desarrollo humano y donde enraiza la personalidad. Una mayor concreción de esta zona personal no es posible. «Los límites de esta reserva se fijan

(12) F. WAREMBOURG-AUQUE, *Réflexions sur le secret professionnel*, en *Revue de Science criminelle et de droit pénal comparé*, 1978, pág. 238.

(13) CHAVANNE, cit., pág. 8, ap. 62.

(14) R. JIMÉNEZ DE PARGA, *El secreto bancario en el Derecho español*, en *Revista de Derecho mercantil*, número 113, 1969, pág. 403.

(15) En sentido similar, *Entwurf eines Strafgesetzbuches mit Begründung* (Bonn, 1962), pág. 236.

por la apreciación social» (16) que tendrá que tener en cuenta el juez a la hora de aplicar la norma.

Particular importancia tiene, a efectos de admitir ciertas profesiones como la de banquero, determinar si la intimidad como bien jurídico protegido incluye también los aspectos económicos. Ciertamente, el secreto bancario trasciende de lo puramente económico para entrar en aspectos altamente personales del cliente, pero qué duda cabe que los aspectos económicos del cliente cobran especial importancia en el secreto bancario. Pues bien, la doctrina no encuentra reparo alguno en incluir estos aspectos patrimoniales como parte de la esfera de intimidad personal. Así, nuestros comentaristas decimonónicos escribían que «descubrir los secretos de uno es amenguar su individualidad, es atentar contra su honor, contra su *propiedad*» (17) o, refiriéndose al actual artículo 498 del Código penal vigente, que «los secretos de que se trata con todos aquellos que pueden perjudicar el buen nombre y la *fortuna* del principal» (18). Habida cuenta de la confusión que en aquella época existía entre «secreto» e «intimidad», parece que la doctrina incluía en la esfera de intimidad también los aspectos patrimoniales o económicos del individuo.

Pero, incluso en la actualidad, la doctrina mantiene esta misma tesis. Batlle, por ejemplo, entiende que «debido a los cambios de la estructura económica, se ha producido una *personalización del patrimonio*» (19). Y Cazorla Prieto, que parece mantener una postura antiliberal, al menos, en el tema de secreto bancario, sostiene que «el secreto bancario deja de teñirse ya exclusivamente de interés cercano al beneficio bancario, para emparentarse así con la defensa de lo íntimo, aunque sea económico, del ciudadano» (20). Sin embargo, hay que reconocer que la moderna doctrina italiana no incluye este aspecto patrimonial en el derecho a la intimidad (*riservatezza*) que garantiza la Constitución italiana (21), al igual que lo hace el artículo 18 de nuestra Constitución.

El *motivo* por el que el legislador convierte en bien jurídico la esfera de intimidad es doble. De un lado, porque el reconocimiento de un ámbito personal libre e ingerencias extrañas donde encuentra sus raíces la personalidad, protegido frente a la

(16) LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil*, I, Barcelona 1974, página 116.

(17) VIZMANOS-ALVAREZ, *Comentarios al Código penal*, II, Madrid, 1848, página 452.

(18) VIADA, *Código penal reformado de 1870*, Madrid, 1890, pág. 337.

(19) G. BATLLE, *El secreto de los libros de contabilidad y el secreto bancario. Dos manifestaciones del derecho a la intimidad privada*, separata de *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, julio, 1975, pág. 33.

(20) CAZORLA PRIETO, *El secreto bancario*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1978, pág. 90.

(21) Cfr. MAZZACUVA, *L'obbligo al segreto bancario e la sua rilevanza in sede penale, en Banca, Borsa e Titoli di credito*, 1975, pág. 151.

comunidad y el Estado, es esencial a una democracia libre (22) y es una de las necesidades más vitales de la libertad individual (S. 8 marzo 1974). De otro lado, porque es un modo de proteger, de manera mediata o indirecta, otros intereses entre los que se suele enumerar el honor, la fama y la propiedad (23).

Ahora bien, ello no quiere decir que la lesión del bien jurídico en los preceptos que nos ocupan, dependa de la real lesión del honor, la concepción pública o la propiedad del sujeto. Observa en este sentido Binding que se trata de delitos de lesión (para él lesión de la voluntad, para nosotros lesión de la esfera de intimidad) con una suma alternativa de posibles resultados (24). Hay lesión del bien jurídico en cuanto la intimidad resulta afectada por la amplitud de conocimiento a otras personas; publicidad de la intimidad que puede frustrar esperanzas, deseos o proyectos (25).

El derecho a la intimidad personal y familiar se recoge como derecho fundamental en el artículo 18 de la Constitución, al lado de los derechos al honor y la propia imagen. Este derecho a la intimidad se protege a través de diversas normas jurídicas. Este es el sentido del carácter secreto que se otorga a los protocolos notariales por el artículo 174 del Reglamento notarial de 2 de junio 1944 y artículos 18 y 32 de la Ley de Notariado de 28 mayo 1962; o el carácter de secreto que la Orden de 17 enero 1951 otorga a los datos de agencias de investigación. En el Código penal vigente la esfera de intimidad queda protegida en el número 2 del artículo 566 referido a «los hechos relativos a la vida privada que, sin ser injuriosos, pueden producir perjuicios, o graves disgustos, en la familia a que la noticia se refiera». En la misma línea el derogado artículo 2 de la Ley de Prensa e Imprenta limita la libertad de expresión a la salvaguarda de la intimidad personal o familiar, o el artículo 192 del Código penal vigente que protege la inviolabilidad de la correspondencia. La defensa de la intimidad a través del castigo de los comportamientos consistentes en descubrir los secretos de otro, se recoge en los artículos 497 y 498 del Código penal vigente y en los artículos 196 y 197 del Proyecto de Código penal.

La intimidad se protege, pues, también castigando las revelaciones de secretos. Pero, tanto el Código penal vigente como el Proyecto responden al carácter fragmentario del Derecho penal, ya que no se castiga toda revelación de secretos sino sólo aque-

(22) *Entwurf* 1962, pág. 326.

(23) En ello insisten varios autores. Por ejemplo, G. SCHMIDT, *Zur Problematik des Indiscretionsdelikt*, en *ZStW*, 79, entiende que los delitos protectores del secreto, sobre todo en el Proyecto alemán de 1962 se explican, en parte, por la insuficiente defensa del honor en el delito de injurias sobre todo en Derecho alemán en virtud de la amplitud de efectos concedida a la prueba de la verdad.

(24) BINDING, *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts. Besonderer Teil, I*, (Reimpresión de la 2.ª ed., Leipzig, 1902), 1969, pág. 127.

(25) G. SCHMIDT, cit., pág. 772.

llas que revistan una singular importancia por su disvalor de acción: en el artículo 497 del Código penal vigente y en el primer párrafo del artículo 196 del Proyecto se destaca el apoderamiento de papeles o cartas, y en el artículo 498 del Código vigente y en el artículo 197 del Proyecto, la violación del deber de lealtad.

Las lagunas que, en este sentido, se habían detectado en el Código vigente, son subsanadas en el Proyecto al añadir, como modalidades de comportamiento relevante, el uso de instrumentos o artificios técnicos de escucha o grabación del sonido o de la imagen, y el incumplimiento de la relación de confianza entre el profesional y su cliente.

2. Algún autor ha entendido que el objeto que persigue la norma que castiga la revelación de los secretos profesionales, no atiende exclusivamente al interés del cliente (de su intimidad, diríamos nosotros), sino también al interés de la propia profesión asegurando el funcionamiento de ciertas profesiones necesarias para la vida social (26).

Conviene advertir, sin embargo, que esta observación no convierte el interés de la propia profesión en bien jurídico protegido en el delito de revelación de secretos profesionales. Es necesario tener en cuenta que una cosa es el bien jurídico y otra los motivos por los que la norma castiga un determinado comportamiento. Ya hemos puesto de relieve más arriba que uno de los motivos de la protección penal es el interés social en preservar la alta misión moral de ciertas profesiones y, por tanto, la confianza que el público tiene en el cumplimiento de sus deberes de sigilo y discreción. Pero esto no permite convertir tal interés social en bien jurídico protegido.

Un sector de la doctrina francesa llega al extremo de no hacer referencia a la intimidad como fin de la norma penal que castiga la revelación de secretos profesionales, restando la garantía del deber profesional como único fin del precepto. En este sentido, dice Garçon que «el artículo 378 tiene como fin, más que proteger la confidencia de un particular, garantizar un deber profesional indispensable a todos. Este secreto es, pues, *absoluto* y de *orden público*» (27). Las razones que se esgrimen son, precisamente, las satisfactorias consecuencias a que conduce este entendimiento. En efecto, se dice que, como consecuencia, el titular del secreto no puede renunciar y el confidente no queda relevado de la obligación de sigilo por voluntad de la persona que le ha confiado el secreto. Por otra parte, habiendo un interés público no puede distinguirse, en cuanto a la obligación de sigilo, entre secretos confiados y secretos conocidos por el profesional en su actividad (28).

(26) Cfr. CHAVANNE, cit., pág. 8, ap. 54 y pág. 9, ap. 64.

(27) GARÇON, *Code pénal annoté*, nueva edición por Rousselet-Patin-Ancel, II, París, 1956, pág. 517, ap. 7. Subrayado del autor.

(28) GARÇON, cit., pág. 517, ap. 8.

A mi juicio, la primera consecuencia conforme a la cual se niega al titular del secreto la posibilidad de eliminar la obligación de sigilo por propia voluntad contradice el sentido y finalidad del precepto. No se puede olvidar que la revelación de secretos profesionales es un delito ubicado entre los que atentan contra la libertad individual y, entre estos, son muy escasos aquellos en los que el consentimiento del sujeto pasivo no opera como causa de atipicidad o de justificación. Del Código penal vigente sólo podríamos excluir los delitos contra la libertad y seguridad en el trabajo. Pues bien, creo que el interés público que ostenta el llamado delito social no se puede comparar con el interés público en garantizar ciertos deberes profesionales. Que el trabajador no pueda renunciar a ciertos derechos reconocidos en las leyes laborales obedece a la necesidad de proteger a los trabajadores como parte más débil en la contratación laboral (29). Pero que el cliente no pueda renunciar a mantener sigilo respecto de los secretos confiados a su abogado, médico, confesor, etc..., carece de sentido porque si el profesional no revela el secreto lo puede hacer el propio cliente.

Probablemente, haya producido cierta confusión el hecho de que resulta discutido si el consentimiento del cliente convierte o no el derecho de ciertos profesionales a no testificar en juicio en deber de hacerlo. Esta es una cuestión controvertida (30) que no queda en absoluto condicionada por el hecho, a mi juicio indiscutible, de la relevancia del consentimiento.

En definitiva, el sentido del precepto es el de otorgar relevancia a la voluntad del cliente en el sentido de liberar al profesional de la obligación de sigilo. Este sentido obliga, entonces, a excluir de la consideración de bien jurídico el interés público en garantizar el cumplimiento de los deberes profesionales.

Por otra parte, se dice que sólo considerando este interés público objeto de protección de la norma penal, puede extenderse la obligación de sigilo a los secretos no confiados por el cliente, sino conocidos por el profesional en el ejercicio de su actividad propia. En efecto, el deber de sigilo abarca aquellos secretos que son desconocidos por el titular, pero esta consecuencia puede obtenerse del mismo modo considerando como bien jurídico protegido la intimidad personal.

3. A mi juicio, en los artículos 497 y 498 del Código penal vigente, igual que en los artículos 196 y 197 del Proyecto, se protege la intimidad personal (31). No lo entiende así la doctrina que de

(29) Cfr. M. BAJO FERNÁNDEZ, *Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial*, Madrid, 1978, págs. 517 y ss.

(30) Sobre ello me pronuncio en el trabajo sobre límites del secreto bancario en *Papeles de Economía Española*, 4, en prensa.

(31) En este sentido la S. 8 marzo 1974 al advertir que el artículo 497, al igual que los artículos 192, 360 y 368 («sin perjuicio de que, indirectamente, la idea del respeto al secreto público o privado y a la necesidad de guardar sigilo se halle presente en otros preceptos de dicho cuerpo legal, tales como

modo mayoritario concreta el bien jurídico en la voluntad de que no sea conocido el secreto (32).

En contra de este entendimiento se ha dicho, no sin razón, que se estaría protegiendo el mero capricho del titular del secreto y se llegaría a imponer una pena inútil e injusta castigando al descubridor del secreto por el mero hecho de ser indiscreto. De otro lado, quedarían desprotegidos los secretos ignorados por su titular, como es el caso de una enfermedad deshonorable conocida únicamente por el médico. Por último, no explicaría la protección del secreto más allá de la muerte de su titular (33).

Ciertamente los preceptos que comentamos se encuentran bajo el título de delitos contra la libertad, pero sería una excesiva simplificación decir que el objeto de protección es la libertad de voluntad. Vuelve aquí a renacer el conocido equívoco entre el interés protegido y la voluntad de conservar tal interés. El hecho de que el consentimiento del sujeto pasivo destipifique el hecho o excluya la antijuridicidad no obliga a entender como bien jurídico protegido la voluntad. También en el hurto, la estafa o la violación, la conducta queda desplazada del ámbito penal si media consentimiento del sujeto pasivo y no por ello se considera objeto de protección la libertad de voluntad. La Ley no castiga el hecho porque así lo desee el sujeto pasivo, sino porque hay unos valores (la honestidad, la propiedad, el patrimonio como valor económico) dignos de protección que, por añadidura, el

el número 6 del artículo 122, número 3 del artículo 135, 364, 365, 366 y 367») es «manifestación directa de punitiva protección» del «derecho a la intimidad personal, es decir, el derecho a mantener intacta, desconocida, incontaminada e inviolada la zona íntima, familiar o recoleta del hombre»; y ello es «según la terminología que se prefiera, un derecho de la personalidad, un derecho innato, un derecho individual o un derecho humano, reconocido universalmente».

(32) Por supuesto, esta doctrina va referida a los artículos 497 y 498 del Código penal vigente, pero por coherencia podría mantenerse frente al artículo 196 del Proyecto. Así, J. M. RODRÍGUEZ DEVESA, *Parte especial*, Madrid, 1977, pág. 295; A. QUINTANO, *Tratado*, I, pág. 861, se refiere a la «libertad de cada persona para mantener en sigilo determinados sectores de sus actividades cuyo ajeno conocimiento no se desea y se trata de ocultar». En idéntico sentido G. LANDROVE, *Descubrimiento y revelación de secretos*, en *III Jornadas*, Santiago de Compostela, 1976, pág. 188. MUÑOZ CONDE, pág. 142, considera objeto de protección «la voluntad de una persona que no sean conocidos determinados hechos que sólo son conocidos por él o por un círculo reducido de otras personas, es decir, que pueden ser calificados de secretos». Aunque toda esta doctrina está referida, repito, no al secreto profesional inexistente en nuestro Código penal vigente, sino a los artículos 497 y 498 del Código vigente, también se ha mantenido la misma tesis frente al secreto profesional en otros países. Así, MANZINI, 1951, refiriéndose al artículo 622 Código penal italiano sobre secreto profesional, entiende como bien jurídico protegido la libertad individual (pág. 956) «en cuanto se atiene a la conservación de una condición indispensable para la libertad y para la seguridad de las relaciones profesionales, es decir, en la confianza en el secreto del profesional en todo lo que concierne a la esfera íntima de la personalidad individual» (pág. 958).

(33) Cfr. MAURACH, *Deutsches Strafrecht*. B. T., 5.ª ed., Karlsruhe, 1971, página 170.

sujeto pasivo *quiere* también conservar. Esos valores son en nuestro caso, la esfera de intimidad de la persona.

4. En la bibliografía sobre el tema jurídico del secreto existe una cierta confusión terminológica porque se habla, sin una distinción medianamente aceptable, de *esfera privada*, *esfera íntima* y *esfera de secreto*. A mi entender, es incorrecto referirse aquí a esfera de secreto como concepto homogéneo a los otros dos o incluso como vinculado por una relación de especie a género. Para algunos, por ejemplo, la esfera íntima es un concepto general que incluye, entre otros conceptos específicos, la esfera de secreto (34). Se olvida, sin embargo que el secreto puede ir referido tanto a realidades propias de la esfera de intimidad como a intereses industriales, políticos, militares, etc.... Y también se olvida que la intimidad puede ser lesionada tanto con el descubrimiento de secretos como a través de injurias, escucha de conversaciones, etc...

Debe de quedar claro que el secreto no constituye el bien jurídico protegido en ningún precepto penal. Lo que se protege son los intereses políticos, militares, industriales, administrativos o lo que se llama «intimidad personal», contra comportamientos diversos, entre los que se incluyen ciertos descubrimientos de secretos.

El Proyecto, aunque conserva ciertos equívocos al tratar como expresiones homogéneas «secreto» e «intimidad» (35), parece distinguir con bastante claridad aquella intimidad que se protege contra comportamientos reveladores de secretos (artículos 196 y 197) y otra esfera de intimidad que se protege frente a comportamientos ajenos al descubrimiento de secretos (artículos 198 y 199; grabación o escucha de conversaciones privadas y grabación, mediante uso de la informática, de datos relativos al honor o a la intimidad personal o familiar).

Esta diferenciación en dos partes que realiza el Proyecto coincide, en cierto modo, con la distinción que hace G. Schmidt entre esfera íntima y esfera privada. La esfera íntima se refiere a aquel sector del hombre perteneciente a su ámbito interno al que no tiene acceso el mundo y sobre el que puede disponer sin ser molestado. La esfera privada, por el contrario, es concepto más amplio refiriéndose al sector de la vida que se manifiesta y es accesible a cualquiera (número de hijos, estudios, viajes, actividades, etc...) (36). La esfera íntima se protege en los artículos 196 y 197 del Proyecto a través del castigo de ciertos comportamientos de descubrimientos de secretos. La esfera privada, donde hay que incluir ese ámbito personal no siempre sometido a secreto, se protege más adecuadamente a través de los artículos 198 y 199.

(34) Así MAURACH, cit., pág. 169.

(35) El artículo 196 del Proyecto comienza: «El que, para descubrir los secretos o la intimidad de otro...».

(36) G. SCHMIDT, cit., págs. 770 y 779-780.

En todo caso, el objeto de protección en el delito de revelación de secretos profesionales, se llame esfera íntima o esfera privada, es ese ámbito personal donde cada uno, preservado del mundo exterior, encuentra las posibilidades de desarrollo y fomento de su personalidad.

III. CONCEPTO DE PROFESION

1. A mi juicio debe de entenderse por profesional a efectos del artículo 196 del Proyecto «toda persona que ejerce públicamente un empleo, facultad u oficio cuyos servicios se requieren por razones de necesidad y que, por su interés público, están jurídicamente reglamentados». De ahí se derivan los siguientes requisitos:

- 1) Ejercicio de un empleo, facultad o oficio.
- 2) Ejercicio público jurídicamente reglamentado (investidura pública).
- 3) Necesidad de requerir tales servicios (confidente necesario).

Estos tres requisitos son los que, de una u otra forma, viene exigiendo la doctrina continental europea. Hoy se ha abandonado ya la antigua pretensión de requerir, para hablar de secreto profesional, la dispensa expresa de testificar en juicio (37).

2. Intentaremos explicar, a continuación, cómo hemos llegado a esta definición.

A) El próximo género, en terminología escolástica, a que corresponde el objeto definido es el ejercicio público de un empleo, facultad u oficio. Hemos tenido que acudir por ello al concepto de profesión que nos da el Diccionario, como punto de partida, por carecer de un concepto jurídico.

El artículo 378 del Código penal francés se refiere a las personas depositarias de los secretos que se les confía por *estado, profesión, funciones temporales o permanentes*. Y el Código penal italiano se refiere a quien tiene noticia por razón de su propio *estado u oficio*, o de la propia *profesión o arte*. En ambos preceptos el secreto profesional se concibe con la misma amplitud a

(37) Hoy se entiende, por el contrario, que hay profesiones que deberían quedar dispensadas de testificar (médico, sacerdote, abogado) y otras no (banquero), estando sujetas todas al deber jurídico penal del secreto. Este antiguo requisito probablemente se explica porque originariamente la Ley no se refería al secreto profesional, siendo la jurisprudencia quien hacía relevante el secreto profesional exclusivamente a efectos de excusar de la obligación de testificar. (Así, en la jurisprudencia francesa anterior a 1810. Vid. GARÇON, 516, nota 2; CHAVANNE, 3, nota 6; GARRAUD, *Traité théorique et pratique du Droit pénal français*, París, 1894, 53). Piénsese que, incluso la excepción se extiende al médico que ha de relevar las enfermedades epidémicas por razones de interés público.

que nos obliga, frente al Proyecto español, la interpretación gramatical. Corresponde a la jurisprudencia determinar el alcance de las expresiones empleo, facultad u oficio teniendo en cuenta, sin embargo, que no todo empleo, facultad u oficio es «profesión» a efectos del artículo 196 del Proyecto, ya que faltan otros requisitos.

B) El ejercicio ha de consistir en una actividad continuada y característica, aunque no necesariamente habitual, principal o exclusiva, dirigida a servicios personales o a prestaciones a favor del cliente (38). Por otra parte, el ejercicio ha de ser público en el sentido de ser de interés general (39) y estar *jurídicamente reglamentado*. Esta exigencia que el Código penal de 1848 la concretaba en la exigencia de «título»; es lo que la doctrina francesa denomina «investidura pública». También se refiere a ello el Código penal alemán cuando, al referirse a otras profesiones sanitarias con carácter general, exige que requieran una formación oficialmente reglamentada (40). La exigencia de reglamentación jurídica o título, es decir, lo que hemos llamado investidura pública, es un requisito formal que responde a una exigencia sustancial: la necesidad de que el sujeto tenga una cierta preparación técnica, preparación que ha de ser probada mediante un procedimiento institucionalizado que permita determinar su competencia (41). Esta investidura pública es, por otra parte, una exigencia que se deriva no sólo del sentido de la protección penal del secreto profesional sino también del propio sentido de la pena prevista en el artículo 196 del Proyecto. En efecto, en este precepto se prevé como pena la de «suspensión de dicha profesión u oficio por tiempo de dos a cuatro años». Pues bien, tal suspensión de profesión no podría aplicarse a aquellas actividades que carecieran del marchamo que otorga la investidura pública, la reglamentación jurídica, de lo que, en consecuencia, se deduce que el precepto está exigiendo tal investidura pública.

Para ser sujeto activo del delito del artículo 196 del Proyecto debemos entender esta investidura pública o reglamentación jurídica de la profesión en el sentido del delito de intrusismo del artículo 572 número 1 del Código penal vigente, es decir, en el sentido de «profesión reglamentada por disposición legal» que requiera habilitación o capacitación oficial. No se requiere título académico o facultativo, sino simplemente permiso o capacitación oficial (42).

(38) MANZINI, cit., pág. 959; ANTOLISEI, *Manuale di Diritto penale. Parte Speciale*, I, 5.ª, ed., Milano, 1966, pág. 178.

(39) CHAVANNE, cit., pág. 9, ap. 64.

(40) Parágrafo 300: «der eine staatlich geregelte Ausbildung erfordert».

(41) Observación de Parsons, citado por DOMÍNGUEZ RODICIO-ANTÓN PÉREZ, pág. 68, que es útil a nuestros efectos aunque haya sido hecha desde la perspectiva fiscal.

(42) Sobre el concepto de profesional a efectos del delito o falta de

Así, pues, quien realiza actos de intrusismo no puede ser sujeto activo del delito del artículo 196 del Proyecto. Esta restricción legal que obliga a excluir de la obligación de discreción a quien ejerce una profesión sin título, probablemente no responde a la interpretación teleológica del precepto ni coincide con exigencias político criminales (43), pero la interpretación gramatical no permite dar al sujeto activo otro alcance. Ahora bien, quien realiza actos de intrusismo podrá quedar incurso en el artículo 321 ó 572 del Código penal vigente, o en los artículos 439 ó 440 del Proyecto. Si este mismo sujeto que realiza actos de intrusismo descubriere los secretos del cliente, podrá apreciarse concurso con algún delito contra el honor (44).

Ahora bien, para ser sujeto activo no sólo se exige sino que además basta la habilitación o capacitación oficial. Quiere decir esto que es sujeto activo el titulado o habilitado aunque no haya realizado la correspondiente inscripción en el respectivo Colegio, Corporación o Asociación oficial (45). Así, es sujeto activo el médico no ejerciente que, por razones de necesidad o urgencia, atiende a un enfermo (46).

Al exigir que la profesión esté jurídicamente reglamentada no se están incluyendo las prestaciones inmoraes simplemente toleradas, aunque sean habituales. En este sentido no es sujeto activo la prostituta aun no clandestina que revela la enfermedad o la degeneración sexual de su cliente (47), aunque cometería, probablemente, un delito contra el honor.

El concepto de profesional, para ser sujeto activo, no incluye al funcionario en ejercicio de su función. El deber de secreto impuesto a los funcionarios, por ejemplo el que impone la Ley de Medidas Urgentes de Reforma Fiscal (art. 42,3) a los funcionarios de Hacienda respecto del secreto bancario, está penalmente protegido en los artículos 367 y 368 del Código penal vigente o en los artículos 466 y siguientes del Proyecto.

C) Para ser sujeto activo del delito, es decir, «profesional», se exige, además de ejercer públicamente una facultad u oficio y de tener una investidura pública a que acabamos de hacer referencia, la condición de confidente necesario (48).

intrusismo, vid. G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *El delito de intrusismo*, separata de la *Revista general de Legislación y Jurisprudencia*, febrero 1969, páginas 16 y ss.

(43) ALAMILLO, cit., pág. 81, entendía que, de crearse un delito de revelación de secreto profesional, debería de incluirse como sujeto activo también a quien realiza actos de intrusismo. Le sigue, con algunas matizaciones, DEL TORO MARZAL, cit., pág. 50.

(44) En el sentido del texto MANZINI, cit., pág. 961, y ANTOLISEI, cit., página 178.

(45) Expresiones del número 2, artículo 572, Código penal vigente.

(46) Cfr. MANZINI, cit., pág. 960, nota 1.

(47) MANZINI, cit., pág. 961.

(48) Téngase en cuenta que las exigencias de investidura pública y confidente necesario son requisitos desarrollados por la doctrina francesa y admitidos, con uno u otro matiz, en el Derecho continental europeo.

La doctrina francesa entiende que en el secreto profesional se trata de proteger algo más que la simple intimidad del titular del secreto: la confianza indispensable al ejercicio de ciertas profesiones como interés público. Consecuencia de ello es la exigencia de un interés público y de un confidente necesario (49). Se parte de la base de que el «confidente *voluntario*» de un secreto sólo asume una obligación moral de mantener sigilo por exigencias de honor. Pero cuando el confidente se convierte en *necesario* para el titular del secreto, el Derecho y también el Derecho penal interviene en interés público (50).

Este mismo entendimiento es sostenido en otros países europeos. Así en Bélgica se exige para hablar de secreto profesional: 1) la existencia de un monopolio legal; 2) una verdadera investidura pública, y 3) «la necesidad de la confidencia para que la profesión considerada pueda ser correctamente ejercida en el marco de la organización social» (51). Posición similar se mantiene en la doctrina luxemburguesa (52) y en el Derecho italiano aunque no con terminología idéntica. En efecto, la doctrina italiana exige como requisitos del secreto profesional la propia necesidad de recurrir a determinados sujetos en favor de los propios intereses (53). Esta necesidad de recurso derivada de los conocimientos técnicos del profesional que no posee el individuo, o de la peligrosidad o de la imposibilidad material o de la imposición de un deber jurídico, convierte la protección del secreto en un interés público (54), porque si «el ordenamiento social actual coloca al individuo en dicha necesidad o cuasi-necesidad», es natural que la voluntad del Estado, es decir, la ley, considere el indicado interés como un interés de todos y de cada uno, colectivo, público (55).

En resumen, la condición de profesional exige, aparte de las características de ejercicio de empleo, facultad u oficio que difiere según los países, que el individuo tenga *necesariamente* que dirigirse a él para obtener satisfacción de sus intereses y, por tanto, le tenga que confiar *necesariamente* secretos; y que quien ejerce tal empleo, facultad u oficio detente una investidura pública en el sentido de que se trate de una profesión oficialmente reconocida

(49) Vid. WAREMBOURG-AUQUE, cit., pág. 241; CHAVANNE, cit., pág. 9, ap. 64; GARRAUD, cit., pág. 55.

(50) GARRAUD, cit., pág. 52-53.

(51) HENRION, *Le secret bancaire en Belgique*, en *Le secret bancaire dans la C.E.E. et en Suisse*, Paris, 1974, pág. 57. Una sentencia del Tribunal Supremo belga de 20 febrero 1905 refería el secreto profesional a las personas investidas de una misión de confianza que por Ley, tradición o costumbre son constituidas depositarias de los secretos que se les confía. Vid. HENRION, *Le secret professionnel du banquier*, 2.^a ed., Bruxelles, 1968, página 20.

(52) SCHMIDT-DONDELINGER, *Le secret bancaire en droit luxembourgeois*, en *Le secret bancaire dans la C.E.E. et en Suisse*, Paris, 1974, pág. 140.

(53) ANTOLISEI, cit., pág. 178.

(54) MANZINI, cit., págs. 957-958.

(55) MANZINI, cit., pág. 958.

y reglamentada de modo que se reconoce su interés público y la misión de confianza encomendada (56).

En todo caso, hay que advertir que la condición de confidente necesario no implica que el profesional esté sólo obligado al sigilo respecto de las confidencias voluntarias y espontáneamente explicitadas por el cliente. También queda obligado al sigilo aunque el secreto sea desconocido por el cliente. Tal es el caso, por ejemplo, de la enfermedad descubierta por el análisis médico, desconocida por el cliente.

(56) Resulta de interés en este sentido observar cómo las distintas definiciones de confidente necesario de la doctrina francesa giran sobre la misma idea expuesta en el texto. Por confidente necesario se entiende aquel profesional con el que el cliente se ve obligado a compartir sus secretos porque la profesión está investida de una misión de confianza. Está muy extendida la concepción de GULPHE, *Le secret professionnel du banquier en Droit français et en Droit comparé*, en *Revue trimestrielle de Droit commercial*, I, 1948, 10: confidente necesario es el profesional «objeto de una investidura de carácter público ejerciendo oficialmente una profesión a la que la Ley, en interés general y de orden público, ha imprimido carácter confidencial y secreto». Algún autor pretende definir el secreto profesional atendiendo más que a la noción de confidente necesario a la de hecho confidencial. En este sentido, WAREMMBOURG. Aunque entienden que la interpretación jurisprudencial de «confidente necesario» hay que considerarla prescrita (periclitada) en cuanto tiende a extenderse (pág. 240 y ss., 244) y debe sustituirse por la idea de que el secreto profesional se impone a toda persona que, por profesión, tiene acceso a informaciones de carácter confidencial (244). El autor ha de definir entonces qué es hecho confidencial y comienza distinguiendo el hecho secreto por voluntad del titular y el hecho secreto por propia naturaleza (244 y ss.), finalizando que es el interés de la persona quien determina la definición del secreto profesional (247-248). El error consiste en creer que el interés sirve para definir el concepto. Sobre esta equivocada posición vid. M. BAJO FERNÁNDEZ, *Derecho penal económico*, cit., págs. 280-281.

Dogmática jurídica-política criminal-criminología como alternativa de futuro^(*)

ALFONSO SERRANO GOMEZ,
Profesor de Derecho penal y Criminología

I

Se dice que el derecho penal está en crisis y sobre todo la dogmática jurídica. Roxin hace referencia a la crisis que ha sufrido últimamente «el pensamiento sistemático en general y la teoría jurídico-penal del delito en particular», mientras que también resulta sintomático el escaso interés que se presta a la teoría final de la acción (1).

La polémica no es nueva (2), pues ya a comienzos de la década de los años treinta algún autor denunciaba la situación. Del Rosal recoge de Antolisei lo siguiente: «La dogmática formalista es un coloso, pero con los pies de arcilla. Esto no es difícil demostrarlo. Su primer defecto consiste en que nace, esto es, que presupone implícitamente, si no explícitamente, que el derecho constituye un sistema de principios orgánico y armonioso: Un todo perfectamente racional. Tal presupuesto, sin embargo, no responde, en modo alguno, a la realidad, porque el derecho es por su naturaleza alógico. En el derecho, en efecto, existe una gran cantidad de elementos irracionales, esto es, de reglas y principios que no es posible reducirlos a una unidad y encuadrarlos en un sistema» (3).

Sin embargo, la dogmática ha evolucionado y el derecho penal sigue en pie, pese a que algunos temieron por su desaparición y ser sustituido por un sistema nuevo, en los momentos en que la

(*) Este trabajo es mi colaboración en el libro-homenaje al eminente profesor don José Antón Oneca, modelo de entrega universitaria.

(1) ROXIN, C., *Política criminal y sistema del Derecho penal*, trad. Muñoz Conde, Barcelona, 1972, pág. 23.

(2) SILIÓ Y CORTÉS, C., en *La crisis del Derecho penal*, Madrid, 1891, escribía: «La escuela clásica estudia el delito como una abstracción... Las doctrinas de la escuela clásica, cubiertas de laureles y coronas, descienden paso a paso hacia su tumba», págs. 9 y 18. César Silió, en su obra, hace un estudio de la polémica que en su época suscitó la lucha entre clásicos y positivistas. Su inclinación positivista le llevó a pensar —equivocadamente— que la escuela clásica sucumbiría ante el auge que tomó la escuela positiva.

(3) Véase, ROSAL FERNÁNDEZ, J., *Política criminal*, Barcelona, 1943, pág. 51..

política criminal comenzó a tener importancia (4). Ya en los años veinte escribía Langle sobre un «derecho penal viejo e inútil», que podría ser remozado por la nueva corriente de la política criminal (5). Poco después, López-Rey se preguntaba si el derecho penal alemán se recuperaría de la crisis sufrida con el nacional-socialismo, mosirándose optimista al respecto, aunque no era partidario de los «viejos formalismos jurídicos de antaño» (6). Rodríguez Devesa dice que «parece que estamos asistiendo al ocaso de los esplendores dogmáticos de la teoría del delito y que el interés de los juristas se siente cada vez más atraído por las consecuencias: la pena y la medida de seguridad» (7).

Parece que la lucha de las escuelas no ha terminado (8), aunque hayan convivido pacíficamente en las diversas direcciones, prevaleciendo el tecnicismo jurídico en la Europa occidental, sobre la corriente positivista. Esperemos que en esta ocasión haya un mayor entendimiento que en épocas pasadas, lo que puede conseguirse a través de la política criminal (9). Sin embargo, la criminología ha evolucionado notablemente, consiguiendo un desarrollo mucho mayor que el derecho penal, que todavía tiene sus bases en buena parte de los principios clásicos. La criminología anglosajona, especialmente la norteamericana, ha contribuido a una nueva valoración social del delito (10) y de la conducta del delin-

(4) Véase, LANGLE, E., *La teoría de la política criminal*, Madrid, 1927, página 102. Dice que uno de los mayores enemigos de Liszt fue el profesor de la Universidad de Munich, Birkmeyer, penalista clásico a ultranza, quien sostenía que las ideas de su colega de Berlín «llevarían a una disolución de todo el Derecho penal».

(5) LANGLE, *Ob. cit.*, pág. 103.

(6) LÓPEZ-REY Y ARROJO, M., *¿Nueva crisis del Derecho penal?*, en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», febrero 1934, tomo 164, número II, págs. 155 y ss.

(7) RODRÍGUEZ DEVESA, Prólogo a la 2.^a ed. de *La doctrina de la acción finalista*, de RODRÍGUEZ MUÑOZ, pág. IX.

(8) GIMBERNAT ORDEIG, en *Estudios de Derecho penal*, Madrid, 1976, páginas 59-60, escribe: «De nuevo estamos asistiendo, por consiguiente, a la venerable polémica —enriquecida ahora por los conocimientos de la nueva sociología y del psicoanálisis (cuyas tesis centrales encuentran una aceptación cada vez más amplia)— entre dirección moderna (o positivista) y la clásica, entre partidarios del libre albedrío y del determinismo, entre los que cultivan la dogmática jurídico-penal y los que quisieran ver al Derecho penal desplazado por la criminología. Que esta polémica se desarrolle precisamente en Alemania, un país donde la dogmática jurídico-penal ha alcanzado un extraordinario grado de desarrollo da qué pensar». Hemos de señalar que entre ambas posturas —libre albedrío o determinismo a ultranza— hay una serie de situaciones intermedias en las que el sujeto tiene problemas con relación a su libertad de obrar en el momento de pasar al acto, condicionadas por su propia personalidad y mundo circundante.

(9) MUÑAGORRI, I., *Sanción penal y política criminal*, Madrid, 1977, página 24, dice que puede haber una conciliación entre criminología, política criminal y ciencia del Derecho penal.

(10) Véase BARATTA, A., *Criminologia e dogmatica penale. Passato e futuro del modello integrato di scienza penalistica*, en la «Questione Criminale», núm. 2, mayo-agosto 1979, págs. 150-151.

cuenta, que han de tener presentes tanto el legislador como el penalista. Las teorías de la desviación ponen ciertos condicionantes biológicos y sociales en el campo del libre albedrío (11). Sin embargo, hay que tener mucho cuidado en no supervalorar la influencia de los fenómenos de anomia y desviación en materia de culpabilidad y otros presupuestos del derecho penal (12). Hoy resulta mucho más fácil conseguir un mayor acercamiento entre derecho penal y criminología que en la época de lucha entre clásicos y positivistas.

Tal vez asitamos en la actualidad a un cambio, más o menos aproximado al que se dio en los momentos de aparición y evolución de las escuelas clásica y positiva, como consecuencia de la evolución política, económica, social y científica, que se refleja en el fenómeno más visible de crisis de autoridad —precisamente por estar también influida por esos cambios y un alarmante incremento de la delincuencia. La historia, por lo menos hasta cierto punto, se repite, aunque estamos seguros que la situación será distinta para la ciencia del derecho penal en sus relaciones con la criminología y otras ciencias sociales.

Parece que la dogmática está anclada, sin posibilidades de evolución. Esto se debe, en buena medida, a que el legislador y parte de algunos teóricos del derecho, piensan, como ya hicieran los clásicos, que el derecho ha llegado a su perfección y servirá para siempre, en una concepción similar a como se recoge en el preámbulo de una ordenanza francesa de 1731 de que «no hay una ley que no encierre un voto de perpetuidad» (13).

Es un hecho cierto que los cambios sociopolíticos de la humanidad son tan rápidos y profundos, que el lento desarrollo y evolución de la ciencia del derecho penal no ha podido seguir, quedando bastante alejada de la realidad en muchos aspectos, y así lo ponen de manifiesto las propias Naciones Unidas (14), puede servir de ejemplo la evolución española de los últimos cuatro años, donde la mayor parte de la legislación penal ha quedado derogada o modificada, sin apenas valoraciones político criminales.

Hay quien piensa que en la situación actual del derecho penal, debido a las fuertes tensiones contrapuestas a que está sometido, da la impresión de que se elige mal el camino de investigación, habiéndose llegado a un límite cerrado más allá del cual no se puede seguir (15). Sin embargo, como después veremos, pensamos que la ciencia del derecho penal tiene todavía muchas posibilidades de evolución.

(11) Véase, EYSENCK, H., *Crime and personality*, Londres, 1970, páginas 50 y ss.

(12) Véase BARATTA, op. cit., págs. 152 y ss.

(13) Véase, NOVOA MONREAL, E., *El derecho como obstáculo al cambio social*, Madrid, 1975, pág. 31.

(14) A/CONF. 56/4, 3.

(15) Véase, NOVOA MONREAL, *Alternativas y trances del Derecho penal de hoy*, en ANUARIO DE DERECHO PENAL, 1978, págs. 521 y ss.

En los últimos años se aprecia un ataque de algunos penalistas contra el derecho penal que ellos llaman burgués, dirigido especialmente a los países democráticos de la Europa occidental y Estados Unidos. Generalmente se trata de autores socialistas, quienes ponen en tela de juicio el principio de culpabilidad, lo que lleva consigo una responsabilidad más benigna —o inexistente— de las clases capitalistas frente a los trabajadores; no protege el derecho penal a los trabajadores frente al empresario, por actividades en el trabajo que menoscaban la integridad física; se hace uso de los códigos penales para establecer claras diferencias entre las clases sociales, siempre en beneficio de las capitalistas, etc. (16).

También la *criminología crítica* en los momentos actuales hace un duro comentario del derecho penal capitalista, precisamente por haberse politizado la criminología, ciencia que debe ser totalmente apolítica —cosa que no es posible en el derecho penal—, lo que no es obstáculo para que ponga al descubierto las más crudas realidades, pero siempre sin ninguna finalidad política. Se trata de una criminología de inspiración marxista, que pretende combatir el derecho penal de la sociedad capitalista a través de movimientos obreros (17), a fin de conseguir una transformación de la sociedad (18).

Sobre la aplicación del derecho penal las propias Naciones Unidas establecen: «Parece que en muchos lugares en el mundo las leyes penales están más bien arbitrariamente escritas y se aplican arbitrariamente, por consiguiente, muchas personas no se sienten en absoluto protegidas, y los miembros de los grupos desfavorecidos están excesivamente representados en los consumidores del sistema de justicia penal, mientras que lo están insuficientemente los funcionarios del sistema» (19). Consideramos que del abuso de la aplicación arbitraria del derecho penal no escapa ningún país del mundo, aunque varía la proporción, siendo más correcta cuando más democráticos y liberales son los regímenes políticos (20). Sin embargo, queremos dejar bien sentado que no ha de confundirse el contenido del derecho penal con su aplicación, ya que en ésta nada tiene que ver el penalista, pues el derecho perfecto puede ser aplicado de forma incorrecta, en beneficio o perjuicio del presunto culpable.

(16) Véase, ZORAVOMÍŠLOV, SCHNEIDER, KÉLINA y RASHKÓVSKAIA, *Derecho penal soviético*. Parte general, trad. N. Mora y J. Guerrero, Bogotá, 1970, págs. 499 y ss.

(17) Véase, BARATTA, A., *Criminología crítica y Derecho penal*, en «Revue Internationale de Droit pénal», 1978, núm. 1, págs. 43 y ss.

(18) Véase, TAYLOR-WALTON-YOUNG, *Criminología crítica*, trad. M. Grab, Madrid, 1977, págs. 15 y ss.

(19) A/CONF. 56/4, 39.

(20) Sobre la influencia de las clases sociales y en especial las políticas en la elaboración del Derecho penal, véase nuestra obra *Fraude Tributario. Delito Fiscal*, Madrid, 1977, pág. 220, y sobre las clases sociales que con mayor frecuencia se les aplica el Derecho penal, SERRANO GÓMEZ-FERNÁNDEZ DOPICO, *El delincuente español*, Madrid, 1978, págs. 95 y ss.

En todo caso, con relación a la dogmática y a sus construcciones basadas en fórmulas abstractas que suelen llevar a resultados de escaso rendimiento práctico (21), cabe recordar la sugerencia de Würtemberger, de que los juristas se ocupen más de la realidad social y olviden su orgulloso aislamiento normativo (22). También Novoa Monreal pone de manifiesto la desconexión entre dogmática y realidad social, así como el estéril exclusivismo de aquélla (23). Nedelmann afirma que las posturas dominantes de la ciencia del derecho penal actual «se aferran a la pura teoría dirigiéndose contra toda ciencia que no esté basada en ella, sino en la experiencia. Rechazan la psicología con la misma decisión con que descuidan la criminología», por lo que es necesario «que la ciencia del derecho penal haga saltar su irracionalidad parcial y se convierta en una ciencia de circunstancias sociales o —si no lo consigue— pierda su influencia en la regulación de la protección de bienes jurídicos a favor de ciencias más ajustadas a la realidad» (24).

II

Tradicionalmente ha venido considerándose la política criminal como crítica y propuesta de reforma de las normas penales. Ya Liszt decía que «la política criminal nos da el criterio para la apreciación del derecho vigente y nos revela cuál es el que debe regir» (25) también Manzini se pronunció por el criterio de crítica y reforma, al considerar que la política criminal debía proponer reformas que deben establecer en el derecho positivo a fin de conseguir mejores resultados en la lucha contra el delito (26). Grispigni, sin olvidar la función del Estado en la prevención y represión del delito, también dice que la política criminal se ocupa de la crítica del derecho vigente y proponer reformas (27). Entre nosotros, Langle, tras sostener que la política criminal aspira a «combatir el delito, inquiriendo sus causas y proponiendo los remedios oportunos», dice que desempeña dos funciones: «es crítica y legislativa»; debe ocuparse de la averiguación de las «causas, de los delitos, medios eficaces para la lucha contra él y reformas legislativas inspiradas en ese sentido práctico» (28). También en la línea de crítica y reforma se han pronunciado Del Rosal (29) y

(21) Véase, ROXIN, *Ob. cit.*, pág. 19.

(22) WÜRTEMBERGER, T., *Persona y Ley Jurídica. Contribución a una futura antropología del Derecho*, Universidad Nacional de Córdoba, Argentina, 1967, pág. 20.

(23) NOVOA MONREAL, *La evolución del Derecho penal en el presente siglo*, Caracas, 1977, pág. 42.

(24) Las manifestaciones de NEDELMANN las tomamos de GIMBERNAT, *Ob. cit.*, pág. 51.

(25) LISZT, *Tratado*, I, pág. 7.

(26) MANZINI, V., *Trattato di diritto penale*, Turin, 1908, I, pág. 26.

(27) GRISPIGNI, *Ob. cit.*, I, pág. 30.

(28) LANGLE, *Ob. cit.*, págs. 7 y 174.

(29) ROSAL FERNÁNDEZ, J., *Política criminal*, Barcelona, 1943, págs. 37 y ss

Jiménez de Asúa (30), así como Antón Oneca (31) y mucho antes Saldaña (32).

De esa línea generalizada de crítica y reforma se han hecho las más diversas interpretaciones, tantas, que prácticamente no hay en los momentos actuales una línea uniforme de lo que deba entenderse por política criminal, pues aunque, en general, se siga manteniendo el criterio tradicional de crítica y reforma de las leyes, las posiciones son muy diversas. Normalmente la política criminal se ha venido haciendo especialmente sobre el derecho positivo, es decir, sobre la parte especial; sin embargo, hoy existe una corriente en favor de no olvidar la parte general, sobre todo en la teoría de los fines de la pena; Roxin se ocupa de los problemas políticocriminales de la teoría general del delito, haciendo un estudio de cada uno de sus elementos (33) (34). Como después veremos, se extiende la política criminal a la prevención general y especial, a la interpretación de la ley por los tribunales, al proceso penal, ejecución de la pena, sistemas penitenciarios, y, en consecuencia, resocialización del delincuente.

Cuello Calón, tras aceptar la definición de Liszt de lo que debe entenderse por política criminal, dice que es un criterio directivo de la reforma penal, que ha de basarse en el estudio del delincuente, la delincuencia, la pena y otras medidas de defensa social contra el delito; las reformas que propone la política criminal son las «necesarias tanto en el terreno de la legislación penal como en el campo penológico» (35). Rodríguez Devesa, para quien la política criminal es una teoría de lo posible, distingue entre la que se ocupa de «los problemas utilitarios que presenta la realidad en la lucha contra el delito, y que pertenece a la criminología», y aquella otra política criminal que se ocupa de buscar las «soluciones legislativas más adecuadas a una determinada situación concreta», siendo inseparable en este sentido del derecho penal (36).

Sáinz Cantero hace referencia a dos concepciones: a) *extensiva*, en cuanto se ocupa de los medios que debe utilizar el Estado para la prevención y represión, y b) *estricta*, que se ocupa de los me-

(30) JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho penal*, I, Buenos Aires, 1964, pág. 175.

(31) ANTÓN ONECA, *Derecho penal, Parte general*, Madrid, 1948, pág. 12.

(32) Saldaña, en adiciones al *Tratado de LISZT*, cit., II, pág. 63, escribe: «De aquí las dos funciones principales de la política criminal: 1.ª crítica de la legislación penal vigente a la luz de los fines del derecho y de la pena y observación de sus resultados; 2.ª proposiciones para la reforma del Derecho penal actual».

(33) ROXIN, *Política criminal...*, cit., págs. 30 y ss.

(34) LANGLE, en *Ob. cit.*, págs. 92 y ss., recoge que el delito y la pena son objeto de la política criminal.

(35) CUELLO CALÓN, *Derecho penal, Parte general*, Barcelona, 1953, páginas 39-40, se mantiene en las ediciones posteriores, incluso en las revisadas por Camargo Hernández.

(36) RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., *Derecho penal, Parte general*, Madrid, 1979, pág. 18.

dios más eficaces que ha de utilizar el Estado para reprimir el delito (37). Para Muñoz Conde «la meta de la crítica del derecho penal es, en última instancia, la de procurar su reforma o cambio» (38). Mig Puig, dice que la política criminal no ha de limitarse a servir a unos valores dados «sino que debe comprometerse en la contemplación valorativa y, por tanto, crítica, de los mismos fundamentos axiológicos del ordenamiento positivo» (39).

Para Hassemer el objeto de la política criminal es «el comportamiento desviado y su función social» (40). Por su parte, Ciéslak dice que la política criminal comprende el «conjunto de medidas estatales y sociales que se proponen con el objetivo de luchar contra la criminalidad en atención a los intereses de la sociedad y los principios fundamentales de los asociados» (41). Maggiore decía que la política criminal es preventiva y represiva; su función preventiva se establece a través de medidas de seguridad de carácter administrativo; la función preventiva es: directa, cuando actúa sobre el delincuente para neutralizar su actividad criminal e indirecta, que opera sobre la sociedad en general (42). Para Zipf es la «obtención y realización de criterios directivos en el ámbito de la justicia penal» (43).

La falta de un criterio uniforme sobre el contenido, objeto y función de la política criminal, también se desprende de las comunicaciones presentadas en el coloquio regional de la Asociación Internacional de derecho Penal, celebrado en Madrid-Plasencia en octubre de 1977 (44). Para Bricola, el derecho penal, dentro del ámbito de la política criminal, no es más que «uno de los instrumentos de evaluación», mientras sostiene que en Italia no es posible conocer las tendencias de política criminal sin tener en cuenta las medidas de prevención (45). Bueno Arús, estima que la política criminal debía ocuparse también de la clarificación de conceptos (46). Por otra parte, no falta quien considera que polí-

(37) SAINZ CANTERO, J. A., *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, Barcelona, 1979, pág. 92.

(38) MUÑOZ CONDE, F., *Introducción al Derecho penal*, Barcelona, 1975, pág. 187.

(39) MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del Derecho penal*, Barcelona, 1976, pág. 310.

(40) Citado por MIR PUIG, en *Ob. cit.*, pág. 293.

(41) CIÉSLAK, M., *Principios y tendencias de la política criminal en la república popular de Polonia*, trad. de Zugaldía Espinar, en «Cuadernos de Política Criminal», núm. 5, 1978, pág. 31.

(42) MAGGIORE, G., *Principi di diritto penale*, Bolonia, 1961, pág. 51.

(43) ZIPF, H., *Introducción a la política criminal*, trad. M. Izquierdo, Madrid, 1979, pág. 4.

(44) Véase, «Revue Internationale de Droit Pénal», núm. 1, 1978.

(45) BRÍCOLA, F., *Política criminal y Derecho penal*, en «Revue Internationale», cit., pág. 108.

(46) BUENOS ARÚS, F., *Algunas consideraciones sobre la política criminal de nuestro tiempo*, en «Revue Internationale», cit., pág. 119.

tica criminal e injusto «son términos inseparables» (47). Bacigalupo estima que la política criminal «presupone una concepción utilitaria del derecho penal y especialmente de la pena... el derecho penal expresa una visión ética del delito, mientras la política criminal entiende el delito en los términos de las ciencias sociales» (48).

Hay algunos autores que dan un contenido muy amplio a la política criminal, para Levasseur comprende «todos los medios puestos en práctica para prevenir la génesis y desarrollo de la criminalidad» (49).

Córdoba Roda dice que la misión del científico del derecho no debe limitarse al estudio de la Ley y proponer su reforma, sino también ha de investigar «la aplicación —o falta de aplicación— de la Ley a la realidad y la consiguiente formulación de juicios de naturaleza político-criminal sobre un tal fenómeno» (50).

Algún autor dice que su contenido es multisectorial y es un sistema de reacción social frente al delito (51); Barletta la orienta a la prevención, a fin de eliminar o reducir las causas de la criminalidad (52), y en sentido similar se pronuncia Vassalli, en cuanto dice que la política criminal no consiste sólo en recurrir al derecho penal, «sino también en acudir a otras vías posibles y útiles para la prevención de la criminalidad» (53).

Hay algunos autores que extienden la función de la política criminal al proceso penal (54). Finalmente, no faltan los que llevan la política criminal hasta la fase de ejecución de la pena, considerando necesario que en materia penitenciaria se haga también labor político-criminal (55).

Baratta, que sigue un camino diferente de los anteriores. se muestra más radical, pues a través de la política criminal —de inspiración socialista y teniendo en cuenta los postulados de la criminología crítica—, pretende que se combata el derecho penal de la sociedad capitalista, a través de los movimientos obreros,

(47) BUSTOS RAMÍREZ, J., *Política criminal e injusto*, en «Revue Internationale», cit., pág. 134.

(48) BACIGALUPO, E., *Significación y perspectivas de la oposición «Derecho penal-política criminal»*, en «Revue Internationale», cit., págs. 16-17.

(49) LEVASSEUR, G., *Política criminal y Derecho penal*, en «Revue Internationale», cit., pág. 156.

(50) CÓRDOBA RODA, J., *Evolución política y Derecho penal en España*, en «Revue Internationale», cit., pág. 141.

(51) HARREMOES, E., *Política criminal y Derecho penal*, en «Revue Internationale de Droit Pénal», núm. 1.º, 1978, cit., pág. 148.

(52) BARLETTA-CALDARERA, G., *Política criminal y Derecho penal*, en «Revue Internationale», cit., pág. 71.

(53) VASSALLI, G., *Política criminal y Derecho penal*, en «Revue Internationale», cit., pág. 379.

(54) Véase, BARLETTA-CALDARERA, *Ob. cit.*, pág. 72; BRICOLA, *Ob. cit.*, página 111; CÓRDOBA RODA, *Ob. cit.*, pág. 141; LEVASSEUR, *Ob. cit.*, págs. 159 y ss.; MAIER, J. B. J., *Política criminal y Derecho procesal penal*, en «Revue Internationale», cit., págs. 194 y ss.; VASSALLI, *Ob. cit.*, pág. 387.

(55) Véase, BRICOLA, *Ob. cit.*, pág. 110; LEVASSEUR, *Ob. cit.*, págs. 161 y ss.

para conseguir una transformación de la sociedad; se niega que el derecho penal sea igualitario y defiende por igual a todos (56); la política criminal no puede ser una política de sustitutivos penales, sino de profundas «reformas sociales e institucionales para el desarrollo de la igualdad, de la democracia, de las formas de vida comunitarias y civiles alternativas y más humanas y del contrapoder proletario, en vista de la transformación radical y de la superposición de las relaciones sociales de producción capitalistas» (57).

Se puede apreciar cómo en las concepciones más amplias la política criminal va más allá del contenido de los códigos penales, como es el proceso penal y la ejecución de la pena. Para Vassalli la política criminal moderna ha de ocuparse de la necesidad de la pena, criminalización y descriminalización, fines de la pena (prevención general y especial) y estructura del proceso penal (58).

De todo lo anterior se desprende no sólo la falta de un concepto claro de lo que ha de entenderse por política criminal (59), sino incluso cuál sea su contenido.

III

La dogmática viene siendo entendida por la mayoría de los autores como interpretación del derecho, lo que el derecho vigente quiere decir; trata de resolver las dudas que puede llevar consigo la aplicación del derecho (60). Sin embargo, después veremos que la función de la dogmática no puede quedarse ahí, pues en conexión con la política criminal tiene que proponer soluciones —a través de reformas legislativas— para preceptos legales que no se ajustan a la realidad.

Como apunta Gimbernat, la dogmática es importante en cuanto que un deficiente desarrollo de la misma supone que las decisiones de los tribunales serán más imprevisibles y dependerán mucho más del azar sus resoluciones; un desarrollo eficiente lleva consigo «una aplicación segura y calculable del derecho penal, hace posible sustraerla a la irracionalidad, a la arbitrariedad y a la improvisación» (61). De todos modos, el derecho ha de evolucionar y el penalista no puede limitarse a la interpretación sin

(56) BARATTA, A., *Criminología crítica y política penal alternativa*, cit., págs. 43 y ss.; *Criminología e dogmatica penale*, cit., pág. 157.

(57) BARATTA, *Op. cit.*, pág. 50.

(58) Véase VASSALLI, *Op. cit.*, págs. 381 y ss.

(59) Véase, BARBERO SANTOS, M., *Política y Derecho penal en España*, Madrid, 1977, pág. 12.

(60) JIMÉNEZ DE ASÚA, en *Tratado*, I, cit., pág. 83, dice que para él la dogmática jurídicopenal «consiste en la reconstrucción del derecho vigente sobre bases científicas».

(61) GIMBERNAT ORDEIG, *Ob. cit.*, pág. 78.

más del derecho vigente, pues ha de pensar que las circunstancias que han llevado a la elaboración del derecho, o parte de él, suelen evolucionar con los cambios sociopolíticos; no ha de pensar que el derecho es inmutable o incluso que en todo caso es justo, ya que se puede positivizar lo injusto (62), pues el derecho injusto sigue siendo derecho, aunque sea cuestionable su validez (63) y obligatoriedad. El penalista ha de buscar la verdad del derecho, lo que supone una mayor seguridad jurídica y certeza (64); el derecho positivo es una garantía para el individuo (65) (66) y estará en función del desarrollo de la dogmática. Sin embargo, no puede conformarse el jurista con hacer una valoración del derecho positivo.

Si tenemos en cuenta que la dogmática ha encontrado un desarrollo aceptable en algunos países e incluso óptimo, como en Alemania e incluso Italia y España, surge la pregunta de si todavía puede seguir evolucionando. Hay quien considera que la dogmática jurídico penal tiene futuro, aunque con determinados condicionamientos (67); sin embargo, no falta quien estima que aún considerando que la dogmática parece estar en los momentos de mayor brillantez de su historia, la política criminal tiene hoy más atractivo, siendo ésta una alternativa cara al futuro, pues incluso se aprecia una preferencia en las nuevas generaciones por los problemas político-criminales, incluso en los países de mayor tradición dogmática (68).

Considerando que entre nosotros —y en especial en Alemania e Italia—, la dogmática ha llegado a un notable grado de perfección, parece que poco es lo que puede evolucionar. Esto sería así en caso de que la dogmática se limitara, como ya se apuntó, a una simple exposición e interpretación del derecho positivo vigente. No obstante, la dogmática tiene una función más amplia, y de ahí que se haya superado el positivismo jurídico, formalista y de culto a la ley; la dogmática no se ha de limitar a esa función, sino que ha de criticar el derecho positivo proponiendo reformas. Aunque con el positivismo jurídico y la dirección técnico-jurídica la dogmática recibe un gran impulso, no hay que confundirla con

(62) Véase, HENKEL, H., *Introducción a la Filosofía del Derecho*, trad. Gimbernat Ordeig, Madrid, 1968, pág. 55.

(63) WELZEL, H., *El problema de la validez del Derecho*, en «Derecho justo y Derecho nulo», trad. Rodríguez Paniagua, Madrid, 1971, págs. 72 y ss.

(64) Véase, BETTIOL, G., *Diritto penale, Parte general*, Padova, 1976, páginas 99 y ss.

(65) Véase, LÓPEZ DE OÑATE, F., *La certeza del Derecho*, trad. de Sentís y Ayerra, Buenos Aires, 1953, págs. 135 y ss.

(66) BAJO FERNÁNDEZ, en prólogo de obra de Zipf, cit., escribe: «Se reconoce el valor politicocriminal de la dogmática en cuanto sirve al mantenimiento de dos exigencias elementales del individuo frente al poder público: la necesidad de certeza del derecho y la seguridad jurídica».

(67) GIMBERNAT ORDEIG, *Ob. cit.*, pág. 82.

(68) MIR PUIG, *Dogmática creadora y política criminal*, en «Revue Internationale de Droit Pénal», núm. 1, 1978, cit., pág. 215.

estas corrientes metodológicas, pues como señala Jiménez de Asúa: «la dogmática es la ciencia del derecho que está por encima de los avatares de las escuelas» (69). La dogmática en cuanto interpreta el derecho positivo, ya hace política criminal, aunque sea insuficiente.

El problema a resolver ahora es el de la función de la dogmática jurídico-penal. Si nos inclinamos por la concepción restringida—de simple exposición del derecho positivo—, su futuro no parece ser muy optimista, ante la reducción de su cometido; por lo contrario, si adoptamos el criterio amplio, de crítica del derecho positivo, proponiendo reformas, los horizontes de la dogmática son mucho más amplios. En el primer supuesto dogmática jurídica y política criminal serán independientes, como vimos señalaba Liszt; en el segundo, por el contrario, como apunta Antón Oneca, «dogmática jurídico-penal y política criminal se superponen y complementan, siendo no disciplinas separadas, sino más bien zonas o aspectos de la ciencia del derecho penal» (70). Ya Langle se mostró partidario de que no debe haber separación entre política criminal y derecho penal «porque el asunto atribuido a la primera debe entrar por completo dentro del segundo» (71).

Queda claro que el mejor camino que puede seguir la dogmática jurídico-penal es la concepción amplia apuntada, que le permite aliarse con la política criminal, pues de lo contrario parece que sus horizontes quedan muy cercanos, con pequeñas posibilidades de expansión, pues no puede encerrarse en disquisiciones de tipo filosófico, que conducen a muy poco en el terreno práctico, y en este aspecto hay que tener presente la gran vinculación de algunos penalistas alemanes con la filosofía del derecho. Basta recordar al respecto a Welzel y su concepción finalista; escribe Roxin: «queda como un malestar que aumenta cuando se pone sobre el tapete la siempre discutida cuestión, si no estará caracterizado el trabajo sistemático de filigrana de nuestra dogmática, que opera con las más sutiles finezas conceptuales, por una desproporción entre la fuerza desarrollada y su rendimiento práctico (72). Recoge este autor de Jescheck lo siguiente: «No debe desconocerse, sin embargo, el peligro de una dogmática jurídico-penal basada en fórmulas abstractas: éste radica en que el juez se abandona al automatismo de los conceptos teóricos, olvidando así las particularidades del caso concreto» (73).

La dogmática sólo tiene futuro si evoluciona en conexión con:

(69) JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, I, cit., pág. 84.

(70) ANTÓN ONECA, *Ob. cit.*, pág. 12.

(71) LANGLE, *Ob. cit.*, pág. 103.

(72) ROXIN, *Ob. cit.*, págs. 18-19.

(73) ROXIN, *Ob. cit.*, pág. 20.

la política criminal. Tröndle dice que «la dogmática del derecho penal será en el futuro lo que lleve a cabo la política criminal» (74).

No es posible separar la dogmática de la política criminal, como ya se apuntó, pues los estudios, críticas y reformas propuestos para aquélla han de partir de la realidad que le ofrece la política criminal y de ahí que ésta no sea una ciencia autónoma (75) por falta de contenido propio (76).

IV

Ya vimos la crítica de Roxin a Liszt, en cuanto que éste separaba la política criminal del derecho penal. La postura de Liszt, dice Roxin, ha sido el motivo de que en Alemania política criminal y dogmática sigan sin una comunicación eficaz; a este respecto escribe Mir Puig: «para Roxin, ello ha impedido el enriquecimiento del método dogmático por medio de la consideración de las necesidades político-criminales. Su objetivo es superar el dualismo metódico de von Liszt, introduciendo la política criminal en el seno mismo de la elaboración dogmática. Comparando la concepción de von Liszt con la de Roxin podría decirse que, mientras el primero considera a la política criminal límite externo de la dogmática, el segundo adelanta su función a límite interno de ésta» (77).

Hay que tener en cuenta, como apunta Roxin, que «puede ser dogmáticamente cierto lo que desde el punto de vista político criminal es equivocado, y viceversa»; esto se refleja claramente en la teoría de la participación donde la jurisprudencia ha conducido a que se haga de forma arbitraria de delimitación entre autoría y participación, precisamente por la falta de «una orientación en las categorías sistemáticas» (78).

Se ocupa Roxin en su obra de los problemas político-criminales de la teoría general del delito, con lo que demuestra la relación entre dogmática y política criminal. Dice que la teoría del tipo y la culpabilidad deben interpretarse como principios específicamente jurídico-penales, mientras que el ámbito de la antijuricidad se extiende a otros sectores del ordenamiento jurídico (79); la antijuricidad «es el sector de las soluciones sociales a los conflictos, el campo en el que chocan los intereses sociales opuestos a las exigencias sociales con las necesidades del individuo»; los tipos pena-

(74) Citado por ZIPF, en *Ob. cit.*, pág. 6, y añade: «La política criminal y la dogmática penal dependen entre sí en múltiples aspectos y deben actuar conjuntamente».

(75) Véase, MANZINI, *La politica criminale...*, cit., pág. 6.

(76) JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, I, cit., pág. 175.

(77) MIR PUIG, *Ob. cit.*, pág. 288.

(78) ROXIN, *Ob. cit.*, pág. 30.

(79) ROXIN, *Ob. cit.*, pág. 41.

les sirven para la realización del principio de legalidad y de él debe derivarse la estructuración social (80); la vinculación, desde el punto de vista político-criminal, viene acuñada por los fines de la pena, por lo que «cualquiera que sea la teoría de la pena que se mantenga no puede retribuirse una culpabilidad inexistente» (81).

Hassemer dice que política criminal y dogmática se distinguen por su objeto específico. «El de la política criminal es el comportamiento desviado y su definición social»; para la dogmática —sin perjuicio de poseer el mismo objeto último—, el objeto inmediato es la ley penal, en cuanto establece «una determinada estrategia frente al cumplimiento desviado (objeto inmediato). Pero la dogmática no puede reducir su atención a la ley penal y cerrar los ojos a las necesidades político-criminales». En su tipificación la ley no debe olvidarse de la realidad que motivó su regulación. El sistema de derecho penal abarca tanto la dogmática como la política criminal. «La política criminal posee un doble cometido: fijar las metas que orientan la estrategia de la lucha contra el comportamiento desviado y plasmarlas en fórmulas legales... la dogmática jurídico-penal parte de las fórmulas legales producto de la política criminal». «La dogmática es labor que desarrollan tanto la ciencia jurídico-penal como la jurisprudencia penal» (82).

Política criminal y disciplinas no jurídicas.

La política criminal apenas podría desarrollarse en el marco de las ciencias jurídicas, pues incluso un autor como Welzel —tan ligado a la dogmática y las fórmulas abstractas—, tuvo vinculaciones con la psicología, pues así lo reconoce al ocuparse de la polémica sobre la posible influencia de Hartmann en su concepción finalista al decir que «las sugerencias para la formulación de la doctrina finalista no las recibí de N. Hartmann, sino de la psicología del pensamiento... y de los fenomenólogos» (83). Incluso cuando Welzel escribe que la «misión del derecho penal es proteger los valores fundamentales de la vida en comunidad» y de la función «ético-social» del derecho penal (84), no puede olvidar que esa valoración debe hacerla el legislador —o el penalista— teniendo en cuenta la realidad social de cada momento histórico, para lo que es necesario el apoyo de ciencias no jurídicas como pueden ser la psicología, sociología o la criminología. Por estas disciplinas se está interesando la actual dogmática alemana, así como la de otros países —aunque la incidencia sea mínima y marginal en España—,

(80) ROXIN, *Ob. cit.*, pág. 40.

(81) ROXIN, *Ob. cit.*, pág. 69.

(82) La postura de HASSEMER la recogemos de MIR PUIG, *Ob. cit.*, páginas 293-294.

(83) WELZEL, *El nuevo sistema del Derecho penal*, cit., págs. 11-12.

(84) WELZEL, *Derecho penal alemán*, cit., págs. 11 y ss.

ya que la aportación que ofrecen es fundamental para la «elaboración dogmática de conceptos jurídico-penales, o incluso para fundamentar los conceptos básicos del derecho penal» (85).

Hay que tener en cuenta que en la elaboración del derecho penal no sólo han de intervenir los penalistas, sino que hay que contar con otros expertos, incluso con los prácticos del derecho. Que en nuestro país normalmente no se haya hecho así, pues incluso se ha prescindido en muchos casos de la Comisión general de codificación (86), no quiere decir que ese sistema sea el correcto, sino todo lo contrario. El legislador, y el penalista, en su función político-criminal, han de recibir información de otras disciplinas, para conseguir el conocimiento más aproximado posible de la realidad social y su problemática (87), pues incluso la dogmática ha de ser realista (88).

En esta línea cabe citar incluso la postura del propio Rocco, quien pese a su oposición a las disciplinas sociológicas y criminológicas, no llegó a pedir su derogación, sino su distinción clara y separación de la ciencia jurídico-penal (89).

Política criminal y criminología.

Nos vamos a ocupar de forma especial de la criminología, disciplina no jurídica que consideramos la más importante en cuanto a su relación con la política criminal. En principio hay que recordar que en Liszt, verdadero creador de la política criminal, la criminología es fundamental para la política criminal (90). Entre nosotros, Saldaña mantiene el criterio de Liszt al considerar que la política criminal se apoya en la criminología y penología (91); Langle apuntaba la necesidad de relación entre la política criminal con la antropología criminal y la estadística, pues para la lucha contra la criminalidad es necesario conocer su etiología (92); para Jiménez de Asúa es la política criminal «una especie tercera componedora que, tomando de la criminología lo que es posible dentro del ambiente, lo aproxima a la realidad» (93).

(85) MIR PUIG, *Ob. cit.*, págs. 294 y ss.

(86) Véase nuestra obra *Fraude Tributario*, cit., pág. 185.

(87) Véase, BARBERO SANTOS, *Ob. cit.*, pág. 13.

(88) ANTOLISEI, *Il metodo nelle scienza del diritto penale*, en «Problemi penali odierni», Milán, 1940, pág. 39.

(89) Rocco, en *Opere giuridiche*, III, cit., págs. 274-275.

(90) LISZT, *Tratado*, I, cit., pág. 7, escribe al ocuparse de la política criminal que «el conocimiento de la pena como uno de los medios para la lucha contra el crimen, puesto en manos del Estado, nos lleva más allá del derecho vigente. Este conocimiento nos acerca a la cuestión del fundamento jurídico y de los fines del poder penal, así como del origen y de la naturaleza del crimen. La solución científica de estas cuestiones es objeto de la política criminal, que estriba en la criminología y la penología».

(91) SALDAÑA, en adiciones al *Tratado* de LISZT, cit., II, pág. 63.

(92) LANGLE, *Ob. cit.*, pág. 53.

(93) JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, I, cit., pág. 175.

Recientemente Mir Puig ha puesto de manifiesto la necesidad de aproximación de la dogmática a la criminología, para lo que recuerda el programa de Liszt en donde se establecía una política criminal basada en la criminología. Dice que esta necesidad se denuncia en Alemania por Würtenberger, en 1957, en su obra «La situación espiritual de la ciencia del derecho penal alemana», en donde se establece que la dogmática debe abrirse a la realidad, para lo que es necesario el «conocimiento de la criminología, cuyas cuestiones se hallan a menudo en primer plano y deberían contribuir de forma esencial a la solución de los problemas dogmáticos; durante demasiado tiempo se ha detenido la ciencia penal alemana en problemas dogmáticos con frecuencia infructuosos e incluso en sutilezas, en lugar de dejarse guiar por las tendencias de la política criminal sobre la segura base de la investigación criminológica» (94). Señala Mir Puig que la necesidad de la aportación criminológica en cuanto que es útil para la dogmática, apuntada por Würtenberger, ha tenido eco en los últimos años en Alemania (95).

Sáinz Cantero considera que la influencia de la criminología con relación a la ciencia del derecho penal es tan importante, que «no existe problema dogmático que no requiera un conocimiento de sus bases criminológicas». Añade que esa ciencia es fundamental para el penalista, pues no ha de limitarse a conocer la estructura formal y externa de la norma, sino que ha de conocer también la realidad criminológica de los hechos. Por último, señala que «incorporar a la dogmática jurídico-penal los logros alcanzados por la criminología en estas materias es, por ello, un imperativo para el dogmático... la misión asignada a la dogmática en la fase crítica, no podrá realizarla tampoco de modo satisfactorio si no se tienen en cuenta las conclusiones a que ha llegado la criminología. Cualquier proposición de *lege ferenda* que no tenga en cuenta esas conclusiones, corre el riesgo de resultar aventurada y falta de base» (96).

Rodríguez Mourullo considera que la criminología desempeña un papel importante en materia de criminalización y descriminalización en cada momento histórico. Y si la criminología «recibe, como punto de partida, su objeto del derecho penal, éste, a su vez, recibe de la criminología indicaciones sobre la medida en que debe reducir o extender su propio objeto de regulación y qué medios debe emplear para prevenir y reprimir eficazmente el delito». Continúa diciendo que hay una clara interdependencia entre ambas disciplinas, mientras que dogmática jurídico-penal, política criminal y criminología han de realizar conjuntamente una labor positiva en materia de justicia penal. «Los conocimientos criminológicos deben transformarse en existencias político-crimi-

(94) MIR PUIG, *Ob. cit.*, págs. 297-298.

(95) MIR PUIG, *Ob. cit.*, págs. 298-299.

(96) SAINZ CANTERO, *Ob. cit.*, pág. 87.

nales y éstas, a su vez, en reglas jurídicas positivas configuradas, tanto desde el punto de vista formal como material, de acuerdo con los principios de la dogmática jurídico-penal» (97).

Por su parte, Córdoba Roda, tras considerar que la evolución de la dogmática ha de tener en cuenta la realidad práctica, considera la importancia de la criminología en la evolución de la legislación penal. Los estudios y las experiencias criminológicas han permitido introducir «reformas en relación a los efectos jurídicos del delito, de la pena y medidas de seguridad hoy existentes... la evolución de las ciencias criminológicas ha conducido, además, a ofrecer una nueva imagen del delito como consecuencia de destacar la significación que en la determinación de las acciones perseguidas y castigadas corresponde en la realidad social» (98).

Cerezo Mir también reconoce la influencia de la criminología sobre el derecho penal (99). Por otra parte señala que «los conocimientos de la Criminología son de gran importancia para la dogmática» (100).

Rodríguez Devesa estima necesario el conocimiento de la criminología por los alumnos de derecho, considerando como uno de los grandes defectos de los planes de enseñanza no incluir esa disciplina en los mismos (101).

Maurach, tras criticar la postura de Binding, quien no dedica ni una sola línea a la investigación etiológica del delito, desconociendo el término «criminología», dice que «en el ámbito de la dogmática jurídicopenal, se ha debido reconocer que en numerosos campos no puede prescindirse de la labor previa realizada por la criminología, sin poner seriamente en peligro fin y efectividad del derecho penal» (102). Por otra parte, hoy es mucho más factible la relación entre dogmática y criminología que en los años treinta (103).

Zipf considera que criminología y política criminal tienen estrecha relación siempre que aquélla se conciba «como parte de una teoría crítica de la sociedad» (104).

Gimbernat trata de investigar hasta qué punto la existencia del derecho penal depende del principio de culpabilidad, poniendo de manifiesto la importancia de la psicología y el psicoanálisis en el tema del «principio de culpabilidad», ya que estas ciencias

(97) RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Derecho penal, Parte general*, Madrid, 1977, pág. 16.

(98) CÓRDOBA RODA, J., *Evolución jurídica y ciencia penal*, en ANUARIO DE DERECHO PENAL, Madrid, 1978, págs. 19 y 16.

(99) CEREZO MIR, en *Curso de Derecho penal español*, I, escribe: «La Criminología, a pesar de su juventud, ha ejercido ya una gran influencia en el Derecho penal».

(100) CEREZO MIR, *Ob. cit.*, pág. 66.

(101) RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español, parte general*, cit., página IX.

(102) MAURACH, *Derecho penal*, I, cit., págs. 40-41.

(103) Véase, BARATTA, *Criminología e dogmática penale*, cit., págs. 158-159.

(104) ZIPF, *Ob. cit.*, pág. 11.

se ocupan del comportamiento humano (105). Ambas se encuadran dentro de las disciplinas no jurídicas, y tienen estrecha conexión con la criminología, ya que parte del contenido de aquéllas se integra en ésta (106).

En materia de culpabilidad no siempre resulta fácil determinar si el agente pudo actuar de forma distinta a como lo hizo. Hay con frecuencia una serie de factores que inciden en el sujeto e influyen en su libertad, aunque lo problemático es saber el valor de esa incidencia. Ya De Greeff apuntaba que en la investigación de la conducta criminal no se debe desprestigiar ningún detalle, así como tampoco pensar que un simple detalle puede explicar un delito (107). El paso al acto tiene una serie de condicionantes previos de personalidad (108) y mundo circundante.

Ya señalaba Mezger que «en la consideración psicopatológica del delito aparece el problema jurídico de la imputabilidad penal y la difícil cuestión referente al tratamiento jurídico penal adecuado del psicópata, del sujeto de imputabilidad disminuida» (109). De estas afirmaciones se desprende el apoyo de la criminología al derecho penal en materia de imputabilidad, especialmente al juez en el momento de valorar la personalidad a fin de imponer una pena.

En cuanto a la capacidad de conocer y de querer, la criminología nos enseña que en buena parte de los casos el sujeto sería inimputable si nos limitáramos a esa capacidad en el momento de ejecutar los hechos. La imputabilidad en no pocas ocasiones hay que remontarla a un momento anterior, más o menos lejano al instante de ejecución material del delito, pues como señala Di Tullio es necesario tener presente «que son más frecuentes y más importantes las perturbaciones de consciencia que se pueden comprobar en los individuos que delinquen, en el momento del delito... la consciencia puede sufrir un estado de leve obnubilación que, en algunos casos, se presenta bajo formas de consciencia crepuscular. Este segundo fenómeno se verifica especialmente en los sujetos más fuertemente emotivos e irritables. De aquí la razón de que no sea raro que los delincuentes, en el momento de cometer el delito, se encuentren en situación de no saber valorar bien las distintas circunstancias y condiciones que, por el delito mismo, pueden

(105) GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios penales*, cit., pág. 71.

(106) FRIEDLANDER dice que «cabe resumir en pocas palabras la contribución del psicoanálisis a los diferentes campos de la investigación criminológica: el psicoanálisis suministra una teoría científica acerca del funcionamiento de la mente humana sana y enferma, y por tanto debería desempeñar un importante papel en toda rama de la investigación de la delincuencia», en *Psicoanálisis de la delincuencia juvenil*, trad. A. S. de Kraus, Buenos Aires, 1950, pág. 363.

(107) DE GREEFF, *Introduction à la criminologie*, cit., pág. 160.

(108) Véase PINATEL, J., *Criminologie*, París, 1975, págs. 653 y ss.

(109) MEZGER, E., *Criminología*, trad. Rodríguez Muñoz, Madrid, 1944, página 12.

tener más o menos estrecha relación; de ahí la facilidad con que llegan a obrar imprudente y desordenadamente, dejando, a menudo, huellas más o menos evidentes del propio delito» (110).

Con lo anterior no hemos intentado más que plantear el tema de la investigación en materia de culpabilidad y su presupuesto, la imputabilidad, que tanto valor tienen para el derecho penal, y de cuya mecánica tan poco se sabe, lo que se complica si recurrimos al psicoanálisis (111). Si bien es cierto que este tema debe interesar más al juez, como encargado de aplicar el derecho —quien a veces ha de auxiliarse de peritos—, sin embargo, tampoco el penalista debe olvidarlo, pues como indica López-Rey, «un jurista... no puede prescindir de ciertos conocimientos de psicología y nociones de biología, sociología, etc.» (112). En suma, que en materia de culpabilidad tampoco ha de olvidarse la criminología.

V

Hay quien piensa que la única forma de conseguir resultados aceptables en la ciencia del derecho penal es a través de una elaborada dogmática jurídico-penal, sobre todo al estilo alemán. Es cierto que se consigue una mayor seguridad jurídica. Sin embargo, queremos señalar un punto para la reflexión: en los países anglosajones el desarrollo de la dogmática es muy inferior al de Alemania o Italia, por ejemplo, y, en definitiva, de todos los países de la Europa occidental. En Inglaterra, y sobre todo en Estados Unidos, la criminología y penología son disciplinas con mayor desarrollo que el propio derecho penal —precisamente en las dos que basaba von Liszt la política criminal (113)—, y no obstante,

(110) DI TULLIO, B., *Principios de Criminología Clínica y Psiquiatría forense*, trad. Teruel Carralero, Madrid, 1966, págs. 214-215.

(111) Véase, FRIEDLANDER, *Ob. cit.*, págs. 117 y ss. Con los estudios de Freud, a comienzos del presente siglo, se puede decir que aparecen las primeras aportaciones psicoanalíticas en materia penal. Hay que tener en cuenta que el estudio de la personalidad es complicado, en especial cuando la conducta criminal se pretende demostrar en base a determinadas anomalías psíquicas que tienen su origen en épocas de la vida más o menos lejanas al momento de la ejecución de los hechos (véase, P. REIWALD, *Society and its Criminals*, Nueva York, 1951). Tampoco ha de olvidarse que el paso al acto suele obedecer no sólo a un factor concurrente —influyente—, sino a la incidencia de varios. Con frecuencia las anomalías psíquicas necesitan de un estímulo exterior para que el sujeto termine infringiendo la ley. Hay que tener en cuenta que entre los delincuentes existen hombres normales junto a otros que presentan anomalías de personalidad (DI TULLIO, *Ob. cit.*, pág. 61), que pueden tener incidencia en la conducta criminal (DI TULLIO, págs. 66 y ss.; GÖPPINGER, *Ob. cit.*, págs. 154 y ss.). Todavía son insuficientes las aportaciones del psicoanálisis al campo del Derecho penal, así como la conexión entre ambas disciplinas (KAISER, *Ob. cit.*, pág. 70).

(112) LÓPEZ-REY, *Ob. cit.*, pág. 164.

(113) LISZT, *Tratado*, I, cit., pág. 7.

su sistema de justicia penal funciona, con un alto grado de seguridad jurídica, comparable al de cualquier país europeo de gran desarrollo dogmático. No cabe duda que la criminología americana, basada especialmente en la sociología criminal, es la que mayor apoyo puede aportar a la política criminal, ya que recoge los problemas sociales, que de una u otra forma ha de regular el derecho; por otra parte, la concepción de la criminología americana es mucho más extensa que la europea —todavía supeditada en parte a la antropología criminal lombrosiana—, pues se ocupa desde los factores que concurren en el sujeto delincuente, pasando por todas sus facetas personales y de mundo circundante, proceso, vida en prisión, etc., hasta la vida post-penitenciaria, que puede llevar a la reincidencia; se estudia todo lo que pueda estar relacionado con el delincuente desde los más diversos aspectos.

La concepción de la criminología norteamericana, y su importancia en la política criminal, tal vez haya influido a que en Alemania se prefiera aquel sistema al europeo (114). A este respecto quizá quepa recordar al von Hentig, que durante tantos años trabajó sobre sociología criminal en Estados Unidos, aunque titule sus trabajos de psicología criminal.

Con referencia al interés por la criminología en Alemania, y su relación con la política criminal, hemos de señalar que en el año 1970 la Sociedad Max Planck aprobó la creación de un Instituto de Friburgo, junto a la tradicional labor en materia penal, se une ahora la de criminología (115). En el año 1976, la biblioteca del Max-Planck-Institut contaba ya con veinte mil volúmenes sobre criminología, más diversas revistas especializadas (116). Como ya se apuntó más arriba, el modelo de investigación que se sigue es especialmente el norteamericano.

Volviendo al criterio de los penalistas recogidos anteriormente, resulta que el propio Rocco no rechazó la criminología, sino simplemente su separación de la ciencia penal. Son diversos los autores que, entre otras funciones, asignan a la política criminal la prevención del delito; en este sentido Grispigni y Maggiore (117),

(114) Véase, por ejemplo, GÖPPINGER, H., *Criminología*, traducción M. L. Schwarck e I. Luzarraga, Madrid, 1975; KAISER, G., *Criminología, una introducción a sus fundamentos científicos*, trad. Belloch Zimmermann, Madrid, 1978.

(115) Fue nombrado director de la sección de criminología al profesor Günther Kaiser, que enseñaba criminología en el Instituto de la Universidad de Tübingen. En 1973 se le nombró codirector del Max-Planck-Institut, cuya dirección ostenta Jescheck. Este dirige el grupo en materia de investigación penal y Kaiser el de criminología.

(116) Véase, JESCHECK y KAISER, *L'Institut Max Planck de droit pénal étranger et international à Fribourg-en-Brisgau*, Friburgo, 1976.

(117) Vid. supra, nota 42.

Bricola (118), Levasseur (119), Barletta (120) y Vassalli (121). Tanto para la realización de una prevención general, y sobre todo para la prevención especial, necesariamente hay que recurrir a la criminología.

También hay que recurrir a la criminología en la función que algunos autores dan a la política criminal dentro del proceso penal, como vimos hacían Barletta, Bricola, Córdoba Roda, Levasseur, Maier y Vassalli.

Queda claro la necesidad de recurrir a la criminología para los que extienden la función de la política criminal a la ejecución de la pena, como hacen Bricola (122) y Levasseur (123), mientras que Bacigalupo se ocupa de la política criminal de la resocialización (124). También la ciencia penitenciaria tiene contenido criminológico.

(118) BRICOLA, *Op. cit.*, pág. 108, escribe: «En el ámbito de la política criminal, el Derecho penal no es nada más que uno de los instrumentos de evaluación; así las controversias que versan sobre la pertenencia o no de las medidas de prevención ante-delictum el Derecho penal pierde todo su crédito. En Italia, por ejemplo, es absolutamente imposible reconstruir las diversas tendencias de política criminal sin tener en cuenta las medidas de prevención...».

(119) LEVASSEUR, en *Op. cit.*, pág. 156, dice que la política criminal comprende «todos los medios puestos en práctica para prevenir la génesis y desarrollo de la criminalidad».

(120) BARLETTA, en *Op. cit.*, pág. 71, sostiene que la política criminal es «el conjunto de las actividades del poder legislativo, ejecutivo y judicial que, partiendo del estudio de las causas biológicas, ambientales y utilitarias del delito, apuntan a la individualización de los instrumentos idóneos para la contención del crimen, mediante la eliminación, si es posible, de las causas o, en todo caso, reduciendo su incidencia».

(121) VASSALLI, en *Op. cit.*, escribe: «La política criminal no consiste únicamente en recurrir al Derecho penal según esta o aquella dirección, sino también en acudir a otras vías posibles y útiles para la prevención de la criminalidad» (pág. 379); se ocupa de las medidas de prevención ante-delictum (pág. 381), la prevención general desde el punto de vista de la política criminal (pág. 384) y la prevención especial (pág. 385).

(122) BRICOLA, en *Op. cit.*, pág. 110, dice que «una evaluación de política criminal no puede hacer abstracción del análisis de la fase penitenciaria, como lugar de confrontación concreta de todas las teorías sobre la función de la pena... durante mucho tiempo los criminalistas italianos han expuesto sus controversias sobre la materia refugiándose en el marco de las normas penales sustanciales, sin ocuparse de la realidad penitenciaria y formulando, por lo mismo, evaluaciones de política criminal totalmente erróneas».

(123) LEVASSEUR, en *Op. cit.*, págs. 161 y ss. se ocupa de la política criminal y formulación de los principios de la ciencia penitenciaria y de las reglas de ejecución de las penas; trata de las penas privativas de libertad, semilibertad y sistemas abiertos.

(124) BACIGALUPO, en *Op. cit.*, pág. 24, escribe: «El problema fundamental de la ciencia penal de hoy consiste en la elaboración de los principios jurídico-penales de la política criminal de la resocialización. La legitimidad del Derecho penal de la resocialización no es, ni mucho menos, obvia. La máxima tensión en este punto es, ante todo, consecuencia de la crisis —probablemente insuperable— en que se encuentra sumida la pena privativa de

No falta quien concede especial importancia a la criminología y sociología en el campo de la política criminal (125).

Quizá la falta de conexión entre la criminología y política criminal se deba a la independencia de penalistas y criminólogos. No olvidemos que los criminólogos americanos suelen proceder del campo de la sociología. La política criminal viene a ser entendida por estos criminólogos como los medios de investigación del delito y lucha contra el mismo. Sin embargo, la concepción del criminólogo europeo suele acercarse más al concepto que aquí venimos manteniendo, sobre todo por los criminólogos que tienen relación con el derecho penal. Kaiser, por ejemplo, que tiene alguna vinculación con los penalistas del Max-Planck-Institut de Friburgo, junto a la función de la política criminal de defensa social, dice que aquélla encuentra su «punto de gravedad en la renovación del derecho penal, la reforma de la justicia y el sistema de penas» (126).

Göppinger —doctor en medicina y derecho—, define la política criminal como una ciencia que se ocupa de «la política de reforma del derecho penal (en sentido amplio) y de la ejecución y de la lucha contra el crimen por medio del derecho penal» (127). Dice que la criminología aporta a la política criminal la realidad del mundo del delito. La controversia que puede surgir hoy en materia de política criminal es la de si han de intervenir penalistas y también criminólogos. Consideramos que, según lo que se viene exponiendo, la solución es clara, penalistas y criminólogos han de participar en la función que corresponde a la política criminal. Reconoce que en materia de política criminal no sólo hay que tener en cuenta el derecho penal y la criminología, sino que también ha de recurrirse a otras ciencias empíricas o del espíritu (128). Finalmente denuncia la falta de atención a la criminología en Alemania, lo que se deduce del pequeño número de cátedras en relación con el derecho penal —estima su necesidad en las facultades de derecho, ya que los alumnos deben familiarizarse con la criminología durante su formación—, lo que dificulta la relación entre ambas ciencias; también pone de relieve la falta de criminólogos de formación empírica (129).

Si se acepta la importancia que tiene la criminología con respecto al derecho penal, a través de la política criminal —lo que consideramos ha quedado suficientemente demostrado—, no tiene ninguna justificación la poca atención que los penalistas prestan

libertad», y añade que «el Derecho penal de la política criminal de la resocialización deberá codificar en todo lo posible los presupuestos psicológicos y sociológicos para la determinación del tratamiento y la verificación de sus logros durante la ejecución» (pág. 26).

(125) BAIGUN, D., *Política criminal y Derecho penal*, en «Revue Internationale», cit., pág. 39.

(126) KAISER, *Ob. cit.*, pág. 60.

(127) GÖPPINGER, *Ob. cit.*, pág. 19.

(128) GÖPPINGER, *Ob. cit.*, págs. 20-21.

(129) GÖPPINGER, *Ob. cit.*, pág. 18.

a la criminología (130), e incluso el legislador y aún los propios jueces en cuanto que han de administrar justicia, así como los encargados de ejecutar las penas. La situación es realmente grave en España, aunque no falta quien estima su necesidad para enriquecer el derecho penal, y que deben conocer profesores y alumnos (131).

La relación entre derecho penal y criminología, a través de la política criminal, no quiere decir que ambas ciencias no sean totalmente independientes. En su concepción del mundo real, con relación al delito, la segunda es una ciencia del ser y el derecho penal del deber ser. Por otra parte, hay que desterrar la posibilidad de que la criminología desplace al derecho penal (132), pues son ciencias independientes y lo importante es el desarrollo de ambas, lo que va en beneficio propio y de la otra; tampoco hay que preocuparse por la opinión de los autores que consideran que la criminología y la política criminal pretenden ir más allá del derecho penal, pues consideramos que tanto el derecho penal como la criminología tienen contornos bien definidos, siendo la política criminal el vehículo de unión entre ambas.

Hilde Kaufmann se plantea el tema de lo que la criminología deja en pie del derecho penal y viceversa, llegando a la conclusión de que ambas disciplinas tienen contenido propio (133), por lo que ninguna absorberá a la otra; derecho penal y criminología son ciencias autónomas, sin que cualquiera de ellas tenga supremacía

(130) RODRÍGUEZ DEVESA, en *Derecho penal*, Parte general, cit., pág. 52, escribe: «Los progresos de la criminología han contribuido paradójicamente a poner de relieve cuán escasos son aún nuestros conocimientos en relación con los factores de la criminalidad y los medios para combatirla, así como la necesidad de traer a colación las disciplinas más diversas para encontrar la solución adecuada a los problemas político-criminales. Inconcebiblemente, la idea de una colaboración multidisciplinaria encuentra resistencia en los juristas apegados a una etapa, próxima a periclitarse, de pensamiento formalista y conceptual».

(131) BERISTAIN IPIÑA, A., *Análisis crítico de la Nueva Defensa Social*, en «Revista de Estudios Penitenciarios», abril-junio 1962, pág. 11, escribe: «El contacto y enriquecimiento del Derecho penal con los modernos avances de la Criminología, indispensables actualmente en el profesor y en el estudiante de Derecho penal».

(132) Véase, JIMÉNEZ DE ASÚA, *La teoría jurídica del delito*, Madrid, 1931, págs. 25-26.

(133) KAUFMANN, H., *¿Qué deja en pie la criminología del Derecho penal?*, en ANUARIO DE DERECHO PENAL, 1963, págs. 245 y ss.

El trabajo de H. Kaufmann es una réplica a otro de R. Lange, que en 1960 pretende volver al pesimismo de los representantes clásicos Birkmeyer y Binding, quienes temieron por la desaparición del Derecho penal ante las aportaciones de las nuevas corrientes criminológicas y la postura de la política criminal. H. Kaufmann pone de manifiesto que la postura de Lange da la impresión de que la criminología «está irremisiblemente dominada por una concepción antropológica anticuada», y que el Derecho penal nada tiene que temer de la criminología, que no pretende, como parece deducirse del trabajo de Lange, suprimir el Derecho penal por una «terapia social», pág. 235.

sobre la otra (134). Hay que abandonar la polémica de cualquiera de estos científicos que pretenda estar por encima de los otros (135); criminólogos y penalistas han de colaborar estrechamente (136), a fin de conseguir el desarrollo de ambas disciplinas. López-Rey dice que «criminología y derecho penal deben coexistir, y aunque se afirma que la primera absorberá algún día al segundo, ello no deja de ser una aspiración que creemos difícil de realizar» (137).

Mir Puig pone de manifiesto la necesidad de una dogmática más próxima a la realidad social (138), así como una dogmática creadora de acuerdo con la política criminal (139). Con relación a aquel punto hay que tener en cuenta que el derecho penal está condicionado en muchos aspectos por la evolución de diversas ciencias sociales (140).

Tras considerar que la política criminal ha de tener en cuenta las conclusiones obtenidas por la criminología, dice que una vez hecha la distinción entre política criminal y dogmática hay que buscar la confluencia de ambas, y el modo de conseguirlo «sería introducir en el seno de la dogmática la perspectiva político-criminal previamente obtenida, en sus dos aspectos apuntados de valoración y conexión con la realidad criminológica» (141). Continúa diciendo que es importante la dirección que ve en la unión de política criminal y dogmática «la vía de construcción de una dogmática realista», a la vez que «los postulados valorativos que inspiran el derecho positivo y la dogmática, y las necesidades del caso, tiendan a escapar de un origen puramente intuitivo y a buscar apoyo en la investigación del delito como fenómeno empírico, individual y social». Por último señala que «pedir que la dogmática parta de la política criminal vienen a añadir, pues, a la ya postulada necesidad de valoración y contemplación de la realidad, la exigencia de vinculación de la dogmática a los resultados de la criminología»; continúa diciendo que la política criminal moderna se entiende, conforme a la concepción de Liszt, como el puente científico «entre la dogmática y la criminología. Con ello se asegura el carácter auténticamente realista de la dogmática, pues la contemplación de las exigencias de la realidad tendrá lugar por el único método realista: la observación empírico-científica» (142).

(134) TARTAGLIONE, *La criminologia e i suosi rapporti con la discipline giuridiche e sociali*, en «Scuola Positiva», 1970, pág. 504.

(135) Véase, PETROCELLI, *Diritto penale e criminologia*, cit., pág. 685.

(136) ANCEL, M., *La défense sociale nouvelle*, París, 1971, pág. 16.

(137) LÓPEZ-REY, *Op. cit.*, pág. 165.

(138) Véase, BETTIOL, *Ob. cit.*, pág. 58; MIR PUIG, *Ob. cit.*, pág. 305.

(139) MIR PUIG, *Dogmática creadora y política criminal*, cit.

(140) Véase, BACIGALUPO, *Op. cit.*, pág. 25.

(141) MIR PUIG, *Ob. cit.*, pág. 306.

(142) MIR PUIG, *Ob. cit.*, págs. 345-346.

Por último, queremos apuntar la postura de un autor tan poco sospechoso como pueda ser Roxin —por su labor dogmática—, en el tema que venimos debatiendo de la relación dogmática-política criminal-criminología, quien escribe: «Una desvinculación entre construcción dogmática y exactitud político-criminal es, desde un principio, imposible y también pierde su sentido el voluble procedimiento de aprovecharse de la rivalidad entre la labor criminológica y la dogmática jurídico-penal: pues el transformar los conocimientos criminológicos en exigencias político-criminales y éstas, a su vez, en reglas jurídicas de *lege lata* o *ferenda*, es un proceso, cuyos estudios concretos son igualmente importantes y necesarios para el establecimiento de lo socialmente justo» (143).

Conclusiones.

De todo lo anterior se pueden sacar las siguientes conclusiones:

— La dogmática de fórmulas abstractas tiene pocas posibilidades de evolución, por lo que ha de ocuparse más de la realidad social, a través de los datos facilitados por diversas ciencias, entre ellas la criminología.

— La política criminal ha de aportar a la dogmática los datos de las ciencias sociales y del espíritu necesarios para una eficaz crítica y proposición de reforma de las normas penales. En esa aportación tiene especial interés la criminología.

— Sin el apoyo de la criminología, dogmática jurídica y política criminal no pueden conseguir una labor eficaz en las reformas legislativas.

— Para una eficaz labor de la dogmática y salir del estancamiento en que se encuentra, necesariamente ha de tener en cuenta la investigación criminológica.

— Dogmática y criminología, en principio independientes, se encuentran conectadas a través de la política criminal.

— El futuro de la dogmática está condicionado a la evolución de la política criminal y la criminología.

— Dogmática jurídica y política criminal no son disciplinas separadas, sino que, como vimos apuntaba Antón Oneca, se superponen y complementan, siendo zonas o aspectos de la ciencia del derecho penal.

(143) ROXIN, *Ob. cit.*, pág. 77.

VI

Política criminal y derecho comparado.

En materia de política criminal ya apuntábamos que entran en juego otras ciencias, aunque para nosotros la más importante sea la criminología. También tiene mucho valor el derecho comparado, que ya puso de manifiesto Langle, en base a que los problemas de la criminalidad mantienen sus rasgos generales en todos los países, por lo que las variaciones no pueden ser importantes (144). Es cierto que hay rasgos comunes en la delincuencia, y su reflejo en las normas penales, especialmente en las áreas geográficas de un nivel socioeconómico y político similar, por lo que se debe tener en cuenta el derecho comparado a efectos de política criminal. Sin embargo, hay que tener cuidado, ya que ese derecho comparado no es igualmente válido para zonas geográficas de desarrollo socioeconómico, cultural y político diferente; basta recordar las dificultades que surgían en la aplicación de nuestro derecho penal en el Sahara, donde la población autóctona respetaba el Korán, por lo que el derecho penal español a veces encontraba dificultades en su aplicación, pues los nativos se sometían a sus propios tribunales eludiendo a los tribunales ordinarios. También ha sido un error histórico la de los países coloniales. A este respecto en el V Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del delito y Tratamiento del delincuente (Ginebra, 1975), se puso de manifiesto:

— Que las instituciones jurídicas y de control social figuran entre las más estáticas de la sociedad, con lo que quedan desfasadas con respecto a la evolución que se aprecia en materia de comportamiento y actitudes sociales y en el ámbito económico y político.

— Muchos países asiáticos y africanos tienen serios problemas en poder adaptarse a la legislación colonial que les ha sido impuesta.

— La mayoría de los legisladores para los países en desarrollo con frecuencia conocen muy poco sobre las tradiciones y valores fundamentales de las sociedades para las que legislan.

— Quienes se ocupan de legislar para esos países podrán acertar en delitos como el asesinato y robo, que de una u otra forma se recogen en todas las sociedades. Sin embargo, no están capacitados para legislar en otras materias que obedecen a la estructura particular de una sociedad concreta (145).

(144) LANGLE, *Ob. cit.*, pág. 175.

(145) A/CONF. 56/4, 3, 23 y ss.; A/CONF. 56/L. 4/Rev. 1.

— También se puso de manifiesto que de poco vale el derecho legislado si los gastos del proceso son tan elevados que los pobres no puede ejercitar sus derechos (146), o la corrupción es tan alta que impide una recta aplicación de la justicia (147). El primer problema se denunciaba para algunos países asiáticos y el segundo para los hispanoamericanos.

Rodríguez Devesa pone de manifiesto la importancia del derecho comparado en el campo de la política criminal, aunque indica que es necesario tener en cuenta una serie de presupuestos previos, así como que los problemas a tratar han de ser idénticos. Hay que tener presente determinados factores extrapenales, y son la semejanza del nivel técnico jurídico entre ambos países; se precisa de una organización policial adecuada; razonable intensidad en la persecución de los delitos de que se trata; adecuado funcionamiento de la administración de justicia, que no ha de ser lenta ni estar corrompida; una inversión adecuada en el terreno económico, que permita atender la política criminal (148).

De estos presupuestos previos que establece Rodríguez Devesa, se desprende la necesidad de acudir a la criminología, ya que la actuación policial, persecución de delitos, e incluso el tema de la posible corrupción de la administración de justicia, son temas en los que es necesario la investigación criminológica.

En segundo lugar pone de manifiesto las dificultades que se han de tener en cuenta, como son la idiomática, la concepción del mundo dominante, hábitos y costumbres nacionales (149), tema del que ya vimos se ocupó el V Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente.

VII

CONSIDERACIONES FINALES

— Hemos pretendido en este trabajo poner de manifiesto la necesidad de una mayor conexión entre dogmática, política criminal y criminología, como única alternativa válida para la evolución de la dogmática jurídicopenal.

— Creemos que ha quedado suficientemente demostrado la

(146) A/CONF. 56/4, 25; A/CONF. 56/BP/1, 19.

(147) A/CONF. 56/4, 26; A/CONF. 56/BP/2, 35-36.

(148) RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., *El Derecho comparado como método de política criminal*, en ANUARIO DE DERECHO PENAL, 1979, págs. 6 y ss.

(149) RODRÍGUEZ DEVESA, Idem., ídem., págs. 8-9.

importancia de la criminología para la política criminal, y, a través de ésta, para la propia dogmática.

— En los últimos años ha tomado especial relieve en Alemania el valor de la criminología en el campo de la política criminal y del propio derecho penal. En España buena parte de los penalistas reconocen esta realidad, y, sin embargo, la criminología sigue sin recibir ningún apoyo.

— Los jóvenes penalistas españoles que completan su formación en Alemania no quieren hacerse eco de la importancia de la criminología, tal vez porque no se les ha inculcado por sus maestros de España. Muchos prefieren ignorar esa realidad.

— No hemos de olvidar que la política criminal ha de hacerse por los propios países, pues ya vimos que el derecho comparado es insuficiente, aunque tenga cosas aprovechables. Cada nación tiene sus propias peculiaridades.

— Para hacer política criminal necesariamente hay que conocer la realidad del mundo del delito, lo que no se puede conseguir sin el apoyo de la criminología. Este es uno de los defectos que se aprecian en el Proyecto de Código penal de 1980, ya que en su elaboración no han intervenido criminólogos, ni siquiera prácticos del derecho.

— Si en España se sigue ignorando la criminología por buena parte de los penalistas, es muy probable que dentro de pocos años el notable desarrollo que ha adquirido en nuestro país la dogmática jurídico penal sufra un importante retroceso, al no recibir la información criminológica necesaria a través de la política criminal.

— Resulta sorprendente observar que pese a la notable conexión de los penalistas españoles con la dogmática alemana, no haya tenido acogida entre nosotros el movimiento de política criminal que surge últimamente en Alemania, en donde la criminología ha recibido un impulso notable.

— Nuestra evolución histórica en criminología (150), que se

(150) Recordemos en la época anterior a la criminología científica, que se inicia con la escuela positiva, a JERÓNIMO CORTÉS, que en su obra *Libro de Phisonomia natural y varios secretos de la naturaleza* (1597), se adelanta a Lombroso casi tres siglos, pues muchos de los rasgos fisonómicos del italiano sobre los delincuentes coinciden con los del español. Otro español, Mariano Cubí Soler, utilizó la terminología del delincuente nato, aunque bajo la fórmula de «criminal nato», casi medio siglo antes que Lombroso.

Fuimos incluso pioneros en la creación de centros de enseñanza. Por R. D. de 12 de marzo de 1903 se crea en la Prisión Celular de Madrid una escuela especial de Criminología, que por problemas de consignación presupuestaria no comenzó a funcionar hasta el año 1906. Fue su primer director don Rafael Salillas, así como su creador; el último sería Antón Ferrándiz, padre del eminente maestro Antón Oneca.

rompe con el régimen político autoritario, poco o nada puede aportar en los momentos actuales. Penalistas como Bernaldo de Quirós, Ruiz Funes o el propio Jiménez de Asúa, que murieron en el exilio, se ocuparon también de la criminología, convencidos de que las aportaciones de esta ciencia al derecho penal eran importantes, así como que el penalista debe conocer la realidad del mundo del delito. Recordemos en esta línea a figuras de tanto relieve como Liszt o el propio Mezger (151).

— Las aportaciones de la criminología son importantes no sólo para el derecho penal, sino para la prevención y lucha contra la criminalidad. La falta de investigación en este campo nos ha llevado a desconocer el porqué la delincuencia en nuestro país se ha incrementado de forma alarmante en los últimos años (152). Por otra parte, el miedo aumenta cada día más entre los ciudadanos, que temen salir por la noche de sus domicilios o frecuentar ciertas zonas de las ciudades. Ese temor llegará incluso a repercutir en el turismo, con los consiguientes perjuicios económicos. Sin embargo, la criminología sigue sin recibir apoyo de los penalistas, el Gobierno o el Ministerio de Universidades e Investigación. Los Institutos de Criminología carecen de dotación oficial y de profesorado estable, lo que impide hacer investigación.

— La falta de apoyo por parte de los penalistas a la criminología, así como de otros organismos, ya vemos que puede influir en el conocimiento sobre los orígenes de la criminalidad y medios de prevención. Ante la indiferencia de la mayor parte de los penalistas respecto de la criminología, puede llevar a que esta ciencia sea absorbida por las Facultades de sociología, siguiendo el modelo anglosajón, donde la mayor parte de los criminólogos proceden de este campo. Las trabas que algunos penalistas vienen poniendo a la criminología ha sido el motivo fundamental de que esta ciencia no haya evolucionado tras la iniciación del período democrático en España.

— Después de todo lo expuesto resulta sorprendente ver cómo no hay ni una sola dotación de criminología en nuestro país,

(151) Mezger escribió una obra que fue traducida en 1942 por Rodríguez Muñoz, bajo el título de *Criminología*.

(152) Sin olvidar el constante aumento de los actos terroristas, cabe destacarse, entre los delitos que más han aumentado, los siguientes: Robos con violencia o intimidación en las personas, 1975 (820), 1976 (1.240), 1977 (2.690), 1978 (4.759) y 1979 (9.385); entidades bancarias (atracos), 1975 (76), 1976 (108), 1977 (244), 1978 (535) y 1979 (1.478). Vemos cómo las formas más graves de robo contra las personas se multiplican por once en cuatro años, mientras que los atracos en entidades bancarias aumentan en el mismo período en veinte veces más.

En materia de sustracción de vehículos de motor se pasa de 41.100 en 1975 a 107.938 para 1979, mientras que el problema de los delitos relativos a estupefacientes se triplican durante ese mismo período de tiempo, iniciándose los jóvenes en el consumo cada vez a edad más temprana.

mientras que se aproxima a doscientos el número de profesores que a distintos niveles, numerarios y no numerarios, se dedican al derecho penal. La Universidad Nacional de Educación a Distancia es la primera que ha dotado una Agregación de Criminología (153) y esperamos que otras Universidades sigan este ejemplo.

(153) Por Orden de 31 de marzo de 1978 se dota en la UNED una plaza de profesor agregado de Derecho penal (Criminología). En realidad es una agregación de criminología, pues mediante esta fórmula, regulada en la Orden de 4 de marzo de 1971, el Ministerio de Educación y Ciencia establecía la posibilidad de crear especialidades. Al respecto, dispone el número 2.º de dicha Orden: «En los casos en que la plaza de profesor agregado que se crea venga a satisfacer la necesidad de una enseñanza especializada, dentro de una disciplina ya servida por una Cátedra, la denominación de aquélla deberá comprender el nombre de la Cátedra, figurando entre paréntesis el de la especialidad...». Pese a todo, no estamos muy convencidos de que esta agregación, aun siendo de criminología, se le asigne a un criminólogo, pues depende de la simpatía que por esta ciencia tenga el tribunal que juzgue el concurso. Lo que sí quedará claro es que quienes decidan el concurso-oposición serán los responsables de que en la Universidad española se dé entrada a la criminología o de que posiblemente se le cierre el paso de forma definitiva.

La Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia es la única que en la Licenciatura en Derecho tiene incluida la criminología, aunque como materia optativa. Tampoco dispone de ningún profesor numerario de esta disciplina. Se dotó una Agregación de Derecho penal (Criminología) por Orden de 5 de noviembre de 1976, aunque no llegó a convocarse a concurso-oposición, siendo desdotada poco después por Orden de 23 de febrero de 1977, dotándose en su lugar una dedicada a Derecho penal.

La estructura de la acción punible en el Código penal

JOAQUIN CUELLO
Ayudante de Derecho penal (Sevilla)

I

Lo insatisfactorio de todas las interpretaciones que se han dado del término *voluntarias* del artículo 1.º, I C. p. (1) es que ninguna permite descifrar el *contenido normativo* de tal precepto (de «tautología» habla Córdoba Roda) (2).

Tampoco la interpretación de Córdoba logra sustraerse a aquella objeción. Si *voluntarias* ha de ser entendido como querer referido a la norma, es decir, representación de la norma infringida («puesto que no existe voluntad sin conocimiento...»), tendremos una configuración de la acción que abarca *necesariamente* el conocimiento de su antijuricidad («ya de la prohibitiva del resultado o hecho típico en las conductas dolosas, ya la del deber de cuidado en las culposas»); y si el término *malicia* del artículo 565 alude al querer del resultado más la representación de su antijuricidad, elementos cuya ausencia constituye la imprudencia (de hecho o de Derecho respectivamente), tendremos que el contenido del artículo 1.º, I y del 565 será exactamente el mismo. (En lo fundamental coincide Córdoba con la teoría del dolo) (3) (4).

También es tautológica la interpretación de Mir Puig (5), que identifica el «delito» del artículo 1.º, I con el *tipo legal abstracto* de cada figura del Libro II.

Es necesario, pues, buscar el contenido normativo del párrafo en cuestión. ¿Qué se quiere prescribir en él que no esté ya contenido en otro lugar del Código?

(1) Un resumen breve y exhaustivo sobre las interpretaciones dadas por la doctrina española al término *voluntarias* del artículo 1.º, I, puede verse en RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Derecho penal. Parte general I*, Madrid, 1977, páginas 200-205.

(2) CÓRDOBA RODA, J.-RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código penal I*, Barcelona, 1972, pág. 23. En contra: MIR PUIG, S., *Los términos «delito» y «falta» en el Código penal*, *Anuario* 1974, pág. 345, nota (79).

(3) CÓRDOBA RODA, *Comentarios I*, pág. 25.

(4) Como en seguida se verá, coincidimos con Córdoba en cuanto a la equiparación de «voluntarias» a *cupables*, aunque discrepamos sobre el contenido de la culpabilidad.

(5) MIR PUIG «Delito» y «falta», pág. 346.

El Proyecto de C. p. de 1822 contenía una definición del delito doloso y otra de la imprudencia (6). En dichas definiciones aparecían una serie de características que habían de acompañar a la acción para hacerla objeto de punición («voluntarias», «a sabiendas», «con malicia» para el delito doloso; «sin mala intención», referida a la causa que el autor pudo y debió evitar, es decir, infracción del deber de cuidado; «con conocimiento de exponerse a violar la ley», es decir, imprudencia consciente equivalente al error de prohibición para el delito imprudente).

Cierto que la desaparición del término «a sabiendas» del artículo primero determinó que todo el peso del delito doloso recayera sobre el término «con malicia», y que del artículo segundo desapareció la fundamental referencia al «conocimiento de exponerse a violar la ley». Ahora bien, de lo que no cabe duda es de que con estas definiciones se pone de manifiesto una gran decantación de los caracteres de la acción punible. Y, lo que es más importante, que el legislador de 1822 quiso establecer en los artículos primero y segundos sendos *tipos de garantía* (7), es decir, una formulación general mediante la que aquél determina que el juez o el intérprete que haya de confrontarse con un tipo de la Parte especial del Código se atendrá, para estimar o no la punición, a si el comportamiento delictivo del autor reúne las características exigidas en los artículos 1.º y 2.º; lo que significa que dejará impune aquellos comportamientos que pese a haber causado el resultado típico no reúnan las características del delito doloso ni del imprudente.

El análisis de los caracteres de la acción punible en el Derecho español nos obliga a estudiar las estructuras lógico-objetivas del Libro I del Código, pues allí aparecen dispersas en distintos artículos sendas tipificaciones de causas que van a determinar la impunidad de un comportamiento (ausencia de acción, causas de exclusión de la antijuricidad y de la culpabilidad) y cláusulas de responsabilidad a título de dolo o imprudencia.

II

1. Cuando el artículo 1.º alude a acciones *voluntarias*, se refiere a *culpables*. Este es el contenido normativo del precepto en cuestión, el único posible. Seríamos los últimos en negar que al principio el término significaba «voluntariedad», la *Freiwilligkeit*

(6) Véase CUELLO CONTRERAS, J., *Análisis de un Informe anónimo aparecido en Sevilla sobre el Proyecto de Código penal de 1822*, Anuario 1977, páginas 92-100.

(7) Esta nomenclatura no se corresponde con la de ENGISCH, K., *Die normativen Tatbestandselemente im Strafrecht*, Fest. für E. Mezger, München 1954, págs. 127-163, págs. 131-132. Se trata más bien de una *Realdefinition* de contenido normativo, que en nuestro Derecho penal ha sido incluida en el Texto legal; Engisch, *Logische Überlegungen zur Verbrechenstdefinition*, Fest. für H. Welzel, Berlin 1974 (págs. 343-378), pág. 351.

de los alemanes (8). Que al término «voluntarias» ha de ser interpretado como culpables es nuestro punto de partida.

También Córdoba y Rodríguez Mourullo interpretan el «voluntarias» como culpables. ¿Qué otra cosa sino la culpabilidad es la «contrariedad a la norma» a que refieren estos autores la voluntariedad? Pero, a mi entender, no han visto el carácter vinculante, normativo, del precepto.

Es bastante sorprendente la facilidad con que la doctrina española ha «roto» lo establecido en el artículo 1.º, I, que no por su carácter genérico y abstracto es menos Ley positiva que las restantes disposiciones del Código. En efecto, mientras que en el párrafo I se ha querido ver consagrado el principio de culpabilidad (por tanto sólo se punirán acciones dolosas o imprudentes), en el II ya se ha constatado la excepción procesal (9) lo que, dicho sea de paso, supondría el final del Derecho procesal. Pues si cualquier magistrado, comprobada la producción del resultado x por el inculpado A, parte de que éste va a ser castigado a no ser que demuestre (el inculpado, no el tribunal) que no actuó dolosa ni imprudentemente, o que carece de la capacidad de culpabilidad exigida, etcétera, entraremos en un mundo al revés donde se presume lo que siempre habíamos creído que tenía que ser probado de una cierta manera, sometido a una serie de garantías procesales; y en caso contrario absolver, pese a no haber quedado clara constancia de la inculpabilidad del acusado.

Que tal interpretación del párrafo II del artículo 1.º pueda ser posible no significa que sea la única, ni la vinculante para el intérprete, en base a un argumento histórico (10). Puesto que en esta ocasión el párrafo en cuestión admite otra interpretación armonizable con lo establecido en el párrafo I y que cae perfectamente dentro del propio tenor literal del precepto analizado (11), habrá que dar preferencia a la misma; y la «carga de la prueba en contrario» corresponderá a quienes rechacen aquella interpretación.

Las normas de la Parte general del Código tienen la finalidad de completar lo recogido en cada una de las figuras de delito de la Parte especial. En el Libro I se regulan una serie de aspectos comu-

(8) CUELLO CONTRERAS, *Código penal de 1822*, págs. 93-98.

(9) RÓDRIGUEZ MOURULLO, *La presunción legal de voluntariedad*, *Anuario* 1965 (págs. 33-84). Pese al esfuerzo de Rodríguez Mourullo por restringir el alcance de la presunción (cfr. págs. 75-83), no puede evitar tener que extenderla a *todo* aquello que abarca el juicio de reproche de la culpabilidad.

(10) Es precisamente acudiendo a una *interpretación progresiva* del Texto legal como la propuesta por RÓDRIGUEZ MOURULLO, *Presunción legal de voluntariedad*, pág. 78 (cfr. también CÓRDOBA RODA, *Comentarios* I, pág. 23), que soslaya el sentido originario del precepto en aras de la evolución dogmática experimentada con posterioridad, la que nos ha llevado a entender la «presunción» del artículo 1.º, II, de la forma que a continuación haremos.

(11) Sobre el límite representado por el *tenor literal* en la interpretación de la ley penal, CUELLO CONTRERAS, *La frontera entre el concurso de leyes y el concurso ideal de delitos: La función de la normativa concursal (II)*, *Anuario* 1979 (págs. 451-477), pág. 462 nota (196).

nes a todos o una gran parte de los tipos particulares de injusto, ampliando y restringiendo el ámbito de punición (ejemplo de lo primero es la norma sancionadora de la tentativa y de la participación, de lo segundo el instituto de la prescripción) o regulando un conjunto de efectos comunes a todas las formas del delito (medición de la pena). Entre las normas restrictivas a que acabo de aludir se encuentra la presunción de voluntariedad, de culpabilidad. Me explico: Cuando el artículo 1.º, II establece que «las acciones y omisiones penadas por la Ley se reputan siempre voluntarias», quiere decir que todas y cada una de las acciones y omisiones tipificadas y sancionadas en el Libro II serán acciones y omisiones *culpables*, es decir, dolosas o imprudentes; y ello aunque el tipo aparezca configurado *causalmente* («si de resultados del acto a se ocasionase el resultado x»).

Entonces, ¿cuál será la excepción a que alude la última parte del párrafo: «... a no ser que conste lo contrario»? Pues, precisamente lo contrario sólo consta en supuestos muy excepcionales —en los motivos que el legislador haya podido tener para la creación de estos tipos no entramos en esta ocasión (12)—, como el artículo 509: «El que tuviere en su poder ganzúas u otros instrumentos destinados especialmente para ejecutar el delito de robo y no diere *descargo suficiente* sobre su adquisición o conservación...»; o el artículo 315, configurado en muy parecidos términos para el delito de falsedades.

Estos y otros cuantos preceptos repartidos por el Código son los únicos casos de «*praesumptio doli*» de nuestro Derecho penal. El párrafo II del artículo 1.º C. p. no contiene una cláusula general sobre aquella presunción a efectos procesales. Al contrario, la «*praesumptio doli*» será el supuesto-excepción que confirma la tesis

(12) Véase HENKEL, H., *Die «Praesumptio Doli» Strafrecht*, Fest. für E. Schmidt, Göttingen, 1961 (págs. 578-601). Henkel interpreta (págs. 586 s.s) supuestos del StGB de características parecidas a nuestro artículo 509 C. p. como delitos de *peligro abstracto* en los que la ausencia de finalidad delictiva actúa como *negativa condición objetiva de punibilidad*: si el tribunal no puede probar circunstancias que demuestren la ausencia de finalidad delictiva, entonces la presunción actúa «en contra del reo». Los preceptos de esta naturaleza han desaparecido del StGB en las más recientes reformas. Sin embargo, en nuestro Derecho, el nuevo artículo 319 (delito fiscal) —no éste el lugar de extenderse sobre si se tratan de presunciones auténticas o inauténticas— las prevé: «*Se entiende que existe ánimo de defraudar en el caso de falsedades o anomalías sustanciales en la contabilidad y en el de negativa u obstrucción a la acción investigadora de la Administración tributaria*». «Cuando el deudor de la cuota defraudada o el titular de la ventaja fiscal ilícitamente obtenida sea una Sociedad, Entidad o Empresa, el delito será imputable a los Directores, Gerentes, Consejeros-delegados o personas que efectivamente ejerzan su administración, a menos que quede demostrada la ausencia de responsabilidad, en cuyo caso... «No obstante lo anterior, a nadie se le oculta las posibilidades de éstas o semejantes técnicas de incriminación. TIEDEMANN, K., *Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität, I, Allgemeiner Teil*, Reinbek, 1976, págs. 231-243, ha puesto de relieve la utilidad de la Dogmática para metas de Política criminal de manos del delito de quiebra.

general de la culpabilidad. Así pues, el párrafo II confirma y completa al párrafo I: no habrá delito si no existe un comportamiento imputable a título de dolo o imprudencia.

2. Nos quedan por ver los supuestos aparentemente más difíciles de armonizar con nuestra tesis inicial sobre la culpabilidad. Me estoy refiriendo a los llamados «delitos cualificados por el resultado» (13). Rodríguez Devesa (14) ha afirmado, con razón, que la doctrina española, obsesionada con la presencia del «versari», lo ha visto incluso donde no lo había. A mi entender, no sólo habría que interpretar restrictivamente los vestigios que del «versari» pudiesen quedar en nuestro Derecho (15), incompatibles con los principios informadores de nuestra disciplina (especialmente el principio de culpabilidad), sino que además habría que esforzarse para lograr una interpretación «distinta» de los preceptos que aparentemente pudiesen consagrarlo.

Los preceptos a que me estoy refiriendo son el artículo 1.º, III, el artículo 50 y la circunstancia atenuante núm. 4 del artículo 9.º (de no tener el autor la intención de causar un mal de tanta gravedad como el causado).

El artículo 50 es una norma *correctora* de la concursal. Mediante el párrafo I se trata de evitar la severidad de la pena a que se llegaría de aplicar el artículo 71 hasta su límite máximo (la pena correspondiente al delito consumado de asesinato pese a que este delito sólo alcanzó la fase de tentativa) obligando a imponer la pena correspondiente al delito menos grave en su grado máximo (homicidio consumado) que concurrió con aquél (16).

El párrafo II, por su parte, está pensado para evitar los efectos negativos que puede producir una aplicación *mecánica* de la norma del concurso ideal en los casos donde aquélla determina una pena superior a la correspondiente a la hipótesis de que efectivamente el autor hubiese consumado su propósito inicial. Para estos casos, el precepto en cuestión establece que no será la norma del concurso ideal la que se aplique, sino la del concurso de leyes, es decir, *únicamente* la del delito consumado o la del intentado, según que una u otra sea la más grave (17). De todo lo cual se deduce que es posible una interpretación del artículo 50 totalmente ajena al «versari».

(13) Véase por todos, CEREZO MIR, J., *Der Vorentwurf eines neuen allgemeinen Teils des spanischen Strafgesetzbuches von 1972*, Strafrecht und Strafrechtsreform, Madlener/Papenfuss/Schöne (Hrg.), Köln, 1974 (págs. 67-96), págs. 74-75 (con bibliografía).

(14) RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., *Derecho penal español. Parte general*, 2.ª ed. Madrid, 1971, pág. 519: «El 'versari' alienta, repito, más en la doctrina que aparentemente lo repudia, que en la propia ley».

(15) Ello es mérito que nadie puede negar a RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios II*, Barcelona, 1972, comentario al artículo 50, págs. 207-214.

(16) CUELLO CONTRERAS, *Función de la normativa concursal (I)*, *Anuario 1979* (págs. 45-91), pág. 85, nota (183).

(17) CUELLO CONTRERAS, *El delito «sui generis»*, *Anuario 1978* (págs. 35-95), páginas 78-81.

Y puesto que la circunstancia atenuante núm. 4 del artículo 9.º es la simple tipificación de uno de los *criterios de medición de la pena* (18) que actúa junto con otros muchos, tipificados o no, se hace difícil querer ver confirmada la tesis del «versari» (19) en un precepto de importancia tan relativa como el destinado a regular los criterios de medición de la pena (dentro del marco establecido en el tipo o *marco de culpabilidad*). Sobre este extremo hemos de volver después.

Así pues, sólo resta por considerar qué interpretación haya de darse al artículo 1.º, III: «El que cometiere voluntariamente un delito o falta incurrirá en responsabilidad criminal, aunque el mal causado fuere distinto del que se había propuesto ejecutar».

Poco podemos añadir sobre el término «voluntarias» que de nuevo vuelve a aparecer e, indudablemente (20), con el mismo sentido que anteriormente. También aquí la acción por la que se va a castigar al inculpado será una acción culpable, es decir, dolosa o imprudente. Ahora bien, ¿qué significa la cláusula final: «aunque el mal causado fuere distinto del que se había propuesto ejecutar»? ¿Significa que se va a responder por lo *no culpablemente* causado?

Evidentemente que no. Al contrario, responderá por lo causado culpablemente y no por lo que realizó sin culpabilidad, *involuntariamente*. Veamos esto con un par de ejemplos que nos permitirán constatar que aquel precepto no da pie a ver reflejada en él la afirmación del «versari» en nuestro Derecho penal.

Quien mata a un tercero que ha confundido con uno de los parientes del artículo 405 podrá responder por parricidio, de la misma forma que la madre que mata a su hijo teniéndolo por ilegítimo sin serlo responderá por infanticidio (art. 410); pues en ambos casos se trata de elementos de la culpabilidad (mediante los que se castigan determinadas motivaciones o actitudes que acompañan a los actos típicos de ejecución) —mayor o menor reprochabilidad—, elevados a la categoría de típicos (21). Algo parecido puede decirse de los supuestos incluidos en el error «in persona vel in objecto»: el autor quería disparar sobre alguien que se encontraba a 200 metros a quien tiene por A sin serlo y efectivamente le alcanza. En este caso no habrá inconveniente en castigar al autor por un delito consumado de homicidio, siendo

(18) Estimo que la ubicación legal de las circunstancias atenuantes y agravantes, a continuación de las eximentes, ha determinado que una doctrina dominante en nuestro país las estudie erróneamente en la teoría del delito. Véase, por todos, RODRÍGUEZ DEVESA, *Parte general*, pág. 563.

(19) Véase, no obstante, RODRÍGUEZ MOURULLO, *La atenuante de preterintencionalidad*, *Anuario* 1970 (págs. 555-579): «La existencia misma de la atenuante de preterintencionalidad denuncia la vigencia en nuestro Código del principio del «versari» (pág. 557).

(20) MIR PUIG, «*Delito*» y «*falta*», pág. 320, ha insistido sobre la univocidad de los términos empleados por el Legislador.

(21) CUELLO CONTRERAS, *Delito «sui generis»*, pág. 71.

irrelevante el error sobre el objeto apuntado y efectivamente alcanzado. No, por contra, en los casos de «*aberratio ictu*», donde estaremos ante una tentativa de homicidio respecto al objetivo perseguido y no alcanzado (A intenta disparar sobre B y no le alcanza, pero sí a C que está junto a B) en concurso con un delito imprudente de homicidio respecto al objetivo alcanzado (22).

De esta forma se consigue armonizar el *tenor literal* del artículo 1.º, III con el rechazo del «*versari*». Pues quien mata a su hijo legítimo creyendo que es ilegítimo, a un tercero creyendo que es su padre, a una persona que ha confundido con otra, o por error en el golpe ha alcanzado a persona distinta a la apuntada evidentemente han causado un *mal distinto* del que se habían propuesto ejecutar y, sin embargo, van a responder por resultados causados culpablemente, imputables como tales.

Además, el precepto en cuestión se limita a establecer que en estos casos el autor responderá, lo que no dice es *cómo* (23). Por esta razón, y conforme al principio de culpabilidad, hemos tenido a bien estimar en unos casos el delito consumado de homicidio, infanticidio y parricidio respectivamente, y en otro tentativa de homicidio en concurso con homicidio imprudente: acudiendo para ello a la configuración de los tipos de culpabilidad de cada uno de ellos. Esto es precisamente lo que no puede evitar la tesis del «*versari*»: caer en incongruencias como la de castigar por el delito de parricidio (!) a quien queriendo matar a un tercero mata a su padre que ha confundido con aquél (24). ¿Qué respeto es éste de la estructura eminentemente culpabilista del tipo de parricidio?

III

Si algo resulta indiscutible sobre el término *malicia* que aparece en el artículo 565 es que su inclusión en aquel lugar tiene la función de servir de criterio delimitativo entre el delito doloso y el imprudente. El legislador español utiliza pues el término «*malicia*» en la más significativa ocasión en que ha de referirse al delito doloso. *Dolo* y *malicia* son por tanto términos sinónimos. Mas, no dice la Ley; y, por supuesto, ni del contenido del texto legal ni la de la

(22) Véase, por todos, H.-J. RUDOLPHI, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch* (Rudolphi-Horn-Samson-Schreiber), Band I, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. Frankfurt, 1977, pág. 120 (§ 16).

(23) En este sentido, RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios I*, pág. 52 (artículo 1.º, III).

(24) No obstante, en esta dirección, RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios II*, páginas 212-213 (art. 50).

«naturaleza de las cosas» se deriva que aquélla incluya *necesariamente* el contenido de la antijuricidad (25).

Así pues, la situación en torno a este problema en nuestro Derecho es muy semejante a la existente hasta hace poco en Alemania, donde el silencio del legislador polarizaba a la doctrina en torno a dos posiciones extremas (teoría del dolo/teoría de la culpabilidad) sobre la inclusión o no en el dolo del conocimiento de la antijuricidad (26). Es innecesario profundizar en las razones que han llevado al legislador alemán a pronunciarse por la teoría de la culpabilidad (pese a la acusación de anticonstitucionalidad llevada a cabo por sus antagonistas) (27), ni en los argumentos de índole dogmática y de política criminal que sustentan a aquella teoría (28). Lo cierto es que, desde el punto de vista de la evolución dogmática, exigir en el dolo el conocimiento de la antijuricidad significa experimentar un retroceso de cien años a una fase en la que se confundían las categorías básicas de *antijuricidad* y *culpabilidad*, diferenciación en la que se basa todo el Derecho penal moderno (29).

Además, pese a la afirmación anterior de que el legislador español no se ha pronunciado sobre la inclusión o no del conocimiento de la antijuricidad en el dolo, es lo cierto que el texto legal impide la realización de los efectos que la teoría del dolo quiere hacer derivar de la inclusión en el mismo del conocimiento de la antijuricidad.

Postulado fundamental de la teoría del dolo es que el autor que obra sin conocimiento actual de la antijuricidad del hecho no responderá a título de delito doloso, y sí por imprudencia si su error fue vencible o evitable (30). Sin embargo, el sujeto que actúa

(25) En contra, CÓRDOBA RODA, *El conocimiento de la antijuricidad en la teoría del delito*, Barcelona, 1962, pág. 70: «La estructura ontológica propia de este concepto (*malicia*) implica en efecto la concurrencia de la intención referida al resultado con la representación de la antijuricidad de éste»; en contra de la inclusión en el dolo del conocimiento de la antijuricidad se pronunció ya con anterioridad CEREZO MIR, *Lo injusto de los delitos dolosos en el Derecho penal español*, Anuario 1961 (págs. 55-68), pág. 67; del mismo, *La conciencia de la antijuricidad en el Código penal español*, REP 1964 (págs. 449-466), pág. 460.

(26) Pese a lo cual, ya con anterioridad a la regulación legal, doctrina y jurisprudencia se habían pronunciado abrumadoramente por la teoría de la culpabilidad. Cfr. STREE, W., *Einführung in das neue Strafrecht* (Roxin-Stree-Zipf-Jung), 2. Aufl. München, 1975, pág. 50; recientemente, KRÜMPELMANN, J., *Die strafrechtliche Behandlung des Irrtums*, Beiheft zur ZStW (90) 1978 (págs. 6-68), págs. 7-12.

(27) Así, SCHMIDHÄUSER, E.: *Unrechtsbewusstsein und Schuldgrundsatz*, NJW 1975 (págs. 1807-1813), pág. 1813; y LANGER, W., *Vorstztheorie und Strafgesetzhliche Irrtumsregelung*, GA 1976 (págs. 193-218), pág. 203.

(28) Por ejemplo, NAUCKE, W., *Strafrecht. Eine Einführung*, Frankfurt, 1975, págs. 269-273.

(29) Véase, ZIELINSKI, D., *Handlungs- und Erfolgswert im Unrechtsbegriff*, Berlin, 1973, pág. 17.

(30) Por esta razón no puede negar Córdoba su afinidad con la teoría del dolo en cuanto la *malicia* requiere, según él, representación *actual* de

en una situación de legítima defensa, quien conforme a aquella teoría evidentemente carece del conocimiento de la antijuricidad requerida para castigar por el delito doloso que constituye su acción de defensa, va a ser hecho responder de un delito doloso con la pena atenuada resultante de la aplicación del artículo 8.º, núm. 4 en relación con los artículos 9.º, núm. 1 y 66 (la inferior en uno o dos grados a la del delito doloso cometido); y no por un delito imprudente, pese a la presencia del error de prohibición evitable (31). Salvo el llamado «caso fortuito» (art. 64), en las restantes causas de justificación del artículo 8.º (no todos los supuestos del art. 8.º son causas de justificación ni únicamente justifican las causas tipificadas en dicho artículo) no es viable la teoría del dolo.

Conclusión: No es la teoría del dolo sino la de la culpabilidad la armonizable con los efectos que el legislador hace derivar del error sobre las causas de justificación. Más todavía, ni siquiera es la teoría restringida de la culpabilidad sino la estricta la que mejor encaja en nuestro C. p. Pero este tema pertenece ya al apartado siguiente.

Según Torío (32), de resultas de la reciente reforma del Título preliminar del Código civil (art. 6.º, 1: «El error de derecho producirá únicamente aquellos efectos que las leyes determinen») habrá que excluir de nuestro Sistema de Derecho penal los efectos propugnados por todas las teorías sobre la relevancia del error de prohibición salvo los de la estricta teoría del dolo, pues únicamente los que ésta hace derivar tienen un origen «intra legem».

La conclusión a que llega Torío tiene como punto de partida la inclusión de «la conciencia de la antijuricidad entre los elementos del delito» (33). Pero eso es precisamente lo discutible. Antes y después de la reforma no se dice en ningún lugar que la conciencia (actual) de la antijuricidad sea presupuesto de la pena. Precisamente porque la Ley callaba en este extremo (lo que por otra parte es de celebrar) se pudo ir configurando por jurisprudencia y doctrina una teoría sobre el error de prohibición que permitiese

la antijuricidad de la conducta; su punto de vista, de distanciamiento de esta teoría, se salvaguarda por contra en la imprudencia, pues allí basta que la representación del resultado hubiese sido posible si no se hubiese infringido «voluntariamente» el *deber de cuidado* (lo que, sin embargo, se consigue al precio de romper la conexión entre el *hecho* y la *norma*). Así mismo, se distancia Córdoba de aquella teoría en la valoración del error sobre las causas de justificación, lo que le lleva a rechazar la doctrina de los elementos negativos del tipo y aceptar, por tanto, los postulados de la teoría estricta de la culpabilidad (CÓRDOBA RODA, *Conocimiento de la antijuricidad*, págs. 135, 131, 121).

(31) En el mismo sentido, ya CEREZO, *Conciencia de la antijuricidad*, páginas 460-461.

(32) TORÍO, A., *El «error iuris». Perspectivas materiales y sistemáticas*, III Jornadas de Profesores de Derecho penal (presentación de A. Fernández Albor), Santiago, 1976 (págs. 315-339), pág. 315.

(33) TORÍO, «*Error iuris*», pág. 315, y más adelante, pág. 350: «De no querer sostener que la conciencia de la antijuricidad ha sido eliminada por la reforma como presupuesto de la pena...».

practicar las metas de política criminal deseadas y responder a las cotas de delimitación dogmática alcanzadas. Lo que exige el Derecho penal es la culpabilidad: poder haber actuado de manera conforme a Derecho, es decir, conocer o haber podido conocer la prohibición del comportamiento. Presupuesto mínimo de la culpabilidad, junto a su capacidad, es el conocimiento *potencial* de la antijuricidad.

Por la razón acabada de exponer, no parece pueda afirmarse que, por ejemplo, la teoría de la culpabilidad *extienda* por analogía la responsabilidad por delito doloso de aquellos supuestos donde medió el conocimiento actual de la antijuricidad a otros en los que dicho conocimiento fue posible, ampliándose de esta forma su ámbito de punición. Al contrario, partiendo de que tan culpable es quien actuó con conocimiento actual de la antijuricidad como quien obró con error evitable de prohibición, la aplicación de la regla del artículo 66 por analogía que propone Cerezo (34) no amplía el ámbito de punición, sino que más bien se limita a atenuar una responsabilidad preexistente. Y, con mayor razón, en los casos en que el error fue inevitable, ni siquiera es preciso acudir a la aplicación por analogía del artículo 8.º, núm. 1 (35), pues basta con la cláusula general de culpabilidad del artículo 1.º, I.

En fin, no puede estimarse que el artículo 6.º, I C. c. signifique cortapisa alguna para la realización de los efectos propugnados por una u otra teoría sobre el conocimiento de la antijuricidad en nuestro Derecho penal. Incluso si algo propugna el precepto en cuestión es la plena responsabilidad en los casos de error de prohibición evitable, si bien su mandato es vulnerable por la aplicación analógica del artículo 66 C. p. que en definitiva opera en beneficio del inculpado, lo que en Derecho penal no está prohibido.

IV

1. Es encomiable el esfuerzo realizado por Rodríguez Mourullo para excluir el «versari» que necesariamente parece derivarse de la interpretación dada por la doctrina española a la eximente octava del artículo 8.º. El arranque lícito inicial exigido por la eximente no significa, según Rodríguez Mourullo, que el autor vaya a responder por el resultado fortuitamente producido cuando su conducta fue ilícita. Para impedir tal conclusión está el principio de culpabilidad, reconocido en el artículo 1.º, I (36).

(34) CEREZO, *Conciencia de la antijuricidad*, pág. 465.

(35) Por la aplicación analógica del artículo 8.º, núm. 1, se ha pronunciado CEREZO, *Conciencia de la antijuricidad*, pág. 465.

(36) RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios I*, pág. 323 (art. 8.º, 8): «Si falta la licitud inicial de la conducta no puede aplicarse la eximente octava porque, en verdad, el sujeto no puede quedar exento de responsabilidad criminal, toda vez que está llamado a responder de su conducta ilícita, pero respecto al resultado accidental causado sin culpa ni intención, es aplicable, en todo caso, el párrafo primero del artículo 1º».

Ahora bien, si el resultado fortuito ocasionado por la conducta lícita inicial *jamás* puede ser punible (aquél no es ni siquiera típico), ¿qué comportamiento y por qué exime el núm. 8 del artículo 8.º?

En la sociedad actual, como consecuencia del desarrollo tecnológico, el hombre no puede prescindir de una serie de actividades a las que necesariamente acompaña una alta probabilidad de que se produzcan resultados no deseados por el Derecho. Se trata, en definitiva, de comportamientos en los que se ponen en peligro bienes jurídicos como la vida o la integridad de las personas; y sin embargo el Derecho penal no interviene prohibiéndolos (37). A mi entender, el artículo 8.º, núm. 8 es la consagración legal de esta figura del «riesgo permitido» acuñada por la doctrina científica. Sobre la naturaleza excluyente del tipo o de la antijuricidad del «riesgo permitido» no vamos a pronunciarnos en esta ocasión. Sí, en cambio, de algunas peculiaridades de su regulación en el Derecho penal español.

El artículo 64 conecta con la imprudencia del supuesto en que el autor cree ejecutar un acto lícito que en realidad no lo es (aquél supone que su comportamiento se sigue desarrollando dentro del *riesgo permitido* sin estarlo en realidad) y su error pudo haberse evitado si hubiese llevado a cabo el examen previo exigido (38).

Téngase, sin embargo, en cuenta que el artículo 64 se limita a establecer la sanción correspondiente a una conducta prevista en otro lugar (la ausencia del requisito exigido en el art. 8.º, 8 para eximir). Lo que aquel precepto determina no implica el pronunciamiento del legislador sobre los efectos del error acerca de los presupuestos de una causa de justificación. Simplemente se limita a equiparar su tratamiento penal al de la imprudencia.

Ello no significa, por tanto, que el legislador español se haya pronunciado sobre la teoría del dolo o de la culpabilidad. Del tenor legal lo único que cabe deducir es que en el Derecho español, salvo en el llamado «caso fortuito» (que en realidad no es tal), no se producen los efectos postulados por la teoría del dolo. Por esa razón, no es viable aquella teoría y sí la opuesta, de la culpabilidad.

2. De lo expuesto se deduce, en segundo lugar, que en el Derecho penal español no existe base legal suficiente para estimar sin más la *teoría de los elementos negativos del tipo*. Naturalmente, con ello no se está prejuzgando cuál teoría tenga mejor fundamentación dogmática (si la que los niega o la que los afirma). Tan sólo se ha tratado de poner de relieve que, al igual que ocurría con la teoría del dolo, la teoría de los elementos negativos del tipo, es decir, la *teoría restrictiva de la culpabilidad* no es viable en el Derecho penal español, pues la norma reguladora de los efectos

(37) Véase, por todos, JESCHECK, H. H., *Lehrbuch des Strafrechts*, A. T. 3. Aufl. Berlín, 1978, págs. 322-326.

(38) En el mismo sentido, aunque partiendo de presupuestos distintos RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios II*, pág. 287 (art. 64).

de las causas eximentes en el C. p. es bastante clara al respecto: si falta el elemento objetivo de la causa de justificación el autor responderá por el delito doloso cometido, si bien con la atenuación prevista por el artículo 66. *Sólo la concurrencia del elemento objetivo y del subjetivo permite estimar la causa de justificación*. El elemento subjetivo no puede subsanar lo que objetivamente falta: el presupuesto objetivo de la justificación (39).

Ahora bien, ello no quiere decir que sea imposible seguir la iniciativa de Jescheck (40) de aplicar la norma sancionadora de la imprudencia a los casos de legítima defensa putativa. Para ello basta con estimar *por analogía* lo establecido en el artículo 64 para la causa de justificación del artículo 8.º, 8, pues de esa forma no se está diciendo que desaparezca el desvalor de acción de la conducta de quien actúa en legítima defensa putativa, sino que aquél resulta simplemente disminuido. Dicho de otra manera: la errónea suposición del presupuesto de la causa de justificación («elemento negativo del tipo») no hace decaer la antijuricidad, sino que se limita a determinar una *disminución de la culpabilidad* y, por tanto, de la pena.

Todavía pueden reducirse más los efectos de la legítima defensa putativa: mediante el análisis del *juicio objetivo* sobre la situación justificante. Veamos. La valoración de la antijuricidad de un comportamiento no puede depender de la intención del autor (41). Puesto que la norma permisiva autoriza en definitiva la lesión de bienes jurídicos ajenos, su intervención no puede depender de la representación subjetiva del agente. El error sufrido por aquél puede desembocar en responsabilidad penal. Ahora bien, la valoración del presupuesto de la causa de justificación es un *juicio ex ante*. Si cualquiera hubiese apreciado en los hechos una agresión ilegítima, la acción de defensa («putativa») no podrá estar prohibida. (Si con posterioridad se descubre que el arma utilizada para amenazar era de juguete, ello no impedirá estimar legítima defensa cuando «ex ante» cualquiera habría creído en la seriedad de la agresión) (42).

3. Distinto de la legítima defensa putativa es el exceso en la legítima defensa (*causa de justificación incompleta*). En estos supuestos no se plantea en absoluto la discusión que veíamos entorno a la legítima defensa putativa. En ningún caso puede dudarse, ni siquiera el agente lo hace, de que el autor obra amparado *todavía* por la causa de justificación. Y, por otra parte, el exceso no puede atribuirse a la excitación o miedo que suele acompañar a estas situaciones (*infra*). Es precisamente para estos casos para

(39) KAUFMANN, Armin, *Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht*, Fest. für Welzel, pág. 400.

(40) JESCHECK, *Lehrbuch*, pág. 375 («Rechtsfolgenverweisende Schuldtheorie»).

(41) KAUFMANN, *Lehre vom personalen Unrecht*, pág. 400.

(42) KAUFMANN, *Lehre vom personalen Unrecht*, págs. 400-402.

los que está pensando el artículo 66, para las eximentes incompletas. Dicho de otra forma: puesto que no se dan los requisitos mínimos exigidos para la justificación (y en su caso la exclusión de la culpabilidad), el comportamiento sigue siendo injusto. El autor responderá por un delito doloso consumado, si bien el artículo 66 permite atenuar la penalidad de la forma allí prevista.

4. Finalmente, por lo que se refiere a la ignorancia del autor sobre la situación objetiva justificante (el autor mata ignorando que lo hace en una situación amparada por la legítima defensa), sólo vamos a poner de relieve aunque sea muy brevemente que por una elemental razón de coherencia dogmática habrá que castigar por el correspondiente delito doloso consumado, y no sólo por tentativa (43).

Si resulta que el elemento subjetivo justifica en el delito doloso y el objetivo en el imprudente (el elemento subjetivo de justificación es irrelevante en la imprudencia según la doctrina aquí criticada), lo que ya de por sí es poco convincente (44), en el caso inverso tendremos que mientras el delito imprudente en ningún caso puede resultar justificado (el autor ha realizado imprudentemente el examen exigido: elemento del tipo), el delito doloso sí puede estarlo (pues no realiza todos los elementos de un tipo de injusto que reza: «Responde por homicidio sólo quien mata sabiendo que no concurre causa de justificación alguna»). *Toda proyección sobre el tipo de justificación de elementos procedentes del tipo de injusto está llamada a producir un efecto contrario al deseado.* Tan sólo la materia de prohibición puede ser infringida dolosa o imprudentemente. La norma permisiva en cambio, sólo puede ser estimada si al elemento subjetivo de justificación se añade la concurrencia efectiva de la causa de justificación (45).

V

1. La circunstancia eximente núm. 10 del artículo 8.º de *miedo insuperable* es una *causa de inculpabilidad*. Sólo partiendo de este presupuesto se evita convertir a aquélla en una simple modalidad del estado de necesidad (causa de justificación) o del trastorno mental transitorio (causa de inimputabilidad) (46). Dicho de otra forma: los casos en que la eximente está llamada a ser tenida en cuenta han de ser supuestos en que no debe quedar duda de que el autor no obra amparado por una causa de justificación gozando, además, de plena capacidad de culpabilidad. Por ello, han de

(43) Sobre la discusión en torno a este punto que en la actualidad divide a la doctrina alemana, fundamentalmente a finalistas y no finalistas, véase por todos, RUDOLPHI, *Systematischer Kommentar*, I, pág. 115-116 (§ 16).

(44) KAUFMANN, *Lehre vom personlem Unrecht*, págs. 398, nota (13).

(45) KAUFMANN, *Lehre vom personalen Unrecht*, pág. 400.

(46) Sobre la evolución dogmática de esta eximente, véase recientemente, DÍAZ PALOS, F., *Miedo insuperable*, NEJ XVI, Barcelona, 1978 (págs. 345-355), págs. 347-349.

ser distintas las razones de la exención. Una interpretación netamente culpabilista del miedo insuperable como la aquí propuesta parece chocar a primera vista con dos grandes inconvenientes de la regulación legal. De una parte, lo insuperable del miedo parece ir referido a un criterio objetivo dirigido al común de los hombres en esa situación en que se encuentra el agente, lo que repugna al subjetivismo consustancial a la culpabilidad. En segundo lugar, la exigencia de ponderación entre el mal que se causa y el que se trata de evitar parece aproximarle al estado de necesidad, donde «también» se exige que el mal que se trata de evitar sea igual o menor que el que se teme; lo que también chocaría con la configuración culpabilista de esta eximente, que no debería encontrar limitación alguna dado el estado de excitación que se padece y que parece incompatible con la fría ponderación exigida (47). No obstante, estimamos que ambas objeciones pueden ser salvadas mediante una interpretación del tenor legal acorde con la naturaleza atribuida a la eximente.

La concepción normativa de la culpabilidad, hoy absolutamente dominante, obliga a desprender a aquélla en lo posible de todo psicologismo. Antijuricidad y culpabilidad son dos distintos juicios de valor, referido el uno a lo objetivo y el otro a lo subjetivo (48). Dejando a un lado la imputabilidad, presupuesto de la culpabilidad, el legislador es libre de hacer recaer o no un juicio de reproche sobre el comportamiento antijurídico del agente, de hacerle responder por la totalidad de lo realizado o de sancionarle con una pena disminuida, de exigir en fin de un grupo de personas (policías, bomberos, etc.) lo que no va a reprochar a los restantes hombres. En virtud de esta graduabilidad del juicio normativo de reproche, el legislador exime de responsabilidad penal en el número 10 del artículo 8.º (no hace recaer sobre ellos el juicio de reproche de la culpabilidad) a quienes actúan en un determinado estado (¿psicológico?): «miedo insuperable», siempre que concurren unas exigencias objetivas: «mal, igual o mayor».

a) Entendida normativamente la culpabilidad, el miedo no debe ser interpretado en un sentido exclusivamente subjetivista, como estado psicológico excluyente de la imputabilidad (¿Qué contenido normativo distinto al núm. 1 del art. 8.º tendría el núm. 10?). El juicio de insuperabilidad es de naturaleza normativa, y como decíamos antes puede variar de un sujeto a otro. Lo valorado como

(47) CÓRDOBA RODA, *Comentarios I*, (págs. 328-358) (art. 8.º, 10), pág. 337: «Si la esencia de la circunstancia décima viene dada por el *miedo*, y éste representa un estado psíquico *personal*, del que la jurisprudencia incluso llega a exigir la producción de una propia situación de inimputabilidad, resulta incomprensible que se recurra al baremo impersonal del común de los hombres»; y pág. 352: «La comparación de los males entre sí no se compatibiliza con el estado psíquico propio de ese estado emotivo».

(48) Véase, por ejemplo, ROXIN, C., «*Schuld*» und «*Verantwortlichkeit*» als strafrechtliche Systemkategorie, *Strafrecht und Strafrechtreform* (páginas 257-279), pág. 257.

insuperable en un caso puede no serlo en otro distinto pese a concurrir las mismas circunstancias. Por esa razón, lo insuperable del miedo ha de ser conectado con los restantes elementos de la causa de exención, lo que nos permitirá valorar bajo qué condiciones el estado en que se encuentra el agente es relevante para determinar su impunidad y, lo que es más importante: cuál es el contenido normativo del elemento *miedo* que se exige en la circunstancia núm. 10 del artículo 8.º.

La «solterona» histérica que ve en todo hombre que se le acerca a un violador en potencia, no va a ser amparada por la eximente si asesina al vecino que ha llamado a su puerta para pedirle un poco de sal. Precisamente la *idea regulativa de no exigibilidad* que subyace a la eximente: el individuo puede realizar perfectamente aquello a lo que el Derecho *no* le obliga, ofrece un contrapeso constituido por la necesaria concurrencia de determinadas circunstancias de hecho, pues sólo su presencia determina la no exigibilidad (49). Esta es precisamente la función a desempeñar por el requisito de la evitación de un mal igual o mayor, que pese a su evidente configuración objetiva no modifica ni enturbia la clara configuración culpabilista de esta eximente. O sea: la eximente núm. 10 del artículo 8.º responde a la renuncia del legislador al juicio de reproche de la culpabilidad pese a la constatación de la antijuricidad y la culpabilidad porque éstas aparecen tan disminuidas que no se ha alcanzado el límite mínimo de punibilidad.

El mal temido estará constituido por el ataque antijurídico propio de la legítima defensa o por el daño que amenaza en el estado de necesidad. Ambos «males» pueden ser incluidos en el *mal* del miedo insuperable. Así pues, el artículo 8.º núm. 10 excluirá comportamientos antijurídicos, no incluidos en el estado de necesidad ni en la legítima defensa justificantes; bien porque el mal ocasionado supera en valor al daño que se trata de evitar (estado de necesidad), bien porque la acción de defensa no ha sido estrictamente *necesaria* para repeler el ataque antijurídico (legítima defensa). El primer supuesto está constituido por lo que en el Derecho alemán se llama *estado de necesidad disculpante* (§ 35 de la nueva regulación del StGB) y el segundo por el *exceso en la legítima defensa* (§ 33 StGB).

Partiendo de las premisas anteriores, no habrá inconveniente en interpretar, como ya se apuntaba, lo insuperable del miedo en un sentido totalmente normativo; como típica situación que surge para quien tiene ante sí una situación tremendamente conflictiva, todo lo conflictiva que es la necesidad de defender unos bienes jurídicos propios que se ven amenazados de un mal eminente y no evitable de otra forma (pese a la relativa desproporcionalidad entre ambos) o la defensa frente a un ataque antijurídico ante el

(49) Así, JESCHKEK, *Lehrbuch*, pág. 387.

que se exige una valoración precisa de la racionalidad del medio empleado para repelerlo y que obviamente se ve dificultada en el mismo momento de tener que actuar, por lo que se hace difícil exigir el no exceso; de ahí la disculpa propiciada por la eximente estudiada.

b) Finalmente, por lo que se refiere a la adjetivación del mal en el texto legal como *igual o mayor* al causado, es necesario interpretarlo en sentido laxo, al contrario de lo que ocurre con la misma exigencia que se reproduce en el estado de necesidad justificante. Pues mientras que resulta recusable amparar en el estado de necesidad justificante supuestos en los que el mal causado y el temido sean equiparables (¿Cómo puede estar *justificado* sacrificar una vida para salvar la propia? ¡Sólo de *exculpación* puede hablarse en estos casos!), sin embargo es rechazable por otra parte exigir estrictamente que el mal causado bajo la circunstancia disculpante del miedo no puede ser mayor que el que amenaza producirse.

Por esa razón, hay que estimar que la valoración exigida no se haga en términos absolutos, sino que, por el contrario, se entienda como *cláusula-límite de la no exigibilidad más allá del cual no sea posible extender la causa de inculpabilidad*. Dicho de otra forma: no resultarán disculpados aquellos casos en que el bien defendido sea de tan pequeño valor frente al atacado que se produzca una desproporcionalidad absoluta. En estos casos, desaparecerán los dos fundamentos en que se basa la causa de inculpabilidad: el contenido de antijuricidad representado por el mal que amenaza producirse y el de culpabilidad, pues la presión que opera sobre la motivación del agente disminuye de tal forma que el Derecho vuelve a obligar a asumir a aquél la situación, no disculpándole (50).

2. Al igual que ocurría con la causa de justificación, el agente puede errar sobre el presupuesto objetivo de la causa de exclusión de la culpabilidad. El párrafo (2) del § 35 StGB prevé precisamente la hipótesis del estado de necesidad disculpante putativo, estableciendo que si fuese evitable la pena resultará disminuida. Jescheck (51) ha caracterizado a este error como *peculiar* («*eigener Art*»), pues no se trata de un error sobre el tipo ni de un error sobre la autorización (*Erlaubnistatbestandsirrtum*), dejando intacto el dolo y el conocimiento de la antijuricidad. Su tratamiento es pues el correspondiente al error de prohibición. La razón de este tratamiento estriba en que la representación del autor no ha de ser la que decida lo que en una concreta situación puede ser exigido o no por el Derecho. La regulación del StGB pone de manifiesto el claro pronunciamiento del legislador alemán por la teoría estricta de la culpabilidad en esta materia. La pena a aplicar será la correspondiente al delito doloso, si bien disminuida.

(50) JESCHECK, *Lehrbuch*, págs. 391-392.

(51) JESCHECK, *Lehrbuch*, pág. 395.

A la misma conclusión hay que llegar en nuestro Derecho a la vista de la regulación legal. La aplicación analógica del artículo 64, de responsabilidad por imprudencia, a las restantes causas de justificación «incompletas» no es extensible a las causas de exclusión de la culpabilidad. Las razones que abonan la responsabilidad por imprudencia en las causas de justificación putativas (fundamentalmente la creencia errónea de obrar de conformidad a Derecho) (52) no concurren en estos casos. De otra forma, además, el artículo 66 C. p. no se aplicaría jamás, lo que supondría la «perversión» del ordenamiento jurídico. Conclusión: en los casos de error sobre el presupuesto de la causa de exclusión de la culpabilidad *evitable* se aplicará la pena inferior en uno o dos grados a la correspondiente al delito doloso, conforme a lo establecido en el artículo 66.

VI

1. Uno de los autores que más penetrante y exhaustivamente se ha ocupado de estudiar los fines de la pena en el C. p. ha sido Casabó (53). Por eso, y porque de sus consideraciones pudieran derivarse algunos equívocos, conviene que nos detengamos a analizar sus puntos de vista.

a) Según Casabó, «para la doctrina penal dominante ninguna de las posturas extremas, la absoluta (retributiva) o la plenamente relativa (preventiva), merece ser aceptada. Hoy se considera necesario distinguir entre el fundamento y los fines de la pena. El fundamento justificante de la imposición de una pena únicamente puede residir en la previa realización culpable de una conducta considerada por la ley como antijurídica. A su vez, el injusto culpable realizado constituye el criterio vinculante para la determinación de la cuantía de la pena... Estas son las consecuencias de lo que la doctrina conoce con el nombre de fundamento retributivo de la pena. Pero este fundamento no impide el que puedan perseguirse otros fines en la aplicación de las penas. Pero los fines han de respetar siempre los límites marcados por el fundamento retributivo» (54).

La ambigüedad del texto acabado de reproducir reside en que a su vez el *fundamento de la pena* puede referirse bien, en concreto, al criterio básico de determinación de su medida; bien, en abstracto, a la última razón de punir. En este último sentido, la retribución no es el fundamento definitivo de la pena, sino su *necesariedad*; como han puesto de relieve los partidarios de la *retribución justa* (55), que no es una teoría absoluta. Y en el pri-

(52) JESCHECK, *Lehrbuch*, pág. 375.

(53) CASABÓ RUIZ, J. R., *Comentarios II*, págs. 1-23, comentarios al capítulo primero del título III: «De las penas en general».

(54) CASABÓ, *Comentarios II*, pág. 8.

(55) WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 11 Aufl. Berlin, 1969, pág. 239.

mer sentido, respetadas las exigencias culpabilistas de la idea de retribución justa, nada se opone a que se dé entrada a la idea de prevención (general y especial) para llenar de contenido el amplio margen que permite la culpabilidad, como Casabó reconoce.

b) Más interesante, si cabe, es el estudio de este tema en el texto legal. Según Casabó (56), «pueden encontrarse en él datos suficientes para la formulación de su esencia. De éstos cabe deducir que el principio básico y tradicional es el de la naturaleza retributiva, pues tiene su razón de ser en el delito cometido. Esta esencia retributiva queda patente a través de muy variadas *manifestaciones*». Entre éstas cita: 1.^a la referencia del artículo 2.º al grado de malicia y al daño causado como criterios de los que deducir la excesiva agravación de la pena de resultas de la aplicación estricta de los preceptos penales, de donde se deduce que el grado de malicia y el daño causado son el fundamento (¿o factores?) de medición de la pena; 2.^a el artículo 565 que pone de manifiesto cómo siendo el daño causado el mismo (?), se impone una pena inferior a la correspondiente a la modalidad dolosa, en base al menor grado de culpabilidad de la imprudencia; 3.^a por lo que se refiere al menor mal causado, hay que subrayar la menor pena para las formas imperfectas de ejecución y la determinación de la misma en los delitos contra el matrimonio y las lesiones, en atención a la cuantía del daño producido (57).

Como *consecuencias* del principio retributivo en nuestro C. p., alude Casabó a: 1.^a la determinación legal de las penas, hasta el punto de pormenorizar los efectos de las simples circunstancias modificativas y su juego dentro del marco de la pena, lo que muestra su incompatibilidad con un Derecho penal puramente preventivo; 2.^a la acumulación de penas en el concurso real de delitos, a tenor del artículo 69, según el cual a cada delito debe imponerse la pena correspondiente aunque sean varios los que se imputan a un mismo sujeto: luego el acento se sitúa en las conductas y no en el agente (58).

Le asiste toda la razón a Casabó al denunciar la incorrección de que el legislador haya atendido a la no producción del resultado (por ejemplo en la frustración) para castigar más atenuadamente supuestos donde la *culpabilidad* es igual que cuando media su producción (59); o que proceda a acumular las penas en el concurso real de delitos, sin tener en cuenta el criterio de prevención de

(56) CASABÓ, *Comentarios II*, pág. 10.

(57) CASABÓ, *Comentarios II*, págs. 11-13.

(58) CASABÓ, *Comentarios II*, pág. 13.

(59) Es ésta precisamente una reivindicación en la que desde hace mucho tiempo viene insistiendo el finalismo con su acentuación de los elementos constitutivos del llamado *desvalor de acción*; véase, exhaustivamente, ZIELINSKI, *Handlungs-und Erfolgswert*, págs. 128-151 y 200-217.

la unidad de sujeto inculpado (60). No obstante, hay que hacer algunas precisiones.

En primer lugar, ha de tenerse en cuenta que todos estos problemas no se refieren a la culpabilidad en sentido estricto, pues aquélla aparece recogida taxativamente en el marco de la pena (con un máximo y un mínimo) (*principio de legalidad*). Todas estas cuestiones hacen referencia al *marco de culpabilidad*, entendido como *valoración de la culpabilidad en concreto*, que lógicamente ha de discurrir por cauces más estrechos que los del *marco total*. Es en esta concreta valoración donde cobran relevancia, a mi entender, con bastante precisión el grado de malicia y el daño causado; que ya no actúan como fundamento de la culpabilidad sino como *factores de determinación* o, mejor, *de mediación de la pena* (61).

Por lo que se refiere a la menor punición de la imprudencia respecto del delito doloso, pese a la «igualdad» del daño, no parece argumento válido, pues evidentemente en derecho penal se castigan comportamientos humanos, y el comportamiento doloso es más grave que el imprudente, por lo que puede decirse que el «daño» es mayor en el delito doloso que en el imprudente.

Finalmente, es recusable que el legislador español acuda al daño producido para determinar la pena a aplicar en los delitos contra el patrimonio. Sería conveniente que el marco de la pena fuera el mismo para todos los hurtos; pero que al mismo tiempo fuese lo suficientemente amplio como para que al fijar la culpabilidad en concreto pudiera el juez atenerse, junto con otros factores, al daño producido. Ahora bien, la dirección de la pena a la cuantía del daño producido no significa una agravación (o atenuación) por el resultado, una especie de «versari» en la determinación de la pena. Veamos: El ladrón que penetra en una casa relativamente modesta con la intención de conseguir una serie de objetos de escaso valor, entre los que se encuentra un cuadro que nadie podría sospechar se tratara de un «Velázquez», no responderá por un robo de varios millones de pesetas. El *principio de culpabilidad* actúa aquí como *límite de medición de la pena*. Al autor de un delito sólo se le podrá hacer responder de la cuantía del daño producido si éste fue perseguido dolosamente o al menos era previsible (imprudencia) el valor de lo robado (62). En este caso sí se podrá atribuir al agente el resultado en la cuantía producida. Y puesto que, pese a ser realizado imprudentemente, el

(60) Creo haber insistido suficientemente en mi trabajo sobre la función de la normativa concursal acerca de la conveniencia de seguir para el concurso real el mismo sistema de la *pena única* que se aplica al concurso ideal de delitos, si bien con las correcciones necesarias; CUELLO CONTRERAS, *Función de la normativa concursal* (1), págs. 73-91.

(61) Sigo la terminología empleada por Zipf en Maurach-Gössel-Zipf, *Strafrecht, Allg. Teil, Teilband 2*, 5. Aufl. Heidelberg, 1978 (págs. 409-527), páginas 413-414, 433.

(62) En el mismo sentido, Zipf, *Strafrecht, A. T. Teilb. 2*, págs. 348-349.

autor no tuvo intención de causar un mal de tanta gravedad como el que produjo, no habrá inconveniente en aplicar la circunstancia núm. 4 del artículo 9.º, sin necesidad de recurrir a la idea del «versari» (63). Nuestra tesis de que todos estos problemas hacen referencia a la *concreta medición de la pena* se pone de manifiesto con el estudio de las *circunstancias modificativas*. Estas son *criterios tipificados de medición de la pena*. Prueba de ello es que en su ausencia el juez, según el artículo 61, núm. 4, podrá moverse por toda la extensión del marco de la pena, aplicando el grado máximo, medio o mínimo.

2. De lo que anteriormente había expuesto, concluye Casabó (64): «Si se acepta la anterior premisa (la tesis retribucionista), debe llegarse también a la conclusión de que, si en un supuesto concreto entrasen en conflicto el principio preventivo y el retributivo, debería sacrificarse el primero en aras del último, por ser básico. De lo contrario, se rompería la estructura lógica que necesariamente ha de presidir todo texto codificado». Y continúa: «No puede desconocerse, empero, lo perturbador que resulta el que existan dos principios distintos en la misma materia...».

Ciertamente, es éste precisamente el argumento más válido que puede esgrimirse contra las teorías de la prevención, pues es lo cierto que a veces es necesario imponer una pena pese a que no concurre ninguna razón de prevención general ni especial que la exija (p. ej., en los casos en que la excepcionalidad de la circunstancia que motivó el delito no amenaza reproducirse) (65). Ello, sin embargo, sólo quiere decir que en esos casos la prevención nada tiene que decir sobre la determinación de la pena dentro del marco de la culpabilidad; por lo que habrá que tender a aplicar la pena mínima. Por tanto, entendidas así culpabilidad y prevención, no existe peligro del conflicto de principios a que alude Casabó. Si, por contra, se propone este autor rechazar la pretensión de convertir a la prevención en primer fundamento de la pena (única posibilidad de que surja el problema aludido), hay que decir que efectivamente el texto legal no permite realizar dicha pretensión; y sí la integración culpabilidad-prevención aquí propugnada.

En efecto, en nuestro Derecho codificado hay base suficiente para integrar estos grandes principios de política criminal de forma, por otra parte, muy precisa: el principio de culpabilidad está plenamente recogido con carácter general en el artículo 1.º, I del Código; y, por lo que se refiere a la determinación de la pena, con el establecimiento de un marco penal taxativo en todas y cada una de las figuras delictivas de la Parte especial. Una prueba de lo

(63) Véase *supra* I.

(64) CASABÓ, *Comentarios II*, págs. 16-17.

(65) Cfr. LENCKNER, TH., *Strafe, Schuld und Schuldfähigkeit*, Handbuch der forensische Psychiatrie I (Göppinger-Witter Hrg.), Berlin, 1972 (págs. 3-286), págs. 16-17.

que decimos es el artículo 61, núm. 6, que bajo ningún concepto (excepción hecha de la reincidencia) permite imponer una pena superior en grado a la fijada por el tipo para el delito cometido, aunque las circunstancias agravantes concurrentes sean varias. La misma constatación hace el núm. 7 de dicho artículo, en cuanto a los límites de cada grado de la pena.

Con todo, el precepto más importante del C. p. sobre la *teoría de la medición de la pena* es el artículo 61, núm. 4 que contiene una referencia al *marco total* de la pena (con sendos grados máximo, medio y mínimo); una referencia a la *valoración concreta de la culpabilidad*, con la alusión a la «mayor o menor gravedad del hecho» (que por supuesto puede basarse en *critérios personales*: p. ej., móviles; u *objetivos*, como la mayor o menor gravedad del mal causado); y, finalmente, una referencia a la *valoración de la prevención*, con la siguiente fórmula: «personalidad del delincuente» (66).

(66) Exhaustivamente, Zipf, *Teilband 2*, págs. 449-465 («Die Prävention bei der Strafzumessung»).

La seguridad en la aviación civil en el Derecho internacional penal

MIGUEL ANGEL SOTO LAMADRID
Doctor en Derecho penal y criminología (Méjico)

SUMARIO: INTRODUCCION.—DELITOS AERONAUTICOS.—DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD DEL VUELO.—MEDIDAS INTERNACIONALES PARA COMBATIR LA CRIMINALIDAD AERONAUTICA: a) Sistemas comunes de prevención. b) Delitos y jurisdicción internacional. c) Responsabilidad de los estados y sanciones internacionales. d) Atentados contra la seguridad del tráfico aéreo como delitos internacionales. e) Límites a la jurisdicción internacional en materia penal.—CONVENIO DE TOKIO (sobre infracciones cometidas a bordo de aeronaves).—CONVENIO DE LA HAYA (para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves): a) La jurisdicción territorial ante el Derecho Aeronáutico. b) La determinación de la jurisdicción en el Convenio de La Haya. c) El carácter político del delito y sus efectos. d) Extradición.—CONVENIO DE MONTREAL (para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil).

INTRODUCCION

Uno de los capítulos más impresionantes en la historia de la Humanidad, escenificado precisamente en nuestro siglo, ha sido la conquista del espacio. No me refiero a la mínima incursión del ser humano en este limitado sistema planetario, empresa tan espectacular como la imaginación de los antiguos, y fuente de satisfacción y entusiasmo para los hombres del presente, pero que no es, a nivel de utilidad social, el avance de mayor mérito, sino a la conquista del espacio aéreo, mediante la utilización de aparatos más pesados que el aire, antecedente de la navegación extraterrestre y prueba irrefutable de que el hombre puede dominar con su inteligencia, impulsado por necesidades intelectuales o materiales, los mismos elementos de la naturaleza.

El progreso alcanzado, sin embargo, no ha sido compartido por todos los pueblos, como ha venido sucediendo injustamente con el resto de los satisfactores, y la inconformidad social se prolonga hasta nuestros días en graves formas de inseguridad que afectan

también a la aeronavegación, no sólo en el ámbito Estatal sino en el Internacional.

El transporte aéreo de personas y cosas es una de las formas más avanzadas de comunicación social que no respeta las fronteras estatales y que merece, por su importancia y utilidad, toda la atención y protección posibles. No podemos negar que los fenómenos atmosféricos adversos han sido superados en parte, gracias a los avances de la meteorología y de las modernas ayudas a la navegación; que la seguridad en el campo tecnológico se ha elevado respecto de la aeronave, el aeródromo y la tripulación, haciendo del transporte por aire el de menores índices en las tablas de siniestros, pero las conductas antisociales del hombre, dirigidas contra el funcionamiento y la estructura de la aviación civil para aprovechar su internacionalidad e importancia, han empañado, con sangre muchas veces, los logros anteriores.

Los atentados contra la navegación aérea, por otra parte, no dañan solamente los intereses particulares de los Estados que abanderan el vehículo criminal, sino que algunos afectan a toda la humanidad, entendida como el titular mediato de un interés tan importante como es la seguridad del tráfico aéreo.

Estos delitos afectan normal y directamente al patrimonio, la libertad y seguridad de las personas, pero resulta ser que en algunas de sus manifestaciones, como ocurre también en la criminalidad genocida, «el hombre, por primera vez en el derecho de gentes, es reconocido como sujeto pasivo en lo internacional, cuya protección y titularidad asume en condición de sujeto mediato la comunidad, erigiendo en crimen internacional lo que objetivamente fue siempre, y lo que sigue siendo en pura morfología, delito contra las personas» (1).

La condena generalizada a tales actos, refrendada incluso por la Organización de las Naciones Unidas (2), ha producido en el ámbito normativo una intensa actividad tanto estatal como internacional, destacando la unificación legislativa que en este último aspecto y en relación con ciertos delitos aeronáuticos, se ha derivado de los Convenios de Tokio, La Haya y Montreal.

DELITOS AERONAUTICOS

Los delitos que afectan a la navegación aérea en general, son múltiples en cuanto a la conducta que les integra y han sido previstos, en menor o mayor medida, por las Leyes Nacionales, aunque «no existe uniformidad en la legislación comparada respecto a la forma de encuadrar y regular dichas infracciones. Algunos países las recogen entre las demás figuras delictivas de un Código penal común, incluyendo entre las circunstancias agravantes el hecho de

(1) QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Tratado de Derecho Penal Internacional*, página 234.

(2) Resolución del 12 de diciembre de 1969 y 25 de noviembre de 1970.

utilizar la aeronave como medio delictivo (así ocurría en la legislación española hasta la promulgación de la Ley Penal y Procesal de Navegación Aérea) otros como Italia, las regula conjuntamente con las normas del Derecho Penal Marítimo en un código especial como es el Código de la Navegación y, por último, se tipifican en algunos ordenamientos dentro de una Ley Penal autónoma, criterio que parece el más aceptable dada la singularidad de la navegación aérea (como ejemplo de esta solución podemos citar la Ley Penal de la navegación aérea en España, y en cierto modo la Air Navigation Order de 1949 en Inglaterra, o la Ley de 31 de mayo de 1934 en Francia, entre otras» (3).

Uno de los más prestigiados juristas españoles, el doctor Luis Tapia Salinas, ha propuesto una clasificación de las infracciones relacionadas con la aeronave, distinguiendo entre:

1. «*Infracciones cometidas con la aeronave*, considerando el avión como un medio o instrumento delictivo.

En este primer apartado distingue este autor las *infracciones especiales* que deben ser reguladas por textos internacionales, como serían el abordaje y colisiones dolosas, la piratería aérea y los daños a terceros en la superficie, y las *comunes o normales*, reguladas ya por las legislaciones penales internas, como serían el homicidio, las lesiones o daños efectuados con la aeronave, el contrabando y otros.

2. *Infracciones cometidas contra la aeronave*, caracterizada ahora como objeto material o indirecto del delito, como serían el robo, los daños o la falsificación de marcas o matrículas.

3. *Infracciones cometidas en la aeronave*, que podrían ser muchas de las previstas por los ordenamientos nacionales, como el homicidio, las lesiones, los abusos deshonestos, por ejemplo, que originan por razón de nacionalidad o espacio sobrevolado, graves problemas de competencia internacional, entendiéndose que la cuestión de fondo no es tipificar estos delitos o determinar las penas, sino identificar la legislación aplicable» (4) atendiendo muchas veces a intereses encontrados como serían los del Estado sobrevolado, los que corresponden al territorio de la aeronave, al Estado donde ésta aterrice después del delito, con el delincuente a bordo o, incluso, al de la nacionalidad de este último o de la víctima.

DELITOS CONTRA LA SEGURIDAD DEL VUELO

Entre los delitos aeronáuticos antes apuntados, hay algunos que afectan directamente a la seguridad de la navegación, aunque no todos requieran de una especial legislación internacional que les

(3) BRAVO NAVARRO, Martín, *El Comandante de Aeronaves. Condición y Régimen Jurídico*. Colección de Estudios Internacionales. Madrid, 1966, pág. 140.

(4) TAPIA SALINAS, Luis, *Trabajos de Derecho Aeronáutico y del Espacio*. Colección de estudios jurídicos. Madrid, 1978, págs. 350 y 351.

tipifique, ya que lo verdaderamente urgente es dar solución, mediante un acuerdo multilateral, a las cuestiones de competencia y extradición derivadas del carácter internacional que en más de una ocasión adoptan estos fenómenos.

La destrucción total o parcial de una aeronave en vuelo el secuestro violento de la misma, los atentados contra las personas cometidos a bordo, los vuelos arriesgados en espacio aéreo prohibido, sin plan aprobado, guiado por datos equivocados o incompletos, con exceso de peso o mala distribución de la carga, son algunos ejemplos delictivos tomados de la Ley Penal y Procesal de la Navegación Aérea Española, que ponen en peligro la seguridad del vuelo, como también ciertos actos de desobediencia, las averías causadas maliciosamente en la aeronave, la modificación destrucción o deterioro de las señales de ayuda a la navegación y la embriaguez o drogadicción voluntaria del comandante o la tripulación, sólo para mencionar algunas hipótesis.

El común denominador de estos delitos que pudieran afectar en primera instancia al patrimonio, a la libertad, a la vida e integridad de los particulares, al principio de obediencia jerárquica y al servicio de tráfico aéreo, entre otros intereses concretos, es el de poner en peligro un valor más trascendente; *la seguridad de la navegación aérea*, que engloba a todos los valores antes apuntados, además de la protección vital y patrimonial de terceros ajenos al transporte, como son las personas en la superficie y, sobre todo, la preservación de este importante medio de comunicación social.

La seguridad es la piedra angular de la navegación aérea. Por algo ocupa el primer puesto entre los objetivos de la Organización de la Aviación Civil Internacional de «satisfacer las necesidades de los pueblos del mundo, respecto de un transporte aéreo *seguro*, regular, eficaz y económico» (artículo 44 inciso *d* del Convenio de Chicago sobre la aviación civil internacional).

La seguridad en materia aeronáutica, no debe entenderse sólo como un problema técnico, sino ampliar su contenido incluyendo el factor humano en aspecto criminal. Los valores en juego trascienden al ámbito personal, pues los desastres aéreos destruyen muchas vidas y causan graves daños a la economía nacional y particular, sobre todo en la actualidad, cuando aviones de fuselaje ancho pueden transportar a más de trescientos pasajeros y volar a velocidades mayores que la del sonido.

Por otra parte, la representación nacional que se reconoce a la aviación comercial, en ámbitos más allá de sus fronteras, tanto en el aspecto político como de ficción territorial, es un interés que se ve gravemente conculcado por los delitos que comentamos, haciendo más patente el interés de los Estados por prevenirlos y reprimirlos en su caso.

Es por ello que la doctrina contemporánea ha venido insistiendo en que los delitos contra la navegación aérea poseen naturaleza internacional, ya que afectan a la sociedad misma, «al poner en

peligro la seguridad de las personas y los bienes, al afectar gravemente a la explotación de los servicios aéreos y socabar la confianza de los pueblos del mundo en la seguridad de la aviación civil» (consideración básica del Convenio de Montreal para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil).

MEDIDAS INTERESTATALES PARA COMBATIR LA CRIMINALIDAD AERONAUTICA

a) *Sistemas comunes de prevención.*—Tres son las actividades por las que los Gobiernos intentan combatir los delitos contra la navegación aérea:

a') Elaboración de sistemas comunes para prevenir los atentados, mediante oportunos controles de aeropuertos y de aviones.

b') Creación de disposiciones normativas de carácter internacional, que describen y unifican las conductas típicas que serán adoptados a su vez por las leyes internas para perseguir severamente a los responsables, así como directrices en materia de punibilidad, jurisdicción y extradición.

c') Adopción de medidas comunes contra aquellos Estados directamente responsables de actos de captura, o que omitan reprimir a los autores de apoderamiento ilícito de aeronaves (5).

Sistemas comunes de prevención

La unificación internacional de los sistemas de prevención y la necesidad de potenciar estas medidas, tanto en su aspecto cuantitativo como cualitativo, es un tema que ha sido ampliamente considerado por la Organización Civil Internacional en su XVII sesión extraordinaria celebrada en junio de 1970, y materia de estudio del Comité creado con este propósito, independientemente que cada Estado en particular haya adoptado las medidas que ha creído convenientes, las que no integran sin embargo, un sistema uniforme, pues los miembros de la Comunidad Internacional no tienen la misma capacidad económica y técnica para sostener medidas preventivas de alta eficacia, ni el mismo interés en adoptárlas, pues en éste influye decisivamente el volumen de su flota y la situación política de donde se deriva un menor o mayor temor a los atentados aeronáuticos, por no señalar que en más de una ocasión, garantizar la seguridad incide negativamente en la economía y regularidad del sistema de transporte y comunicación aéreo.

En el décimo Congreso del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional celebrado en Guanajuato, Méjico, en septiembre de 1974, se propuso a través de los doctores Luis Tapia Salinas y Fernando Murillo Rubiera, una ponencia sobre «Medidas

(5) RINALDI BACCELLI, Guido, *Studi di Diritto Aeronáutico*. Giuffrè, 1977, página 111.

para la sanción de los actos ilícitos contra la navegación aérea», cuyo título original hacía referencia expresa al tema de la prevención (6). En la cuarta conclusión de este trabajo los ponentes señalan que «La OACI debe preparar y proponer, y las Naciones Unidas adoptar una serie de medidas de seguridad que los distintos Estados deberían imponer con carácter obligatorio, para preservar a la Aviación Civil como uno de los más importantes medios de comunicación entre los pueblos del mundo».

b) *Delitos y Jurisdicción Internacionales*.—La adopción de normas de naturaleza penal y procesal unificadoras de los delitos contra la seguridad de la navegación aérea y de los criterios sobre punibilidad, jurisdicción y extradición es el tema que mayor impulso ha tenido en el campo internacional.

La necesidad de unificar a través de Convenios Internacionales las principales hipótesis de delitos contra la navegación, parece contrariar la afirmación comúnmente admitida (7) de que son los problemas de Derecho Internacional Privado, respecto a la determinación de la jurisdicción aplicable a los actos delictivos cometidos en aeronaves que sobrevuelan un Estado distinto al de su bandera, los que realmente necesitan una fijación internacional, ya que una vez reconocida la competencia de un determinado Estado y obtenida la entrega del delincuente, en su caso, éste aplicará su propio Derecho sustantivo penal a la hipótesis concreta.

Debemos recordar sin embargo, que no todos los países prevén las mismas hipótesis delictivas en relación con la navegación aérea, y que no siempre sus leyes penales describen con igualdad terminológica ni conceptual una misma figura.

Por ejemplo, el apoderamiento o secuestro ilícito de aeronaves (piratería aérea), está ubicado y descrito por los diversos códigos o leyes especiales en forma distinta: En España es un delito contra el derecho de gentes que se caracteriza por el *apoderamiento violento* de una aeronave, personas o cosas que se hallan a bordo,

(6) «Prevención y represión de los actos ilícitos cometidos contra las aeronaves en vuelo y la seguridad de la Aviación Civil».

(7) En contra, Julián G. Verplaetse, conocido internacionalista de la Universidad de Harvard, quien niega radicalmente que los conflictos de Derecho penal (incluyendo los problemas de jurisdicción) sean parte de la rama de Derecho conocida como Conflicto de Leyes o Derecho internacional privado, ya que por ser parte del Derecho público, penetran en la soberanía del Estado. Así, dice este autor, aquellas competencias acumuladas, concurrencias dobles y múltiples separadas e irreconciliables. No hay elección de norma de Derecho para decidir el conflicto... Un tribunal aplicará siempre su propio Derecho sobre la base de cualquier interés público como factor de conexión, aunque dicha pretensión se vea impedida por la ausencia del reo. En este caso, la ayuda mutua entre los Estados, tal como la extradición, provee el único medio de librarse del atasco. Pero la extradición no es parte del Derecho penal interno. Es un capítulo del Derecho internacional público, una fase completamente independiente del proceso. *Derecho Internacional Aéreo y del Espacio*. Madrid, 1963. F. Atlas (traducción de José María Pérez Bustamante), págs. 447 y 448.

en circunstancias que imposibiliten la protección del Estado (artículo 39 Ley Penal y Procesal de la Navegación Aérea, 1964).

El Código Penal Argentino incluye la figura en comentario entre los delitos contra seguridad común, calificándolo expresamente como piratería (artículo 198) y la hace consistir en actos de depredación o violencia contra una aeronave *en vuelo, o mientras realiza las operaciones inmediatamente anteriores al vuelo*, o contra personas o cosas que en ella se encuentren... o en el uso de la *violencia, intimidación o engaño* usurpe la autoridad de un buque o aeronave con el fin de apoderarse de él o de disponer de las cosas o personas que lleva.

El Código Penal Mejicano por su parte, prevé entre los delitos contra el Derecho Internacional, en su artículo 146, los tipos básicos del delito de piratería (aprehensión *desde el externo* y a mano armada de una nave mercante, depredación, violencia hecha a las personas de a bordo, o apoderamiento realizado por la tripulación o los pasajeros para entregar la embarcación a un pirata, etc.) concluyendo que estas disposiciones se aplicarán en lo conducente a las aeronaves.

Este mismo Código fue adicionado en 1968, para incluir en una fórmula repetitiva e imprecisa, al final de su artículo 170, que se impondría «prisión de cinco a veinte años, sin perjuicio de la pena que corresponda por otros delitos que cometa, al que hiciere cambiar su destino a una aeronave valiéndose de amenazas, violencia, intimidación o por cualquier otro medio ilícito, o la hiciere desviar de su ruta».

Estos ejemplos demuestran la necesidad de unificar por lo menos los tipos delictivos más importantes, atendiendo a la gravedad del daño social que provocan o a su constancia en el escenario internacional, ya que en más de una ocasión la extradición se niega, produciendo la impunidad del delito, porque el hecho ilícito que se reclama no concuerda con la descripción delictiva interna del Estado aprehensor (laguna de jurisdicción), el que tampoco podrá procesar al delincuente por atipicidad de su conducta. En casos menos afortunados, la disparidad de tipos referidos con diversos enfoques al mismo fenómeno antisocial, puede producir un doble procesamiento por confluencia de las pretensiones punitivas de más de un Estado, si bien el Derecho Internacional se oponga a estas situaciones, procurando que el responsable descuente en realidad una sola pena.

Otros temas de interés supranacional que han merecido el interés de la Comunidad de las Naciones, son los relativos al arresto y detención del responsable en tratándose de delitos aeronáuticos de carácter internacional; la determinación de la jurisdicción Estatal que deba conocer de estos delitos en forma obligatoria y la extensión del principio de Competencia Universal; el carácter político de estas infracciones y sus consecuencias sobre la punibilidad y la extradición y, en su caso, la obligación del Estado que rehúsa con-

ceder la entrega, de procesar directamente al responsable, sólo para mencionar los temas salientes de los Convenios Internacionales en Tokio, La Haya y Montreal, y preocupación constante además de los diversos Congresos Internacionales sobre el tema, como el celebrado en Guanajuato, Méjico, por el Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional, antes mencionado.

La nota característica de la actividad legislativa internacional, además de unificar ciertos tipos delictivos, es la voluntad de atribuir competencia para la represión del delito, a las Jurisdicciones Penales de todos los Estados, sin hacer distinciones por razón de la nacionalidad o del territorio. Y es que, «el llamado principio universalista, cosmopolita o de justicia mundial, pugna por abrirse paso y alcanzar un reconocimiento y aplicación de carácter homogéneo» (8). Si bien Verplaetse (9) considera que esta teoría no tiene ninguna sustentación real, atendiendo a la experiencia internacional, ni representa una expectativa razonable frente a las formas futuras del Derecho.

C) *Responsabilidad de los Estados y sanciones internacionales.* Por lo que respecta a la responsabilidad de los Estados que realicen directamente actos de captura o protejan ilegalmente a los particulares responsables, la OACI propuso en octubre de 1970 la elaboración de un Convenio Internacional sobre la seguridad de la aviación civil, aconsejando la consulta previa de los Estados, en relación con las medidas de represión que pudieran aplicarse a los miembros de la Comunidad Internacional, responsables de estos hechos como sería la suspensión de los servicios de transporte aéreo internacional, la que también podría aplicarse cuando hubiesen retenido pasajeros, equipaje o aeronave, en violación del artículo 11 del Convenio de Tokio.

El Comité Jurídico examinó esta resolución, pero se limitó a inventariar los problemas que provocaría la adopción de este tipo de sanciones, creando un subcomité que debía profundizar en el tema.

En junio de 1972 el Consejo adoptó otra resolución en la que invitaba nuevamente al Comité Jurídico a preparar un Convenio Internacional que estableciera medidas comunes en la materia, a través de un subcomité que, en enero de 1973, recomendó al Consejo convocar una asamblea extraordinaria para analizar algunas modificaciones al Convenio de Chicago, como serían: la inclusión en el Convenio de Chicago de las disposiciones del Convenio de La Haya y Montreal sobre captura ilícita de aeronaves, previendo la expulsión de los Estados miembros que no hubiesen ratificado dentro de un año esta enmienda; el otorgamiento de poderes a la OACI para intervenir en casos de atentados contra la seguridad

(8) SAENZ DE PIPAON Y MENS, Javier, *Delincuencia Política Internacional*. Publicación del Instituto de Criminología. Madrid, 1973, pág. 28.

(9) VERPLAETSE G., Julián, *Derecho Internacional Privado*, págs. 694 y siguientes.

de la aeronavegación internacional mediante la creación de una comisión de investigación o, en su defecto, la elaboración de un protocolo independiente que estableciera la extradición obligatoria de los responsables, al Estado de matrícula de la aeronave.

La Asamblea extraordinaria y la Conferencia Diplomática se reunieron simultáneamente en Roma del 28 de agosto al 21 de septiembre de 1973, pero no llegaron a ninguna conclusión, pues ni la enmienda a la Convención de Chicago ni la adopción de un nuevo instrumento Internacional alcanzaron los dos tercios de votos necesarios. Y es que el tema de las sanciones internacionales aplicables a los mismos Estados, como la ruptura diplomática y las represalias, pasando por otras muchas medidas de menor intensidad punitiva, ha sido desde siempre un área llena de dificultades y temores en esa comunidad de iguales, acorazados en el sinuoso concepto de soberanía.

D) *Los atentados contra la seguridad del tráfico aéreo como Delitos Internacionales.*—La Comunidad Internacional ha manifestado su consenso con mayor o menor largueza, en relación con algunos de los más importantes delitos contra la seguridad del vuelo Internacional, señalando sus elementos constitutivos en los Convenios o Tratados multilaterales que serán analizados a continuación, sin descuidar los temas sobre jurisdicción, captura o aseguramiento de los culpables y extradición.

Estamos en presencia de un limitado ejemplo normativo en el campo del Derecho Internacional Penal. Hasta mediados de nuestro siglo, la Doctrina se había ocupado preferentemente de un Derecho Penal Internacional que, siguiendo a Garraud, sólo comprendía las reglas de Derecho Nacional referentes a los límites de su jurisdicción penal en el espacio. Las infracciones conocidas hasta entonces, dice Quintana Ripollés, aun las de dinámica más evidentemente internacional, respondían en la forma y en el fondo a una concepción tradicional y ortodoxa tanto del Derecho Internacional como del Penal. Los ejemplos de Derecho Sustantivo no eran otros que figuras delictivas creadas por la legislación local, que de internacionales sólo tenían su eventual realización fuera de sus fronteras, o de figuras dotadas de un rango superior de internacionalización, por obedecer su regulación a acuerdos de carácter internacional, en la que la voluntad del Estado daba realidad y vigor a los tipos delictivos.

Las fuentes del Derecho Penal Internacional Aéreo, dice por su parte Verplaetse, son muy exiguas. No hay una legislación internacional afirmaba todavía en 1963, respecto a los delitos cometidos en o por un aparato. Se han preparado algunos planes en sus cuerpos internacionales. En época tan temprana como en 1910 ó 1911, el Instituto de Derecho Internacional discutió la cuestión y lo comunicaron en sus sesiones Fauchille y Von Bar, proponiendo un proyecto completo en la sesión de Gante de 1937.

Si bien los esfuerzos del Comité Juridique International de

l'aviation (Ginebra, 1912; Mónaco, 1921; Praga, 1922) hallaron eco en el Code de l'air, la asociación de Derecho Internacional manejó sin éxito el proyecto de una convención internacional desde su reunión en Buenos Aires en 1922, proponiéndola de nuevo en Estocolmo en 1924; Lucerna, 1950 y 1952; Dubrovnik, 1956 y finalmente en New York en 1958. Sin embargo, la atención de los juristas y el contenido de los raros ejemplos legislativos internos, a propósito de los delitos aeronáuticos, se centraron en los problemas procesales de jurisdicción.

Así uno de los más antiguos cuerpos normativos, el Acta Norteamericana Uniforme de Aeronáutica de 1922, adoptada por más de veinte Estados de la Unión, decía:

«Jurisdicción sobre delitos y daños.—Todos los delitos, daños o cualquier ofensa cometida por o contra un aeronauta o pasajero durante el vuelo sobre este Estado, se regirá por las leyes de este Estado; y se determinarán por las leyes de este Estado la cuestión de si el daño ocasionado por o a un aparato durante el vuelo por este Estado constituya un daño, un delito u otra ofensa por o contra el propietario de tal aparato» (sección 7.^a).

Afirmamos por eso que el Derecho Penal Sustantivo, de carácter internacional y referido a los delitos aeronáuticos que afectan la seguridad del vuelo, ha dado sus primeros pasos en la segunda mitad de nuestro siglo.

Pero hablar de *Delitos Internacionales*, propiamente dichos es admitir la existencia de tipos «engendrados fuera del crisol exclusivo de la voluntad de un Estado determinado y, lo que es más grave e insólito, susceptibles de obligarle sin el acuerdo de tal voluntad y aún contra ella».

Entramos ya en las fronteras de un verdadero Derecho Internacional Penal, no de un Derecho Punitivo nacido de la legislación interna pero aplicado extraterritorialmente (Derecho Penal Internacional), sino de una construcción que escapa a la dogmática del voluntarismo Estatal para encarnar en esencia ideales y sentimentales de la Comunidad Internacional. Su mera existencia, dice el maestro Español previamente citado, vulnera todos los presupuestos tradicionales de la Ciencia del Derecho, en donde la cualidad de internacionalidad en lo material y en lo formal se antepone a la voluntad Estatal» (10) como creadora o fuente única del Derecho.

Es verdad que los delitos que a continuación analizaremos, estaban ya previstos en cierta medida por las legislaciones estatales y que los tratados que le dan unificación típica en lo internacional fueron creados por los mismos países que deberán aplicarlos, pero no fue la exclusiva voluntad de estos últimos la que les hizo germinar normativamente, sino la conciencia de todos los pueblos de que estas conductas antisociales vulneran un valor cuya custodia

(10) QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio. Obra citada (1), págs. 377 y 378.

y protección corresponde a todos los hombres, y que los Estados, sin excepción, deberían ocuparse decisivamente del problema dando carácter internacional, tanto a las medidas de prevención como a las represivas de índole penal, ya que la delincuencia que atenta contra la seguridad de la aeronavegación, como la terrorista y la genocida debe ser considerada como una especie de «*Hostes generis Humani*».

La humanidad, dice Raúl Carrancá y Trujillo, va ligando cada vez más sus destinos. «Los hombres y los pueblos están cada día más cerca, material y espiritualmente, pues las vías de comunicación cada vez más rápidas, frecuentes y fáciles... desbrozan los insularismos psicológicos de los hombres. De aquí una solidaridad internacional cada vez más acusada, que se confirma hasta en las pugnas al parecer irreductibles entre algunos pueblos, pues ellas acreditan problemas comunes aún no resueltos: hay una solidaridad con coincidencia y hay otra por disidencia.

Sí puede hablarse de un Derecho Penal Internacional, afirma este autor en su obra *Derecho Penal Mexicano*, tanto más cuanto que, por lo mismo que es ciencia, su signo es la universalidad y sus elaboraciones pertenecen a todos los pueblos».

«Actualmente se ha llegado a proponer la creación de un Código Penal Internacional que reprimiría los delitos de ese carácter cometidos por los Estados, así como los que lesionan o ponen en peligro intereses comunes a todos los países». Se han elaborado ya algunos proyectos entre los que destaca el que sirvió de estudio a la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, «Código de Delitos contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad» que como muchos otros no ha alcanzado la vigencia que merece.

«Ante la apariencia prematura de estos proyectos, se propone ahora la unificación de aquellas normas jurídicas análogas en la mayoría de los países, cuyo carácter delictuoso es universalmente reconocido... las que, cualquiera que sea el nombre con que se las designe y la extensión que se las conceda, son cada día más frecuentes y más coherente la acción de los Estados para luchar contra el delito en general y contra determinadas formas de criminalidad en particular. Prueba de esto último son los Convenios del 14 de marzo de 1884 para la protección de cables submarinos; del 15 de julio de 1902 y 4 de mayo de 1910, para reprimir la «trata de blancas»; el de Ginebra del 11 de octubre de 1933 para la represión de la trata de mujeres mayores de edad; el de Ginebra de 12 de septiembre de 1923 para reprimir la circulación de publicaciones obscenas; la Conferencia Internacional de Ginebra de 20 de abril de 1929 para la represión de falsificación de moneda; el Convenio de Ginebra de 16 de noviembre de 1937 para la prevención y represión del terrorismo; los Convenios de La Haya y Ginebra y sus protocolos en relación con los prisioneros, heridos, enfermos y naufragos de guerra, en los que se contemplan verdaderos delitos contra el Derecho humanitario de la guerra y, entre otros muchos los

Convenios de Tokio, La Haya y Montreal referidos a los delitos contra la navegación aérea (11).

La materialización sin embargo, de un «jus puniendi» Internacional, sólo se consigue a través de resortes procesales, de ahí la importancia de determinar la competencia, y regular la aprehensión y extradición del delincuente o en su caso, la denuncia obligatoria del país aprehensor. Estos temas relativos a los límites internacionales de la jurisdicción penal y las ayudas que deben prestarse entre sí los Estados para luchar eficazmente contra la criminalidad, son puntos centrales de los convenios que a continuación se analizarán, pero antes es necesario dejar asentadas algunas ideas generales sobre el tema.

E) *Límites de la Jurisdicción Internacional en materia penal* — Una realidad indiscutible en tema de jurisdicción, es la libertad de que gozan los Estados para determinar sus límites. Este principio general que se ve atemperado lógicamente por la noción universal del interés y por ciertas normas internacionales prohibitivas o distributivas de la competencia, adquiere sustantividad jurídica a partir de 1926, al resolver la Corte Permanente de Justicia Internacional la controversia franco-turca sobre el incidente de la nave Lotus.

La Corte negó en su resolución, que los Estados estuviesen autorizados por el Derecho Internacional, para ejercitar su propia jurisdicción únicamente sobre los hechos delictivos cometidos en su territorio, afirmando que no se puede presuponer límites a la libertad de los Estados para conocer los hechos ocurridos fuera de sus fronteras y que no requerían para esto de un título expresamente reconocido por el Derecho Internacional, como sostenía Francia, sino que bastaba que el ejercicio de su jurisdicción no contrastara con normas prohibitivas específicas también de Derecho Internacional, según la tesis sostenida por Turquía.

Quedaba claro, sin embargo, en la resolución de mérito, que la función jurisdiccional aplicada a fenómenos acaecidos fuera del Estado, era una actividad de naturaleza interna derivada del principio de soberanía, pero que un Estado no puede ejercitar fuera de su territorio, actividades materiales dirigidas a asegurar la aplicación de su propia Ley, a menos que sea autorizado por una norma particular de Derecho Internacional consuetudinario o convencional. «It does not however follow, dice la sentencia en comentario, that international Law prohibits a state from exercising jurisdiction in its own territory in respect of any case which relates to acts which have taken place abroad, and in which it cannot rely on some permissive rule of international law... All that can be required of a State is that it should not over-step the limits

(11) CUELLO CALÓN, Eugenio, *Derecho Penal*. Editora Nacional. México. Novena edición, págs. 212 y 213.

which International law places upon its jurisdiction; within these limits its title to exercise jurisdiction rests in its sovereignty».

«Possiamo affermare, siguiendo a Paolo Benvenuti, che el diritto Internazionale vigente permette agli Stati di perseguire penalmente i reati da chiunque commessi, sia all'interno che al di fuori del territorio nazionale, tranne che, naturalmente, tale attività non venga a trovarsi in contrasto con specifiche norme del Diritto Internazionale stesso» (12).

Una primera limitación de orden general se impone a la jurisdicción de los Estados, a través del principio del interés.

En efecto, la voluntad Estatal que se manifiesta a través del lenguaje legislativo, debe estar motivada por un interés apreciable, es decir, objetivamente reconocido por la Comunidad Internacional.

Así, el principio absoluto de territorialidad tiene su justificación directa en la soberanía que el Estado tiene sobre el soporte físico de su estructura y en el carácter público o de interés social de las normas penales, si bien ésta sufre una prolongación por ficción territorial al extender su jurisdicción a los barcos, aeronaves, embajadas y legaciones, por ejemplo, y una reducción por lo que respecta a la inmunidad diplomática y a los delitos que no afecten la seguridad ni el orden público del Estado, cometidos en buques y aeronaves extranjeras mientras cruzan su mar o espacio territorial.

El principio de personalidad activa de la Jurisdicción Penal, se justifica en la obligación estatal de castigar a sus ciudadanos, por los delitos que éstos hubiesen cometido en el extranjero, para no convertirse en un verdadero encubridor y justificar al mismo tiempo su negativa de extraditar a sus propios nacionales.

El principio de personalidad pasiva, por su parte, nace del legítimo interés de castigar aquellos delitos cometidos por extranjeros en otro país, pero que lesionen a sus propios nacionales o atenten contra la personalidad y funcionamiento del Estado mismo.

Cada Estado es libre pues para fijar los puntos de contacto de su jurisdicción penal. Así, a título de ejemplo el Código penal argentino dispone:

Artículo 1. Este Código se aplicará:

1) Por delitos cometidos o cuyos efectos deban producirse en el territorio de la nación argentina, o en los lugares sometidos a su jurisdicción.

2) Por delitos cometidos en el extranjero por agentes o empleados de autoridades argentinas en desempeño de su cargo.

El Código Penal Mexicano, aplicable a los delitos de carácter federal y a los comunes perpetrados en el Distrito Federal, dispone que se aplicará, asimismo art. 2):

(12) BENVENUTI, *Sui limite Internazionali alla giurisdizione Penale*. Rivista di Diritto Internazionale. Vol. LVII, 1974, fasc. 2, pág. 241.

1. Por los delitos que se inicien, preparen o cometan en el extranjero, cuando produzcan o se pretenda que tengan efectos en el territorio de la República, y

2. Por los delitos cometidos en los Consulados mexicanos o en contra de su personal, cuando no hubieren sido juzgados en el país en que se cometió.

Se le reconoce competencia al Código Federal, también por los delitos continuos cometidos en el extranjero y que se prolonguen en la república sean mexicanos o extranjeros los delincuentes.

Atendiendo al principio de la personalidad en su doble vertiente, este código se aplica a los delitos cometidos en territorio extranjero por un mexicano o contra extranjero, o por extranjero contra mexicano, siempre que el acusado se encuentre en la República, que no haya sido definitivamente juzgado en el país en que delinquirió y que la infracción tenga también carácter delictivo en la República.

Por último, la competencia penal de los Tribunales Federales Mexicanos, se prolonga por ficción territorial a los delitos cometidos por mexicanos o por extranjeros en alta mar, a bordo de buques nacionales; los cometidos a bordo de un buque de guerra nacional surto en puerto o en aguas territoriales de otra nación, o en un buque mercante, si el delincuente no ha sido juzgado en la nación a que pertenezca el puerto, así como los cometidos en las embajadas y legaciones mexicanas.

Por lo que respecta a los delitos ejecutados a bordo de un buque extranjero o de una aeronave que se encuentren, surquen o sobrevuelen el territorio nacional, se aplicará el Código Federal si estos ilícitos turban la tranquilidad pública o si el delincuente, o el ofendido no fueren de la tripulación, obrándose en los demás casos conforme al derecho de reciprocidad (arts. 3, 4 y 5).

El Código penal italiano, recoge igualmente el principio territorial, prolongando su jurisdicción no sólo a los delitos cometidos en el exterior por o contra sus propios nacionales o sus intereses estatales, incluyendo bajo ciertas condiciones los delitos políticos, sino incluso los cometidos por extranjeros en perjuicio de cualquier país o persona no italiana, a condición que lo pida el Ministro de Gracia y Justicia que el delincuente se encuentre en el territorio italiano; que se trate de delito castigado con pena no inferior a tres años y que la extradición no haya sido concedida, o bien no haya sido aceptada por el Gobierno del Estado donde se cometió el delito o por el de nacionalidad del delincuente (arts. 6, 7, 8 y 9).

Esta última ampliación de la esfera jurisdiccional italiana, es no sólo sorpresiva sino además criticable por su generosidad, pues si bien el principio de competencia universal en materia penal es una institución deseable como medio de lucha contra el crimen en sentido estricto, y un recurso casi obligatorio para reprimir los delitos internacionales que afectan intereses comunes de la humanidad, no lo es en forma ilimitada y para cualquier tipo de ilícito penal, resultando absurdo que un Estado totalmente desvinculado

del delito sostenga su competencia a pesar del desinterés del Estado ofendido para castigar al delincuente.

La falta de interés de los Estados en reprimir delitos no internacionales, cometidos por extranjeros, fuera de sus fronteras y contra valores ajenos a estos Estados y a sus súbditos, es pues un primer límite general a su libertad para determinar la amplitud de su jurisdicción penal, límite nacido no sólo de la razón, sino de una norma consuetudinaria de orden internacional.

Este mismo derecho prohíbe en ciertos casos, pero ahora expresamente y a través de obligaciones convencionales, que los Estados prolonguen su jurisdicción a hechos sobre los que, en principio, podrían reivindicar su competencia, como serían los delitos cometidos en su mar territorial o en los estrechos internacionales a bordo de buques extranjeros que hicieran uso del derecho de paso inofensivo, o los cometidos por agentes diplomáticos extranjeros acreditados en el país. Este es otro límite a la libertad de jurisdicción de los Estados.

Frente a los principios impositivos o prohibitivos de la competencia penal de los Estados sobre ciertos hechos, surgen en nuestra época una segunda categoría de normas internacionales que afectan la esfera jurisdiccional de los Estados, pero para coordinarla es decir, normas convencionales distributivas de la jurisdicción penal.

Ante la concurrencia de jurisdicciones cuya pretensión se nutre del Derecho público, como lo es el Derecho penal, los Estados han hecho remisión, por un acto de soberanía, de sus intereses punitivos a un determinado miembro de la Comunidad Internacional, o han establecido de común acuerdo una prelación de jurisdicciones, ocupando voluntariamente el lugar que les resulte convencionalmente, basándose en el valor real del punto de conexión que les vincula al delito.

No coincidimos, por tanto, con la opinión de Verplaetse de que «las competencias múltiples, dobles o acumuladas, están sentenciadas a permanecer en el estadio de las jurisdicciones separadas e irreconciliables, por tratarse de conflictos que penetran en la soberanía», pues estamos convencidos de que, precisamente en ejercicio de esa soberanía, cada Estado puede negociar los límites que atribuye a su propia competencia, renunciando en algunos casos a su ejercicio, admitiendo en otros un específico lugar en la prelación jurisdiccional, y en ocasiones, conviniendo la obligación de ejercer su jurisdicción penal a casos que no había contemplado en su legislación interna, sea por olvido, imprevisión o falta de interés.

Penetramos aquí, precisamente, en la naturaleza jurídico-internacional de los Convenios que a continuación analizaremos, es decir, de los que distribuyen competencia penal para castigar ciertos delitos contra la seguridad del tráfico aéreo. Sin embargo, el limitado número de los Estados ratificantes y lo estrecho de la materia tratada, deben frenar un poco el entusiasmo de quienes

prevén en estos meritorios ejemplos, un futuro triunfo del principio de jurisdicción universal.

CONVENIO DE TOKIO (sobre infracciones cometidas a bordo de aeronaves)

Aprobado el 14 de septiembre de 1963, atribuía al comandante de la aeronave en vuelo sobre la superficie de alta mar o en la de cualquier otra zona situada fuera del territorio del Estado, los poderes necesarios para prevenir los delitos a bordo y arrestar inmediatamente a los responsables, estableciendo la obligación de los Estados de restituir la aeronave que hubiera sido ilegalmente desviada, a sus legítimos poseedores, tomando en cuenta la seguridad, regularidad y demás intereses de la navegación aérea.

El campo de aplicación de este Convenio, son los actos ejecutados por una persona a bordo de cualquier aeronave matriculada en un Estado contratante, incluyendo los actos que puedan poner o pongan en peligro la seguridad de la aeronave o de las personas o bienes de la misma, siempre que se ejecuten mientras éstas sobrevuelen la superficie de alta mar o la de cualquier otra zona situada fuera del territorio de un Estado.

Una de las notas más interesantes de este Convenio, es la de considerar que «una aeronave se encuentra en vuelo desde que se aplica la fuerza motriz para despegar, hasta que termina el recorrido de aterrizaje (art. 4). Tesis adoptada posteriormente por la Ley Penal y Procesal de la Navegación Aérea Española, que con mayor técnica hace concluir el aterrizaje cuando la nave queda inmovilizada y parados sus motores (art. 11 4.ª).

Este documento no prevé en realidad las infracciones penales a las que deben aplicarse. Hace sin embargo un pequeño esbozo de la figura que hoy conocemos como apoderamiento ilícito de aeronaves, pero no contempla medidas específicamente preventivas, sancionadoras o reparatorias a no ser la genérica disposición de que «cuando una persona a bordo, mediante violencia o intimidación cometa cualquier acto ilícito de apoderamiento, interferencia o ejercicio del control de una aeronave en vuelo, o sea, inminente la realización de tales actos (tentativa), *los Estados contratantes tomarán todas las medidas apropiadas a fin de que el legítimo comandante de la aeronave recobre o mantenga su control*» (art. 11). Disposición esta que sólo pretende consagrar la cooperación que se deben entre sí los Estados y, en particular, la de restituir el aparato a su legítimo conductor, aunque no se establezca específicamente cuáles deberán ser estas medidas.

Por lo que respecta a la jurisdicción, el Convenio de Tokio señala en principio que el Estado de matrícula de la aeronave será competente para conocer de las infracciones y actos cometidos a bordo, aunque no excluye ninguna jurisdicción penal ejerci-

da de acuerdo con las leyes nacionales, autorizando limitativamente los casos en que un Estado puede perturbar el vuelo de una aeronave a fin de ejercer su jurisdicción penal, entre los que destacan aquellas infracciones que producen efecto en el territorio de ese Estado o afectan su seguridad.

El Convenio en comentario no crea una obligación de conceder la extradición del delincuente, pero sí dispone que las infracciones cometidas a bordo de aeronaves serán consideradas, a los fines de extradición, como si hubiesen sido cometidas no sólo en el lugar en que hayan ocurrido, sino también en el territorio de matriculación del aparato.

Una de las finalidades primordiales de este Convenio, era determinar las facultades jurídicas del comandante de la aeronave, aunque sólo quedaron previstas algunas de tipo preventivo y otras de naturaleza coercitiva, siempre que fueran necesarias:

- a) Para proteger la seguridad de la aeronave y de las personas y bienes en la misma.
- b) Para mantener el buen orden y la disciplina a bordo.
- c) Para permitirle entregar a las personas responsables de infracciones penales o actos peligrosos para la seguridad de la aeronave, personas o bienes en la misma, a las autoridades competentes o desembarcarlas en su caso.

Sólo excepcionalmente las medidas coercitivas apuntadas podían prolongarse más allá de cualquier punto de aterrizaje.

CONVENIO DE LA HAYA (para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves)

La Organización Internacional de la Aviación Civil preparó a través de su Comité Jurídico, un proyecto de Convenio por el que pretendía tipificar y reprimir con efectos internacionales, el delito de captura o apoderamiento ilícito de aeronaves. Fueron setenta y siete los Estados que se reunieron a finales de 1970 para examinar y aprobar posteriormente este instrumento, el que inició su vigencia en septiembre de 1971 al ser ratificado por los Estados Unidos de Norteamérica, cuyo propósito constituyó el décimo instrumento de ratificación.

La característica saliente de este Convenio es precisamente la unificación de esa figura delictiva, prevista en las legislaciones de la gran mayoría de los Estados signatarios con terminología y contenido dispar, asimilada en algunos casos a los delitos contra la propiedad, la seguridad del transporte, la libertad y seguridad personales en su aspecto de incolumidad colectiva y, en más de una ocasión, como simples agravantes de los delitos contra la seguridad de la nación.

La denominación, que había constituido en el plano doctrinal un primer tema de discusión (piratería, extorsión, secuestro, in-

terferencia, desviación, captura y otros), parece haberse consolidado en el término «apoderamiento ilícito» aún cuando no se trate de un verdadero delito patrimonial como parecería sugerir el nombre, sino un ilícito que vulnera intereses múltiples, «reato pluriofensivo» como le llama la doctrina italiana, entre los que destacan la libertad y seguridad de las personas a bordo.

El convenio gira alrededor de este único delito, y no hace referencia a otros que también afectan a la seguridad de la aviación, apareciendo como elementos constitutivo del tipo:

- a) El apoderamiento (captura sería quizá un término más apropiado) o ilícito ejercicio del control del avión.
- b) Cometido a bordo de una aeronave civil en vuelo.
- c) Mediante la violencia, amenaza de violencia o cualquier otra forma de intimidación.

Los actos de apoderamiento sólo pueden cometerse en forma dolosa, a través de la autoría o de la complicidad, siendo punibles aún en forma de tentativa y sin que tenga trascendencia para la adecuación típica, la finalidad específica que anime a los autores. Esta última característica es uno de los aciertos de la descripción, pues la inclusión de una finalidad concreta (dolo específico), en más de una de las definiciones intentadas hasta ahora, dan a éstas un carácter tan limitado que las hace inadmisibles para cubrir la ancha gama de elementos subjetivos que podría adoptar esta figura (13).

El hecho debe ser ilícito, de forma tal que no serán antijurídicos los actos de apoderamiento o control de la aeronave, cuando los autores estén amparados en una causa de justificación de derecho común interno, como la legítima defensa o el estado de necesidad, o de naturaleza internacional como sería la ejecución de una orden Gubernamental para recuperar un aparato que esté siendo usado indebidamente por otra potencia, o los actos de un agente de gobierno que haga descender a la aeronave cuando ésta cruce ilegalmente su territorio o mediante ella se cometan actos que atenten contra la seguridad nacional.

El artículo 7 del Convenio, refiriéndose a las autoridades encargadas del enjuiciamiento, señala que «tomarán su decisión en las mismas condiciones que las aplicables a los delitos comunes de carácter grave, de acuerdo con la legislación de tal Estado», de don-

(13 En la ponencia presentada por los doctores Luis Tapia Salinas y Fernando Murillo Rubiera al Décimo Congreso del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional, se señalan los fines que se han detectado en las figuras delictivas de apoderamiento ilícito de aeronaves, que con mayor frecuencia se han realizado, a saber: 1) con ánimo de lucro; 2) para apoderarse por razones políticas de determinados viajeros; 3) para trasladarse el autor a un determinado país por iguales motivos; 4) para coaccionar a un determinado gobierno a canjear pasajeros y/o tripulación por ciertos presos políticos o comunes; 5) como acto de represalia política o militar, acompañada en más de un caso de la destrucción del aparato, y 6) por deseo de propaganda o notoriedad.

de se desprenden que serán respetadas las normas sobre inimputabilidad de inculpabilidad, sobre atenuantes y agravantes, así como las excusas absolutorias previstas en dicho ordenamiento.

Las conductas típicas deben cometerse por personas que se encuentren a bordo de la aeronave en vuelo. Así, las desviaciones o capturas impuestas desde el suelo o mediante el uso de otros aeromóviles, perfectamente factibles, no entran en este Convenio, el que se distingue del suscrito en Tokio, porque considera a una aeronave en vuelo desde el momento en que se cierran todas las puertas externas después del embarque, hasta el momento en que se abra cualquiera de dichas puertas para el desembarque.

El delito en comentario vulnera directamente la seguridad del tráfico aéreo, aunque se agote típicamente en un acto de usurpación de funciones o en una afectación de la libertad personal, más que en un acto de apoderamiento de naturaleza patrimonial. Ni la vida ni la incolumidad física o sexual son valores protegidos directamente por la norma prohibitiva. Tan es así que la mayoría de las legislaciones internas agravan la pena cuando el secuestro aéreo vaya acompañado de homicidio, lesiones, violaciones u otros delitos.

Aunque en esta última hipótesis estamos frente a una acumulación o concurso material de delitos, el trato punitivo es el de una simple agravante, perfectamente previsible en su realización conjunta, por cuanto que el delito internacional que nos ocupa es de tracto sucesivo, es decir, de aquellos conocidos como permanentes en la doctrina.

En fin, el medio empleado debe ser la *violencia o intimidación*, de tal forma que las desviaciones ilegales realizadas voluntariamente por el comandante o la tripulación, o las que resulten del engaño o fraude, no entran en la hipótesis prevista por el Convenio.

Los Estados contratantes se obligaron a establecer para el delito penas severas, de donde resulta que la efectividad del Convenio dependerá, no sólo de su ratificación por los Estados, sino del interés y del criterio que éstos tengan al adecuar su legislación interna en cumplimiento de esta obligación internacional de tan ambiguo contenido.

El apoderamiento ilícito de aeronaves que comentamos, es un delito internacional no sólo por la naturaleza del proceso legislativo que le dio origen, sino además por los intereses comunitarios que se protegen con su represión. Pero sólo mantendrá esta calidad si el lugar de despegue o el aterrizaje real de la aeronave, a bordo de la cual se cometió el delito, está situado fuera del territorio del Estado de su matrícula, a no ser que el delincuente se halle en un territorio distinto (art. 3 del Convenio).

a) *La jurisdicción territorial ante el Derecho Aeronáutico.*— Los delitos cometidos sobre el territorio de la misma aeronave, o los efectuados en el mar libre o territorios *nullius*, no provocan un verdadero conflicto de leyes, sino que éste se plantea cuando el

delito se comete mientras se vuela sobre un territorio extranjero. La competencia del Estado subyacente, tradicionalmente sostenida con base en un criterio inflexible de tipo territorial, choca desde hace tiempo con serias oposiciones.

El Dr. Luis Tapia Salinas sostiene desde 1944 que «los actos jurídicos que se realicen en una aeronave no pueden quedar sometidos a la Ley del Estado subyacente, por ser notablemente contrario y contraproducente para la navegación aérea, fundada por completo en la idea de rapidez y carencia de obstáculos, la que se vería lamentablemente entorpecida si cada vez que un acto jurídico se realiza a bordo, tuviera la aeronave que aterrizar para dar cuenta a las autoridades competentes.

Por otra parte, admite, es necesario predeterminar la ley aplicable a estos casos, como una garantía jurídica de seguridad, sin que puedan depender las consecuencias del hecho puramente casual de que los actos jurídicos se realicen encima de un territorio u otro, de los varios sobre los que la aeronave vuela.

Por último, afirma el mismo autor, el hecho de que una aeronave cruce en tránsito un Estado extranjero, sin ánimo de aterrizar, no indica ni puede suponer que deba someterse a su soberanía, excepción hecha de la obligada sumisión a las normas de policía y tráfico aéreo, o en los casos en que los actos realizados en la aeronave lesionen la seguridad o independencia del Estado sobrevolado. Hoy día, decía desde aquel tiempo nuestro conocido internacionalista, la regulación de los actos jurídicos cometidos a bordo de una aeronave en vuelo, son regulados por la Ley de la nación a que la misma pertenece (14).

b) *La determinación de la jurisdicción en el Convenio de La Haya.*—En líneas generales el Convenio no excluye ninguna jurisdicción penal derivada de las leyes nacionales, pero crea en primer término una jurisdicción obligatoria o preferencial para el Estado de matrícula de la aeronave en donde se comete el delito, como una ampliación del principio de «la Ley de la Bandera», el que si bien no tiene opositor cuando la aeronave sobrevuela un espacio no sujeto a la soberanía de Estado alguno, el que corresponde a alta mar, por ejemplo, sí implica en caso contrario una concurrencia de jurisdicciones con el Estado sobrevolado, aunque éste sólo podría reclamar su competencia penal sobre el delito, esgrimiendo un interés meramente formal como es el principio de la soberanía sobre el espacio aéreo vertical, a no ser que la aeronave aterrizase en su propio territorio, pues entonces ese interés se refuerza por la presencia del delincuente y la alarma social que provoca el cono-

(14) TAPIA SALINAS, Luis, *Manual de Derecho Aeronáutico*. Bosch, 1944, página 103.

cimiento directo del ilícito internacional cometido. Este convenio sin embargo, resuelve el conflicto de jurisdicciones mediante una prelación o distribución de las mismas.

He aquí un ejemplo de cómo a través de un Convenio Internacional, un Estado territorial competente para conocer del delito, atendiendo a su legislación interna, admite en ejercicio de su propia soberanía una relegación de esa competencia en favor de otro Estado a quien se le atribuye una competencia preferencial. Igual podría un Estado renunciar totalmente al ejercicio de su potestad jurisdiccional en beneficio de otros miembros de la Comunidad Internacional.

La competencia preferente del Estado de bandera o de matrícula, resulta perfectamente comprensible, dado que el objeto material del delito, la aeronave y la tripulación por lo menos, le pertenecen y que son sus intereses los directamente lesionados.

Un segundo principio jurisdiccional expresamente admitido por la Convención de La Haya, es el reconocimiento a la competencia también preferencial del Estado en donde aterriza el vehículo aéreo, con el presunto delincuente todavía a bordo. Este segundo principio, fundado en un criterio de tipo práctico por la facilidad de instruir el proceso y sancional al delincuente, se complementa con un criterio jurídico de naturaleza territorial, basado en la naturaleza permanente o de tracto sucesivo del delito de apoderamiento ilícito de aeronave, cuya acción concluye en el territorio del Estado de aterrizaje.

Una tercera hipótesis en materia de jurisdicción se establece en favor del Estado aprehensor del delincuente aunque no sea el de la matrícula de la aeronave ni se trate del territorio del primer aterrizaje. Esta afirmación constituye el principio de mayor innovación del Convenio de La Haya. Basta que el delincuente sea hallado en el territorio de cualquiera de los Estados contratantes, para que surja a su cargo la obligación de someter el caso a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento, *sin excepción alguna y con independencia de que el delito haya sido cometido o no en su territorio*, a menos que se decida otorgar su extradición a un país solicitante de competencia penal preferencial u obligatoria.

Es así como el delito de captura ilícita de una aeronave, alcanza indiscutiblemente el rango de delito internacional, pues ofendiendo un interés universalmente protegido, los Estados se comprometen a castigarlo fuese cualquiera el lugar en que se hubiese cometido.

Sin embargo, esta última afirmación parece aventurada. Los Estados se comprometen a denunciar obligatoriamente al responsable en caso de negar su extradición, pero ésta es una obligación administrativa que no compromete a los órganos jurisdiccionales, quienes pueden hacer caso omiso de la denuncia sin que esto pueda ser considerado como incumplimiento del convenio a cargo del Estado contratante.

Aseguramiento del responsable.

Sea que se inicie el procedimiento contra el autor del atentado aéreo, o que se decida otorgar su extradición, el arresto o detención del responsable es siempre un tema preliminar.

El artículo 6.º del Convenio de La Haya, deja al criterio de los Estados contratantes la detención del delincuente, si se halla en su territorio y *considera que las circunstancias lo justifican*. Tal parece que los diversos y encontrados criterios sobre la punibilidad de los delitos políticos impidieron crear una obligación convencional de detener en todo caso al delincuente. Esta discrecionalidad es otra válvula por la que se escapa la eficacia del Convenio.

Si la detención o el aseguramiento del inculcado se realiza, ésta sólo se prolongará por el período que sea necesario a iniciar el procedimiento penal, entiéndase la simple denuncia de los hechos o al que requieran los trámites de extradición. En esta hipótesis se procederá inmediatamente a una investigación preliminar de los hechos y se notificarán estas circunstancias al Estado de matrícula de la aeronave, al que pertenezca el detenido y a otros Estados interesados, si el Estado aprehensor lo juzga conveniente, indicándoles si se propone ejercer su jurisdicción.

c) *El carácter político del delito y sus efectos sobre la punibilidad y la extradición.*—«La dificultad conceptual máxima, dice Quintano Ripollés, además de ineludible, es la de determinar qué cosa sea lo político, ya que esta calificación es absolutamente necesaria a priori para entrar en el estudio de la conducta delictiva, sea que se opte por la teoría del bien lesionado (Organización y orden social del Estado interesado) o por la subjetividad del ánimo o inclinación subjetiva del autor, quien a través de un delito considerado común, se propone atentar contra el Estado y su funcionamiento.»

Luis García Arias sostiene que buena parte de la doctrina iusinternacionalista excluye a los actos realizados con propósito político, de la clasificación de piratería (entendiendo como tal la realizada incluso sobre una aeronave privada), y da como característica diferencial del delito no político, el propósito personal de lucro o de venganza que anima a este último.

Este autor, sin embargo, niega que los actos con propósito político se contrapongan solamente a los realizados con propósito personal, pues esto mismo sucede tanto en la delincuencia política como en la social, si bien la primera vulnera un orden localmente determinado, nacional, mientras que la delincuencia social es internacional y afecta a la sociedad misma (15).

Quizá pudiéramos concluir que el interés de la comunidad uni-

(15) GARCÍA ARIAS, Luis, *Estudios de Historia y Doctrina del Derecho Internacional*. Madrid, 1964, págs. 333, 336 y 337.

versal en preservar la seguridad de la navegación aérea, es más fuerte que los efectos protectores del delito político, como ha sucedido en el delito de genocidio, cuyo carácter político no impide la extradición. Sin embargo, hay quienes afirman que los motivos políticos no sólo excluyen la posibilidad de entrega, sino incluso la punibilidad de los hechos, argumentando su falta de antijuricidad. Nosotros podríamos admitir la no extraditabilidad, pero nunca la falta de antijuricidad del acto, pues el hecho de que el Estado ofendido no castigue al delincuente evadido por habersele negado su extradición, no modifica en nada la calidad punible del delito, pues estamos en presencia de un mero obstáculo.

Nada impide sin embargo, atendiendo al carácter internacional del delito que nos ocupa, que el Estado aprehensor ejerza su jurisdicción a pesar de la naturaleza política del hecho, pues la negativa para restituir al delincuente, no significa que el Estado no pueda castigarlo conforme a su legislación interna, sobre todo si se interpreta en sana lógica la obligación subsidiaria de los Estados firmantes de este Convenio, de someter el caso a sus autoridades competentes a efecto de enjuiciamiento, *sin excepción alguna* y con independencia de que el delito haya sido o no cometido en su territorio. Cuando el delito de apoderamiento ilícito de aeronaves posea calidad política, el Estado aprehensor podrá negar su extradición, si su propia legislación le impide la entrega, pero deberá entonces juzgar directamente al delincuente, pues el Convenio Internacional que comentamos, de donde surge esta última obligación, por haberse convertido en ley interna, habrá ampliado su jurisdicción sobre hechos acaecidos fuera de sus fronteras y sobre los que quizá, originariamente, no tenía competencia.

d) *Extradición.*—La obligación contraída por los Estados signatarios, de entregar al delincuente al país de matrícula de la aeronave, al del primer aterrizaje o a otros Estados vinculados con el hecho, como los sobrevolados al momento de su comisión o el de nacionalidad del autor, sólo se materializa si no decide aplicar su propia jurisdicción o viceversa.

El esquema del tratamiento de la extradición en el Convenio de La Haya es el siguiente:

1. Considerar el delito entre los que dan lugar a la extradición en todo tratado ya celebrado entre los Estados.
2. Compromiso de incluir el delito como caso de extradición en todo tratado de este carácter que sea celebrado en el futuro.
3. Posibilidad de considerar el propio Convenio de La Haya como la base jurídica necesaria para la extradición por este delito.
4. Los Estados contratantes que no subordinen la extradición a la existencia de un tratado, reconocen el delito de apoderamiento ilícito de aeronaves como caso de extradición entre ellos (16).

(16) MAPELLI, Enrique, *El apoderamiento ilícito de aeronaves*. Tecnos, 1973, página 179.

La facilidad aparente para obtener la extradición de los delincuentes aeronáuticos se ve limitada, sin embargo, por el enorme volumen de casos calificados por su politicidad. La negativa para extraditar a delincuentes políticos es una amplia costumbre los miembros de la Comunidad Internacional e incluso forma parte de disposiciones constitucionales. La Convención que analizamos si bien elude el tema de la extraditabilidad del delincuente aeronáutico-político, sí admite que «la extradición estará sujeta a las demás condiciones exigidas por el Estado requerido», pero abre las puertas al futuro, con mirada ambiciosa, al decir que «los Estados contratantes se comprometen a incluir el delito como caso de extradición, en todo tratado sobre esta materia que celebren entre sí en el futuro» (8.º 1).

CONVENIO DE MONTREAL (para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil).

No resulta necesario ahondar en el estudio de este último Convenio Internacional, por lo que se refiere a la obligación de castigar con penas severas a los delincuentes, a las reglas de competencia, detención y extradición, porque se identifican con las ya analizadas en el Convenio de La Haya.

Este Convenio, firmado el 23 de septiembre de 1971, tiene como nota diferencial, sin embargo, el haber ampliado la gama de delitos que reclaman protección internacional, atendiendo no sólo a la seguridad que lesionan, que sigue siendo su común denominador, sino a la grave afectación de los servicios y material aéreos.

Este último convenio puede considerarse complementario del de La Haya, en cuanto que prevé como tipos delictivos:

a) Todo acto de violencia realizada contra una persona a bordo de una aeronave en vuelo, que por su naturaleza constituya un peligro para la seguridad de la aeronave (homicidios, lesiones, violación y otros, cometidos con armas de fuego o explosivos por ejemplo).

b) La destrucción de una aeronave en servicio o la causación de daños que la incapaciten para el vuelo o que, por su naturaleza, constituyan un peligro para la seguridad de la aeronave en vuelo.

c) La colocación en una aeronave destinada al servicio, de un artefacto o sustancia capaz de destruirla o de incapacitarla para el vuelo o que, por su naturaleza, constituya un peligro para la seguridad de la aeronave en vuelo.

d) La destrucción o daño de las instalaciones o servicios de la navegación aérea, o la perturbación de su funcionamiento, siempre que pueda constituir un peligro para la seguridad de las aeronaves en vuelo.

e) La comunicación de informes falsos que pongan en peligro la seguridad de la aeronave en vuelo.

El Convenio que ahora analizamos en forma breve, exige la ilicitud y la intencionalidad (dolo) de todas estas figuras delictivas, previendo la responsabilidad no solamente de los autores sino de los cómplices, admitiendo igualmente la figura de la tentativa.

Crea un nuevo concepto que aparece como elemento típico de alguna de estas infracciones, a saber, el de que la aeronave se encuentre en servicio, distinto del fenómeno de vuelo. Así, «se considerará que una aeronave se encuentra en servicio, desde que el personal de tierra o la tripulación comienza las operaciones previas a un determinado vuelo, hasta 24 horas después de cualquier aterrizaje» (art. 2 párrafo b).

Por lo que respecta a la destrucción o daños de instalaciones o servicios de navegación con peligro para la seguridad del vuelo, el Convenio sólo se aplicará si dichas instalaciones o servicios se utilizan para la aeronavegación internacional.

El resto de los delitos previstos en el Convenio están condicionados a que el lugar real o previsto de despegue o de aterrizaje de la aeronave, en donde se cometan, esté situado fuera del Estado de matrícula o a que se realicen en un Estado distinto, excluyendo expresamente este Convenio, a los que afecten a aeronaves militares, de aduana o de policía. Sin embargo, los vuelos internos que sufran cualquiera de estas conductas ilícitas, serán cubiertos por esta Convención Internacional si el punto real de aterrizaje se localiza fuera del Estado, llegándose al extremo, criticable por su excesiva amplitud, ya que en algunas hipótesis faltará el punto de vinculación internacional, de aplicar también el Convenio a los hechos que hubieran ocurrido íntegramente en el Estado de matrícula, quizá contra aeronaves nacionales en vuelos internos, si el delincuente es hallado en territorio de un Estado distinto.

Independientemente del espíritu de protección comercial que parece desprenderse de este último Convenio, mezclado con el común denominador de la seguridad de la aeronave, elevado a elemento típico de todas y cada una de las infracciones, no cabe duda de que constituye una prueba palpable del acercamiento de la Comunidad Internacional, identificada en un cuerpo legislativo capaz de actuar en beneficio común de la Humanidad.

La convergencia de criterios internacionales en temas tanto de carácter sustantivo como procesal, ha venido a confirmar y a engrosar la existencia y contenido de un verdadero Derecho Internacional Penal que es, por su propia esencia, ajeno a las fronteras jurídico-políticas que separan al hombre.

Las prisiones en Latinoamérica

ELIO GOMEZ GRILLO
(Venezuela)

Si intentáramos una clasificación todo lo arbitraria que se quiera de los grandes sistemas y regímenes penitenciarios actuales, yo me atrevería a intentar el señalamiento de los siguientes rasgos generales, a saber: El penitenciarismo de los países socialistas se caracteriza porque el preso es fundamentalmente una unidad de producción, un trabajador, un trabajador privado de su libertad, como quieren las Naciones Unidas que sea. En el penitenciarismo de los países nórdicos —Suecia, Noruega, Dinamarca, Finlandia— se observa una actitud de respeto hacia el preso y de estímulo para que éste curse estudios. El hombre preso es una suerte de señor Don Preso a quien se le paga para que estudie y a quien se le trata mejor de lo que él pueda tratar a sus mismos guardianes. En los países europeos de régimen capitalista hay posturas eclécticas entre las características penitenciarias socialistas y las nórdicas. En algunos de esos países hay más trabajo para los presos que en otros. En algunos hay más respeto e interés por la persona del cautivo que en otros. He conocido de cerca y he andado por penales de Italia, Francia, Bélgica, España, por penales de todos los países socialistas del este europeo: Checoslovaquia, República Democrática Alemana, Hungría, Bulgaria, Rumania, Polonia, Yugoslavia, Unión Soviética y también por China y Cuba. He visitado establecimientos en Suecia, Dinamarca, Noruega y Finlandia. Puedo decir que en muchos de los penales que conocí en Italia, Francia, Bélgica y España, vi características en unos cercanas al modelo socialista, en otros cercanas al nórdico. De paso, añado que el mejor concepto penitenciario de la Europa capitalista lo tengo de Bélgica y España.

Cito de seguidas el sistema y régimen penitenciario japonés. Las prisiones que he visitado en Japón se distinguen por su organización marcadamente *paramilitar*. En cuanto a Estados Unidos de Norteamérica se trata de la masificación penitenciaria, tipo San Quintín, por ejemplo.

Tenemos entonces que frente a estas características: el «trabajismo» socialista, la actitud respetuosa y de interés por el estudio del preso en los países nórdicos, el eclecticismo capitalista europeo, el paramilitarismo japonés, la masificación norteamericana, La-

inoamérica se caracteriza por un sistema y un régimen penitenciarios que me atrevo a calificar de *liberal*. Dentro de su tremenda desorganización que a veces llega al caos, dentro de su anarquía, desbarajuste e incoherencia general, las prisiones latinoamericanas ofrecen un régimen de mayor libertad interna para el preso, que el que existe en cualquier penal de otra región del mundo. La visita periódica más de una vez más a la semana desde el comienzo de la detención, sin locutorios ni trabas físicas. y el régimen sexual de la cámara reservada una vez a la semana, como término medio, son dos prácticas penitenciarias, entre otras, que no se ven normalmente ni en el mundo penitenciario socialista, ni en el capitalista, ni en el nórdico, ni en el norteamericano, ni en el japonés, ni en ningún otro del mundo.

En este sentido, dentro de su desorden e irregularidad, las prisiones latinoamericanas son, a mi juicio, las más liberales del mundo. No son prisiones duras como las que he visto en casi todos los países del globo. Hay una distensión, una liviandad, una blandura, vamos a decir que una humanidad en los regímenes penitenciarios latinoamericanos que son exclusivos de ellos y que, dentro de todo el caos interno de cada penal, y de todos sus inmensos trastornos, producen una situación más llevadera en muchos aspectos de la vida del prisionero.

Dicho esto, paso a detallar el planteamiento del tema. Comienzo por los aspectos negativos de las prisiones latinoamericanas:

1.º *Instalaciones inadecuadas*.—He visitado con fines de estudio establecimientos penitenciarios en varios países latinoamericanos: Argentina, Chile, Colombia, Ecuador, Bolivia, Panamá, Costa Rica, Guatemala, Méjico y por supuesto, todos los de mi patria. Puedo decir que la excepción es la instalación penitenciaria técnica y aún humanamente recomendable. Salvo la realización de los reclusorios recién inaugurados en Ciudad de Méjico, no he conocido en Latinoamérica una ejecución en grande de recintos penitenciarios acordes con una planificación científica realmente aceptable. En las recientes reuniones internacionales a las que he asistido, he oído información sobre una nueva orientación en la política de construcciones penitenciarias de Costa Rica. Lo cierto es, en una u otra forma, que las prisiones latinoamericanas son en general malos depósitos de hombres, tristes almacenes de seres humanos. He visto cuadros realmente espantosos en Bolivia, en Ecuador. en Chile, en mi país, incluso. Acabo de conocer en Argentina una instalación reciente en forma de torre que contraviene las más elementales normas de higiene mental y de acatamiento a principios básicos de salubridad humana penitenciaria general.

2.º *El hacinamiento*.—En las cárceles latinoamericanas, en general, hay más presos que los que caben en ellas. La causa fundamental es el retraso procesal. Muchas veces el preso espera por su sentencia un tiempo mayor que aquel al cual es condenado definitivamente. De lo que se trata, a fin de cuentas, es que en nues-

tras prisiones latinoamericanas la población penal está constituida en su inmensa mayoría por procesados. Veamos algunas cifras muy generales. Colombia, con veinticinco millones de habitantes, tiene alrededor de cuarenta y siete mil presos. El setenta por ciento son procesados. Panamá está habitada por un millón seiscientas mil personas. Sus presos son casi dos mil, también con setenta por ciento de procesados. En Méjico la proporción es pareja. El país azteca, con sesenta y dos millones de habitantes, tiene cuarenta y tres mil hombre entre rejas (cifra sujeta a rectificación), cuarenta y nueve por ciento son procesados y cincuenta y uno por ciento, penados. Las cifras oficiales de Costa Rica dicen que es un país de dos millones de pobladores, con unos dos mil hombres presos, como Panamá. De esos hombres, el cuarenta y tres por ciento son procesados y el cuarenta y uno por ciento, penados. En Trinidad y Tobago parece que las cosas andan mejor. Con una población de un millón de habitantes, en estas islas hay novecientos presos, de los cuales sólo cerca de un veinticinco por ciento están procesados. En mi país, en Venezuela, con trece millones de habitantes, hay dieciséis mil trescientos hombres presos. Los procesados son cerca de doce mil, es decir, el setenta y cinco por ciento.

Esta es la situación general en Latinoamérica. La inversión del sistema—más procesados que penados—y el retraso procesal crean, en general, una situación de hacinamiento que en Venezuela, por ejemplo, actualmente está representada por un exceso de cerca de seis mil hombres, que es alrededor del cuarenta por ciento de la población penal total del país. El panorama general no varía sensiblemente en el resto de Latinoamérica.

3.º *El ocio.* Con mucha frecuencia repito en Venezuela que en las cárceles de mi país los cuatro verbos que se conjugan preferentemente son: ociar, drogar, violar y matar. Ociar. En general, no hay en los sistemas y regímenes prisionales latinoamericanos una orzanización racional del trabajo penitenciario. Ello hace que la mayoría de la población penal se halle en estado de ocio. Salvo algunos establecimientos modelos—como el de Toluca, en Méjico, por ejemplo—nuestras prisiones albergan una población ociosa en un setenta, ochenta por ciento. Lo más doloroso es que se trata en su mayoría de hombres jóvenes que muy tempranamente se habitúan a ese no hacer nada que les acompañará en la mayoría de los casos durante toda sus vidas, lo que constituirá un factor determinante en el fenómeno de la reincidencia. Aun incluyendo los que cumplen labores de mantenimiento en la Institución—cocina, limpieza, lavandería—, que son después de todo una suerte de subempleos, el ocio sigue siendo la norma general promedio en las prisiones latinoamericanas.

4.º *Consumo y tráfico de drogas.*—Es un fenómeno común en las cárceles latinoamericanas. La droga entra por la visita al preso, también por la vía de los funcionarios. Existen en muchos pe-

nales verdaderas «roscas» u organizaciones que se encargan de especular con la droga. Ello ocasiona enfrentamientos entre grupos, lo que provoca consecuencias sangrientas con saldos de muertos y heridos. O bien, por efectos del consumo de la droga, muchos presos incurrir en agresiones y hechos de violencia igualmente cruentos.

Ya hemos hablado del régimen prisional latinoamericano como un régimen liberal. Desorganizado, pero liberal. Esa liberalidad, esa facilidad de acercamiento, de contacto entre el preso y su visita ofrece posibilidades para la entrada de la droga en el penal. En general, son escasos los locutorios o los distanciamientos de cualquier naturaleza entre el preso y la visita. En la cámara reservada, o sea, la entrevista sexual, también se realiza este tráfico de drogas. Es un problema grave por las actuaciones violentas que, como quedó dicho, puede generar.

5.º *Inseguridad personal*.—En muchas de las prisiones latinoamericanas, sobre todo las de las grandes ciudades, son frecuentes las riñas con saldos de muertos y heridos. También abundan las violaciones sexuales. En algunas cárceles incluso, existen «gangs» protectores que cobran por sus «servicios». Muchas veces los enfrentamientos se producen por la rivalidad en el control del tráfico de la droga, como quedó dicho. Otras veces, por efectos del consumo de la misma droga. Lamentablemente, tengo que citar el caso de un penal de mi país: el Internado Judicial de Caracas, mejor conocido como Cárcel Modelo. Difícilmente pasa un día en el que no haya riñas con balance de muertos y/o heridos. Aparte de los motines que con frecuencia se producen. Es de tal magnitud el problema que a un libro mío sobre «Las Cárceles de Venezuela», le puse como epígrafe un titular de prensa de un diario de Caracas. El titular decía «Ayer no se produjeron muertes en la Cárcel Modelo de Caracas» y apareció el 26 de noviembre del año pasado.

6.º *Ausencia de un mínimo tratamiento reeducativo*.—La exigencia mínima de un aceptable tratamiento reeducativo penitenciario exige como primer paso el examen y diagnóstico de cada caso para la clasificación correspondiente. La previa y rigurosa clasificación de los reclusos es el pivote central sobre el cual descansa todo sistema penitenciario racional. Tal clasificación supone —lo sabemos todos— el agrupar a los penados en razón del diagnóstico que se haga de su personalidad, tipo de delito cometido y circunstancia que le rodearon, procedencia del sujeto, aptitudes, y en general, de acuerdo a los requerimientos del tratamiento readaptador, para su debida separación y posterior agrupación en los establecimientos y actividades que aconsejaren las conclusiones obtenidas. De acuerdo a ello se aplicará un tratamiento basado en el trabajo —es decir, la ergoterapia—, o en el juego —la ludoterapia— o en la creación artística, o en la psico-

terapia propiamente dicha, o en alguna otra fórmula de readaptación.

En las prisiones latinoamericanas, como sistema no se realiza ese proceso. Nuestras cárceles son, en general, como ya dije, almacenes de hombres y nada más. Hay las excepciones, desde luego. Toluca—lo mejor que llevo conocido como cárcel en Latinoamérica—es una de ellas. En Cuba, cuando visité algunas de sus prisiones hace tres años, hallé los comienzos de un centro de clasificación que si ha seguido marchando de acuerdo a los planes trazados, debe constituir actualmente una interesante y hermosa experiencia.

En conclusión, no hay tratamiento reeducativo en los penales de Latinoamérica.

7.º *Falta de una verdadera enseñanza elemental.*—En las instituciones penitenciarias de Latinoamérica, existen con diferentes nominaciones, centros para la enseñanza primaria elemental. En mi país se denomina «Sección Pedagógica». Estos centros adolecen de muchísimas fallas. De otra manera no se explica como un hombre que permanece entre rejas cinco o más años, sale todavía analfabeto. Son casos que se dan con alguna frecuencia.

Más, opino que hay que reconocer que con todas sus deficiencias, la enseñanza elemental no parece ser lo que peor marcha en los penales latinoamericanos. Incluso en las prisiones de muchos países de Latinoamérica —en Venezuela, por ejemplo— se dictan cursos de enseñanza secundaria, y aun universitaria. Cier to es que el número de inscritos en estos estudios es mínimo, que se trata de dosis experimentales, virtualmente homeopáticas, pero con todo, es promisor a esta iniciación.

El aspecto de la enseñanza, y más que la enseñanza la educación propiamente dicha, es uno de los más importantes en el tratamiento de los delincuentes. Universalmente sus resultados han sido satisfactorios y constituyen una de las fórmulas más eficaces, a juzgar por las cifras que conocemos, para combatir la reincidencia.

8.º *Falta de aprendizaje de un oficio.*—El aprendizaje de un oficio es factor altamente útil para el tratamiento del recluso. Se trata de hacerle cambiar la profesión al sujeto: que deje el oficio de delincuente y tome el oficio que se le ha enseñado.

En general, el ocio y la desorganización de las prisiones en Latinoamérica hacen que esto se cumpla en un número minoritario de casos. Seguramente lo más frecuente que sucede no es que el recluso aprenda un oficio, sino que el ocio forzoso le haga olvidar el que sabía.

9.º *Un personal de custodia que, en general, no está capacitado para una tarea verdaderamente asistencial.*—Ya sabemos que una prisión es su personal y algo más. El personal penitenciario en la inmensa mayoría de las prisiones latinoamericanas

no posee —en general, digo en general— la formación que debe requerir para una tarea tan delicada. En algunos países, como Argentina, por ejemplo, tiene una formación paramilitar. También en Cuba. En Venezuela existe la *Escuela de formación del personal penitenciario*, que tiene carácter totalmente civil y para la cual se han propuesto reformas fundamentales. A mi juicio hay notables deficiencias y limitaciones en el diseño general del plan de aceptación y del plan formativo.

El caso es que los salarios y las condiciones de trabajo de este personal es precario. Tienen bajos sueldos y escasa o ninguna seguridad social. Por eso a los aspirantes a estos cargos no se les pueden exigir muchos requisitos, lo que hace que no sean frecuentemente los más idóneos o capaces. Es lamentable porque ellos son los llamados a hacer esa «terapia de esclarecimiento», esa conversación informal permanente con el recluso que tanto puede ayudar a éste.

10. *Un personal técnico, no siempre el más capacitado ni el más interesado en la problemática penitenciaria.*—Me refiero a los médicos, odontólogos, psiquiatras, psicólogos, sociólogos, educadores, trabajadores sociales... Ocurre algo semejante a lo señalado en el numeral anterior con respecto al personal de custodia. También hay bajos salarios y condiciones de trabajo negativas para este personal. Por eso dentro de él no suelen estar los mejores. Es justo señalar que se hallan a nivel de personal de custodia y a nivel de este personal técnico, individualidades con una mística extraordinaria y una profunda vocación de servicio. Particularmente los he encontrado entre los trabajadores sociales, psicólogos y psiquiatras. Pero en el contexto general no ocurre esto. Médicos generales, médicos psiquiatras y odontólogos, le dedican escasas horas a su tarea penitenciaria y tiende a salir de ella de cualquier manera, con irregularidades en la asistencia y en la prestación del servicio.

A ello se añade que este personal técnico suele carecer de una mínima formación penitenciaria. Deberían dictarse cursillos básicos de información criminológica, penológica y penitenciaria.

A lo dicho hay que añadir la ausencia en la mayoría de los sistemas y regímenes penitenciarios en Latinoamérica. de un verdadero régimen progresivo. A veces existe en leyes y reglamentos que se cumplen a medias por impedimentos que trae la misma Ley o por vicios de rutina. En estos últimos días se han producido algunas reformas en la Ley de Régimen Penitenciario de Venezuela, que logran algunos beneficios para el recluso dentro de la progresividad penitenciaria.

Hay que señalar también el hecho de que la inmensa masa que constituye la población penal latinoamericana está formada por sujetos pertenecientes a los más bajos estratos socioeconómicos de cada país. Son proletarios —campesinos u obreros—, subproletarios, infraproletarios. Marginales, en la mayoría de los

casos que más que el delito, pagan en la cárcel su debilidad económica y jurídica. Son los «pobres diablos» de los que habla el profesor López Rey. Víctimas de una justicia clasista, el hecho de que sean ellos y no los poderosos los inquilinos permanentes de las prisiones, es una de las causas de que éstas sean en general tan malas. Es decir, la pobreza y el ningún poder ni capacidad de presión social de sus habitantes, es una razón suficiente para que las cárceles latinoamericanas permanezcan tan olvidadas por sus respectivos gobiernos. Si los ricos fuesen a las prisiones, otra sería la historia de éstas. Serían estupendas o habrían desaparecido. En mi Venezuela el 95 por 100 de la población penal está constituida por los «pobres diablos».

Quisiera decir dos palabras acerca de la asistencia postinstitucional, es decir, la colaboración con el hombre que sale de la cárcel. En Latinoamérica como norma general existe muy limitadamente o no existe. Los venezolanos tuvimos hasta hace poco unos *Centros de Asistencia en Libertad* recién eliminados por razones que no conozco. Pienso que dentro de sus posibilidades cumplían una labor positiva, aunque en dosis experimentales, mínimas. En general, los latinoamericanos no hemos creado los sistemas necesarios para atender al hombre liberto.

Concluyendo, ya, quiero referirme al sistema de cárceles o instituciones abiertas. No abundan en Latinoamérica. Nuestras cárceles son cerradas en su inmensa mayoría. Tengo entendido que hay experiencias interesantes de instituciones abiertas en Brasil, en Sao Paulo, por ejemplo. Conozco alguna cárcel abierta en Argentina. Cito de nuevo a Toluca en la última etapa de su régimen progresivo como una experiencia admirable. En Venezuela no tenemos cárceles abiertas. Sólo anexos abiertos mínimos adscritos a algunas de nuestras grandes penitenciarías. Parece que se proyecta una cárcel abierta autónoma para el año próximo de 1981.

Ante todos estos males penitenciarios que aquejan a Latinoamérica es necesario concluir con algunas consideraciones. Una de ellas es lo señalado al comienzo de esta comunicación. Que los sistemas y regímenes penitenciarios en América Latina son liberales. Son liberales dentro de sus desarreglos, anomalías, desbarajuste y barahúnda general. El régimen amplio y permisivo de visitas al recluso en las prisiones latinoamericanas no pueden compararse con las restricciones que se imponen en general en cualquier penal cerrado europeo. Y todos sabemos los importantes que es para el recluso la visita.

El otro aspecto al cual me referí al comienzo de la comunicación es el atinente a la cámara reservada, a la visita sexual. Es una práctica penitenciaria que los latinoamericanos estimamos sabia. Sabia por lo que significa en cuanto a la vida fisiológica normal del recluso y sabia por lo humana. En Europa, en las cárceles europeas de régimen capitalista no se conoce, en general. En

el mundo socialista tampoco, salvo en la Unión Soviética, donde se practica con grandes limitaciones. La vigencia de la cámara reservada en las prisiones latinoamericanas sólo puede ser comparada a lo establecido en los penales de los países nórdicos: Suecia y Dinamarca, preferentemente, donde, de acuerdo a la idiosincrasia peculiar de esos pueblos, se le llama visita higiénica.

A fin de cuentas muchos de los males de las prisiones latinoamericanas se encuentran en las prisiones de otras partes del mundo. Sólo que en otras regiones del globo—Europa, Estados Unidos de Norteamérica y Canadá, por ejemplo—se crean e implementan cada día otras alternativas penológicas que no provocan la privación de la libertad. La cárcel cerrada como tal ha fracasado. Así como el siglo xix fue el siglo de la consagración de la prisión como la fórmula ideal para intimidar y reformar al hombre delincuente, el siglo xx ha sido el de la anticárcel. En todas partes se invocan penas sustitutivas de la privación de la libertad, tanto dentro del capitalismo como dentro del socialismo en cualquiera de sus formas. En Latinoamérica, no. Somos más represivos. Es tema para tratarlo en sesión aparte. Por eso no abundo en él. Pero quiero terminar diciendo como noticia buena que en mi país, en Venezuela, acabamos de aprobar la *Ley de sometimiento a juicio y suspensión condicional de la pena*, que no es otra cosa que el ya centenario y medio régimen de prueba vertido a idioma español en tierra venezolana. Es motivo de orgullo para mí como venezolano el decir que somos el primer país de lengua española que adopta la modalidad probacional en toda su amplitud. Es nuestro primer paso para empezar a hacer de la pena privativa de libertad un recurso de segunda mano. Porque a fin de cuentas la mejor manera de reformar las prisiones es ir acabando con ellas.

CRONICAS EXTRANJERAS

A) ALEMANIA

XII Congreso Internacional de Derecho Penal

(Hamburgo, 16 a 22 septiembre 1979) (*)

El Congreso se dedicó a cuatro grandes temas que se estudiaron distribuidos en cuatro secciones, llegando a las conclusiones y recomendaciones que a continuación se indican:

SECCION I

LAS INFRACCIONES COMETIDAS POR IMPRUDENCIA. PREVENCIÓN Y TRATAMIENTO DE LOS DELINCUENTES

El XII Congreso Internacional de Derecho Penal de Hamburgo, teniendo en cuenta los objetivos del Derecho Penal dentro de las condiciones del progreso científico y técnico, así como los cambios sociales en el mundo contemporáneo y el peligro creciente de las infracciones por imprudencia al lado de los valores y de los bienes sociales e individuales más importantes.

Constatando que las formas y los métodos perfeccionados de la prevención de la criminalidad por imprudencia son un elemento necesario del sistema de las medidas de protección de los valores y de los bienes antes citados.

Considerando la lucha contra las infracciones por imprudencia como una parte integrante de la acción social contra la criminalidad en general, ha adoptado las recomendaciones siguientes:

1. Deberá prestarse una atención cada vez mayor, a las causas y a las condiciones que favorecen la perpetración de las infracciones por imprudencia en el mundo actual.

Merece una importancia especial el estudio de la criminalidad por imprudencia y de sus condiciones dentro del ámbito de la explotación de los medios de transporte, especialmente de la circulación rodada, así como en otros sectores de la vida social en la cual los actos imprudentes presentan

(*) Traducción por Clotilde Romero Sirvent, profesora ayudante de Derecho penal, de la versión francesa inserta en la Crónica de André Marchal, en la «Revue Internationale de Droit Pénal et Criminologie».

También puede consultarse la versión de Aurelia Asunción Richart Rodríguez, publicada en el «Boletín de Información del Ministerio de Justicia» núm. 1.184, Madrid, 1979, y en separata, págs. 1 a 9.

un elevado peligro para los valores sociales e individuales esenciales, principalmente la seguridad en el trabajo, la utilización de nuevas formas de energía y de materias y la protección del medio ambiente.

2. Como estrategia determinante de la lucha contra la criminalidad por imprudencia, convendría considerar una acción completa ejercida sobre los factores criminógenos que favorecen la comisión de las infracciones por imprudencia, así como la sensibilización de la sociedad en el espíritu del sentido del deber y del respeto de las normas de seguridad en estas materias.

3. a) En lo que concierne a la incriminación y la descriminalización de los actos imprudentes, la solución deberá tener en cuenta todos los aspectos de la acción ejercida por los factores económicos, sociales y otros dentro de las condiciones concretas de la evolución social.

b) Sólo los casos de comportamientos imprudentes más graves, desde el punto de vista social, deberían ser previstos como infracciones de la Ley Penal, ya que lesionan los valores y bienes sociales e individuales ya citados.

c) Convendría utilizar en la mayor medida posible, en lo concerniente a la prevención o a la reducción de los casos de comportamientos imprudentes menos graves, las sanciones civiles y administrativas, así como medidas de acción social y de educación.

4. a) La responsabilidad penal por los actos de imprudencia deberá de atenerse siempre al principio de culpabilidad, como elemento subjetivo previsto por la Ley y basado en un comportamiento que viole las normas de seguridad y de prudencia, teniendo en cuenta la gravedad de la lesión causada, prevista o previsible, así como, en los casos previstos por la Ley, el grado de peligro de tal comportamiento.

b) Nadie debería ser castigado por razón de las consecuencias no queridas de su acción, aunque fuera una infracción, excepto que las hubiera previsto o las hubiera podido prever.

5. La determinación de las consecuencias penales de una infracción por imprudencia debería basarse en los principios de la diferenciación y de la individualización de la sanción. A este efecto se deberían utilizar diversas penas no privativas de libertad y en los casos de privación de libertad recurrir al *régimen abierto* o a medidas análogas. Debería ser posible recurrir a excepciones de penas, asociadas o no, a medidas de acción social y de educación.

6) La investigación científica en el ámbito de las infracciones por imprudencia debería de realizarse sobre una base multidisciplinaria, prestando una especial atención al estudio de sus causas y condiciones, de la tipología y clasificación de los autores de estas infracciones, también a la elaboración de las medidas adecuadas, múltiples y complejas con vistas a su prevención.

La génesis del comportamiento del delincuente por imprudencia debe de estudiarse utilizando las experiencias de la sociología, de la criminología, de la psicología y de las otras ciencias del hombre. Sería deseable desarrollar ulteriormente la colaboración internacional y la coordinación de los esfuerzos de los expertos e investigadores de los diversos países en el ámbito de la prevención y reducción de las infracciones por imprudencia.

SECCION II

LA PROTECCIÓN PENAL DEL MEDIO AMBIENTE

Los trabajos de esta sección desembocaron en las recomendaciones siguientes:

RESOLUCION

Preámbulo.

1. La cuestión de la protección del medio que nos rodea se hace acuciante en el mundo contemporáneo. La humanidad que se enorgullece de sus realizaciones científicas y técnicas, del desarrollo de la cultura y de la educación, se encuentra delante de una amenaza de autodestrucción.

2. Es, por tanto, necesario tomar enérgicas medidas para proteger la vida y su calidad contra aquello que la amenace. Esto implica que deben resolverse los conflictos que pueden surgir entre el desarrollo económico y la protección del medio ambiente. Ello exige igualmente una cooperación y una coordinación a escala nacional e internacional.

Recomendaciones en el plano nacional.

3. En un campo donde conviene, sobre todo, preservar el medio ambiente, las disciplinas no penales juegan un papel esencial. Sin embargo, el Derecho penal debe intervenir para asegurar la eficacia de las normas no penales, especialmente de Derecho administrativo o de Derecho civil.

En este campo, el Derecho penal cumple, ante todo, una función auxiliar. Es necesario, igualmente, que el Derecho penal intervenga, de forma independiente, en casos de atentados graves contra el medio ambiente.

4. Para una protección eficaz del medio ambiente es indispensable reconocer, más allá de la vida y de la salud humana, la protección de bienes, tales como el agua, el aire o el suelo, que constituyen en la actualidad el *minimum* que debe ser protegido penalmente. Es también necesario mejorar lo más rápidamente posible la protección de otros bienes, principalmente la flora, la fauna, y luchar contra las vibraciones o ruidos excesivos.

5. En Derecho penal especial no debe limitarse a las disposiciones tradicionales, sino también a instituir o desarrollar disposiciones específicas sobre el medio ambiente. Estas disposiciones preverán la aplicación de sanciones penales, sea para las violaciones de reglas administrativas y civiles, sea para cualquier otra forma de puesta en peligro del medio ambiente.

6. Como los atentados graves al medio ambiente son cometidos a menudo por personas morales y empresas privadas, públicas o del Estado, es necesario admitir la responsabilidad penal de éstas e imponerles el respeto al medio ambiente bajo la amenaza de sanciones civiles o administrativas.

7. En cuanto a las personas físicas es necesario mantener la responsabilidad penal de los que han cometido materialmente el acto delictivo y de los directivos y funcionarios públicos que han dado la orden o el permiso para cometer la infracción o la han dejado cometer.

8. En un afán de eficacia no hay que limitarse a las sanciones pecuniarias, sino prever, en la medida que el sistema jurídico lo permita, una vasta gama de sanciones, principalmente la prohibición temporal de producción, el cierre de la empresa, la inhabilitación profesional, la publicidad de la condena y, en los casos más graves, la privación de libertad.

9. Para que sea efectivo el Derecho penal del medio ambiente es necesario facilitar la prevención, el descubrimiento y la persecución de las infracciones por una serie de medidas apropiadas, como estimulando a una toma de conciencia en la opinión pública de la importancia de este tipo de infracciones.

Recomendaciones en el Plano Internacional

10. No es suficiente proteger el medio ambiente en el ámbito nacional. En efecto, su naturaleza es tal que un daño, debido a la polución, a la explotación abusiva de los recursos o a cualquier otra forma de atentado, puede deteriorar el medio ambiente en territorios no nacionales, principalmente en alta mar o en el espacio cósmico.

11. La protección es asimismo necesaria cuando los actos lesivos son cometidos o tolerados por un Estado contra el medio ambiente de otro Estado o por una entidad extranjera (persona física o jurídica, navío, etc.) o incluso cuando por cualquier negligencia se produce un atentado al medio ambiente desde un territorio internacional o nacional contra un Estado vecino.

12. Es necesario entonces elaborar los futuros principios, normas y límites de tolerancia mínima, cuya aplicación será realizada ante todo gracias a una aproximación común de las jurisdicciones nacionales.

13. Las agresiones graves e intencionadas contra el medio ambiente deben de ser calificadas como delitos internacionales y penados de forma apropiada.

14. Los instrumentos principales consisten en la elaboración o aplicación de convenciones regionales o universales y de códigos sobre esta materia que servirán de modelo a las leyes nacionales. Estas convenciones obligarán a los Estados contratantes a sancionar penalmente los actos peligrosos para el medio ambiente y prever, en estos casos, la ayuda mutua internacional en materia penal, incluida la extradición. En defecto de tales instrumentos, la aplicación extraterritorial de la Ley Nacional puede ofrecer una solución.

15. Es necesario, por otra parte, intercambiar informaciones concernientes a los atentados contra el medio ambiente que afecten a la comunidad internacional, especialmente los organismos ya existentes deben de ser estimulados a incluir los ataques al medio ambiente en su campo de actividad.

16. Es también urgente anunciar los principios de solución de los conflictos de leyes para reducir las tensiones resultantes de la aplicación unilateral de las leyes nacionales.

17. Aparece, en fin, como altamente deseable, desarrollar la colaboración entre Estados dentro de una perspectiva de jurisdicciones regionales y también de una jurisdicción internacional.

Conclusión General

18. Las recomendaciones antes dichas constituyen las condiciones mínimas a respetar por cada Estado, con vistas a una protección uniforme del medio ambiente, en el interés común de países en vías de desarrollo y de países industrializados.

19. El conflicto entre intereses económicos a corto plazo e intereses ecológicos a largo plazo debe resolverse a favor de estos últimos.

SECCION III

LOS DERECHOS HUMANOS EN EL PROCESO PENAL

Preámbulo:

La A. I. D. P., reunida con ocasión del XII Congreso Internacional de Derecho Penal en Hamburgo, del 16 al 22 de septiembre de 1979, teniendo en consideración la importancia fundamental de salvaguardar la dignidad de cada ser humano, dentro del proceso penal, teniendo en consideración las convenciones y los pactos internacionales y regionales concernientes a los derechos humanos y de su interpretación por instancias internacionales competentes, con la finalidad de promover en ciertos ámbitos de los derechos humanos un fortalecimiento de éstos por la formulación precisa de exigencias mínimas, con la esperanza de que los principios generales teóricos que han sido elaborados, serán aplicados en todo el mundo, independientemente de fronteras políticas, ideológicas o religiosas, sin excepción y sin discriminación alguna, adopta las resoluciones siguientes:

Resoluciones:

1. Presunción de inocencia.

La presunción de inocencia es un principio fundamental de la justicia penal. Ello implica principalmente que:

a) Nadie puede ser condenado o formalmente declarado culpable, sin haber sido juzgado conforme a la Ley en un procedimiento judicial.

b) Ninguna sanción penal o equivalente puede ser aplicada a una persona hasta que su culpabilidad haya sido establecida en las formas previstas por la Ley.

c) Nadie está obligado a probar su inocencia.

d) La duda debe siempre favorecer al acusado.

2. Derechos procesales («igualdad de medios»).

La defensa tiene derecho a una auténtica igualdad dentro del proceso y recibirá los medios necesarios para impugnar las pruebas aportadas por la acusación o aducir sus propias pruebas.

El acusado deberá estar informado de sus derechos en todas las fases del proceso.

3. Proceso rápido.

El proceso penal debe ser llevado rápidamente, sin entorpecer, no obstante, a la defensa en su derecho a preparar el proceso. A este efecto:

- a) Debe de disponerse de las estructuras adecuadas, instituciones, recursos y personal, con vistas a un funcionamiento eficaz de la justicia penal.
- b) Los plazos deben de ser fijados para cada etapa del procedimiento.
- c) Debe ser posible desglosar los casos complejos con numerosos acusados por varias acusaciones; esta posibilidad se utilizará cada vez que parezca razonable.
- d) Deberán continuar los esfuerzos tendentes a la discriminalización.
- e) Deben instituirse procedimientos diferentes para casos de diferente gravedad.
- f) Debe facilitarse la ayuda mutua en materia penal.
- g) Deben tomarse medidas administrativas o disciplinarias contra funcionarios públicos que, intencionadamente o por negligencia, provoquen retrasos injustificados en cualquier fase del proceso.
- h) Las víctimas de la lentitud de la justicia tienen derecho a pedir una indemnización.
- i) Con vistas a mejorar la economía de la justicia y eficacia del funcionamiento de la justicia penal deben de realizarse investigaciones teóricas y prácticas.

4. Cuestiones relativas a la prueba.

Es necesaria una base legal para todos los procedimientos y métodos que permiten revisar las pruebas que supongan un menoscabo en los derechos individuales y en las libertades.

La admisibilidad de las pruebas en el proceso penal será regulado teniendo en cuenta el sistema judicial, los derechos de la defensa, los intereses de la víctima y de la sociedad.

- a) Una prueba obtenida directa o indirectamente por medios que constituyan una violación de los derechos humanos, tales como la tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes, no deberá ser tenida en consideración.
- b) Una prueba obtenida por otro medio ilegal cuya autenticidad, sin embargo, es establecida de forma cierta, será admitida sólo en base a las disposiciones legales o a la decisión del juez, tomando en consideración los intereses en litigio.

Otra proposición: en sustitución de la a) y la b): Una prueba obtenida directa o indirectamente por medios ilegales no debe ser tenida en consideración.

- c) Nadie puede ser condenado sobre la sola base de una confesión.

5. Derecho a guardar silencio.

6. Toda persona sospechosa de una infracción tiene derecho de defenderse, de escoger un defensor en todas las etapas del proceso y de ser informado de sus derechos.

a) Se designará un defensor de oficio si por razones personales el acusado no está en condiciones de asumir su defensa o de tomar las medidas a este fin, y en los casos graves y complejos en los cuales, en interés de la justicia y de la defensa, tal designación parezca necesaria a la autoridad judicial competente.

b) El defensor designado recibirá unos honorarios razonables a cargo de la colectividad si el acusado no tiene medios para pagarle.

c) La presencia del defensor será autorizada en todos los momentos decisivos del proceso.

d) El defensor designado tendrá acceso a todas las pruebas de cargo en poder de la acusación y a todas las pruebas de descargo tan pronto sea posible, y lo más tarde a la conclusión del sumario.

e) Toda persona detenida tendrá derecho a ver a su defensor y podrá comunicarse con él a solas, oralmente o por escrito, las limitaciones a este derecho sólo podrán ser ordenadas por un magistrado como medida de seguridad indispensable.

7. Arresto y detención.

Nadie será arrestado o detenido arbitrariamente. Nadie será privado de su libertad salvo en las condiciones y según el procedimiento previsto por la Ley.

a) Nadie será arrestado o detenido sin que existan razones plausibles para sospechar que ha cometido una infracción.

b) El arresto y la detención sólo tendrán lugar en caso de necesidad y serán reducidos al mínimo en lo referente a su frecuencia y duración. El riesgo de una actividad delictiva ulterior no podrá justificar la detención preventiva, salvo en el caso de crímenes o de delitos graves.

c) La detención no será obligatoria, sino sujeta a la apreciación de instancias judiciales competentes.

d) Las medidas sustitutivas se utilizarán siempre que sea posible, entre otras:

— La caución.

— Compromisos tomados por personas o por grupos dignos de confianza.

— Imposición de otras restricciones.

e) Toda persona arrestada o detenida será conducida delante de un juez o de un magistrado legalmente competente para ejercer esas funciones y será informado de toda la acusación presentada contra ella; después de esta comparecencia delante de la autoridad judicial no será remitida a las fuerzas que han efectuado el arresto, sino que quedará bajo custodia en los establecimientos de detención ordinarios.

f) Se ofrecerá a las personas en detención preventiva la posibilidad de realizar actividades constructivas sin que esto atente a la presunción de su no culpabilidad.

g) La detención preventiva administrativa no se admitirá nunca en el marco del proceso penal.

h) Todo período de detención antes del juicio será deducido de la pena.

i) Toda persona víctima de detención ilegal o injustificada tendrá derecho a una indemnización.

8. Derechos e intereses de la víctima.

Los derechos e intereses de la víctima serán protegidos principalmente:

- a) por la posibilidad de participar en el proceso penal, y
- b) por el derecho de proteger sus intereses civiles.

9. Protección internacional.

Se invita a los Gobiernos a ratificar los pactos y convenciones para la salvaguarda de los derechos del hombre, a incorporar las disposiciones pertinentes en el derecho nacional y a reconocer el derecho de recursos individual ante los órganos internacionales competentes.

Resoluciones especiales.

El Congreso insiste para que la Asamblea General de las Naciones Unidas adopte:

- a) El proyecto de convención para la prevención y supresión de la tortura.
- b) El proyecto de Código Penal Internacional.
- c) El proyecto conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención y de prisión.

SECCION IV

INMUNIDAD, EXTRATERRITORIALIDAD Y DERECHO DE ASILO EN EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL

I. *Inmunidad.*

1.º La inmunidad en el campo del Derecho penal internacional es una institución del Derecho internacional público que siempre tiene repercusiones considerables en la política criminal de los Estados.

Desde el punto de vista del Derecho penal, la inmunidad puede considerarse como excepción del Derecho penal material o procesal.

2.º Por razones de seguridad del derecho, es deseable una definición tan precisa como sea posible, de las condiciones, del alcance y de los efectos de la inmunidad por medio de convenciones internacionales.

3.º Por consideraciones de política criminal, sería preferible una inmunidad gradual. En este marco se pueden excluir de la inmunidad ciertas categorías de infracciones. Necesidades de política criminal podrían justificar que, por ejemplo, las infracciones de las reglas de la circulación fuesen excluidas de la inmunidad, a menos que se trate de un beneficiario de la inmunidad general.

4.º Sólo con reservas se debería otorgar la inmunidad a la diplomacia de conferencias. Las personas beneficiarias de la inmunidad, y en el ámbito de ésta, dependerán del objeto de la conferencia, del rango de los participantes y de las funciones que cumplen durante la conferencia. Por razones de seguridad jurídica importa fijar, a priori, para cada conferencia, cuáles son las categorías de participantes beneficiarios de la inmunidad y cuál es la extensión de la misma.

5.º En el ámbito cubierto por la inmunidad, ésta excluirá toda clase de diligencias penales contra la persona beneficiaria. Se admitirán siempre las medidas preliminares, mientras no impliquen la participación de la persona beneficiaria, a menos que el Estado de origen las autorice de forma expresa. La persona beneficiaria, sin embargo, tendrá el derecho de estar presente durante estas diligencias.

6.º En interés de una cooperación estrecha de Estados en el ámbito del Derecho penal son admisibles actos de ayuda mutua judicial internacional, incluso respecto a personas beneficiarias de la inmunidad, siempre que no se emplee frente a ellas limitaciones de las cuales normalmente están exoneradas.

7.º El ejercicio de la legítima defensa se permite siempre frente a personas que se benefician de la inmunidad en la medida en que este Derecho es reconocido por la Ley del Estado de acogida.

8.º El Estado de origen tiene la obligación de perseguir, según su propia legislación, las infracciones cometidas por personas que gozan de inmunidad en el Estado de acogida.

Deberá también de resolver en el ámbito interno las dificultades jurídicas que puedan impedir la aplicación del Derecho penal nacional a los delitos cometidos en el extranjero (v. gr. represión del tráfico de estupefacientes cometido por una persona beneficiaria de la inmunidad en el Estado de acogida).

9.º En el caso de que la inmunidad haya finalizado, el Estado de acogida tiene derecho a perseguir las infracciones cometidas durante la inmunidad por los beneficiarios de ella, fuera del ámbito de sus funciones oficiales.

10. Si se creara un Tribunal Internacional de Justicia Penal, éste debería de ser también competente para juzgar las infracciones cometidas durante la inmunidad en el Estado de acogida por el beneficiario de ella.

11. Las organizaciones internacionales deberán, en caso de petición del Estado de acogida, renunciar a la inmunidad de sus miembros en caso de delito grave, para hacer posible una persecución penal. Esto es tanto más importante cuanto que, en este caso, podría no existir un Estado de origen competente.

II. *Extraterritorialidad.*

1.º Los espacios extraterritoriales forman parte del territorio del Estado en el cual se encuentran. La soberanía del Estado se extiende a estos espacios y sólo tiene ciertas restricciones. La noción de extraterritorialidad

es entonces una ficción en lo que concierne a estos espacios: sería mejor hablar de «inviolabilidad».

2.º El Estado de acogida no puede, en principio, ejercer medidas de coacción penal que afecten a los espacios inviolables.

3.º Pueden realizarse actos que afecten a los espacios inviolables con el consentimiento del órgano responsable de éstos, siempre que sean necesarios o admisibles, según el derecho del Estado de acogida. En la medida en que se trate de la protección de tales espacios, el consentimiento puede presumirse. La ejecución de estos actos debe suspenderse inmediatamente en caso de oposición.

4.º En ausencia de otros medios, los actos que afectan a los espacios inviolables son admisibles, incluso contra la voluntad del órgano responsable, si se trata de la protección de las personas que se encuentran en el exterior de tales espacios y son atacadas desde ellos. Esto vale también para la protección de personas víctimas de ataques en el interior de un espacio inviolable, en la medida que se trate de actos considerados como infracciones graves según la legislación del Estado de acogida.

5.º Si una persona perseguida por una infracción, que no sea de naturaleza política, se refugia en el interior de un espacio inviolable, el Estado responsable de este espacio debe, primero, ser requerido por parte del Estado de acogida para entregar esta persona. Si no se accede a esta demanda, la entrega sólo podrá lograrse por medio de gestiones de carácter político.

III. *Derecho de asilo.*

1.º La persona a quien se le concede el asilo será tratada, en principio, por el Estado de acogida de la misma forma que cualquier otro extranjero que resida legalmente en este Estado.

2.º La concesión de asilo no significa la exención de persecuciones penales en el Estado anfitrión. Es por eso que el Estado de acogida puede incluso perseguir una persona que haya obtenido asilo, por razón de infracciones cometidas anteriormente. Puede, asimismo, entregarlos a un Estado distinto de aquel respecto al cual el asilo ha sido acordado.

Se excluyen, no obstante, las infracciones de menor importancia en relación con la huida del interesado y su entrada en el Estado de acogida (v. gr. falsificación de pasaporte, tránsito ilícito de la frontera).

3.º Los efectos de la concesión de asilo deberán extenderse igualmente, en interés de la unidad de la familia, a los parientes del interesado (cónyuge, hijos menores de edad), cuando hay razones para temer que el pariente, en caso de ser entregado, sea objeto de persecuciones de carácter político, o que, por su medio, sea ejercida una presión indirecta sobre el beneficiario del asilo para conseguir su regreso al Estado respecto al cual el asilo fue otorgado.

4.º Si la extradición es imposible o rechazada, el Estado de acogida deberá transferir el caso a sus autoridades competentes, en la medida que su derecho interno se lo permita.

Deberá también resolver, en el plano interno, las dificultades jurídicas que puedan impedir la aplicación del Derecho penal nacional a los delitos cometidos en el extranjero.

B) AUSTRIA

Una experiencia notable: El nuevo derecho penal austriaco

Código penal de la República de Austria
(Vigente desde el 1 de enero de 1975) (*)

EUGENIO RAUL ZAFFARONI,

Profesor Titular en las Universidades del Salvador y Católica de La Plata

I. EL DERECHO PENAL EN AUSTRIA

1. Falible es la memoria humana, al punto de que poco se tiene en cuenta que Austria fue la cabeza de un Imperio poderoso, que disputó a Prusia la hegemonía en la unidad de los Estados de lengua germana. En el largo reinado de Francisco José II llegó al máximo poder político el Imperio Austro-Húngaro, culminando en su declaración de guerra a Servia, precipitante del primer gran encuentro bélico del siglo XX, en cuyo transcurso murió el viejo Emperador y declinó la estrella política con el desmembramiento del antiguo Imperio, como consecuencia de la derrota sufrida en la «Gran Guerra», que, por su parte, cerraba una etapa histórica mundial, en que muchos padecieron la ilusión de que Europa y el resto del planeta habían alcanzado un equilibrio rítmico de continuo progreso y estabilidad. Desde 1918 hasta hoy se precipitaron numerosos males sobre la humanidad, siendo Austria una de las naciones más duramente golpeada, que si bien encaró su organización republicana al desmembrarse el Imperio, las Instituciones democráticas de la Primera República y su propia independencia resultaron arrasadas por el irracionalismo totalitario, resurgiendo tras largos esfuerzos después del segundo cataclismo de nuestro siglo.

Hace muy pocos años que la segunda República pudo concretar un viejo anhelo de Austria: su reforma penal integral. Injustamente desconocido entre nosotros, el Código penal de la República de Austria, vigente desde 1975, representa una experiencia notable, digna de ser observada en la consideración seria de cualquier tentativa de reforma penal contemporánea. El debate a que dio lugar la reforma penal en Alemania Federal empalideció la debida difusión de este nuevo texto penal, que, aprovechando ese debate y arbitrando soluciones originales, aparece dotado de una notable unidad y precisión técnica.

(*) Por exceso de original, la traducción del Código penal austriaco se publicará en el Fascículo I de 1981.

No obstante, la experiencia penal que ofrece al mundo esta moderna democracia de Europa Occidental no es una improvisación, sino que importa el resultado de un largo proceso de elaboración legislativa, gestada en el marco de una brillante tradición jurídico-penal que es menester recordar, aunque más no sea que con la muy limitada extensión que el específico objetivo de estas páginas permite hacerlo.

2. Austria se esforzó por separarse del Derecho penal común alemán y de la *Constitutio Criminalis Carolina* del siglo xvi cortando formalmente su cordón umbilical con éste mediante la *Constitutio Criminalis Theresiana*, publicada el 31 de diciembre de 1768, de cuya elaboración se había ocupado una comisión desde 1752. No obstante, pese a que la *Theresiana* negaba cualquier valor subsidiario al Derecho penal común y a la *Carolina*, no es menos cierto que esa legislación no pasaba de ser una consolidación de los mismos, al igual que sus antecedentes (*Ordenanza de Fernando III* de 1656 y *Ordenanza de José I* de 1707), diferenciados de la *Teresiana* sólo en que esta última no contenía una cláusula expresa de remisión al Derecho común como Derecho subsidiario.

De este modo la *Teresiana* no pasaba de ser una superación formal del Derecho penal común alemán, fuertemente influida por la *Carolina*, consagratoria de penas intimidatorias terribles que, al igual que aquéllas, trataban conjuntamente al Derecho penal de fondo y de forma. Casi al tiempo en que se sancionó la *Teresiana*, se difundía prestamente por toda Europa el movimiento penal iluminista, que halló en Austria a un notable representante en la pluma del brillante jurista Joseph von Sonnenfels (1733-1817), defensor de las ideas de Montesquieu y de Beccaria y de la teoría de la coacción psicológica de la pena de Pufendorf, quien publicó en 1775 su trabajo sobre la abolición de la tortura.

La prédica de Sonnenfels contra la tortura y la pena de muerte dio por resultado que se aboliese la tortura por decreto de 1776 y que José II emprendiese la reforma penal integral, llevada a cabo mediante un Código penal único para Austria, Hungría y Transilvania, sancionado en 1787 y conocido como «Código Josefino», cuya técnica respondió a la separación del Derecho penal y procesal, ocupándose sólo del primero, puesto que el segundo fue materia de otro texto legal. La legislación *Josefina* abolió en las causas ordinarias la pena de muerte, separó los delitos y las faltas, y consagró el principio de legalidad y la consiguiente proscripción de la analogía. La pena de muerte era reemplazada por penas corporales y por privación de libertad en trabajos que fuesen útiles. Las penas del *código Josefino*, sin embargo, no dejaban de ser singularmente crueles (hierros, prisión con trabajos públicos, palo, látigo, y picota o exposición pública).

El sistema de penas crueles que mantenía el código fue considerablemente atenuado bajo el breve reinado de Leopoldo II (1790-1792), que emprendió una nueva reforma, concretada por su sucesor, Francisco II, en un proyecto cuya elaboración culminó en 1796, que pretendía introducir una diferencia entre delitos civiles y criminales, fundada en

que los primeros afectaban menos la seguridad pública. Incorporada en ese año a Austria la provincia Galitzia Occidental, se implantó en ella ese texto a modo de ensayo, mientras se seguía trabajando para perfeccionarlo, tarea que se vio coronada con el *Código de Crímenes y Faltas Graves de Policía*, implantado por decreto imperial del 3 de septiembre de 1803, que receptaba parcialmente ideas de Feuerbach y se plegaba a la división josefina entre delitos criminales y políticos.

La necesidad de revisar este Código se hizo ineludible con el correr de los años, emprendiéndose esa tarea en 1850, la que culminó en un texto corregido del Código de 1803, sancionado mediante el decreto imperial del 27 de mayo de 1852. Pese a que no fue más que un texto revisado del Código de 1803, siempre fue citado como «Código de 1852». Este Código de 1803 revisado en 1852, con numerosas modificaciones y Leyes complementarias, rigió hasta el 1.º de enero de 1975, en que fue reemplazado por el moderno Código penal de la República de Austria.

3. El redactor de la reforma de 1852 fue Hye, quien en 1850 había postulado la necesidad de un Código totalmente nuevo, encomendándole el Emperador en 1861 la redacción de un proyecto que fue presentado en 1867 a la Cámara de Representantes, donde no fue tratado. En 1874 y en 1895 se intentó introducir el Código alemán de 1871, que tenía por base el prusiano de 1851, fuertemente inspirado en el Francés de Napoleón, pero ambas tentativas fracasaron. La última fundamentalmente por las críticas que a este texto se le formulaban en la misma Alemania, fundamentalmente por el adalid de la escuela sociológica alemana, Franz von Listz, justamente de origen austríaco.

Abandonadas las tentativas de introducir el Código Alemán, emprendió la redacción de un nuevo proyecto una comisión del ministerio de justicia, el que se conoció en 1902 y se reelaboró en 1907, sometiéndolo a una encuesta y a una posterior reelaboración en 1909. Nuevamente fue revisado con posterioridad, tomando en cuenta el proyecto suizo de 1908 y el anteproyecto alemán de 1909 y se presentó a la Cámara de Senadores en 1912 y con ligeras variantes a la de Diputados en 1913. La guerra interrumpió su estudio legislativo, iniciándose una nueva corriente a partir de 1918, que intentaba la unidad penal entre Austria y Alemania, como consecuencia de la cual resultó el proyecto que en 1927 que ambos gobiernos presentaron simultáneamente a sus Parlamentos y cuyo perfeccionamiento se frustró por los acontecimientos políticos, principalmente a partir de 1933.

II. LA GESTACION DEL NUEVO CODIGO (1)

1. Las condiciones políticas de la segunda postguerra impidieron que Austria se diese de inmediato a la tarea de encarar su reforma penal. No obstante, era absoluta la convicción respecto de la necesi-

(1) El material correspondiente al Proyecto Oficial de 1971, al Informe de la Comisión de Justicia del Consejo Nacional, la exposición

dad de una reforma integral puesta de manifiesto por el Consejo Nacional por unanimidad de votos en dos ocasiones (2 de junio de 1954 y 18 de diciembre de 1970). En 1954 se designó una «Gran Comisión», como resultado de la primera resolución mencionada (2), que produjo su primer proyecto en 1960. Un segundo proyecto de la Comisión, bajo la presidencia de Christian Broda, fue dado a conocer en 1962. Sobre la base de ambos documentos, el Ministerio Federal de Justicia elaboró un proyecto que fundamentó detalladamente en 1964 y, apelando al procedimiento de dictámenes, lo perfeccionó en un segundo proyecto en 1966. En 1968 se insistió por tercera vez en un proyecto del Ministerio de Justicia, que se trató en la Comisión parlamentaria respectiva, pero no fue considerado por el Parlamento.

2. La necesidad impostergable de la reforma penal y la demora en una realización integral de la misma, hicieron que en 1971 se sancionase una ley de reformas parciales, conocida como la «pequeña reforma penal», que amplió la condicionalidad de las condenas, dio una nueva formulación a los delitos de los funcionarios, redujo la penalización de la homosexualidad a la protección de los menores de dieciocho años, desincriminó el adulterio, limitó el delito de quebrantamiento matrimonial y, en particular, procedió a la desincriminación de los delitos de tránsito, que pasaron a integrar el Derecho penal de la circulación como rama legislativa autónoma. Fue complementada con una reforma procesal, que redujo los supuestos de prisión preventiva, estableciendo también un procedimiento de punición previo, de carácter público y contradictorio, derogando al respecto todas las limitaciones a la defensa en juicio.

3. Paralelamente se siguió trabajando en un nuevo proyecto integral presentado por el Gobierno a los órganos legislativos el 16 de noviembre de 1971 (3). La Comisión de Justicia Parlamentaria designó

sobre la historia del mencionado Proyecto y su tratamiento publicado por el Ministerio Federal de Justicia y el texto legal con breves notas explicativas de los Doctores Egmont Foregger y Eugen Serini, nos ha sido facilitado por la Embajada de Austria en Buenos Aires, siendo de destacar el empeño puesto en ello por el Señor Consejero Doctor Hans Brunmayer y la gentileza del Ministerio Federal de Justicia, que por intermedio de la Representación Diplomática nos ofreció toda la información que nos fue menester.

Una información detallada de la historia del Derecho penal austríaco hasta el siglo pasado puede hallarse en castellano en la traducción de la obra informativa sobre el Derecho penal europeo realizada por la Unión Internacional de Derecho Penal, bajo la dirección de von Liszt. En alemán se hallarán indicaciones de otras fuentes importantes en las obras de Eb. Schmidt y de R. Mooss.

(2) La Comisión estuvo integrada por los Dres. Ferdinand Kadecka Franz Bulla, Otto Estl, Roland Grasberger, Hans Gürtler, Franz Handler, Max Horrow, Hans Kapfer, Paul Hausner, Otto Kranzlmay, Karl Mark, Friedrich Nowakowki, Franz Pallin, Theodor Rittler, Eugen Serini, Rudolf Skrein, Lujo Tomic-Sorini, Gustav Zeillinger, Otto Tschadek, Franz Zamponi, Wilhelm Malaniuk, Franz Douda, Christian Broda, Franz Hetzenauer, Theodor Piffel-Percevic.

(3) *Regierungsvorlage- Bundesgesetz über die mit gerichtlicher Strafe bedrohten Handlungen (Strafgesetzbuch - StGB)*, 16. 11. 1971, Wien.

una subcomisión de doce diputados (seis del Partido Socialista de Austria, cinco del Partido Popular Austríaco y uno del Partido Liberal de Austria). La Comisión de Justicia se expidió el 16 de noviembre de 1973, coincidiendo los diputados de los tres partidos representados parlamentariamente en un proyecto finalmente propuesto en un único informe, excepción hecha de la extensión del aborto impune, razón por la que el proyecto fue sancionado el 29 de noviembre de 1973, únicamente con el voto del partido del Gobierno, pese a la general coincidencia en cuanto al resto del texto (4). Consecuentemente, con la salvedad respecto de la extensión de la desincriminación del aborto, puede afirmarse que el vigente Código es producto unánime de las corrientes de opinión política de la moderna democracia austríaca. En el verano de 1974 el Consejo Federal sancionó la legislación complementaria, quedando el texto en condiciones de cobrar vigencia el 1.º de enero de 1975. En el orden parlamentario, el propulsor más importante de la reforma penal y, en general, de la sanción del nuevo Código, fue el Ministro Federal de Justicia, Dr. Christian Broda.

III. LINEAMIENTOS POLITICO-CRIMINALES DEL CODIGO

1. El Código incorporó las materias dispersas en un buen número de leyes especiales, lo que es digno de imitar en los países en que el transcurso del tiempo va provocando una verdadera dispersión legislativa penal. Sólo mantuvo las leyes penales especiales que demandan reglas diferenciadas de aplicación (materias financieras, de prensa, de estupefacientes, de vinos, de armas). Por otra parte, fundándose en que únicamente corresponde considerar delitos a las acciones que afectan de modo grave a la convivencia, desincriminó varias conductas que no revestían este carácter, al par que procedió a considerar en forma especial nuevas formas de criminalidad, tales como la piratería aérea, la toma de rehenes, el terrorismo y la protección del medio ambiente.

2. Recoge la tendencia político-criminal contemporánea que reconoce el carácter generalmente negativo de la pena privativa de libertad, por lo que reduce su aplicación a los casos en que se presenta como ineludible, eliminando, además, toda forma de agravación, pues prevé una única pena de esta naturaleza, incluso sobre la base de que las agravaciones legislativas a la misma están vedadas por la Convención Europea de Derechos Humanos por importar castigos corporales.

3. En sus líneas generales, el Código tiende a un tratamiento especial privilegiado para el autor ocasional o cuya conducta fuese resultado de una circunstancia conflictiva, al par que, por otro lado, también especializa el tratamiento penal de los autores peligrosos.

Para lo primero, se vale de varios medios: a) en las acciones punibles de escasa gravedad, da la posibilidad de que el proceso termine

(4) *Bericht des Justizausschusses über die Regierungsvolage (30 der Beilagen): Bundesgesetz über die mit gerichtlicher Strafe bedrohten Handlungen (Strafgesetzbuch- StGB)*, 1973 (el informe en minoría, del Partido Popular Austríaco, en las pp. 93-96 del mismo).

sin condena ni punición; b) en los casos de penas privativas de libertad hasta seis meses la regla es que en lugar de privación de libertad se aplique una multa; c) amplía el ámbito de la indulgencia condicional; d) en los casos en que resulta ineludible la imposición de una pena privativa de libertad que por su duración no haga prudente la indulgencia condicional, el Código admite que, mediando circunstancias especiales, pueda liberarse condicionalmente al condenado después del cumplimiento de la mitad de la pena; e) el incremento del ámbito de aplicación de la indulgencia condicional se facilita con la ayuda de prueba, institución que proviene del derecho de la minoridad y extiende a infractores mayores de edad.

En cuanto a lo segundo, es decir a los autores peligrosos, establece el código tres categorías de establecimientos de internación especializados (para infractores mentalmente anormales, para los necesitados de deshabitación y para los reincidentes peligrosos), con lo que cubre la gama de las llamadas medidas preventivas que, por cierto, aparecen rodeadas de importantes garantías de forma y de fondo, sumamente interesantes.

IV. CARACTERISTICAS MAS SALIENTES DE SU PARTE GENERAL

1. El texto insiste en el principio de legalidad, rechazando de plano la analogía y la aplicación retroactiva de la ley penal, pero lo más interesante a este respecto es que se cuida muy bien de no burlar el principio de irretroactividad de la ley penal por la vía de las llamadas medidas preventivas, puesto que extiende tal principio a las mismas (§ 1, núm. 2), las que únicamente permite que se apliquen retroactivamente en el caso en que la ley vigente al tiempo del hecho ya contemplase, con el nombre o rótulo que fuesen, la imposición de una privación de libertad equivalente. De igual modo, consagra claramente el llamado principio de culpabilidad en sus dos manifestaciones, es decir, excluyendo toda posibilidad de delito sin culpabilidad (§ 4) y proscribiendo cualquier forma de responsabilidad objetiva o de «versari in re illicita» (§ 7, párrafo 2).

2. El sistema de sanciones del Código parte de la difundida dicotomía que pretende, por un lado, establecer la diferencia entre penas retributivas de la culpabilidad del autor y, por el otro, de medidas preventivas neutralizadoras de su peligrosidad. Si bien estructura un sistema de sanciones equilibrado y suficientemente rodeado de garantías, esta dicotomía, como, en varias oportunidades lo hemos observado, es parcialmente falsa, puesto que las medidas preventivas aplicadas a los autores imputables y culpables son siempre penas. No es aquí el lugar adecuado para insistir en las críticas a los sistemas dicotómicos de sanciones, pero conviene recordar, puesto que nunca es suficiente, que en la práctica las medidas preventivas jamás se imponen sin tener en cuenta algo del hecho cometido y, por el otro, que la pena, por mu-

cho que se la quiera fundar únicamente en la culpabilidad, nunca logra liberarse del todo de las consideraciones que tienen en mira el pronóstico de conducta del autor, siendo así que la nítida separación que se pretende es algo que no excede el plano programático de una concepción idealista del Derecho penal.

De toda forma, ésta es una cuestión doctrinaria y, pese, a considerar que respecto de los imputables todas son penas —aunque distintos sean sus nombres— lo más importante consiste en determinar cuál es el sistema general de las mismas y las garantías que lo rodean, especialmente en las contemplaciones que importan correctivos a la individualización de las penas basadas en el pronóstico de conducta del autor.

3. El Código conmina una única pena privativa de libertad, sin distinguir como hemos dicho, entre las distintas formas que esta privación asumía en las antiguas legislaciones. Esta tendencia se ha manifestado en casi todos los últimos proyectos legislativos y es un criterio generalmente admitido en la política criminal contemporánea. Esto no significa, por supuesto, que esa pena privativa de libertad se ejecute en todos los casos de la misma manera, puesto que la personalidad del penado entra en juego en las distintas modalidades ejecutivas, contempladas en el derecho de ejecución penal. Es importante observar atentamente la cuantía de las penas privativas de libertad, pues un simple vistazo a la parte especial del Código muestra que su cuantía es mucho menor que la de las penas conminadas en la legislación argentina. Por otra parte, la pena de privación de libertad perpetua no puede aplicarse a personas que al tiempo del hecho no hayan cumplido aún los veinte años, en cuyo caso prevé una pena temporal de diez a veinte años. Esta general tendencia no es una muestra de benignidad sino que responde a la clara comprobación criminológica de la destrucción psíquica que implica una pena privativa de libertad prolongada, particularmente por el fenómeno de la institucionalización, es decir, la adquisición de los hábitos de la sociedad carcelaria, por completo diferentes —por muchos esfuerzos que quieran hacerse en contrario— a la coexistencia en la sociedad libre.

En realidad, si se pretende que la pena tenga un propósito resocializador, al menos como objetivo de su ejecución, no puede ignorarse que con un proceso rápido no es indispensable una privación de libertad tan prolongada para obtener el resultado, considerando que sea efectivo el sistema ejecutivo montado sólo en casos excepcionales se justifica apelar a penas de muy larga duración, que, bien vistas, tienen prácticamente un contenido eliminatorio.

4. En cuanto a la multa, cobra ésta una significación especial, puesto que al aceptar el día-multa, conforme al cual en atención al hecho se cuantifica el número de unidades de multa a imponer y en atención a los ingresos y condiciones económicas del condenado el monto de cada día de multa, la misma se convierte en una auténtica limitación al «standard» de vida del penado, idónea para reemplazar a las penas cortas privativas de libertad. Este sistema, conocido como «sistema

nórdico» o «escandinavo» (que en realidad debe llamarse «brasileño», pues fue introducido por el Código penal del Imperio del Brasil de 1830), es bastante similar al alemán vigente. Tiene la ventaja de evitar la desigualdad en la gravitación de la multa, que no puede eludirse con el sistema de cantidad fija, como el vigente en nuestro Derecho positivo. No en vano ha sido el sistema recogido en la mayoría de los últimos proyectos contemporáneos. Interesante es consignar que la Ordenanza Procesal permite el pago diferido o a plazos, con lo que se logra que el sujeto sufra una disminución de su nivel de vida durante cierto tiempo y, por otra parte, como interesante modalidad que introduce esta legislación, existe también la posibilidad de que el tribunal adecúe nuevamente el monto de cada una de las unidades de multa, en caso que la situación económica del penado empeore en el curso de la ejecución de la pena. Lamentablemente, no puede eludir el inconveniente que tiene la multa, que hace que no pueda desplazar por completo a las penas cortas privativas de libertad, dados los supuestos de insolvencia donde no resta otro recurso que convertir la multa en pena de prisión, para lo cual establece que dos unidades de multa equivalen a un día de privación de libertad. De cualquier manera, la ley estipula claramente que en cualquier caso en que deba imponerse una pena de prisión que no exceda de seis meses en delito cuya pena máxima no supere los cinco años, en lugar de prisión se impondrá pena de multa cuando el Tribunal considere que atiende suficientemente a la prevención especial, posibilidad que también se extiende a los delitos que no tengan pena máxima superior a los diez años. Si pensamos que la cuantía máxima de las penas privativas de libertad es en general mucho más reducida que las conminadas en el Código argentino vigente, veremos que prácticamente en la gran mayoría de los casos el Tribunal puede optar por una pena de multa en lugar de la pena privativa de libertad, con lo que esta pena pasa a ocupar un lugar estadísticamente descolante en la práctica judicial.

Otra pena prevista en el Código es el decomiso, por el que se le priva al autor de cualquier ventaja patrimonial emergente del delito, sea secuestrándole directamente la cosa obtenida en el hecho (como lo adquirido con su producto, con sus frutos, con su explotación, etc.) y, en caso de que la cosa no se hallase ya en poder del sujeto, prevé también la posibilidad de decomisarle una suma equivalente. La amplitud de la disposición permite que se evite la inmoralidad de que el Estado aplique una pena a un sujeto que, por el mero hecho de que no medie acción civil—por la causa que fuere—pese a la pena, siga gozando del beneficio patrimonial que le reportó el delito. La previsión de esta pena soluciona ese problema sin incurrir en el absurdo de transformar en pena la reparación civil.

5. Las correcciones que sufren las penas en razón del pronóstico de conducta del autor se llaman «medidas preventivas» en este Código, como en todos los que pretenden adoptar el sistema dicotómico, sea por la «doble vía» (imposición simultánea de pena y «medida») o por el «vicariante» (eventual reemplazo de la pena por la «medida»). En

realidad —como ya lo hemos dicho— creemos que la única que tiene verdadero carácter de medida es el internamiento de los inimputables. De cualquier modo, el Código prevé tres clases de establecimientos para llevar a cabo las referidas medidas.

a) La primera clase de establecimientos prevista es la dedicada a los *infractores mentalmente anormales*. En estos establecimientos se interna a los inimputables, siendo de destacar que para que proceda esta internación, el autor debe haber cometido un hecho que, en caso de merecer pena, fuese conminado con una pena mayor a un año de privación de libertad. Este requisito —que el Código argentino no contiene— tiene la incuestionable ventaja de evitar que una medida que siempre tiene graves consecuencias para la libertad ambulatoria del sujeto, sea aplicada por la comisión de injustos menores. Por otra parte, esta internación requiere que debido a la disfunción psíquica del sujeto, quepa temer que incurrirá en injustos graves, requisito que también es interesante, puesto que no es admisible la internación del sujeto para evitar la comisión de injustos menores, lo que resulta lógico, teniendo en cuenta que ella cesa sólo por orden judicial y sólo cuando el peligro ha desaparecido, es decir, que no se rige por un mero criterio médico que toma únicamente en cuenta la salud del sujeto. De allí que no se mencione en este texto el caso del peligro de daño a sí mismo —que contiene nuestro Código—, pues esos son casos que corresponden a la legislación psiquiátrica ordinaria y no a la magistratura penal.

Estos establecimientos no sólo están destinados a los inimputables, sino también a los sujetos que se hallan en lo que la doctrina denomina «imputabilidad disminuida». Si bien el código no trata específicamente de ella, aparece considerada como una causa de atenuación de la pena, al par que prevé su internación en este tipo de establecimientos. También para que proceda este internamiento se requiere que el sujeto haya incurrido en un delito penado con privación de libertad superior a un año.

La internación en estos establecimientos es por tiempo indeterminado, pero el tribunal debe tener el deber de comprobar de oficio la permanencia de las razones que hayan fundado la imposición de la medida. En caso de sujetos a los que simultáneamente se les imponga una pena y la internación, el tiempo de internamiento se computará a los efectos de la pena privativa de la libertad, conforme al llamado sistema «vicariante».

b) Otro tipo de establecimientos previstos legalmente es el destinado a *sujetos que demandan una deshabitación a cualquier dependencia tóxica*, siempre que hayan cometido el hecho en estado de inimputabilidad o en conexión con su hábito. Este internamiento tiene una duración máxima de dos años, no correspondiendo imponerla cuando el sujeto deba sufrir más de ese tiempo de privación de libertad (en cuyo caso la deshabitación es una fase de la ejecución), ni cuando «ab initio» aparezca el tratamiento como inútil (caso en que debe internárselo en un establecimiento para infractores anormales), ni tam-

poco cuando se diesen directamente los presupuestos para el internamiento en un establecimiento para infractores anormales.

El tribunal deberá controlar de oficio cada seis meses, si se justifica la continuación del internamiento. De cualquier manera, cabe tener presente que esta internación únicamente está indicada cuando el delito cometido estuviera conectado con el hábito y cuando las futuras acciones que fuesen de temer por parte del autor fuesen de consecuencias graves, requisito que evita que la medida se convierta en un pretexto para tomar ingerencia en el ámbito estrictamente privado del autor.

c) Si bien el Código prevé una agravación de la pena por reincidencia, que permite aumentar en la mitad más el máximo de la pena conminada, también tiene establecido un internamiento en *establecimiento para autores reincidentes peligrosos*, que deberá ejecutarse después de la ejecución de la pena privativa de libertad. Esta internación es la reminiscencia de la antigua pena de segregación, cuyas veces hace el artículo 52 del código argentino. Si bien el código austríaco concede al tribunal facultades de apreciación mucho más amplias que las acordadas por la mencionada disposición argentina, establece claramente que este internamiento no es aplicable a menores de veinticuatro años y que las condenas desde cuyo cumplimiento hubiesen transcurrido más de cinco años hasta el hecho siguiente, no serán tomadas en cuenta, lo que evita la absurda aplicación que la jurisprudencia de Buenos Aires hace del artículo 52 argentino, que pretende convertir en «habitual» a quien durante largos años no incurrió un delito alguno. El Tribunal deberá controlar de oficio anualmente si perduran las condiciones que justificaron la internación, que, si bien es en principio indeterminado, en ningún caso podrá durar más de diez años.

En cuanto a la agravación de la pena privativa de libertad ordinaria para los reincidentes, este Código no contiene una agravación automática como la vigente en la Argentina, sino que exige que ambos hechos sean reveladores de una misma tendencia nociva en el sujeto como también que por el anterior hecho el sujeto haya estado —aunque fuera parcialmente— privado de libertad, sea por prisión preventiva prolongada, por el cumplimiento de pena privativa de libertad o por medida preventiva, es decir, que ya haya sido sometido a alguna forma de tratamiento en privación de libertad (sistema de la reincidencia real). La sentencia por el hecho anterior (o las sentencias por los hechos anteriores) pierden valor como antecedente válido para la reincidencia cuando hayan transcurrido más de cinco años sin que el sujeto estuviere sometido a privación de libertad, sea por pena o por medida preventiva.

Este es realmente un sistema racional de tratamiento legal del problema de la reincidencia, que tiene la enorme ventaja de permitir aplicar al tribunal el criterio valorativo adecuado para ponderación de la necesidad de adecuación de la sanción, pese a tener aspectos susceptibles de mejorarse. Cabe hacer notar la diferencia entre este sistema y el que rige en la Argentina, que sólo permite que se extinga como ante-

cedente la primera condena y que, conforme a una interpretación extensiva de la punibilidad y carente de asidero legal, pero impuesta por vía plenaria en la Capital, crea la figura del «habitual», que importa que la condena a una pena privativa de libertad, permanezca sobre el condenado como un sello a fuego que le perseguirá toda su vida, por ínfima que fuere la condena, es decir, que una ley que en principio era relativamente coherente (como lo fue el Código de 1921), pasó a empeorarse con las reformas legislativas que dieron carácter legal a la represividad de una jurisprudencia extraña a la mejor tradición doctrinaria argentina, nutrida en los más prestigiosos autores italianos y en la raíz legislativa bávara.

6. Como valoración general del sistema de sanciones del Código austriaco, cabe señalar la amplitud de facultades que otorga al tribunal, como también la limitación para el internamiento por dependencia tóxica en hechos que no superan la pena de dos años de privación de libertad. Es también interesante el límite temporal máximo para los reincidentes peligrosos y, en cualquier caso, el control periódico obligatorio y de oficio por parte del tribunal. De todos modos, no nos satisface la internación totalmente ilimitada en caso de imputabilidad disminuida y en los otros supuestos en que deba internarse en establecimiento para infractores mentalmente anormales, puesto que tratándose de autores que en definitiva son culpables, debería reconocerse un límite máximo para el internamiento, que no pasa de ser una privación de libertad que acude a ocupar el lugar de la pena. También es dable observar que adopta el sistema vicariante para la imputabilidad disminuida y para la deshabitación tóxica, en tanto que sigue el de la «doble vía» para los reincidentes peligrosos, criterio este último que no nos parece acertado, puesto que si las características personales del autor requieren una consideración especial diferenciada, no es posible que ésta entre en funcionamiento recién cuando ya se haya cumplido la pena.

De todas maneras, el requerimiento de gravedad tanto en el hecho cometido como en el que se teme que el sujeto pueda cometer, limita el ámbito de aplicación de estas privaciones de libertad a casos en que deban temerse consecuencias penales graves en el futuro.

La sola lectura de los preceptos del código austriaco revela que las facultades de apreciación del tribunal son considerablemente amplias, lo que, si bien es tendencia político criminal generalizada, es una cuestión que no puede imitarse con facilidad, puesto que requiere varias condiciones previas, sin las cuales la copia desnuda y aislada de un texto como el austriaco podría llegar a ser fuente de cualquier arbitrariedad. Por una parte, demanda claramente un complemento procesal que permita la contradicción amplia en el debate, respecto de cada uno de los extremos que funda la magnitud de una privación de libertad; por la otra, requiere que su aplicación se deje en manos de una magistratura muy estable, alejada de los accidentes políticos y de su nefasta consecuencia judicial, formada mediante un régimen racional de selección y ascenso, que permita un elevado grado de espe-

cialización y una conciencia de cuerpo susceptible de neutralizar las inevitables variables individuales al conocimiento social.

7. La condicionalidad de las consecuencias del delito, que era una institución conocida en el antiguo código desde la reforma de 1920, ha sido reemplazada por la indulgencia penal condicionada, que alcanza a penas de hasta dos años y al internamiento para deshabitación. Sus presupuestos están legalmente enunciados —y adecuadamente previstos en el Derecho procesal penal—, siendo obligatoria para el tribunal en los casos en que concurran los mismos.

La libertad condicional, por su parte, se admite en supuestos en que el sujeto lleve cumplida la mitad de la pena privativa de libertad, aun cuando la regla sea el cumplimiento de los dos tercios de la pena. Cabe observar que tanto de la indulgencia como de la libertad condicional no quedan excluidos los reincidentes, pues la ley deja la cuestión al criterio valorativo del tribunal, que deberá estimar en cada caso, junto con otros elementos de juicio, también la conducta precedente del sujeto.

En el Derecho penal vigente argentino en caso de condena condicional, pierde el tribunal todo contacto con el condenado, al igual que en el supuesto de la libertad condicional, en que, por lo regular, el sometimiento a un patronato de liberados no pasa de ser un mero formalismo, en tanto que el sistema austríaco adopta para la indulgencia condicionada la institución de la ayuda de prueba únicamente y de las instrucciones para el período de prueba. Por cierto que el tribunal nombrará al condenado un ayudante de prueba únicamente cuando lo considere necesario y conveniente, puesto que habrá casos en los que no tendrá objeto hacerlo. La institución del ayudante de prueba proviene del derecho de menores y el vigente Código la ha extendido a los mayores. En Austria tiene las siguientes características: se ejerce por ayudantes honorarios instruidos adecuadamente y por ayudantes oficiales especialmente formados; se limita el número de personas asistidas por cada ayudante; se provee ayuda especializada, incluso por parte del mismo ayudante de prueba.

Las instrucciones que el tribunal puede impartir al condenado no se enumeran taxativamente, como acontece en el artículo 13 argentino, sino que se formula una indicación meramente enunciativa, que el tribunal puede ampliar según las particularidades de cada caso, teniendo sólo como límite los derechos que hacen al ámbito de la personalidad de autor, sobre los que sabiamente prohíbe imponer obligación alguna. Igualmente, con el consentimiento del sometido a prueba puede instruírsele para que siga un tratamiento médico o psicológico, aunque se prohíbe expresamente que esta instrucción abarque el sometimiento a una intervención quirúrgica, aun cuando mediere el consentimiento del sujeto, limitación que también debe tomarse en cuenta. Es importante consignar que el tribunal está facultado, durante todo el tiempo de prueba, para modificar las instrucciones y cambiar de ayudante de prueba, según lo requieran las circunstancias, lo que a nuestro juicio es importantísimo, dado que permite una permanente adaptación del

control y del tratamiento dispuesto para el condenado, según vaya evolucionando o desarrollándose el mismo. Aunque la similitud es inexacta y hasta peligrosa—como toda analogía en esta materia—, puede decirse que esta institución equivale a lo que médicamente se conoce como tratamiento ambulatorio.

Estas facultades del tribunal, que en nuestro medio se desconocen, permiten ampliar considerablemente el campo de la condena y de la libertad condicionales, puesto que posibilitan que el sujeto quede sometido a una limitación a su libertad que permitirá alcanzar un mejor pronóstico de conducta mediante el simple cumplimiento de algunas condiciones, para las que en modo alguno es necesario que permanezca privado de libertad. A la disyuntiva que la ley argentina da al tribunal (liberar al penado, sin volver a tener contacto con él y sin poder instruirle mínimamente acerca de su conducta futura, o bien, dejarle privado de libertad), la ley austriaca—al igual que la alemana y anteriormente la anglosajona—, instituyendo la ayuda de prueba, ofrecen una tercera posibilidad, cuyo número eventualmente puede enriquecerse con otras alternativas, tales como comunidades en residencias urbanas, etc.

8. La ejecución penal demanda siempre una regulación necesariamente complementaria de las disposiciones del Código penal, que en Austria se encuentran en la «Ley de Ejecución Penal» (*Strafvollzugsgesetz*) de 1969, con algunas modificaciones posteriores, particularmente requeridas por el internamiento en los tres tipos de establecimientos especiales previstos en el Código de 1975. En tanto que la antigua legislación penal ejecutiva reducía toda comunicación verbal entre el personal y los detenidos, en la actual ley sólo se establece que la conversación no debe perturbar la seguridad, el orden ni el curso normal del trabajo, pero fomenta la comunicación entre los miembros de la plantilla penitenciaria y los internos, por considerar que ejerce una importante influencia positiva. Por otra parte, sabido es que la instrucción del interno en un oficio es una de las condiciones elementales para proveer a la resocialización del mismo, pero a veces esta instrucción se dificulta porque la asistencia a las clases tiene lugar luego del trabajo—lo que resulta penoso— o a la misma hora, lo que hace perder al interno una parte de su remuneración. La ley ejecutiva austriaca vigente, para evitar este inconveniente, que conspiraba contra la asistencia a las clases por parte de los internos, autoriza a que la instrucción profesional se imparta en horas de trabajo y que los internos reciban también su remuneración por su asistencia a las clases.

Toda vez que el establecimiento para desintoxicación es para autores inimputables en los que no concurren los presupuestos para el internamiento en establecimientos para anormales, como también para imputables, pero siempre que la pena que tengan impuesta no supere los dos años de privación de libertad, resulta claro que en el establecimiento de desintoxicación es posible prescindir hasta cierto punto de condiciones de seguridad, lo que facilita la creación del sentido de responsabilidad del dependiente, que es condición para su tratamiento,

pero cuando el autor deba sufrir una pena que exceda de dos años, lógicamente ya no puede estar internado en uno de esos establecimientos, sino que, por elementales razones de seguridad, debe hallarse sometido a un régimen diferente, que es al que se somete al condenado a la pena ordinaria privativa de libertad. Esto hace que la ley prevea —además de los ya mencionados establecimientos— un tratamiento para los adictos dentro del marco de la ejecución ordinaria de la pena privativa de libertad. Cabe hacer notar que no es nada sencillo proceder a esta tentativa de tratamiento dentro de un ámbito en que al mismo tiempo resulta necesario, dada la mayor magnitud del injusto cometido y la mayor peligrosidad del penado, mantener una mayor restricción de su libertad, puesto que los principios en que debe basarse todo tratamiento de deshabitación, fundado no sólo biológicamente, sino, como es ineludible, con un adecuado apoyo fundamentalmente psicoterapéutico, se hallan en contradicción fáctica, porque el dependiente necesita formarse un sentido de responsabilidad, de autocontrol, para lo cual hay que irle dotando de un cierto margen de libertad que, por las condiciones de la ejecución penal no es sencillo lograr sin lesionar al mismo tiempo la seguridad. Además, la ley ejecutiva penal fomenta el contacto del interno con el mundo exterior, como modo de evitar en lo posible un desarraigo muy grande. Uno de los medios para lograrlo fue la supresión de los plazos y del número máximo de cartas escritas por los penados. Por otra parte, cabe tratar de evitar en todo momento una inútil lesión a la autoestima del penado, por lo que, con buen criterio y en la medida de lo posible, la ley penal ejecutiva austríaca trata de no inmiscuirse en la vida privada del interno, limitando la censura de su correspondencia a casos excepcionales. La previsión de la salida libre es otro medio al que se acude para ir procurando la reinserción social del penado, es decir, mediante un sistema según el cual el penado trabaja fuera del establecimiento sin vigilancia, pero vuelve al establecimiento, en el que transcurre su tiempo libre. Por último, durante un período que oscila entre los tres y doce meses antes de ser puesto en libertad, se programa un incremento del contacto con la vida libre, mediante el cual se le cancelan paulatinamente todas las limitaciones que van ineludiblemente unidas a la pena privativa de libertad.

9. En cuanto a la caracterización general del delito, el comentario más o menos profundo de las disposiciones más significativas, excedería notoriamente el ámbito de lo que no pretende más que destacar la importancia de este Código como elemento de insustituible valor para el Derecho penal comparado de nuestros días. No obstante, cabe señalar muy brevemente los que consideramos sus rasgos fundamentales más salientes. La legítima defensa (llamada «defensa necesaria», a la usanza germana) no ampara la defensa de cualquier bien jurídico, sino que los limita, al tiempo que traduce, en una formulación bastante correcta y precisa, la exclusión de la justificante de los casos en que, conforme a la tradición española, llamaríamos falta de «racionalidad» en la defensa (§ 3, párrafo 1). El dolo se define prescindiendo de la llamada «consciencia de la antijuricidad», con lo que queda claro que

el texto se afilia a la denominada «teoría de la culpabilidad» (§ 5, párrafo 1). Al igual que en nuestro texto, la tipicidad imprudente sólo es punible en los casos legalmente previstos (§ 7, párrafo 1). Excluye la punición por el delito doloso en los casos de justificación putativa, limitándose a penarlos conforme a la pena del tipo culposo, cuando éste existiese (§ 8). Llama «error de derecho» a lo que doctrinariamente es un error de prohibición, al que en caso de vencibilidad resta toda significación, en tanto que excluye la culpabilidad cuando fuera vencible (§ 9). Es notable que sólo considere al estado de necesidad como causa de inculpabilidad (§ 10). La fórmula de la inimputabilidad está muy bien lograda (§ 11) y si bien no hay una especial referencia a la imputabilidad disminuida, lo cierto es que la misma puede estar comprendida en las disposiciones sobre causas especiales de atenuación (§ 34, números 1, 4, 8 y 11, sin contar con que dichos supuestos del § 34 son meramente ejemplificativos). Interesante resulta consignar que si bien el Código no admite la tesis de la «actio libera in causa» en lo que respecta a la embriaguez que no llega a configurar un estado de inimputabilidad, establece que la misma se tomará o no como circunstancia de atenuación según que de la provocación de tal estado fuese o no responsable al sujeto (§ 35). En cuanto a la concurrencia de personas en el delito, consagra la solución del llamado «autor único», es decir, que aplica la misma pena al autor, al cómplice y al instigador, aclarando que la culpabilidad se cuantifica individualmente (§§ 12, 13). Caracteriza a la tentativa, como «la ejecución de una acción inmediatamente precedente» (§ 14) y, respecto de la tentativa inidónea, corta por lo sano, consagrando certeramente su impunidad (§ 15, párrafo 3). No sólo deja impune la tentativa en caso de desistimiento y en el arrepentimiento activo en que el autor logra impedir el resultado, sino también cuando, pese a esforzarse seriamente, no lo impide, pero se evita al margen de su intervención (§ 16, párrafo 2). En cuanto a la concurrencia, no hace diferencia alguna entre la real y la ideal, sino que somete a ambas al principio de la absorción, aunque permite la acumulación de penas de diferente naturaleza, la que no siendo imperativa legalmente, queda a criterio del tribunal (§ 28). Interesante es la disposición sobre unificación de condenas en caso de concurso real, pero en que el primer hecho ya haya sido juzgado por otro tribunal. No permite aquí el Código de Austria —a diferencia del argentino— que el tribunal que conoce en segundo término dicte una pena única, haciendo ceder el principio de la cosa juzgada, sino que sólo admite que el segundo tribunal pueda imponer una adición a la pena anterior, que no podrá exceder, en conjunto, con la pena anteriormente impuesta, el máximo de la pena para el delito más grave, conforme al principio de la absorción que rige el concurso (§ 31). De cualquier manera, como el segundo tribunal entiende de la causa en la forma del concurso real, si considerase el segundo hecho, de haber sido juzgado conjuntamente con el primero, no hubiese alterado la cuantía de la pena ya impuesta por el tribunal anterior, puede prescindir de aplicar la adición prevista (así, § 40). Este es un

interesante sistema que permite salvar el difícil escollo del juez natural como garantía procesal, cuando se deben unificar penas para hechos cuyo conocimiento corresponde a distintas competencias, especialmente en países federales. Con el sistema austríaco bien se puede hacer que lo que en el sistema argentino se llama «unificación» se practique por cualquiera de los fueros, puesto que adicionar la pena ya impuesta no importa tocar lo ya juzgado en forma que evita considerar la cuestión como intromisión en otro fuero en el que el segundo juez sería incompetente. No obstante, el § 40, al extender las reglas de la cuantificación penal del concurso a toda condena posterior, crea las mismas dudas que existen en el sistema argentino cuando se presente el caso de que la pena que se estuviera cumpliendo por un hecho juzgado con anterioridad a la comisión de otro, ya alcanzase la medida legal máxima admisible.

10. En cuanto a la edad del infractor, cabe aclarar que la minoridad penal se extiende hasta los 14 años, comenzando la responsabilidad penal a partir de la misma edad. No obstante, incluso en casos en que el sujeto no fuera inimputable, hallándose entre los 14 y los 18 años, pero por especiales razones vinculadas a su desarrollo no pudiese comprender acabadamente el contenido injusto de su hecho o conducirse conforme a esa comprensión, no se lo penará, conforme lo dispone el § 10 de la Ley de Justicia Juvenil. La completa responsabilidad penal se adquiere en realidad a los 18 años, pero incluso entre los 18 y los 20 años, como ya hemos visto, no podrá imponerse al autor ninguna pena privativa de libertad por vida, la que se reemplaza por una pena temporal de 10 a 20 años. Por otra parte, entre las causas especiales de atenuación de penas, el número 1 del § 34 contempla en forma particular la circunstancias de que el sujeto, pese a haber cumplido los diez y ocho años, no haya alcanzado aún los veintiuno en el momento del hecho.

V. ALGUNOS ASPECTOS RELEVANTES DE LA PARTE ESPECIAL

1. El Código distingue entre crímenes y delitos (*Verbrechen* y *Vergehen*), considerando crímenes a los que, siendo dolosos tienen penas privativas de libertad mayores de tres años o por vida, siendo delitos los restantes (§ 17). No hace referencia alguna a las contravenciones que quedaron relegadas al orden administrativo, como antigua tradición austríaca. De cualquier manera, la cuantificación penal será lo que permita saber si se trata de un crimen o de un delito, pero sus consecuencias prácticas no son de gran importancia.

En cuanto al orden de los bienes jurídicos tutelados en los tipos de la parte especial, es decir, en cuanto a la sistematización de la misma, el Código toma la sistematización que se remonta a Feuerbach (análoga a la argentina), abandonando la vieja sistemática napoleónica

o imperialista, en que el Estado encabezaba la nómina de los bienes. Este cambio, aparentemente insignificante es, sin embargo, altamente determinante en la interpretación de un texto legal, puesto que coloca la vida humana a la cabeza de los objetos de tutela legal, desechando la concepción de que la primaria función del Derecho penal es la tutela o apuntalamiento de la estructura política del Estado, concepto proveniente del Derecho romano imperial y que luego ha cobrado fuertes tintes autoritarios.

Puesto que no nos resulta factible ocuparnos en detalle de la parte especial, nos limitaremos a señalar los aspectos de la misma que nos parecen más interesantes y sobre los que creemos que conviene detenerse, sea por originales, curiosos, diferentes, atinados o discutibles.

2. Es curioso apuntar que la antigua legislación llamaba «asesinato» (*Mord*) a cualquier homicidio doloso, y «homicidio» (*Totschlag*) prácticamente sólo a lo que para nosotros es el homicidio preterintencional. En el actual código se llama «asesinato» a todo homicidio doloso, en tanto que se reserva la denominación equivalente a «homicidio» únicamente para el emocional (§ § 75 y 76). En este sentido la denominación que adopta es análoga a la del Código de la República Democrática Alemana (§ § 112 y 113), lo que se separa de la tradición de que *Mord* era el homicidio calificado o asesinato y *Todtschlag* el homicidio no premeditado (§ § 211 y 212 del Código del *Reich*) siendo el homicidio emocional un caso particular de homicidio privilegiado (§ 213 del mismo). Para el Código de Alemania Federal, *Mord* sigue siendo el homicidio calificado (asesinato), *Totschlag* el homicidio simple y el emocional un «caso de homicidio de menor gravedad» (§ § 211 212 y 213). Para el Código de Baviera (arts. 142 y ss.) *Todtschlag* era el género y *Mord* la denominación común de sus especies graves.

3. En la consideración del homicidio imprudente, el código no se limita a tipificar cualquier imprudencia, sino que contempla una imprudencia común y otra que tiene lugar en condiciones especialmente peligrosas (§ 81) y, aunque su enunciado tan genérico (párrafo 1) no resulta aconsejable, el concretamente planteado en el párrafo 2 sugiere la posibilidad de estructurar tipos culposos calificados más individualizadores del grado de imprudencia, lo que responde a sanos criterios político-penales.

4. Por lo que a la imprudencia misma respecta, también cabe tener como atinada la disposición del párrafo 2 del § 88, que elimina la punibilidad de las lesiones culposas leves en ciertos casos en que su punición resultaría inhumana o francamente innecesaria.

5. Es importante la disposición según la cual el consentimiento del lesionado elimina la antijuridicidad de la conducta, siempre que la misma no se halle reñida con las buenas costumbres (§ 90). Agrega el código (*idem*, párrafo 2) una disposición especial para el caso de la esterilización, que promovió hace algunos años un largo y violento debate que en la Argentina motivó una legislación especial al respecto. El Código austriaco requiere que la misma sea hecha por un médico con consentimiento del paciente, pero a tal efecto demanda, por parte

del paciente, la edad mínima de veinticinco años, es decir, que el consentimiento para someterse a tal intervención no puede prestarse válidamente con la capacidad común, requisito que responde, seguramente, a la necesidad de certeza de una más completa maduración afectiva.

6. El más serio de los problemas que planteó el Código—y el único sobre el que no hubo unanimidad en el Consejo Nacional— fue respecto de la regulación legal del aborto. Uno de los supuestos de exclusión de la punibilidad es similar al existente en casi todos los textos legales, al que agrega el caso en que la embarazada sea menor de catorce años, pero, en definitiva, se trata de los casos de los llamados terapéuticos y eugénico (§ 97, párrafo 1, número 2), siendo el número 1 del mismo párrafo el que apareja los problemas y discusiones, pues se establece en él la facultad de la embarazada de consentir que se le practique el aborto, a condición de que lo sea por un médico y previa consulta con el mismo y siempre que la interrupción del embarazo tenga lugar dentro de los tres primeros meses posteriores a la concepción. Durante estos tres primeros meses, por consiguiente, la mujer queda prácticamente en absoluta libertad para decidir al respecto. El argumento que se esgrimió—aquí como en el resto de los países de Europa en que se sancionaron disposiciones similares o en que se pugna por hacerlo— es la impunidad real del aborto. Estimamos que el fenómeno de la impunidad del aborto no es suficiente por sí mismo como para justificar su desincriminación, al menos sin introducir algunas distinciones mínimas, como sería la particular consideración del caso del aborto económico, en el que quizá—y según las circunstancias concretas— puede ser que la desincriminación ayude a su prevención, facilitando la aplicación de un sistema de asistencia social y seguro de maternidad, pero ello no acontecería con todos los restantes supuestos que obedecen a motivaciones por completo diferentes, respecto de las cuales es muy difícil llevar a cabo una prevención eficaz, a la cual, por otra parte—y a diferencia del caso del aborto económico— no obsta la incriminación de la conducta.

Una cláusula especial garantiza la libertad de conciencia del personal médico y auxiliar interviniente en esos casos, prohibiendo toda discriminación en base a su intervención o a la negativa a intervenir en la práctica de tales abortos.

7. La toma de rehén o secuestro extorsivo es uno de los delitos más difundidos por su gravedad y alcance, organizado incluso internacionalmente y que promueve un general sentimiento de inseguridad, al tiempo que revela por parte de sus autores una singular desconsideración a la persona humana, comparable a la del homicidio o en ocasiones mayor. Esta magnitud de injusto y la alarma social provocada por la multiplicación y publicidad de los casos ocurridos, llevó al Código austríaco a penarlo con una de sus conminaciones más severas, pese a que tiende un puente de oro al autor al facilitarle no sólo el desistimiento, sino un arrepentimiento posterior a la consumación, que importa una atenuación sumamente considerable de la pena, que puede tornarla insignificante.

8. Dado que la estafa se ha convertido en un puro delito patrimonial con desplazamiento económico, ha sido necesario agregar al nuevo texto un tipo autónomo de engaño, en que el sujeto ve perjudicada su libertad, desde que se le vicia su voluntad mediante engaño para que con su propia conducta, omisión o tolerancia, cause una lesión a sus bienes jurídicos, sin que medie necesariamente un desplazamiento (§ 108).

9. El § 110 del código es digno de tomarse en cuenta, pues constituye un hueco en la mayor parte del Derecho penal comparado: el tratamiento médico arbitrario como delito contra la libertad. El tratamiento médico no es obligatorio para el paciente, sino que es el quien elige someterse o no al mismo, especialmente cuando se trate de intervenciones quirúrgicas mutilantes o similares. Si se admite que el médico no actúa sólo justificadamente, sino que cuando lo hace con finalidad terapéutica su actividad resulta atípica frente a los tipos de delitos contra la integridad física, es decir, que no es típica de lesiones, el sometimiento del paciente a un tratamiento semejante sin su correspondiente consentimiento configura una actividad que lesiona gravemente la libertad individual, al punto de que el médico se sustituye al paciente en una decisión que únicamente incumbe a este último. En definitiva, en el mundo contemporáneo, demasiado frecuentemente se olvida o se desconoce el derecho a morir en paz, de modo que esa actividad arbitraria del médico resulta lesionando un bien jurídico en forma completamente atípica que para la ley argentina. La exclusión de responsabilidad para el profesional que aparece en el párrafo segundo del mencionado parágrafo responde a una justificante de estado de necesidad o a un consentimiento presunto, según sea el caso, que realmente sobra en el texto expreso de la ley, puesto que operaría igualmente haciendo jugar los principios generales de la responsabilidad penal.

10. Es interesante observar detenidamente las disposiciones del capítulo quinto de la parte especial, referidas a las lesiones a la esfera privada del sujeto y a ciertos secretos profesionales e industriales. La técnica moderna, particularmente la electrónica, logra hoy que no haya prácticamente impedimento físico que impida el acceso a conversaciones ajenas, sea que éstas tengan lugar personalmente o por medio de comunicación a distancia. Puede violarse el secreto postal sin abrir la carta, puede violarse la privacidad de una conversación telefónica o de una conversación directa mediante el uso de mecanismos diminutos o supersensibles, puede interceptarse cualquier comunicación a distancia sin que lo perciban los que la mantienen. Si bien es de felicitarse por las considerables posibilidades que estos progresos permiten al hombre contemporáneo, tampoco puede ignorarse que también son idóneos para aniquilar su esfera íntima, circunstancia que debe ser contemplada penalmente, superando la vieja tipificación de la convencional revelación de secretos e incorporando las conductas lesivas cuyas posibilidades abren precisamente estos avances, que el código austriaco incorpora en sus §§ 118 a 120.

11. Resulta muy interesante notar la diferencia que se hace entre los §§ 125 y 135, en que el primero corresponde a un daño que se le hace a la cosa ajena sin sustraerla al poder de quien la tenga, en tanto que el segundo tipifica la sustracción de la cosa, es decir, la privación que de la cosa se hace sufrir al otro, pero sin apropiársela, tal como puede acontecer con quien suelta a un animal valioso ajeno. En ambos casos se ve perjudicado el patrimonio ajeno, pero en tanto en el primero no hay sustracción, en el segundo hay sustracción sin apoderamiento (pues en caso de haberlo, la hipótesis del segundo sería un hurto).

12. A partir de la figura básica del hurto se procede a una pluralización de hipótesis con diversa conminación penal: hurto grave, hurto con fractura o con armas, profesional, en banda y rapaz. Para evitar toda posibilidad de atipicidad, tanto el apoderamiento de energía como la usurpación de un derecho de caza o de pesca, que anteriormente eran considerados como hurtos, son tipificados por separado (§§ 132 y 138).

13. En el § 136 se contempla el único caso del llamado «hurto de uso», en el uso no autorizado de vehículos de tracción mecánica. La limitación de la atracción mecánica deja fuera del precepto a los vehículos de tracción a sangre.

14. El § 151 contempla uno de los supuestos de abuso de seguro, que se consuma con la mera producción dolosa del siniestro, hecha con la intención de cobrar la indemnización correspondiente. Es interesante consignar que si bien esta figura tiene su equivalente en el Código argentino (art. 174, inc. 1.º), éste resulta demasiado estrecho, puesto que no abarca el supuesto de la autolesión o de la lesión a otro, contemplado especialmente en la ley austríaca.

15. Es interesante consignar que el § 164 tipifica el encubrimiento real o de cosas como delito contra la propiedad, con la particularidad de que no sólo pena al que oculta la cosa de la que directamente se apoderó u obtuvo otro con el delito, sino también el valor sustitutivo que el otro pudo obtener de dicha cosa. El encubrimiento personal aparece tipificado por separado, en el § 299, entre las acciones punibles contra la administración de justicia.

16. Cabe advertir la amplitud con que la ley admite el arrepentimiento una vez consumado el delito, es decir, como un instituto distinto del arrepentimiento activo entendido como evitación del resultado en caso de tentativa acabada, respecto de los delitos contra la propiedad (§ 167), para el cual toma en cuenta hasta el compromiso contractual para reparar la totalidad del daño por parte del autor. En rigor de verdad, sabemos perfectamente que la cifra negra del delito contra el patrimonio es enorme, puesto que en la práctica es frecuente que hechos de esa naturaleza se solucionen en la forma de restitución o de pago parcial o a plazos o por otra vía reparadora del daño cometido. La ley austríaca es práctica en este sentido y, siempre que el delito se conozca por la misma acción del autor y antes de cualquier

intervención de la autoridad judicial o policial, aún admitiendo incluso que el autor proceda a instancia del sujeto pasivo, otorga relevancia a este arrepentimiento, que, por otra parte, también contribuye a evitar que el sujeto pasivo pueda abusarse de la situación del autor que ha cometido el delito con ligereza, sometiéndolo a una suerte de extorsión legal, desgraciadamente harto frecuente. No deja de ser una circunstancia que debe tomarse en cuenta y una posibilidad legislativa digna de ser estudiada.

En cuanto al § 168, cabe hacer notar que considera al juego de azar como un delito contra la propiedad. A nuestro juicio no es esa la posición correcta en cuanto al bien jurídico —penalmente tutelado, porque lo que el juego de azar prohibido constituye es una protección a un monopolio del Estado.

17. La totalidad del capítulo decimoséptimo está dedicado a las acciones punibles de peligro común, siendo sus tipos sumamente interesantes, tanto por la incorporación de peligrosas conductas como los delitos nucleares o mediante radiación iónica, la piratería aérea y los diversos delitos que para el apoderamiento de una aeronave pueden cometerse tanto durante el vuelo, a bordo de la misma, desde tierra, afectando el vuelo o a la seguridad de la misma o apoderándose de ella. En realidad, este capítulo, que incluye también la protección del medio ambiente, está muy bien elaborado en el Código austriaco y es uno de los que con mayor detenimiento deben ser observados y estudiados con miras al futuro, puesto que el permanente avance científico va aumentando las posibilidades de comisión de estos delitos o el uso de medios cada día más poderosos, que hacen que a veces corresponda dudar acerca de si algunas de estas conductas deben ser materia del Derecho penal común o deben un día no lejano entrar en el ámbito del Derecho penal militar, dada la posibilidad de destrucción masiva e indeterminada de bienes jurídicos ajenos. De especial interés, dada la imprevisión de nuestra legislación, son los §§ 180 y 181, referidos al envenenamiento doloso y culposo de la atmósfera.

18. La libertad de cultos se encuentra garantizada penalmente con la tipificación de los delitos que afectan la paz religiosa, perturbando acciones del culto, dando lugar a que se enconen las personas por ultrajes a objetos del culto o a personas con representación o dignidad religiosa y, especialmente, contemplan también los delitos contra la paz de los muertos, es decir, cometidos contra los sepulcros o lugares donde reposen restos mortales, problema que está totalmente olvidado en la ley penal argentina vigente, que sólo contempla el apoderamiento de cadáver con finalidad extorsiva (ver §§ 188 a 190).

19. Dado que no siempre que se abandona a un menor se lo hace en forma que ponga en peligro la vida o la salud del mismo, el § 197 tipifica expresamente el abandono, es decir, el mero quebrantamiento de la obligación de asistir al menor de catorce años, aunque ese quebrantamiento no ocasione peligro alguno para la integridad del mismo, bastando con que se lo haga con el ánimo de desembarazarse de él.

20. El § 259 resulta sumamente interesante: sabido es que los delitos militares o militarizados son delitos propios, es decir, delitos en que el autor debe estar sometido al estado militar: esto tiene por resultado que quien participa en un delito militar sin tener el carácter de tal no puede resultar punible, al menos con la fórmula del autor único. El código contempla expresamente estas posibilidades, penando al que participe en ciertos delitos militares, es decir, tipificando por separado la participación en tales delitos, como un tipo independiente.

21. El § 292 contiene una especial previsión referida al falso testimonio o falsa deposición judicial. Sabido es que se trata de un delito que se caracteriza por ser de propia mano, es decir, por no admitir la autoría mediata, lo que hace que quien haga incurrir en error a otro acerca de lo que depone en su testimonio no puede ser considerado autor del delito de falso testimonio. Para solucionar este problema, que incluso podía llegar a dar lugar a un hueco legislativo —aunque hubiese sido solucionable por otra vía—, la ley austríaca ha preferido asegurarse la solución tipificando autónomamente la conducta de provocar una deposición incorrecta de un tercero.

22. Es interesante observar que la calumnia está ubicada en el § 297, como delito contra la administración de justicia, en tanto que la injuria y la difamación están consideradas como delitos contra el honor de las personas en los §§ 115 y 111 respectivamente.

23. El § 315 tiene también la virtud de llenar un hueco que fue provocado al convertirse la estafa en un delito puramente patrimonial y que difícilmente en algunos casos pudiese considerarse a la conducta que en él se incrimina como típica de estafa: se trata del engaño que tiene lugar por parte de quien obtiene por ese medio una función pública para la cual no reúne los requisitos legales necesarios. Frecuentemente puede este delito constituir también (en concurso ideal) una falsedad ideológica, una usurpación de títulos, etc., pero bien puede darse el supuesto en que tenga lugar un mero ardid idóneo sin que concurra ninguna de las otras tipicidades.

VI. CONCLUSIONES

Pocas dudas caben respecto de la existencia de textos legales con soluciones más especializadas y consideradas más avanzadas que las del Código que traducimos y presentamos, como también que se han propuesto otras de similar carácter, acerca de cuyo destino aún resta bastante por discutir. El texto de que nos ocupamos ahora, creemos que es el más simplificado entre los modernos y que responde a una organicidad singular, evitando caer en un casuismo exagerado. Por otra parte, lo importante de cualquier Código es su viabilidad, especialmente en lo que respecta a su sistema penal. A este respecto, estimamos que el código austríaco es bastante prudente, puesto que se maneja con pocos establecimientos especializados, sin caer en una programa-

ción irrealizable, al par que le concede una amplísima gama de posibilidades a los tribunales para que puedan resolver conforme a las circunstancias propias de cada caso, que difícilmente son previsibles legislativamente en sus mínimos detalles, no quedando a la ley otro recurso que establecer los lineamientos generales a los que debe responder la conducta del magistrado y tratar de dotar al mismo de la máxima preparación posible, para que pueda proceder a una correcta aplicación del mismo. Sería sumamente interesante vivenciar la experiencia de la puesta en práctica del texto de que nos ocupamos y del resultado obtenido por el mismo, pero, de cualquier manera, tenemos la certeza, al menos por las estadísticas manejadas con motivo de la creemos que el presente es un ejemplo, por sus soluciones avanzadas sumamente considerable de penas cortas privativas de libertad, lo que por sí ya constituye un mérito innegable.

La viabilidad de la aplicación de un texto legal es el primer requisito que deben tener en cuenta quienes lo proyectan y, al respecto, creemos que el presente es un ejemplo, por sus soluciones avanzadas dentro de lo razonable, porque elude lo utópico y porque no cae en un tecnicismo retribucionista, vetusto y desacreditado.

Creemos que sus mayores ventajas son las siguiente: a) aparece coordinado con una reforma procesal y penitenciaria; b) emplea un lenguaje altamente técnico y depurado; c) concede un amplio margen de libertad decisoria al tribunal; d) reconoce la importancia de la personalidad del autor en la reacción penal; e) hace depender la reacción penal de la efectiva gravedad de los actos cometidos y de los que puedan temerse por parte del autor; f) elimina cualquier posibilidad de reacción penal frente a nimiedades, por más que sean formales; g) amplía los «puentes de oro» que permiten la impunidad del delito cuando el autor se arrepiente en forma espontánea; h) prevé (limitadamente) la posibilidad de agravaciones de la reacción penal fundadas en el pronóstico de conducta como hecho real y que debe verificarse en forma efectiva y jamás como una presunción *juris et de jure*; i) es un texto orgánico que huye del casuismo sin caer en la arbitrariedad. *Estas condiciones nos permiten opinar que con este texto, la Segunda República de Austria logró coronar en forma admirable el anhelo que se había venido postergando por más de un siglo.*

C) BOLIVIA

Decreto Ley núm. 16.562

(Gaceta Oficial de Bolivia núm. 1.062 de 13 junio 1979)

1. CONSIDERANDO:

Que, en fecha 17 de diciembre de 1976, fue puesta en vigencia la Ley Nacional de Control de Sustancias Peligrosas, mediante Decreto-Ley número 14.203;

Que, durante el tiempo de su aplicación, principalmente en los Estrados Judiciales, se ha establecido la necesidad de efectuar una revisión particularmente en lo relativo a la aplicación de las penas y los aspectos procesales;

Que tratándose de una Ley especial sobre una problemática de profunda importancia social es necesario introducir reformas que procuren encontrar la solución a las diversas necesidades emergentes de la Ley.

EN CONSEJO DE MINISTROS, DECRETA:

Artículo 1. Apruébase el nuevo texto de la Ley Nacional de Sustancias Peligrosas, en sus X Títulos y 115 Artículos.

Artículo 2. Derógase el Decreto-Ley núm. 14.203, de fecha 17 de diciembre de 1976.

El señor ministro de Estado en el Despacho del Interior, Migración y Justicia, queda encargado de la ejecución y cumplimiento del presente Decreto-Ley.

Es dado en el Palacio de Gobierno de la ciudad de La Paz, a los trece días del mes de junio de mil novecientos setenta y nueve años.

LEY NACIONAL DE CONTROL DE SUSTANCIAS PELIGROSAS

T I T U L O I

Objetivos generales

Artículo 1. (Control, fiscalización y regulación). La Ley Nacional de Control de Sustancias Peligrosas establece las formas de control, fiscalización y regulación sobre las actividades de la siembra, cultivo, cosecha, recolección, comercialización, distribución, expendio, uso, tenencia, entrega,

posesión de plantas o partes de plantas que contengan materias primas para la producción y fabricación de estupefacientes y sustancias controladas y de las materias sintéticas que sirven para la elaboración de sustancias peligrosas.

Artículo 2. (Prevención y represión). Determinan las normas relativas a la prevención y represión de la fabricación, elaboración, fraccionamiento, comercialización, distribución, transporte, tráfico, tenencia, entrega, posesión, uso y consumo ilegales de estupefacientes y sustancias controladas.

Artículo 3. (Tratamiento y rehabilitación). Establece las normas generales de tratamiento y rehabilitación de los iniciados en el consumo de sustancias peligrosas, así como de los drogadictos o farmacodependientes, mediante sistemas médicos esenciales.

T I T U L O I I

Términos empleados

Artículo 4. (Sustancias). En la denominación de «sustancias peligrosas», «sustancias controladas» y «sustancias fiscalizadas» o «fármacos» están comprendidas las drogas, sustancias o precursores inmediatos definidos en la presente ley y las consignas en las listas I, II, III y IV del Anexo y todas las reguladas por Convenciones y Protocolos Internacionales aprobados por el Gobierno Boliviano.

Artículo 5. (Droga). Por «droga», «preparado», «estupefaciente» o «fármaco» se entiende toda sustancia que puede modificar las funciones del organismo y alterar profundamente la conducta del individuo.

Artículo 6. (Drogadicción). Se entiende por «drogadicción», a un estado anormal psíquico y a veces físico causado por la interacción entre el organismo y una droga que se caracteriza por las modificaciones del comportamiento así como por otras reacciones que comprenden un impulso irreprímible a usar la droga en forma continua o periódica a fin de experimentar sus efectos psíquicos o para evitar el malestar producido por la privación.

Artículo 7. (Drogadicto). Por «drogadicto» o «farmacodependiente», se entiende toda persona que use habitualmente un estupefaciente o sustancia peligrosa y que haya adquirido la adición o dependencia perdiendo el autocontrol sobre ese hábito.

Artículo 8. (Dependencia física). «Dependencia física», es un estado de adaptación a una droga o sustancia que crea la necesidad orgánica de ella.

Artículo 9. (Dependencia psíquica). «Dependencia psíquica» es el hábito compulsivo al uso de una droga o sustancia.

Artículo 10. (Drogas causantes de dependencias). A los efectos de comprensión general se aplica el término de «droga causante de dependencia» a cualquiera de las drogas de los tipos siguientes:

a) **Alcohol-barbitúrico.** Etanol, barbitúricos y algunos otros fármacos con efectos sedantes como el hidrato de cloral, cloridasepóxido, diazepam, meprobamato y metacualona.

b) **Tipo anfetamina.** Anfetamina, dexanfetamina, metanfetamina, metilfenidato y fenmetracina.

b) **Tipo cannabis.** Preparaciones de Cannabis Sativa L., como marihuana (bhag, dagga, kif, maconha) ganja o ganka y hachís (charas).

d) **Tipo cocaína.** Cocaína.

e) **Tipo alucinógeno.** Lisérgida (LD-25), mescalina psilocibina.

f) **Tipo Khat.** Preparaciones de Catha eduis-Forssk.

g) **Tipo opiáceo.** Opiáceos como la morfina, la heroína y la codeína y productos sintéticos con efectos morfínicos como la metadona y la petidina.

Artículo 13. (Entrega o suministro). Por «entrega» o «suministro» se en-

h) **Tipo solvente volátil.** Tolueno, acetona y tetracloruro de carbono. Todas las drogas y sustancias comprendidas en la descripción de este Artículo en sus grupos genéricos, para efectos de la Ley serán denominadas «drogas psicoactivas».

Artículo 11. (Precursor inmediato). Por «precursor inmediato» se entiende la materia prima o semielaborada que sirve para la fabricación de sustancias controladas.

Artículo 12. (Administración o aplicación). Por «administrar» se entiende la aplicación directa al individuo de una sustancia controlada, sea por inyección, inhalación, ingestión o por cualquier otro medio. tiende el traspaso o provisión entre personas de una sustancia controlada, exista o no relación legal para tal acto.

Artículo 14. (Producción). Se entiende por «producción» la siembra, plantación, cultivo, cosecha y recolección de materias de origen vegetal que contengan sustancias controladas.

Artículo 15. (Fabricación). Por «Fabricación» se entiende la preparación elaboración, manufactura, composición, refinación, transformación o procesamiento de una sustancia controlada, ya sea directa o indirectamente por extracción de sustancias de origen natural, por medio de síntesis química y otros métodos.

Artículo 16. (Tráfico ilegal). Por «tráfico ilegal» se entiende toda acción anterior y/o posterior dirigida a las transacciones comerciales ilícitas, a la posesión y entrega a cualquier título de estupefacientes y sustancias controladas, efectuada entre personas o instituciones, infringiendo el ordenamiento establecido por la presente Ley.

Artículo 17. (Consumo). Se entiende por «consumo» el uso periódico o esporádico de estupefacientes o drogas con sustancias controladas que encierran el peligro de dependencia.

Artículo 18. (Rehabilitación). Por «rehabilitación» se entiende la readaptación o reinserción al medio bio-spico-social de aquellas personas consumidoras ocasionales o farmacodependientes.

TITULO III

Prohibición y control

Artículo 19. (Prohibición de producción o cultivo). Se prohíbe en todo el territorio de la República: la siembra, cultivo, producción, recolección, cosecha y explotación de plantas de los géneros Papaver Somniferum (paja

de adormidera, amapola), Cannabis Sativa (marihuana) y demás plantas y partes de plantas que contengan elementos considerados estupefacientes y sustancias controladas.

El cultivo de la coca está sujeto al régimen previsto en el siguiente Título.

Artículo 20. (Prohibición de tenencia). Ninguna persona natural o jurídica podrá tener o poseer en forma, cantidad o sitio alguno estupefacientes o drogas que contengan sustancias controladas, sin previa autorización de la Dirección Nacional de Control de Sustancias Peligrosas y la Dirección Nacional de Farmacias. Se exceptúan las personas que por necesidades terapéuticas, no emergentes del uso indebido, tengan drogas psicoactivas respaldadas por receta médica o autorización de las Direcciones mencionadas.

Artículo 21. (Otras prohibiciones). Queda prohibida la producción, fabricación, elaboración, fraccionamiento, comercialización, transporte, importación, exportación, distribución, entrega, uso y consumo de estupefacientes y sustancias controladas consignadas en la Lista I del Anexo de esta Ley.

Artículo 22. (Autorización para adquirir). La dirección Nacional de Control de Sustancias Peligrosas, en coordinación con la Dirección Nacional de Farmacias, podrá autorizar la adquisición limitada de estupefacientes y sustancias controladas consignadas en la Lista I del Anexo, a instituciones científicas, universitarias y estatales. Estas instituciones se obligarán a establecer previamente los fines para los que se solicitan, así como las cantidades a utilizarse, debiendo también informar periódicamente los resultados de los estudios e investigaciones a los organismos que autorizaron la adquisición.

Artículo 23. (Autorización a laboratorios). Los laboratorios de industrias químico-farmacéuticas que quieran utilizar sustancias controladas de la Lista I del Anexo, para fines de investigación o producción de medicamentos quedan obligados a recabar la correspondiente autorización de la Dirección Nacional de Farmacia y de la Dirección Nacional de Control de Sustancias Peligrosas, informando los resultados y la naturaleza de los productos elaborados.

Artículo 24. (Autorización para elaboración). Los laboratorios comprendidos en el Artículo anterior, podrán elaborar medicamentos que contengan sustancias controladas consignadas en las listas II, III y IV, previa licencia de la Dirección Nacional de Farmacias y de la Dirección Nacional de Control de Sustancias Peligrosas, debiendo hacer conocer la cantidad, contenido y naturaleza de la producción.

Artículo 25. (Expendio con receta). Los medicamentos que contengan sustancias controladas y que se encuentran consignadas en las listas II, III y IV del Anexo de la presente Ley, se expendirán al público en droguerías y farmacias o establecimientos de comercio autorizados, previa receta médica en talonarios otorgados por el Ministerio de Salud Pública y visados por la Dirección Nacional de Control de Sustancias Peligrosas.

Artículo 26. (Uso de talonarios). Las sustancias controladas, productos o preparados que se encuentren en las listas II, III y IV de esta Ley y que tengan exclusiva aplicación médica, sólo podrán ser recetadas por profesionales médicos, odontólogos o veterinarios que tengan registrados sus títulos en provisión nacional, en los talonarios referidos en el Artículo anterior, se-

ñalando la cantidad requerida, uso terapéutico, denominación química del producto, nombre y dirección del paciente.

Artículo 27. (Importaciones). Los medicamentos, así como las materias primas que sirven para su elaboración, que contengan sustancias controladas serán importados previa presentación del certificado y licencia de las Direcciones Nacionales de Farmacias y de Control de Sustancias Peligrosas sin perjuicio de otras regulaciones legales sobre importaciones.

Artículo 28. (Registro de existencias). Las droguerías, farmacias y comercios autorizados para la venta de medicamentos, están obligadas a registrar en la Dirección Nacional de Control de Sustancias Peligrosas, sus existencias de drogas que contengan sustancias controladas y de sus pedidos de importación que se encuentren en aduanas y en tránsito en el territorio de la República o en ultramar, independientemente de otros registros oficiales a que están obligados.

Artículo 29. (Matrícula de Centros de Salud). Los Centros de Salud, hospitales y clínicas en general, independientemente de su registro en el Ministerio de Salud Pública, están obligados a su matrícula en la Dirección Nacional de Control de Sustancias Peligrosas.

Artículo 30. (Importación por Aduana señalada). Las importaciones de preparados, productos o sustancias controladas, autorizadas por la Dirección Nacional de Control de Sustancias Peligrosas, podrán ser internadas al país únicamente por las Aduanas Distritales expresamente señaladas por aquella.

Artículo 31. (Prohibición de despacho sin autorización). Ninguna aduana distrital podrá efectuar despachos de sustancias o productos a que se refiere el Artículo 27 de la presente Ley, sin previa presentación de la autorización otorgada por la Dirección Nacional de Control de Sustancias Peligrosas.

Artículo 32. (Obligación de remitir pólizas). Las aduanas distritales están obligadas a remitir a la Dirección Nacional de Control de Sustancias Peligrosas, copias de las pólizas de importación y exportación de productos o materias primas que contengan sustancias controladas, en el término de cuarenta y ocho horas de su expedición, bajo responsabilidad del funcionario encargado.

Artículo 33. (Facturas consulares). Los funcionarios consulares del país acreditados en el exterior, expedirán facturas de importación que cubran estupefacientes y sustancias controladas previa presentación del permiso otorgado por el país de origen y la autorización de la Dirección Nacional de Control de Sustancias Peligrosas, para su internación al territorio nacional, adjuntando copias de las referidas licencias.

Artículo 34. (Permiso para transporte). Las empresas de transporte aéreo, terrestre, marítimo, lacustre y fluvial exigirán obligatoriamente la autorización de la Dirección Nacional de Control de Sustancias Peligrosas, para el despacho y registro de medicamentos que contengan sustancias controladas.

Estas oficinas quedan obligadas a elevar informe mensual a la Dirección Nacional de Control de Sustancias Peligrosas, de los despachos efectuados.

Artículo 35. (Prohibición general). Queda prohibido el transporte de estupefacientes y medicamentos que contengan sustancias controladas, en cualquier clase de vehículos, sin previa autorización de la Dirección Nacional de Control de Sustancias Peligrosas.

El portador, en caso de existir autorización, deberá llevar ésta consigo y exhibirla cuando se la requiera.

Artículo 36. (Prohibición por vía postal). En ningún caso se podrá importar o exportar por vía postal productos o preparados que contengan estupefacientes o sustancias controladas.

Artículo 37. (Muestras médicas). Las muestras médicas gratuitas que contengan sustancias controladas, estarán sujetas al registro de la Dirección Nacional de Control de Sustancias Peligrosas, tanto para su ingreso y distribución como para su salida del país.

Artículo 38. (Autorización para venta de divisas). El Banco Central de Bolivia y la Banca comercial exigirán para la venta de divisas o apertura de acreditivos, con destino a los permisos de importación y exportación de medicamentos y materias primas que contengan sustancias controladas, certificado de registro del solicitante y autorización expedida por la Dirección Nacional de Control de Sustancias Peligrosas.

Artículo 39. (Informes y registro de existencias). Los establecimientos señalados en los Artículos 31 y 32 están obligados a informar a la Dirección Nacional de Control de Sustancias Peligrosas en forma mensual de la existencia de drogas que contengan sustancias controladas y la procedencia de las mismas, debiendo llevar un libro de registro debidamente autorizado y visado por las oficinas de control.

TITULO IV

Régimen de la coca

Artículo 40. (Sustitución de cultivo de coca). Se determina la racionalización paulatina, sistemática y planificada del cultivo de coca en todo el país, substituyéndola con otros rubros de producción de igual o mayor rentabilidad.

Artículo 41. (Control y fiscalización de cultivos). La siembra, cultivo, cosecha, recolección y explotación, así como la comercialización de plantas de género «erythroxilon» (coca) y sus partes, serán objeto de control y fiscalización estatal.

Artículo 42. (Prohibición de nuevos cultivos). Queda absolutamente prohibido realizar cultivos del arbusto de la coca en nuevas áreas del territorio nacional no pudiendo extenderse los que a la fecha existen de acuerdo al empadronamiento de productores realizado por la Dirección Nacional de Control de Sustancias Peligrosas el año 1977.

Artículo 43. (Obligatoriedad de registro). Todas las plantaciones que no hayan sido inscritas en los registros correspondientes de la Dirección Nacional de Control de Sustancias Peligrosas son consideradas clandestinas, las que serán objeto de destrucción por la primera vez; en caso de reincidencia se procederá a la reversión de las áreas cultivadas, las que serán adjudicadas a otros campesinos que carezcan de tierras.

Artículo 44. (Registro de comerciante). Todas las personas jurídicas o naturales que realicen transacciones comerciales con hojas de coca están obligadas a registrarse en la Dirección Nacional de Control de Sustancias Peligrosas, con objeto de ejercitar el control correspondiente, en los plazos

y condiciones que establezca este organismo. Los infractores serán sancionados con el decomiso del producto.

Artículo 45. (Otras prohibiciones). Queda prohibida la extracción, cristalización, purificación y síntesis química integral o parcial de la coca o sus partes bajo las sanciones previstas por Ley.

TITULO V

De los delitos y las penalidades

Artículo 46. (Siembra, cosecha). El que siembra, cultiva, cosecha, produzca o recolecte plantas o partes de plantas señaladas en el primer período del artículo 19 de la presente Ley, será sancionado con privación de libertad de tres a diez años y multa de veinte mil a ciento cincuenta mil pesos bolivianos y el doble siendo extranjeros.

Artículo 47. (Fabricación). El que fabrique o elabore ilegalmente estupefacientes o sustancias controladas será sancionado con privación de libertad de diez a quince años y multa de cincuenta mil a trescientos mil pesos bolivianos y el doble para los extranjeros.

Artículo 48. (Transporte). El que ilegalmente traslade o transporte estupefacientes o sustancias controladas sabiendo que lo hace será sancionado con privación de libertad de diez a quince años y multa de doscientos mil a quinientos mil pesos bolivianos y el doble para los extranjeros.

Artículo 49. (Internación). El que internare al país estupefacientes o drogas con sustancias controladas en forma clandestina será sancionado con privación de libertad de doce a quince años y multa de doscientos a quinientos mil pesos bolivianos siendo de nacionalidad boliviana y veinte mil a cincuenta mil dólares siendo extranjeros.

Artículo 50. (Distribución). El que distribuye estupefacientes o sustancias controladas, sin llenar los requisitos establecidos en la presente Ley, será sancionado con privación de libertad de doce a quince años y multa de doscientos a quinientos mil pesos, siendo de nacionalidad boliviana y veinte mil a cincuenta mil dólares siendo extranjeros.

Artículo 51. (Posesión o tenencia). Los que ilegalmente tengan o posean estupefacientes o sustancias controladas serán sancionados con privación de libertad de seis meses a tres años y multa de cinco mil a cincuenta mil pesos bolivianos, siempre que de la tenencia o posesión no resultare fabricación, transporte, internación, distribución, administración, suministro o tráfico, en cuyo caso se aplicarán los artículos 47, 48, 49, 50, 52 y 53 de la presente Ley.

Artículo 52. (Administración o aplicación). El que administre o aplique estupefacientes o sustancias controladas, sin autorización legal, será sancionado con privación de libertad de dos a ocho años y multa de cinco mil a cincuenta mil pesos bolivianos y el doble para los extranjeros.

Artículo 53. (Entrega o suministro). El que suministre ilegalmente estupefacientes o sustancias controladas a una o varias personas será sancionado con privación de libertad de cinco a ocho años y multa de veinte mil a

cien mil pesos bolivianos, siendo la nacionalidad boliviana y de dos mil a diez mil dólares siendo extranjeros.

Artículo 54. (Quebrantamiento de salud y muerte). Si como consecuencia de la administración o suministro indebido de estupefacientes o sustancias controladas resultare un quebrantamiento grave de salud, él o los autores, serán sancionados con privación de libertad de ocho a doce años y multa de cincuenta mil a cien mil pesos bolivianos, siendo de nacionalidad boliviana y de diez mil a veinte mil dólares siendo extranjeros.

Artículo 55. (Asesinato). El que administre o suministre estupefacientes o sustancias controladas a una persona con la intención de matar será sancionado conforme al caso del artículo 252 del Código Penal.

Artículo 56. (Tráfico o comercialización). El que realice ilegalmente transacciones comerciales, venda, compre, entrega o reciba estupefacientes o sustancias controladas, será sancionado con privación de libertad de doce a quince años y multa de doscientos mil a quinientos mil pesos bolivianos, siendo bolivianos, y de veinte mil a cincuenta mil dólares si son extranjeros.

Artículo 57. (Confabulación). Los que confabulen o se organicen en bandas o grupos para la comisión de los delitos de siembra, cultivo, producción o cosecha de plantas o partes de plantas a que se refiere el primer período del artículo 19 de esta Ley o para la fabricación o elaboración, fraccionamiento, tráfico o comercialización, distribución, transporte, administración y suministro de estupefacientes o sustancias controladas, aunque no llegaren a consumir el delito proyectado ni a comenzar la ejecución del mismo, serán sancionados con privación de libertad de seis meses a cinco años y multa de cinco mil a cincuenta mil pesos bolivianos, siendo de nacionalidad boliviana, y dos mil a diez mil dólares siendo extranjeros.

Artículo 58. (Instigación). El que instigue o incite a otra u otras personas a cometer cualquiera de los delitos sancionados en este título sufrirá de la tercera parte a la mitad de la pena que corresponda al autor principal, siempre que la comisión del delito sea el resultado de la instigación.

Si el instigado fuese menor de edad o comprobadamente inculto, la pena se elevará de la mitad a las dos terceras partes de la que corresponda al delito mencionado.

Artículo 59. (Inducción). El que indujere a una o varias personas al uso indebido de estupefacientes o sustancias controladas será sancionado con privación de libertad de cinco a ocho años y multa de veinte mil a cien mil pesos bolivianos, siendo de nacionalidad boliviana, y de tres mil a diez mil dólares siendo extranjeros.

Si el inducido fuere menor de edad, la pena será de ocho a doce años y la multa de cien mil a doscientos mil pesos bolivianos y para los extranjeros de veinte mil a cuarenta mil dólares.

Artículo 60. (Locales de uso y consumo). Los propietarios de locales donde ilegal y habitualmente se vendan, usen y consuman estupefacientes o drogas controladas con tolerancia o consentimiento de aquéllos serán sancionados con privación de libertad de dos a ocho años y multa de cincuenta mil a cien mil pesos bolivianos y con el doble tratándose de extranjeros.

Artículo 61. (Falsificación). El que adultere o falsifique recetas médicas, con objeto de obtener estupefacientes o sustancias controladas, será sancio-

nado con privación de libertad de dos a seis años y multa de cinco mil a diez mil pesos bolivianos, en el doble a los extranjeros.

Artículo 62. (Importaciones). Los importadores de estupefacientes, materias primas o medicamentos que contengan sustancias controladas que no cumplan lo previsto por el artículo 27 de esta Ley serán sancionados con la suspensión de su registro de importador por el término de seis meses y la multa de cincuenta mil a cien mil pesos bolivianos y en el doble a los extranjeros.

Artículo 63. (Registro e inventario). Las firmas importadoras, droguerías, farmacias o locales comerciales autorizados para el expendio de medicamentos con sustancias controladas, cuyas existencias en depósitos no guarden relación con sus inventarios y registros, serán sancionados con multa de cinco mil a cincuenta mil pesos bolivianos, en el doble a los extranjeros.

En caso de reincidencia se procederá a la clausura definitiva de sus establecimientos.

Artículo 64. (Obligación de comunicar). Los propietarios de inmuebles que sepan que en ellos se siembra, cultiva o cosecha las plantas o partes de plantas a que se refiere el primer período del artículo 19 de esta Ley, o se fabrican, refinan o fraccionan drogas prohibidas o sustancias controladas; los transportistas, conductores, propietarios y encargados de despacho de todo medio de transporte, que sepan que se traslada en sus vehículos las plantas, partes de plantas, drogas o sustancias controladas antedichas, y los propietarios y encargados de hoteles, moteles, confiterías, clubes, bares, locales de diversión y otros establecimientos de atención pública que igualmente conozcan que en ellos hay personas que estén en posesión o tenencia de drogas o sustancias controladas, las usen o consuman o simplemente se hallen en estado de dependencia, están obligados a comunicar estos hechos a la Dirección Nacional de Control de Sustancias Peligrosas o autoridades competentes más próximos, y si no lo hicieron incurrirán en encubrimiento o receptación, siendo sancionados como tales.

Artículo 65. (Alquiler de inmuebles). Los propietarios que alquilen o proporcionen a cualquier título sus predios o inmuebles para la siembra, cultivo o producción de las plantas referidas en el primer período del artículo 19 de esta Ley, o para el tráfico, fabricación, elaboración o fraccionamiento de estupefacientes o drogas con sustancias controladas, sabiendo el uso que se dará a su propiedad, serán sancionados como cómplices de acuerdo al artículo 73 de esta Ley, siempre que no hubiesen intervenido además en calidad de autores directos o mediatos, en cuyo caso serán sancionados con la pena que corresponda al delito cometido.

Artículo 66. (Ejercicio ilegal). El profesional inhabilitado por infracción de esta Ley, y que continúa prestando servicio o atención médica durante su suspensión, será sancionado con privación de libertad de uno a cinco años.

Artículo 67. (Venta en farmacias). Los propietarios, regentes o empleados de droguerías, farmacias o locales de comercio autorizados para la venta de medicamentos, que despachen estupefacientes o drogas que contengan sustancias controladas, sin llenar las formalidades previstas por el artículo 28 de la presente Ley, serán sancionados en la siguiente forma:

a) Los propietarios, con la clausura de sus establecimientos por el término de seis meses y multa de treinta mil pesos bolivianos.

b) Los regentes con un año de suspensión del ejercicio profesional y multa de diez mil a veinte mil pesos bolivianos.

c) Los empleados con multa de cinco mil a diez mil pesos bolivianos y reclusión de tres a seis meses en la cárcel Pública.

Artículo 68. (Reincidencia de venta en farmacias). Los propietarios, regentes o empleados de droguerías, farmacias o locales de comercio autorizados para la venta de medicamentos, referidos en el artículo anterior, que reincidan, serán sancionados en la siguiente forma:

a) Los propietarios profesionales con la cancelación de su registro o inhabilitación definitiva del ejercicio profesional.

b) Los propietarios no profesionales con privación de libertad de dos a cinco años y clausura definitiva de su establecimiento.

c) Los regentes, con inhabilitación definitiva del ejercicio profesional y privación de libertad de dos a cinco años.

Artículo 69. (Alteración o sustitución del cuerpo e instrumento del delito). El que altere o sustituya el cuerpo del delito o los elementos constitutivos de éste, que estuviesen secuestrados, decomisados o depositados por autoridad competente, será sancionado con privación de libertad de cinco a ocho años y multa de cien mil pesos bolivianos, siempre que no se hiciere pasible a otra pena mayor por comisión de otros delitos tipificados en esta Ley.

Artículo 70. (Evasión). Toda persona que favoreciere directa o indirectamente a la evasión de cualquier detenido o condenado por delitos previstos en esta Ley será sancionado con privación de libertad de tres a seis años.

Artículo 71. (Excarcelación). Todo funcionario público que autorice salida o libertad ilegal de un detenido por delitos contemplados en esta Ley será sancionado con privación de libertad de cinco a ocho años.

Artículo 72. (Funcionarios Públicos). Si los delitos comprendidos en esta Ley fueren cometidos por un funcionario público, éste será sancionado con un tercio más de la pena señalada para cada delito e inhabilitación absoluta prevista por el artículo 33 del Código Penal.

Artículo 73. (Complicidad). Los cómplices en el concepto del artículo 23 del Código Penal sufrirán las dos terceras partes de la pena que correspondía al autor principal.

Artículo 74. (Encubridores y receptadores). Los encubridores y receptadores definidos por los artículos 171 y 172 del Código Penal, cuando la sean en los delitos contemplados por esta Ley, serán sancionados con privación de libertad de seis meses a dos años y multa de diez mil a cincuenta mil pesos bolivianos y el doble para los trabajadores.

Artículo 75. (Reincidencia). Los reincidentes a quienes sean aplicables las características del artículo 41 del Código Penal sufrirán el doble de la sanción que les correspondiera por su delito últimamente cometido, sin perjuicio de las medidas de seguridad a que se refiere dicho artículo 41 y el 42 del Código Penal.

TITULO VI

Esfera de aplicación y juzgamiento

Artículo 76. (De la acción). La acción penal por los delitos a que se refiere el Título V de la presente Ley es de orden público y de preferente aplicación de acuerdo a lo previsto por el artículo 6 del Código Penal.

Artículo 77. (Jurisdicción y competencia). El juzgamiento se sustanciará únicamente en las capitales de departamento.

Los jueces de Partido en lo Penal de las capitales de departamento son los que con jurisdicción y competencia juzgarán los delitos comprendidos en esta Ley.

Artículo 78. (Diligencias de Policía Judicial). Las diligencias de Policía Judicial serán levantadas por la Dirección Nacional de Control de Sustancias Peligrosas con intervención forzosa de un representante del Ministerio Público, y una vez concluidas con informe circunstanciado e individualizado la participación de cada uno de los imputados, serán remitidas al Fiscal del Distrito con todos los actuados juntamente con él o los detenidos, instrumentos y cuerpo del delito que, después de verificado y tratándose de sustancias peligrosas, será depositado en el Banco Central de Bolivia. Las declaraciones informativas, informes oficiales y otras probanzas, serán recibidos con intervención del Asesor Legal de la Dirección Nacional de Control de Sustancias Peligrosas y el Fiscal que intervenga en el caso, quienes deberán suscribir todas las actuaciones. De no haberse procedido en la forma señalada, el Juez del Partido que asuma conocimiento de la causa, devolverá antecedentes a la citada Dirección para que dé cumplimiento a lo dispuesto precedentemente, con responsabilidad para el Director o Jefe Distrital que será fijada en la misma resolución.

Artículo 79. (Medidas precautorias). A tiempo de dictar el Auto de admisión de procesamiento, el juez también dispondrá las siguientes medidas precautorias:

a) La hipoteca e inscripción en Derechos Reales de los bienes inmuebles propios de los implicados y de aquellos que fuesen usados en la comisión del delito.

b) El embargo y depósito en poder de persona solvente, de los vehículos que pudiesen haber sido usados en la comisión del delito y su anotación en el Registro de Vehículos a cargo del Servicio Nacional de Tránsito.

c) El decomiso de los enseres, vehículos, equipos, sustancias, materias primas, laboratorios y herramientas que constituyan los instrumentos o cuerpos del delito y de los bienes y valores que claramente resultasen sospechosos de haberse adquirido con el producto del delito que se juzga u otros anteriores.

d) Depósito en la cuenta corriente «Fiscalización de Narcóicos» de los dineros incautados.

Artículo 80. (Requerimiento Fiscal). El Ministerio público requerirá en el día al Juez de Partido para que proceda a la apertura de la causa.

Artículo 81. (Radicatoria). Remitida la causa ante el Juez de Partido en lo Penal, éste dictará, dentro de las veinticuatro horas siguientes, Auto de

Admisión de procesamiento, tipificando los delitos en forma individual para cada uno de los encausados según su grado de participación, procediendo a la verificación del cuerpo del delito y señalando día y hora para la recepción de la declaración confesoria.

Artículo 82. (Rechazo de apertura de causa). Si a criterio del juez no existiera indicios de culpabilidad en las diligencias de Policía Judicial, aún apartándose del requerimiento Fiscal, podrá rechazar la apertura de causa penal en contra de la parte o la totalidad de los imputados, mediante auto motivado. Esta resolución será consultada de oficio a la Corte Superior de Justicia elevando obrados originales, sin ulterior recurso. Si posteriormente a la negativa de apertura de causa, aparecieran nuevos indicios de culpabilidad, antes del término de la prescripción, procederá la apertura de nueva causa, sin que se pueda alegar Cosa Juzgada.

Artículo 83. (Apelación). El auto de apertura de la causa podrá ser apelado por el imputado, en el término de tres días después de prestada su declaración confesoria, recurso que será concedido en el efecto devolutivo para ante la Corte Superior de Distrito, cuyo fallo no será susceptible de recurso de nulidad.

Artículo 84. (Incineración o destrucción). Recibidas las confesiones el juez dispondrá la incineración y destrucción de las sustancias peligrosas, debiendo reservarse a efectos del proceso, una cantidad no mayor de diez gramos o su equivalente que quedará depositada en el Banco Central de Bolivia, constando en esta circunstancia esa diligencia judicial para fines de lo previsto por el artículo 133 del Código de Procedimiento Penal.

Artículo 85. (Libertad provisional). El beneficio de libertad provisional procederá en favor de las personas encausadas por la comisión de delitos tipificados en esta Ley:

a) Cuando se encuentren reprimidos con pena privativa de libertad cuyo máximo no exceda de cuatro años.

b) Del que hubiera cumplido su condena, mientras se resuelvan los recursos ordinarios y extraordinarios que admita la causa.

c) Para el procesado absuelto o declarado inocente y cuyo fallo consultado ante la Corte Superior del Distrito hubiera sido aprobado, aunque la causa estuviera sometida al trámite de recurso de nulidad.

No son aplicables los demás casos comprendidos en el artículo 196 del Código de Procedimiento Penal.

Artículo 86. (Cuestiones prejudiciales y previstas). En ningún caso los jueces admitirán cuestiones prejudiciales.

Como cuestiones previas se admitirán las enumeradas en el artículo 186 del Código de Procedimiento Penal. Si se las declarase probadas, la resolución dictada deberá ser consultada de oficio a la Corte Superior del Distrito, elevándose obrados originales. El Auto de Vista que se pronuncie no será susceptible de recurso de nulidad.

Artículo 87. (Términos para resolver). Las sentencias serán pronunciadas por los jueces en un plazo máximo de treinta días. Las Cortes Superiores absolverán las consultas y resolverán las apelaciones en el término de quince días y los recursos de nulidad serán resueltos por la Corte Suprema de Justicia en el plazo de quince días.

De no pronunciarse la Resolución en los plazos señalados se sancionará al Juez, Vocal o Ministro Relator de la causa, con multa equivalente al haber de un día, por cada diez días de retraso.

Artículo 88. (Incumplimiento de deberes). Los funcionarios que fueren citados no podrán excusar sus presencia en los debates públicos, bajo pena de aprehensión, multa o procesamiento. Asimismo, dentro de las veinticuatro horas de notificados con la orden del juez, deberán proporcionar y salvar los informes solicitados, caso contrario serán enjuiciados de conformidad con el artículo 154 del Código Penal.

Artículo 89. (Registro de sentencias). Los juzgados de las causas remitirán obligatoriamente testimonios de las sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada a la Dirección Nacional de Control de Sustancias Peligrosas para fines de registro y estadística.

Artículo 90. (Remate de bienes). Los bienes, inmuebles, muebles y otros respecto de los cuales se hubiera probado en el curso del proceso, constituir producto de la comisión de los delitos comprendidos en la presente Ley, serán rematados en ejecución de sentencia, con intervención de la Dirección Nacional y el Departamento de Bienes de la Contraloría General de la República.

Artículo 91. (Restitución de bienes). A los propietarios de los bienes señalados por el artículo 75 de esta Ley, que demuestren con pruebas fehacientes, que no obstante haber puesto suma diligencia y cuidado no pudieron conocer el destino ilícito dado a los mismos, el juez de la causa dispondrá en sentencia su restitución y cancelación de los gravámenes efectuados.

Artículo 92. (Destino del producto de los remates). El producto de los remates a que se refiere el artículo anterior y los dineros en efectivo que hubieran sido secuestrados, serán distribuidos en la siguiente forma:

1.º 40 por 100 para construcciones de cárceles y mantenimiento de instalaciones en toda la República.

2.º 25 por 100 en favor de la Dirección Nacional de Control de Sustancias Peligrosas, para mantenimiento y ampliación de sus diferentes servicios.

3.º 20 por 100 para mantenimientos y dotación de oficinas judiciales.

4.º 15 por 100 en favor del Instituto Nacional de Investigación en Farmacodependencia, con destino a la organización de sus dependencias para el tratamiento de los que incurrir en la drogadicción.

Las multas establecidas por las sanciones impuestas en el Capítulo V de la Ley serán distribuidas en beneficio de las entidades nombradas, en las proporciones señaladas anteriormente.

Artículo 93. (Aplicación de Códigos). En todo lo que se hallare previsto en la presente Ley especial se aplicarán las disposiciones contenidas en el Código Penal, Código del Menor, Código de Procedimiento Penal y demás disposiciones legales.

TITULO VII

Rehabilitación y tratamiento

Artículo 94. (Centros especializados). A los fines de rehabilitación, readaptación y reinserción social se crean centros especializados bajo el nombre:

de Institutos de Investigación en Farmacodependencia, como una división del Departamento Médico Social de la Dirección Nacional de Control de Sustancias Peligrosas.

Artículo 95. (Ubicación). Los Institutos estarán ubicados donde las necesidades así lo exijan y contarán con los adelantos técnicos y científicos adecuados.

Artículo 96. (Evaluación de drogados). Las personas que se hallen bajo el efecto de drogas causantes de dependencia serán conducidas a los institutos, a fin de que se evalúe el grado de intoxicación para su tratamiento y rehabilitación posteriores.

Artículo 97. (Aviso de tratamiento). Los Directores de Centros de Salud, hospitales, clínicas, consultorios particulares y médicos en general están obligados a comunicar a la Dirección Nacional de Control de Sustancias Peligrosas el diagnóstico y tratamiento de urgencia que hubieran efectuado en casos de intoxicación ocasionada por drogas causantes de dependencia, en el término de cuarenta y ocho horas.

Artículo 98. (Obligación de comunicar). Toda persona está obligada a informar a la Dirección Nacional de Control de Sustancias Peligrosas la presencia de cualquier individuo que se encuentre bajo los efectos de fármacos o drogas causantes de dependencia.

Artículo 99. (Internación obligatoria). Los pacientes que se resistan o se muestren renuentes al tratamiento ordenado por los médicos de los Institutos de Investigación en Farmacodependencia serán obligatoriamente internados en los centros especialmente creados para este efecto.

Artículo 100. (Consumidores menores de edad). Los menores de dieciséis años que incurran en uso indebido de drogas causantes de dependencia serán inmediatamente puestos a disposición del Tribunal Tutelar del Menor, con las reservas correspondientes, para su tratamiento clínico, sin perjuicio de una evaluación de sus alteraciones físicas y psíquicas.

Artículo 101. (Supervisión postrehabilitoria). Los pacientes que hayan cumplido un período de tratamiento con resultados positivos y se hallen social y psicológicamente ambientados, deberán continuar bajo supervisión médico-social postrehabilitoria a cargo del servicio médico correspondiente.

Artículo 102. (Bolsa de Trabajo). Para fines de una mejor readaptación de los pacientes recuperados, los Institutos contarán con una sección denominada bolsa de trabajo, que en coordinación con el Ministerio de Trabajo podrán hacer de agencia de colocación de empleados exfarmacodependientes.

T I T U L O V I I I

De la esfera educativa

Artículo 103. (Planes educativos). El Ministerio de Educación, en coordinación con la Dirección Nacional de Control de Sustancias Peligrosas, elaborará planes educativo-preventivos dirigidos a la orientación de la opinión pública en general, así como a la prevención de sectores específicos de la población acerca de las consecuencias que engendra para el país la elaboración, tráfico y consumo de sustancias peligrosas.

Artículo 104. (Colaboración docente). Los directores, maestros y personal administrativo de los establecimientos educativos, están obligados a prestar la máxima colaboración a los programas que sean puestos en ejecución por la Dirección Nacional de Control, de Sustancias Peligrosas y el Ministerio de Educación, en favor de la comunidad.

Artículo 105. (Cooperación publicitaria). Las empresas periodísticas, radiales, de televisión y en general todas las de propaganda, información y comunicación deberán cooperar con carácter gratuito, incluyendo en sus publicaciones y programas, en coordinación con la Dirección Nacional de Control de Sustancias Peligrosas, Asociación Nacional de Prensa y ASBORA, toda clase de informaciones e instrucciones tendientes a concientizar al pueblo sobre los peligros y daños de la drogadicción.

Artículo 106. (Consulta y coordinación). Las autoridades educativas, asociaciones de padres de familia, organizaciones cívicas y culturales que tomen iniciativas para ejecutar acciones preventivas en materia de drogas, deberán consultar y coordinar sus propósitos con la Dirección Nacional de Control de Sustancias Peligrosas, la que está obligada a proporcionarle material audiovisual, folletos y asesoría a través de sus departamentos especializados.

Artículo 107. (Obligación de educadores). Los educadores que detecten casos de drogadicción en sus alumnos, tienen la obligación de otorgarles el trato comprensivo que el caso requiera, haciendo conocer inmediatamente el hecho a la Dirección Nacional de Control de Sustancias Peligrosas.

Artículo 108. (Responsabilidad de los padres). Los padres de familia cuyos hijos menores de edad estén afectados por el consumo de drogas, asumirán la responsabilidad de su rehabilitación integral.

T I T U L O I X

Organismos competentes

Artículo 109. (Funcionamiento y dependencia). Bajo la dependencia del Ministerio del Interior, Migración y Justicia, funcionarán los siguientes organismos:

- a) Consejo Nacional de Defensa contra las drogas y estupefacientes.
- b) Dirección Nacional de Control de Sustancias Peligrosas.

Artículo 110. (Consejo Nacional). El Consejo Nacional de Defensa contra las drogas y estupefacientes, constituye el organismo orientador de la política y estrategia del Estado para la protección de los valores morales, espirituales y físicos contra el peligro que entraña la elaboración, tráfico y consumo de drogas con sustancias peligrosas.

Estará constituido por un delegado de los siguientes organismos:

- a) Ministerio del Interior, Migración y Justicia.
- b) Ministerio de Previsión Social y Salud Pública.
- c) Ministerio de Educación y Cultura.
- d) Ministerio de Asuntos Campesinos y Agropecuarios.
- e) Colegio Médico.

f) Universidad Boliviana.

g) Asociación Nacional de Prensa y ASBORA.

Artículo 111. (Presidencia del Consejo). El Consejo Nacional de Defensa contra las Drogas y Estupefacientes estará presidido por el Ministerio del Interior, Migración y Justicia, quien podrá delegar estas funciones al Subsecretario de Justicia.

Artículo 112. (Dirección Nacional de Control de Sustancias Peligrosas). La Dirección Nacional de Control de Sustancias Peligrosas es el organismo ejecutivo encargado del cumplimiento de la presente Ley por intermedio de sus diferentes departamentos, con excepción de la esfera de juzgamiento que estará bajo la jurisdicción y competencia de la justicia ordinaria.

Artículo 113. (Sujeción a reglamentos). La Dirección Nacional de Control de Sustancias Peligrosas, en su organización y funcionamiento, se sujetará a sus propios reglamentos.

T I T U L O X

Convénios internacionales

Artículo 114. (Ratificación de convenios). Con cargo de aprobación legislativa, se ratifican en todas sus partes el Convenio sobre Sustancias Psicotrópicas, firmado en Viena, Austria, el 21 de febrero de 1971, la Convención Unica de 1961 sobre Estupefacientes, enmendada por el Protocolo de la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes suscrita en Ginebra en 1972 y el Acuerdo Sudamericano de Estupefacientes y Psicotrópicos y los dos Protocolos Adicionales, realizados entre los Gobiernos de Bolivia y Argentina en abril de 1973 y el suscrito entre los Gobiernos de Bolivia y Estados Unidos sobre cumplimiento de condenas de fecha.

Artículo 115. (Disposiciones de organismos internacionales). Para efectos de la presente Ley se reconocen las disposiciones emanadas de los organismos internacionales de control de estupefacientes en los que Bolivia sea signataria.

D) FRANCIA

Contra las reformas penales. La protesta unánime de los juristas franceses

Por PASCUAL MENEU MONLEON

Desde que el 30 de abril de 1978 el Consejo de Ministros francés adoptó el proyecto de ley de reforma penal, conocido con el nombre de «seguridad y libertad», cada día se escucharon más voces autorizadas clamando contra tal proyecto, presentado por el ministro M. Peyrefitte, precisamente porque va contra principios fundamentales de la justicia francesa que constituyen la mejor si no la única garantía de la seguridad y libertad ciudadanas.

Y cuando en España reformas legislativas recientes o en proyecto siguen o se aproximan, una vez más, a los textos franceses, creemos que es interesante, aquí y hoy, divulgar «lo que pasa en Francia», a propósito de tales reformas penales.

Al siguiente día de adoptarse aquel proyecto por el Consejo de Ministros, se inauguraba en Niza el Congreso de una de las entidades que agrupan a nuestros colegas franceses, la Confederación Sindical de Abogados. Congresos que, como en tantos países europeos, tienen frecuencia anual, y no decenal, cuando no más alargada, cual tradicionalmente ocurre en España, a pesar y en contra del clamor solicitándolos en nuestros Colegios de Abogados.

En Niza los congresistas de la Confederación Sindical de Abogados mostraron su inquietud, particularmente porque el proyecto suprime en muchos casos la instrucción a cargo del Juez para confiársela al Fiscal, quien pasa directamente las diligencias al Tribunal penal. Y se mostraron contrarios a la pretendida «supresión» del procedimiento de flagrante delito, cuando en verdad se generaliza. El presidente de la Confederation Maitre Farthouat proclamó cuán malparados quedarían los derechos de la defensa. Conviene recordar que la Confederación Sindical de Abogados no es ninguna organización izquierdista, aunque alguien pueda pensarlo al leer su nombre.

También se han pronunciado contra el proyecto de ley, requiriendo al Parlamento para que lo rechace, la Asociación Profesional de Abogados, el Sindicato de Abogados de Francia, la Federación Nacional de Uniones de Jóvenes Abogados y la Unión de Jóvenes Abogados de París.

Lo propio hicieron los jueces de instrucción de París casi unánimemente: medio centenar de entre cincuenta y siete. También el Sindicato de la Magistratura y la Unión Sindical de Magistrados. Para aquél, según su conferencia de prensa, el proyecto llevará a una «justicia de excepción», a la

reducción de los poderes del Juez y al aniquilamiento de los Derechos de la Defensa. Muestra su alarma ante la posible sustitución de la instrucción judicial por una «mini instrucción» a cargo del fiscal, sin que sea obligatoria la presencia del abogado, que no interviene en la decisión que haría el fiscal sobre el procedimiento aplicable. Y ante la posibilidad de resoluciones no motivadas sobre prisión provisional cuando la pena pudiera ser superior a cinco años.

La Unión Sindical de Magistrados se ocupó del proyecto, y su presidente, M. Desjardins, declaró que el conjunto del texto «acentúa el carácter represivo de nuestra legislación con un deslizamiento hacia las penas automáticas». Por ejemplo en los casos de reincidencia.

En la Universidad de París-Dauphine se convocó una magna reunión por la asociación Nueva Justicia, en la que se integran todas las antes nombradas y alguna otra, cual la Asociación de la Prensa Judicial. Fecha, el 22 de mayo. Ya anteriormente todas estas organizaciones se reunieron el 19 de mayo en el Palacio de Justicia de París y decidieron movilizarse contra el proyecto «seguridad y libertad» que no se puede discutir ni enmendar y debe ser rechazado en bloque». Se adhirieron otras organizaciones, cual la Liga de Derechos del Hombre, la Asociación Francesa de Juristas Demócratas, Libres Juristas y Derecho y Democracia.

Las organizaciones integradas en Nueva Justicia Penal declararon que tal «proyecto Peyrefitte» es un ataque a principios fundamentales del Derecho penal y de la política criminal. Y convocaron una gran manifestación en el Palacio de Justicia de París, y en otros de provincias, donde desfilaran vistiendo la toga abogados, catedráticos y magistrados, opuestos todos al proyecto de ley. Precisamente el mismo día que comience su discusión en el Parlamento, el 27 de mayo de 1978.

El Colegio de Abogados de París también publicó su fundada protesta. Pero entre todos llama profundamente la atención el muy motivado llamamiento por el que piden al Parlamento que rechace el texto del proyecto ocho juristas de reconocido prestigio, de la abogacía, la cátedra o la magistratura, entre los que nos place encontrar a antiguos amigos y maestros: los abogados Badinter y Brunois, ex decanos; los profesores Leauté, Lavasseur y Rivero; los magistrados Arpaillange, Braunschweig y Rolland, del Tribunal de Casación.

El manifiesto de los ocho juristas franceses comienza diciendo que «la justicia francesa reposa sobre algunos principios fundamentales. No sólo son la expresión de nuestras libertades. Son también la garantía de nuestros derechos que deben permanecer intangibles. El proyecto de ley «seguridad y libertad» —dicen— preparado en secreto, presentado al público con un esplendor nada habitual y sometido con precipitación al Parlamento, desconoce profundamente algunos de esos principios fundamentales. Conscientes de la grave alteración que supondría para nuestra justicia la adopción de ese texto, hemos decidido dar a conocer públicamente sus peligros». Tras esta introducción general, en apartados razonados y numerados, hasta ocho, se van exponiendo esos peligros.

El primero, confiar al fiscal la investigación e instrucción, cuando en nuestra justicia las funciones de juez y acusador deben permanecer distintas,

con un control por la Audiencia sobre el instructor, que desaparecerá cuando la instrucción de los delitos por un juez será facultativa según decisión fiscal.

Otro riesgo, otro peligro que la prisión provisional deja de ser la excepción, con quiebra de la presunción de inocencia, al ampliarse mucho su aplicación, en contra de lo que pide la más autorizada doctrina y una buena política criminal.

Grave peligro es también, a criterio de estos ocho sabios, que diciendo que se suprime el procedimiento por flagrante delito, lo que en verdad se hace es conservarlo y aun extenderlo a delitos no flagrantes y sin instrucción por un juez, sino por el fiscal.

Más aún, se aumentan las prerrogativas del Ministerio Fiscal y se reducen los derechos de la defensa, rompiendo ese equilibrio de que tan celosa es la Convención Europea de Derechos del Hombre, ratificada, al fin, por Francia, aunque un francés de prestigio presidió el Tribunal Europeo de Derechos del Hombre, el premio Nobel René Cassin. Se sustraen ciertos delitos al juicio por jurados, y se aumentan las penas, extremando la represión, que tiende a automatizarse anulando ciertos necesarios poderes discrecionales o el arbitrio del juez, automatizando la represión. Finalmente, denuncian la quiebra de la igualdad ante la ley cuando se reducen las penas a la mitad y con posibilidad de liberación condicional anticipada, cuando los condenados tengan recursos para indemnizar a sus víctimas. Concluyen unánimes los ocho juristas que el proyecto, sin aumentar realmente la seguridad, reducirá indudablemente las libertades, por lo que piden al Parlamento que lo rechace por ser también fuente de confusión y de errores judiciales, regresión para la justicia y desprecio de las libertades.

La opinión profesional y el público siguen esta cuestión. Para que nada falte, el ministro Peyrefitte demandó al diario «Le Monde», pese a que publicó una nota del director de asuntos criminales de su Ministerio, en respuesta a un artículo de Philippe Boucher. Pretende que publique también una carta del propio ministro como derecho de réplica, según la Ley de Prensa de 1881, que aún sigue vigente. Tal demanda se presentó ante la jurisdicción de «referés» y no ante la de fondo, que entienden competente los defensores del famoso rotativo francés. La demanda no prosperó.

Esta experiencia francesa es una viva y ejemplar ilustración de los deberes del jurista ante la sociedad en tales trances. Puede sernos de provecho y por el civismo que supone, cuando las reformas van en España, desgraciadamente, por los mismos derroteros.

E) ITALIA

Normas para la tutela social de la maternidad y sobre la interrupción voluntaria del embarazo

(Ley núm. 194, de 22 de mayo de 1978)

Traducción del italiano por MIGUEL ANGEL SOTO LAMADRID
Doctor en Derecho Penal y Criminología (Méjico)

1. El Estado garantiza el derecho a la procreación consciente y responsable, reconoce el valor social de la maternidad y tutela de la vida humana desde su inicio.

La interrupción voluntaria del embarazo, a que se refiere la presente ley, no es un medio para el control de los nacimientos.

El Estado, las regiones y los entes locales, en el ámbito de sus propias funciones y competencias, promoverán y desarrollarán los servicios socio-sanitarios además de otras iniciativas necesarias para evitar que el aborto sea usado a fin de limitar los nacimientos.

2. Los consultores familiares instituidos por la Ley del 29 de julio de 1975, núm. 405, además de lo establecido en la propia ley, asistirán a la mujer en estado de gravidez:

a) Informándola sobre los derechos que le corresponden en base a la legislación estatal y regional, y sobre los servicios sociales, sanitarios y asistenciales concretamente ofrecidos por las estructuras que operan en el territorio.

b) Informándola sobre los medios apropiados para obtener el respeto a las normas de la legislación laboral que tutelan a quienes están gestando.

c) Actuando directamente o proponiendo al ente local competente o a las estructuras sociales que operan en el territorio intervenciones especiales, cuando el embarazo o la maternidad creen problemas para cuya resolución resulten inadecuadas las intervenciones normales a que se refiere la letra a).

d) Contribuyendo a superar las causas que podrían inducir a la mujer a interrumpir el embarazo.

Los consultores sobre la base de los respectivos reglamentos o convenios podrán valerse, para los fines previstos en la ley, de la colaboración voluntaria de competentes formaciones sociales de

base o de asociaciones del voluntariado que podrán incluso ayudar a la maternidad difícil después del nacimiento.

El suministro bajo prescripción médica, en las estructuras sanitarias y en los consultorios, de los medios necesarios para conseguir las finalidades libremente elegidas en cuanto a la procreación responsables estará consentida también a los menores.

3. Además para el cumplimiento de las tareas ulteriores asignadas por la presente ley ya los consultores familiares, el fondo a que se refiere el artículo 5 de la Ley de 19 de julio de 1975, número 405, será aumentado con un crédito de 50.000.000.000 anuales, para repartirse entre las regiones en base a los mismos criterios establecidos por dicho artículo.

Para cubrir la erogación de 50 mil millones de liras relativa al ejercicio financiero de 1978 se proveerá mediante la reducción correspondiente del crédito inscrito en el capítulo 9.001 de la orden de previsión de ingresos del Ministerio del Tesoro para el mismo ejercicio. El ministro del Tesoro estará autorizado para realizar con sus propios decretos, las necesarias modificaciones del balance.

4. Para interrumpir voluntariamente el embarazo dentro de los primeros noventa días, la mujer que manifieste síntomas de que el embarazo, el parto o la maternidad acarrearían un serio peligro para su salud física o psíquica, a causa de su estado de salud, de sus condiciones económicas, o sociales o familiares, o de las circunstancias en que ocurrió la concepción, o en previsión de anomalías o malformaciones del concebido, deberá dirigirse a un consultorio público instituido según el artículo 2, letra a), de la Ley del 29 de julio de 1975, núm. 405, o a una estructura socio-sanitaria habilitada para ello en la región, o a un médico de su confianza.

5. El consultorio y la estructura socio-sanitaria, además de garantizar las necesarias verificaciones médicas, tendrán el deber en todo caso, y especialmente cuando la petición para interrumpir el embarazo esté motivada en la incidencia de las condiciones económicas, o sociales, o familiares sobre la salud de la embarazada, de examinar con la mujer y con el padre del concebido, siempre que la mujer lo consienta, y respetando la dignidad y la discreción de la mujer y de la persona indicada como padre del concebido, las posibles soluciones de los problemas propuestos, de ayudarla a remover las causas que la llevarían a la interrupción del embarazo, de hacer que pueda exigir sus derechos de trabajadora y de madre, de promover cualquier intervención oportuna capaz de sostener a la mujer, ofreciéndole todas las ayudas necesarias sea durante la gravidez como después del parto.

Cuando la mujer se dirija al médico de su confianza, éste realizará las comprobaciones sanitarias necesarias, respetando la dignidad y la libertad de la mujer; valorará con la mujer misma y con el padre del concebido, siempre que la mujer lo consienta, respetando la dignidad y la discreción de la mujer y de la persona

indicada como padre del concebido, y también sobre la base del éxito de las verificaciones antes señaladas, las circunstancias que la determinaron a pedir la interrupción del embarazo; la informará sobre los derechos que se le conceden y sobre las intervenciones de carácter social a las que puede recurrir, así como sobre los consultores y las estructuras socio-sanitarias.

Cuando el médico del consultorio o de la estructura socio-sanitaria, o el médico de confianza, verifique la existencia de condiciones capaces de hacer urgente la intervención, expedirá inmediatamente a la mujer un certificado que declare la urgencia. Con tal certificado la mujer misma puede presentarse en una de las sedes autorizadas para practicar la interrupción del embarazo.

Si el caso no aparece como urgente, al término de la reunión el médico del consultorio o de la estructura socio-sanitaria, o el médico de confianza, en relación con la solicitud de la mujer para interrumpir el embarazo basándose en las circunstancias señaladas en el artículo 4, le expedirá copia de un documento, firmado también por la mujer, certificando el estado de gravidez y la solicitud cursada, y la invitará a desistir por siete días. Transcurridos los siete días, la mujer puede presentarse, para obtener la interrupción del embarazo, en base al documento que le fue expedido según el presente párrafo, ante una de las sedes autorizadas.

6. La interrupción voluntaria del embarazo, después de los primeros noventa días, podrá ser practicada:

a) Cuando la gravidez o el parto impliquen un grave peligro para la vida de la mujer.

b) Cuando sean verificados procesos patológicos, como aquellos relativos a graves anomalías o malformaciones del ser en gestación, que determinen un grave peligro para la salud física o psíquica de la mujer.

7. Los procesos patológicos que configuran los casos previstos en el artículo precedente serán confirmados por un médico del servicio ostétrico-ginecológico del ente hospitalario en el que debe practicarse la intervención, que certifique su existencia. El médico podrá valerse de la colaboración de especialistas. El médico estará obligado a suministrar la documentación sobre el caso y a comunicar su certificación al director sanitario del hospital para la intervención que se practicará inmediatamente.

Siempre que la interrupción del embarazo aparezca como necesaria por inminente peligro de la vida de la mujer, la intervención podrá ser practicada incluso sin desarrollar el procedimiento previsto en el párrafo anterior y fuera de las sedes a que se refiere el artículo 8. En estos casos, el médico estará obligado a comunicar el hecho al médico provincial.

Cuando subsista la posibilidad de vida autónoma del feto, la interrupción del embarazo podrá ser practicada sólo en el caso de la letra a) del artículo 6 y el médico que realice la intervención

deberá adoptar toda medida idónea para salvaguardar la vida del feto.

8. La interrupción del embarazo será practicada por un médico del servicio ostétrico-ginecológico de un hospital general entre los indicados en el artículo 20 de la Ley de 12 de febrero de 1968, número 132, quien verificará también la ausencia de contraindicaciones sanitarias.

Las intervenciones podrán también practicarse en los hospitales públicos especializados, los institutos y entes a que se refiere el artículo 1, penúltimo párrafo, de la Ley del 12 de febrero de 1968, número 132, y en las instituciones previstas en la Ley del 26 de noviembre de 1973, número 817 y el D.P.R. del 18 de junio de 1958, número 754, siempre que los respectivos órganos de gestión lo soliciten.

En los primeros noventa días la interrupción del embarazo podrá ser practicada también en las casas de curación autorizadas por la región, provistas de requisitos higiénico-sanitarios y de adecuados servicios obstétrico-ginecológicos.

El Ministro de sanidad con su decreto limitará la facultad de las casas de curación autorizadas, para practicar las intervenciones de interrupción del embarazo, estableciendo:

1) El porcentaje de las intervenciones de interrupción del embarazo que podrán realizarse, en relación al total de las intervenciones operatorias realizadas en el año precedente en la misma casa de curación.

2) El porcentaje de días de recuperación autorizadas para las intervenciones de interrupción del embarazo respecto del total de días de recuperación que el año precedente se ha tenido en relación a los convenios con las regiones.

Los porcentajes a que se refieren los puntos 1) y 2) no deberán ser inferiores al 20 por 100 y serán iguales para todas las casas de curación.

Las casas de curación podrán escoger el criterio al cual atenderse, entre los dos arriba fijados.

En los primeros noventa días las intervenciones de interrupción del embarazo deberán poder ser efectuadas del mismo modo, después de la constitución de las unidades sociosanitarias locales, en poliambulatorios públicos adecuadamente equipados, funcionalmente enlazados con los hospitales y autorizados por la región.

El certificado expedido según el tercer párrafo del artículo 5 y, transcurridos los siete días, el documento entregado a la mujer siguiendo el cuarto párrafo del mismo artículo constituirán título para obtener en forma urgente la intervención y, si es necesario, la recuperación.

9. El personal sanitario que ejerza las actividades auxiliares no estará obligado a tomar parte en los procedimientos a que se refieren los artículos 5 y 7 ni en las intervenciones para interrumpir el embarazo cuando ponga objeciones de conciencia, con de-

claración preventiva. La declaración del objeto deberá ser comunicada al médico provincial y, en el caso del personal dependiente del hospital o de la casa de curación, también al director, dentro de un mes de la entrada en vigor de la presente ley o de la obtención de la habilitación o de la admisión en un ente obligado a proporcionar prestaciones tendentes a la interrupción del embarazo o desde que se estipule un convenio con entes provinciales que conlleve la ejecución de tales prestaciones.

La objeción podrá ser siempre revocada o proponerse incluso fuera del término a que se refiere el párrafo precedente, pero en tal caso la declaración producirá efectos después de un mes de su presentación al médico provincial.

La objeción de conciencia exonerará al personal sanitario que ejerza las actividades auxiliares del cumplimiento de los procedimientos y de las actividades específicas y necesariamente dirigidas a determinar la interrupción del embarazo, y no de la asistencia anterior y posterior a la intervención.

Los entes hospitalarios y las casas de curación autorizadas estarán obligados en todo caso a asegurar el cumplimiento de los procedimientos previstos por el artículo 7 y la realización de las intervenciones de interrupción del embarazo requeridos según las modalidades previstas en los artículos 5, 7 y 8. La región controlará y garantizará esta actuación incluso a través de la movilidad del personal.

La objeción de conciencia no podrá ser invocada por el personal sanitario que ejerza las actividades auxiliares cuando, dada la particularidad de las circunstancias, su intervención personal sea indispensable para salvar la vida de la mujer en inminente peligro.

La objeción de conciencia se entenderá revocada, con efecto inmediato, si quien la ha propuesto toma parte en los procedimientos o en las intervenciones para la interrupción del embarazo previstos por la presente ley, fuera de los casos a que se refiere el párrafo precedente.

10. La comprobación, la intervención, la curación y la eventual recuperación, relativos a la interrupción del embarazo en las circunstancias previstas por los artículos 4 y 6, y realizados en las instituciones sanitarias a que se refiere el artículo 8, formarán parte de las prestaciones hospitalarias transferidas a las regiones por la Ley del 17 de agosto de 1974, núm. 386.

Estarán a cargo de la región todos los gastos por las eventuales verificaciones, curaciones o recuperaciones necesarias para el cumplimiento del embarazo así como por el parto, correspondiente a las mujeres que no tienen derecho a la asistencia mutualista.

Las prestaciones sanitarias y farmacéuticas no previstas en los párrafos precedentes y las comprobaciones efectuadas según lo previsto por el segundo párrafo del artículo 5 y del primer párrafo del artículo 7 por médicos dependientes públicos, o que ejerciten su actividad en el ámbito de estructuras públicas o contratadas

por la región, estarán a cargo de los entes mutualistas, hasta que sea instituido el servicio sanitario nacional.

11. El ente hospitalario, la casa de curación o el poliambulatorio en los que se haya efectuado la intervención estarán obligados a enviar al médico provincial competente por territorio una declaración mediante la cual el médico que la ha realizado informe de la misma intervención y de la documentación en base a la cual se ha realizado, sin mencionar la identidad de la mujer.

Se abrogan las letras b) y f) del artículo 103 del texto único de las leyes sanitarias, aprobado con el r.d. del 27 de julio de 1934, número 1.265.

12. La solicitud de interrupción del embarazo según el procedimiento de la presente ley será hecha personalmente por la mujer.

Si la mujer tiene menos de dieciocho años, para interrumpir el embarazo se requerirá el consentimiento de quien ejercite sobre la mujer misma la patria potestad o la tutela. Sin embargo, en los primeros noventa días, cuando existan serios motivos que impidan o desaconsejen la consulta a las personas que ejerzan la patria potestad o la tutela, o bien éstas, interpeladas, nieguen su consentimiento o manifiesten opiniones contrarias entre ellos, el consultorio o la estructura socio-sanitaria, o el médico de confianza cumplirá las tareas y los procedimientos a que se refiere el artículo 5 y enviará dentro de los siete días de la solicitud un informe, acompañado de su propia opinión, al juez tutelar del lugar en que éste opere. El juez tutelar, dentro de los cinco días, escuchaba a la mujer y tomada en cuenta su voluntad, las razones que aduce y la información que le transmita, podrá autorizar a la mujer, mediante acto no sujeto a impugnación, a decidir la interrupción del embarazo.

Cuando el médico confirme la urgencia de la intervención a causa de un grave peligro para la salud de la menor de dieciocho años, independientemente de la anuencia de quien ejercite la patria potestad o la tutela y sin recurrir al juez tutelar, certificará la existencia de las condiciones que justifican la interrupción del embarazo. Tal certificación constituirá título para obtener en forma urgente la intervención y, si es necesario, la recuperación.

Con el fin de interrumpir el embarazo después de los noventa días, se aplicarán también a los menores de dieciocho años los procedimientos a que se refiere el artículo 7, independientemente del consentimiento de quien ejercite la patria potestad o la tutela.

13. Si la mujer fuera incapaz por enfermedad mental, la solicitud a que se refiere los artículos 4 y 6 podrá ser presentada, además de personalmente por ella, también por el tutor o por el marido no tutor, que no esté legalmente separado.

En el caso de solicitud presentada por la incapaz o por el marido, deberá ser escuchado el parecer del tutor. La solicitud pre-

sentada por el tutor o por el marido deberá ser confirmada por la mujer.

El médico del consultorio o de la estructura socio-sanitaria, o el médico de confianza, transmitirá al juez tutelar, dentro del término de siete días desde la presentación de la solicitud, una relación que contenga datos sobre la solicitud y su proveniencia, sobre la actitud que de cualquier forma hubiera asumido la mujer y sobre la gravedad y clase de enfermedad mental de ella, además del parecer del tutor, si lo hubiera manifestado.

El juez tutelar, escuchará si lo considera oportuno a los interesados y decidirá dentro de los cinco días de recibida la relación, mediante acto no sujeto a impugnación.

La resolución del juez tutelar tendrá los efectos a que se refiere el último párrafo del artículo 8.

14. El médico que realice la interrupción del embarazo estará obligado a proporcionar a la mujer la información y las indicaciones sobre control de los nacimientos como también a hacerla partícipe de los procedimientos abortivos, los que siempre han de ser realizados en forma tal que se respete la dignidad personal de la mujer.

En presencia de procesos patológicos, como los relativos a anomalías o malformaciones del nonato, el médico que se ocupe de la interrupción del embarazo deberá proporcionar a la mujer los datos necesarios para la prevención de tales procesos.

15. Las regiones, de acuerdo con las universidades y con los entes hospitalarios, promoverán la actualización del personal sanitario que ejerza las artes auxiliares sobre los problemas de la procreación consciente y responsable, sobre los métodos anticonceptivos, sobre el desarrollo del embarazo, sobre el parto y sobre el uso de las técnicas más modernas, más respetuosas de la integridad física o psíquica de la mujer y menos riesgosa para la interrupción del embarazo. Las regiones promoverán además cursos y encuentros en los cuales podrán participar tanto el personal sanitario que ejerza las artes auxiliares como las personas interesadas en profundizar sobre las cuestiones relativas a la educación sexual, al desarrollo del embarazo, al parto, a los métodos anticonceptivos y a las técnicas para interrumpir el embarazo.

Con el fin de garantizar lo dispuesto en los artículos 2 y 5, las regiones redactarán un programa anual de actualización y de información sobre la legislación estatal y regional, y sobre los servicios sociales, sanitarios y asistenciales existentes en el territorio regional.

16. Dentro del mes de febrero, a partir del año sucesivo al de entrada en vigor de la presente ley, el Ministro de sanidad presentará al Parlamento una relación sobre la ejecución de la misma ley y sobre sus efectos, refiriéndose también al problema de la prevención.

Las regiones estarán obligadas o proporcionar la información:

necesaria dentro del mes de enero de cada año, sobre la base de cuestionarios preparados de antemano por el Ministro.

Análoga relación presentará el Ministro de gracia y justicia por lo que respecta a las cuestiones de específica competencia de su Ministerio.

17. Quienquiera que cause culposamente la interrupción del embarazo será castigado con la reclusión de tres meses a dos años.

Quienquiera que cause un parto prematuro culposamente será castigado con la pena prevista en el párrafo precedente, disminuida hasta la mitad.

En los casos previstos en los párrafos precedentes si el hecho fuese cometido con violación de las normas que tutelan el trabajo la pena será aumentada.

18. Quienquiera que cause la interrupción del embarazo sin el consentimiento de la mujer será castigado con la reclusión de cuatro a ocho años. Se considerará como no prestado el consentimiento arrancado con violencia o amenaza o bien obtenido con engaño.

La misma pena se aplicará a quienquiera que provoque la interrupción del embarazo con acciones dirigidas a provocar lesiones en la mujer.

Dicha pena será disminuida hasta la mitad si de tales lesiones deriva el aceleramiento del parto.

Si de los hechos previstos en el primero y segundo párrafo deriva la muerte de la mujer se aplicará la reclusión de ocho a dieciséis años; si de ellos deriva una lesión personal gravísima se aplicará la reclusión de seis a doce años; si la lesión personal fuese grave esta última pena será disminuida.

Las penas establecidas en los párrafos precedentes serán aumentadas si la mujer fuese menor de dieciocho años.

19. Quienquiera que cause la interrupción voluntaria del embarazo sin observar las modalidades indicadas en los artículos 5 u 8, será castigado con reclusión hasta de tres años.

La mujer será castigada con multa hasta de cien mil liras.

Si la interrupción voluntaria del embarazo ocurre sin la confirmación médica de los casos previstos en las letras a) y b) del artículo 6 o sin observar igualmente las modalidades previstas en el artículo 7, quien la provoque será castigado con la reclusión de uno a cuatro años.

La mujer será castigada con reclusión de hasta seis meses.

Cuando la interrupción voluntaria del embarazo se realice sobre mujer menor de dieciocho años, o sobre incapaz, fuera de los casos o sin observar las modalidades previstas en los artículos 12 y 13, quien la provoque será castigado con las penas respectivamente previstas en los párrafos precedentes aumentadas hasta la mitad. La mujer no será castigada.

Si de los hechos previstos en los párrafos precedentes deriva

la muerte de la mujer se aplicará la reclusión de tres a siete años; si de ellos deriva una lesión personal gravísima se aplicará la reclusión de dos a cinco años; si la lesión personal fuese grave esta última pena será disminuida.

Las penas establecidas en el párrafo precedente serán aumentadas si la muerte o la lesión de la mujer derivan de los hechos previstos en el párrafo quinto.

20. Las penas previstas en los artículos 18 y 19 para quien procure la interrupción del embarazo serán aumentadas cuando el delito sea cometido por quien había presentado objeción de conciencia en los términos del artículo 9.

21. Quienquiera, fuera de los casos previstos en el artículo 326 del Código penal, que hubiese tenido conocimiento por razones de profesión o de oficio, revela la identidad—o de cualquier forma divulgue noticias idóneas a revelarla—de quien hubiese recurrido a los procedimientos o a las intervenciones previstos en la presente ley, será castigado según el artículo 622 del Código penal.

22. Queda abrogado el título X del libro II del Código penal.

Quedan también abrogados el núm. 3) del primer párrafo y el núm. 5) del segundo párrafo del artículo 583 del Código penal.

A menos que haya sido pronunciada sentencia irrevocable de condena, no será castigado por el delito de aborto de mujer que consienta quienquiera que haya cometido el hecho antes de la entrada en vigor de la presente ley, si el juez confirma que subsistían las condiciones previstas en los artículos 4 y 6.

F) PERU

Decreto Ley núm. 22.095

EL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA
POR CUANTO:

El Gobierno Revolucionario ha dado el Decreto-Ley siguiente:

EL GOBIERNO REVOLUCIONARIO

CONSIDERANDO:

Que la producción ilícita de drogas, su consumo, comercialización interna y externa por diferentes estamentos sociales y la masticación de la hoja de coca, constituyen un grave problema social que es necesario superar, dictándose medidas eficaces dentro de un plan integral de acción.

Que para la ejecución del lineamiento de política pertinente al objetivo específico del Sector Salud, previsto en el Plan de Gobierno «Túpac Aniaru», debe intensificarse, en concordancia con la permanente acción moralizadora del Estado, la represión del tráfico ilícito de drogas y la prevención de su uso indebido, a la vez que se debe normar, controlar y sancionar aquellas otras actividades que de manera directa o indirecta propenden al desarrollo de dicho tráfico, a fin de combatirlo y conseguir su erradicación, a la par que se logra la rehabilitación del drogadicto.

Que las acciones antes mencionadas deben a su vez estar orientadas al cumplimiento de los Convenios Internacionales vigentes, en especial al destinado a lograr la progresiva erradicación del cultivo de coca, con excepción del correspondiente para usos industriales y médico-científicos;

De conformidad con el artículo 5.º del Decreto-Ley 17.063;

En uso de las facultades de que está investido; y

Con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros;

Ha dado el Decreto-Ley siguiente:

CAPITULO I

· DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1.º Son objetivo de la presente Ley la represión del tráfico ilícito de drogas que producen dependencia; la prevención de su uso indebido; la rehabilitación biosicosocial del drogadicto y la reducción de los cultivos de la planta de coca.

Artículo 2.º Para alcanzar los objetivos a que se refiere el artículo anterior se establecen las normas tendentes a perseguir y reprimir el tráfico ilícito de drogas; se precisan las medidas educativas y sanitarias para prevenir su uso indebido; se disponen la creación de centros de tratamiento y rehabilitación gradual de los cultivos de planta de coca, limitándolas a los fines estrictamente científicos e industriales, en armonía con el cambio de hábitos de consumo.

Artículo 3.º Los lineamientos de política orientados al logro de los objetivos enunciados serán establecidos por un Comité Multisectorial de Control de Drogas, integrado por los Ministros: del Interior, quien lo presidirá; de Agricultura y Alimentación; de Industria, Comercio, Turismo e Integración; de Educación; de Salud y un Vocal de la Corte Suprema de Justicia de la República designado por su Sala Plena.

Artículo 4.º El Ministro de Educación en coordinación con el Ministerio de Salud, considerará en todos los programas de formación de profesionales de la Educación los diversos aspectos del uso indebido de drogas, ligados a la problemática de la salud física y mental del educando.

Asimismo, desarrollará acciones de información y orientación a los educandos y a los grupos organizados de la comunidad.

Artículo 5.º En las currícula de los diferentes Programas Académicos de nivel superior se considerará materias relacionadas con el problema del uso indebido de drogas.

Artículo 6.º El Ministerio de Educación, en coordinación con la Oficina Ejecutiva de Control de Drogas, dispondrá las medidas necesarias para resolver los diferentes problemas que puedan presentarse en los centros educativos estatales y no estatales relacionados con el uso indebido de drogas, a nivel escolar.

Artículo 7.º El Ministerio de Salud, en coordinación con el Ministerio de Educación, desarrollará programas de investigación, estudios epidemiológicos, médicos, científicos y de capacitación técnica sobre el problema de la drogadicción.

Artículo 8.º Las acciones de las instituciones particulares comprendidas en el área educativa relacionadas con la problemática de las drogas serán coordinadas con los Sectores de Salud y de Educación, los cuales brindarán la información y asesoría correspondientes.

Artículo 9.º El Sistema Nacional de Información, en coordinación con los Ministerios de Salud y de Educación, difundirá y normará la Información destinada al público para prevenir el uso indebido de drogas.

CAPITULO II

DE LAS PREVISIONES

Artículo 10. El Ministerio de Salud fijará anualmente las previsiones en materia de drogas para ser destinadas a uso médico o científico. Dichas previsiones establecerán:

- a) La cantidad anual requerida para el consumo médico científico;
- b) La parte de la cantidad referida en el inciso anterior que se dedicará:

1. A la elaboración de otras drogas;
 2. A preparados con uno o varios ingredientes que ofrezcan muy poco o ningún peligro de abuso, debido a que la droga no pueda separarse por medios sencillos o en cantidades que ofrezcan peligro para la salud pública; y
 3. A sustancias derivadas que no producen dependencia.
- c) La estimación de las necesidades de adormidera y de otras especies vegetales sujetas a fiscalización, para su eventual cultivo por el Estado;
 - d) La existencia de drogas al 31 de diciembre del año anterior al que se refieren las previsiones;
 - e) Las cantidades de drogas necesarias para agregar a las reservas, que constituyen las existencias especiales; y
 - f) La cantidad necesaria de las distintas drogas para fines de exportación.
- Asimismo podrá fijarse previsiones suplementarias cuando se produzcan situaciones que lo justifiquen.

Artículo 11. Los Organismos Estatales facultados para efectuar exportaciones o importaciones de drogas requerirán de la correspondiente autorización sanitaria otorgada por el Ministerio de Salud.

La autorización indicará:

- a) La denominación común internacional de la droga, si la tuviera;
- b) La cantidad y la forma en que la sustancia se exporta o importa, el nombre y dirección del importador y del exportador, en ambos casos; y
- c) El período dentro del cual habrá de efectuarse la importación o exportación, el que no podrá ser mayor de ciento ochenta días.

Artículo 12. La autorización sanitaria a que se refiere el artículo anterior se denominará Certificado Oficial de Importación, Exportación o en Tránsito, según la operación correspondiente y será expedida en triplicado, de acuerdo con los respectivos reglamentos, caducando a los ciento ochenta días de su fecha de emisión.

Artículo 13. Las operaciones de importación y exportación de drogas solamente se efectuarán por las aduanas del puerto del Callao y del Aeropuerto Internacional Lima-Callao, con la excepción de hojas de coca que también podrán hacerse por los puertos de Salaverry y Matarani.

Artículo 14. Constituye monopolio estatal la importación y exportación de las drogas y medicamentos comprendidos en las listas I al VI, anexas al presente Decreto-Ley, en estricta necesidad a su uso científico, médico y veterinario.

Artículo 15. Las adquisiciones a que se refiere el artículo anterior, tratándose de situaciones de emergencia, no estarán sujetas al requisito de licitación pública..

Artículo 16. La autoridad competente del Sector Salud determinará las condiciones en que las drogas objeto del monopolio estatal podrán ser adquiridas por:

- a) Laboratorios autorizados para elaborar medicamentos que las contengan;
- b) Farmacias y Boticas;
- c) Hospitales o Establecimientos de asistencia médica;
- d) Instituciones científicas y universitarias;

e) Enfermos hiperalgésicos, en cantidades superiores a la posología para veinticuatro horas; y

f) Profesionales encargados del diagnóstico y tratamiento desadictivo de fármaco-dependientes, así como profesionales encargados de su aplicación veterinaria.

CAPITULO III

DE LA RECUPERACION DEL DROGADICTO

Artículo 17. El Estado emprenderá las acciones necesarias para lograr la recuperación de los drogadictos, las que comprenderán:

- a) El tratamiento médico-desadictivo; y
- b) La rehabilitación bio-psico-social.

Artículo 18. Para los fines a que se contrae el artículo anterior se establecerán en las Areas de Salud los servicios especializados en tratamiento de la drogadicción, conjuntamente o en coordinación con los servicios de rehabilitación biopsico-social.

Artículo 19. El Gobierno dispondrá la creación y funcionamiento de Centros Estatales de Rehabilitación para Fármaco-Dependientes y promoverá la creación de establecimientos privados de igual índole, cuyo régimen estará caracterizado por la asistencia social, médica y educativa prestada en forma dinámica e integral por un sistema sanitario, higiénico y alimenticio, operado por personal especializado.

Artículo 20. El drogadicto deberá ser sometido a tratamiento, el que podrá llevarse a cabo:

- a) En su domicilio.
- b) En establecimientos privados.
- c) En Centros Estatales de Rehabilitación para Fármaco-Dependientes.

Artículo 21. La asistencia a los drogadictos en los Centros Estatales puede ser solicitada:

- a) Por el mismo drogadicto.
- b) Por sus parientes.
- c) Por la autoridad judicial.

Artículo 22. El Juez de Primera Instancia podrá disponer a pedido del Ministerio Público, o de parte interesada, la curatela del drogadicto no incurso en investigación como presunto autor de delito, que exponga a su familia a caer en la miseria o amenace la seguridad propia o ajena, o atente contra la moral y las buenas costumbres, pudiendo ordenar, de acuerdo a la capacidad económica, su internamiento en un centro estatal de rehabilitación o establecimiento privado.

Artículo 23. Las medidas judiciales contenidas en el artículo anterior serán levantadas por la autoridad judicial competente cuando se acredite la total rehabilitación del drogadicto.

Artículo 24. Cuando se trate de un drogadicto mayor de edad, no incurso en investigación como presunto autor de delito, la autoridad policial pondrá el hecho en conocimiento del Juez de Turno en lo Civil, quien lo citará dentro del término de cuarenta y ocho horas, bajo apercibimiento de ser conducido por la fuerza pública, para interrogarlo.

Establecida la condición de drogadicto, el Juez convocará a los allegados del compareciente y dictará las medidas que considere conveniente para su rehabilitación.

Artículo 25. Cuando se trate de un menor de edad que se encuentre drogado, y no incurso en investigación como presunto autor de acto considerado como delito o falta, será puesto a disposición de sus padres, tutores o de las personas que lo tienen a su cuidado, dentro del término de veinticuatro horas, bajo responsabilidad, remitiendo un informe al Juez de Menores para que dicte las medidas pertinentes. Si el menor no estuviera a cargo de ninguna persona será puesto dentro del mismo término y bajo igual responsabilidad, a disposición del Juez de Menores.

Artículo 26. El mayor o menor de edad que fuera reiterante en la drogadicción, obligatoriamente será internado por orden del Juez de Primera Instancia en lo Civil o del Juez de Menores, respectivamente, en un Centro de Rehabilitación para Fármaco-Dependientes.

Artículo 27. El Juez de Primera Instancia en lo Civil o el de Menores, según corresponda de oficio podrá trabar embargo en los bienes del drogadicto o de sus representantes legales, a fin de solventar los gastos de rehabilitación.

Artículo 28. La condición de drogadicto sólo se determinará previo peritaje médico legal, expedido a solicitud del Juez competente y con citación del representante del Ministerio Público, este último obligatoriamente presenciará el examen del estado mental que haga el Juez.

Los peritos médicos tendrán en cuenta la naturaleza y cantidad de las sustancias que han producido la dependencia, así como la historia y situación clínica del sindicado.

Artículo 29. Cuando un drogadicto haya sido procesado como autor de delito de tráfico ilícito de drogas, el Tribunal podrá disponer su internamiento en un Centro Estatal de Rehabilitación para Fármaco-Dependientes, a cuyo término será puesto a disposición del Tribunal para que le imponga la condena penal compatible con el delito.

Artículo 30. Cuando un drogadicto sea extranjero no residente, será expulsado del país, siempre que no esté comprendido como presunto autor de delito.

CAPITULO IV

DE LA PRODUCCION, COMERCIALIZACION Y CONTROL

Artículo 31. Queda terminantemente prohibido el cultivo de coca y almárgos en nuevas áreas del territorio nacional. Esta prohibición incluye renovaciones y recalces en los cultivos existentes.

Artículo 32. El Estado fiscalizará el cultivo de todas las variedades de coca, adormidera y marihuana. Por Decreto Supremo, se podrá incorporar otras especies dentro del régimen de control.

Artículo 33. Erradicado o sustituido el cultivo de la coca de los predios de propiedad individual y de las empresas asociativas, sólo el Estado a través de ENACO, podrá desarrollar dicho cultivo, cuando lo justifique su indus-

trialización, exportación, uso medicinal o fines de investigación científica. El cultivo de las demás especies vegetales sujetas a fiscalización, será de exclusividad del Estado y únicamente para los fines que se indican en el párrafo anterior.

Artículo 34. Los predios no conducidos directamente por sus propietarios y que se encuentren con cultivos de coca, serán afectados y expropiados prioritariamente por la Dirección General de Reforma Agraria y Asentamiento Rural, debiendo cancelarse del Registro de Productores de la Empresa Nacional de la Coca a sus propietarios.

Artículo 35. Serán incautados por el Estado y adjudicados a favor de los campesinos sin tierra, los predios de propiedad individual que total o parcialmente estuvieran cultivados con coca y no procedieran sus propietarios a sustituir o erradicar dichos cultivos dentro de los términos siguientes:

- a) Predios de más de diez hectáreas, dentro de dos años computados desde la fecha de vigencia de la presente Ley.
- b) Predios de cinco a diez hectáreas, dentro de los tres años computados desde la fecha de vigencia de la presente Ley.

Artículo 36. El Ministerio de Agricultura y Alimentación propondrá anualmente al Comité Multisectorial las áreas de erradicación y las de sustitución gradual del cultivo de coca, según el caso, de los predios de propiedad individual de menos de cinco hectáreas y los de las empresas asociativas de acuerdo a la mayor capacidad de uso de la calidad de los suelos.

Artículo 37. La Policía Forestal de la Guardia Civil del Perú colaborará especialmente en la aplicación y control de las normas de reducción y sustitución de los cultivos de coca, así como de los concernientes al cultivo de especies vegetales prohibidos; poniendo a los infractores inmediatamente a disposición de la Policía de Investigaciones del Perú, para los fines de Ley.

Artículo 38. En los Proyectos de Asentamiento Rural que apruebe el Ministerio de Agricultura y Alimentación, tendrán prioridad en la adjudicación los campesinos cultivadores de la hoja de coca que estén comprendidos en los programas de erradicación; asimismo, estos campesinos tendrán preferencia en los contratos de reforestación que otorgue dicho Ministerio.

Artículo 39. Queda prohibido otorgar, bajo ningún título, asistencia técnica, crediticia, insumos, implementos o maquinaria para predios total o parcialmente cultivados de coca, salvo para la sustitución del cultivo de la coca por otros cultivos.

Artículo 40. El Ministerio de Agricultura y Alimentación, efectuará los estudios necesarios destinados a la sustitución de la coca por otro cultivos.

Artículo 41. Sólo el Estado, mediante la Empresa Nacional de la Coca (ENACO), realizará la comercialización interna y externa de la hoja de coca.

Artículo 42. Quedan sujetos a fiscalización los productos e insumos industriales utilizados en la elaboración de drogas, según relación aprobada por Decreto Supremo.

Artículo 43. Los importadores y fabricantes de los insumos sujetos a fiscalización, llevarán un Registro Especial de Ventas en el que indicará la cantidad vendida, nombre y apellidos del comprador, domicilio comercial y real de éste, así como el lugar donde ha sido entregada la mercadería; conforme

a las disposiciones que establecerá al respecto el Decreto Supremo a que se refiere el artículo anterior.

Artículo 44. Solamente con licencia de la Autoridad de Salud, los laboratorios de productos farmacéuticos podrán elaborar medicamentos que contengan drogas, debiendo comunicar la cantidad y naturaleza de la producción, en la forma y oportunidades que establezca el Reglamento.

Dichos laboratorios quedan prohibidos de vender directamente al público tanto la droga pura como los preparados.

Artículo 45. Los laboratorios y establecimientos farmacéuticos que tengan en existencia medicamentos que contienen drogas y que sean declarados fuera de uso, sufrido deterioro o perdido efectividad, solicitarán, cuando menos una vez al año a la Autoridad de Salud que los califiquen como saldos descartables para su inmediata custodia y posterior destrucción en la forma que establezca el Reglamento. En los casos de siniestro o robo, el hecho se comunicará de inmediato tanto a la Autoridad de Salud como a la Policía de Investigaciones del Perú.

Artículo 46. Prohíbese la venta al público de las drogas comprendidas en las listas anexas al presente Decreto Ley.

Artículo 47. Los medicamentos que contengan drogas descritas en la Lista II «A» del anexo de este Decreto Ley, sólo podrán venderse al público en las farmacias y boticas, mediante prescripción otorgada por médico colegiado, extendido en Recetario Especial para dichos medicamentos exclusivamente y en dosis no mayor que la necesaria para veinticuatro horas.

La Autoridad de Salud, previa solicitud de parte interesada acompañada de certificado médico y de la Receta Especial correspondiente, autorizará el despacho de cantidades mayores que las posológicas para veinticuatro horas, destinadas al tratamiento de enfermos hiperalgícos.

Artículo 48. Los medicamentos que contengan las drogas descritas en la Lista III del anexo de este Decreto Ley, sólo podrán venderse al público en farmacias y boticas, mediante prescripción otorgada por médico u odontólogo/colegiados, extendida en Recetario Especial.

Artículo 49. La Receta Especial que prescriba un medicamento que contenga alguna de las drogas descritas en las Listas II «A» y III, deberá ser manuscrita por el facultativo en forma legible, con las cantidades expresadas en letras, debiendo constar el nombre, apellidos y domicilio del enfermo y del médico tratante con su número de colegiación profesional, así como el diagnóstico; sólo tendrá vigencia durante tres días.

Artículo 50. Las Recetas Especiales serán extendidas por triplicado. El original y una copia las entregará el facultativo al interesado para la adquisición del medicamento en la farmacia o botica. La copia restante deberá ser conservada por el facultativo durante dos años, para los efectos del control respectivo por la Autoridad de Salud.

Artículo 51. Los establecimientos autorizados para la venta al público de los medicamentos que contengan drogas comprendidas en las Listas II «A» y III, solamente las despacharán previa entrega del original y copia de la Receta Especial respectiva, llevarán un Registro de Consumo, Ventas y Existencia, así como un Archivo en el que guardarán, debidamente numerados y

por orden cronológico, las guías de remisión y la copia de las Recetas Especiales despachadas, dejando constancia de la identificación del adquirente.

Artículo 52. Los medicamentos que contengan drogas comprendidas en las Listas I, II B y IV del presente Decreto Ley, serán expedidas al público farmacias y boticas, mediante receta médica común.

Artículo 53. Los medicamentos que contengan drogas comprendidas en las listas II B y IV del presente Decreto-Ley, únicamente podrán ser adquiridos directamente por los profesionales encargados de su aplicación.

CAPITULO V

DEL DELITO DEL TRAFICO ILICITO DE DROGAS Y DE LAS PENAS

Artículo 54. El delito de trafico ilícito de drogas es perseguible de oficio y denunciabile por acción popular; su juzgamiento es competencia del fuero común.

Artículo 55. Se impondrá pena de internamiento a los que promuevan, organicen, financien o dirijan bandas o grupos de personas dedicadas al tráfico ilícito de drogas entre el país y el extranjero.

Los demás integrantes de estas bandas o grupos de personas serán sancionados con pena de penitenciaría no menor de quince años.

Artículo 56. Se impondrá pena no menor de quince años de penitenciaría.

a) A los que promuevan, organicen, financien, dirijan o integren bandas o grupos de personas para dedicarse al tráfico ilícito de drogas dentro del país.

b) A los funcionarios, trabajadores públicos o miembros de las Fuerzas Policiales encargadas de controlar, perseguir, investigar, juzgar o custodiar que, dolosamente procuren la impunidad o fuga de los autores, cómplices o encubridores de los hechos previstos en esta Ley, como delito de tráfico ilícito de drogas.

c) Al que proporcione a cualquier título, capital, bienes, maquinarias, implementos, insumos, medios de transporte, para la comisión de los delitos a que se refiere este capítulo.

Artículo 57. Se impondrá pena no menor de diez años de penitenciaría:

a) Al que administre, instigue o induzca al consumo de drogas a incapaces o menores de dieciocho años de edad.

b) Al que administre drogas a otras personas con violencia o engaño;

c) Al que utilice menores de edad en la comisión de los hechos delictivos que esta Ley reprime;

d) Al que comercie con drogas en centros educativos, asistenciales o centros de readaptación social.

e) Al que fabrique sin autorización cualquier clase de drogas de las previstas en las Listas I y II «A».

f) Al que comercie ilícitamente con drogas consideradas en las Listas I y II «A».

Artículo 58. Se impondrá pena de prisión no menor de dos años ni mayor de quince años:

a) Al que cultive o conserve adormidera, marihuana, coca o cualquier especie vegetal, con el propósito de obtener drogas o las venda a sabiendas a quien produce drogas ilícitamente.

b) Al que instigue al consumo de drogas, mediante demostración de su uso u obsequio con fines de tráfico ilícito.

c) Al que teniendo acceso a cualquier droga por razón de su ocupación o empleo se apodere o disponga de ella sin autorización.

d) Al que distribuya ilícitamente drogas en pequeñas cantidades, directamente a consumidores individuales.

e) Al que posea drogas sin autorización, salvo en dosis para su propio consumo inmediato. La eximencia requerirá peritaje médico legal.

f) Al que administre drogas sin causa médica.

Artículo 59. Se impondrá prisión de cuatro a quince años al médico u odontólogo que recete o administre medicamentos que contengan drogas, de las previstas en las Listas I y II «A» anexos al presente Decreto Ley, sin causa que lo justifique.

Artículo 60. Se impondrá prisión no menor de dos años ni mayor de cinco años:

a) A los conductores de predios rústicos o a los representantes legales de las Empresas Asociativas de Producción, que cultiven coca sin estar inscritos en el Registro de Productores correspondientes; o que habiéndose inscrito cultiven extensiones mayores a las registradas o autorizadas.

b) Al que suministre hojas de coca como forma de pago total o parcial de remuneraciones por servicios personales.

c) Al propietario, arrendatarios, administrador, vigilante o encargado a cualquier título, que consienta la distribución o consumo de droga en el local o predio a su cargo.

d) Al que comercialice hojas de coca en zonas no autorizadas o en zonas autorizadas sin licencia de ENACO.

Artículo 61. Toda condena llevará consigo las penas accesorias de multa y de inhabilitación para el ejercicio de la profesión, la industria y el comercio. La pena de multa no será inferior a treinta salarios mínimos vitales de las Provincias de Lima, de la actividad económica de más alta remuneración, ni mayor de seis meses de la renta bruta del condenado. La inhabilitación se extenderá todo el tiempo que dure la condena más cinco años como mínimo después de cumplirla.

Artículo 62. No rige para los cómplices del delito de tráfico ilícito de drogas el beneficio establecido en el artículo 102 del Código penal.

Artículo 63. Los extranjeros que hayan cumplido la condena impuesta serán expulsados del país, quedando prohibido su ingreso.

Artículo 64. No se concederá libertad provisional, liberación condicional, conmutación, condena condicional ni indulto a los procesados o sentenciados, según el caso, por la comisión del delito de tráfico ilícito de drogas.

Artículo 65. Se considerará reincidente al condenado en el extranjero por delito análogo.

CAPITULO VI

DECOMISOS E INCAUTACIONES

Artículo 66. Serán decomisados las drogas, insumos, fábricas, laboratorios, alambiques, implementos y enseres empleados en la producción y fabricación ilícita de drogas.

Los cultivos serán destruidos en presencia del Juez Instructor, de un representante del Ministerio de Agricultura y Alimentación y otro representante de la Policía de Investigaciones del Perú, levantándose a tal efecto el acta correspondiente.

Serán incautados los terrenos de cultivo y afectados a la Dirección General de Reforma Agraria y Asentamiento Rural, para su posterior adjudicación a los campesinos sin tierra; también serán incautados los inmuebles utilizados como fábricas, depósitos o lugares de expendio, así como los vehículos en que hubiere efectuado la distribución o transporte de las drogas, siempre que pertenezcan a los autores, cómplices o encubridores del delito, o a quienes teniendo conocimiento del mismo no lo hubieran denunciado de inmediato.

También será incautado el dinero empleado u obtenido en la comisión del delito de tráfico ilícito, objeto de la investigación, el mismo que será depositado en el Banco de la Nación, para su ingreso al Tesoro Público.

Artículo 67. Las drogas decomisadas serán depositadas en un local especial, cuya custodia y responsabilidad será del Ministerio del Interior.

Artículo 68. Las drogas decomisadas no comercializables serán destruidas públicamente en presencia de una comisión presidida por el Ministro del Interior e integrada por un Vocal de la Corte Suprema y el Director Superior de Policía de Investigaciones del Perú, así como de un Notario Público, que dará fe del acto. Las drogas que se destruyan serán analizadas y pesadas momentos antes, por un profesional químico de la Policía de Investigaciones del Perú y otro del Ministerio de Salud, éstos últimos, así como el Notario serán designados rotativamente.

Artículo 69. Los demás bienes decomisados e incautados serán administrados o utilizados para el servicio oficial por las dependencias públicas, mientras se expida la sentencia condenatoria que ordene su incautación definitiva, o la absolutoria que disponga su devolución al propietario, pagándose en este último caso una indemnización equitativa por su uso.

Artículo 70. Los bienes incautados o decomisados definitivamente serán adjudicados al Estado y afectados en uso a los organismos públicos que se determine. Aquellos bienes que no sirvan para este fin serán vendidos en pública subasta y su producto constituirá ingreso del Tesoro Público.

CAPITULO VII

NORMAS ESPECIALES DE PROCEDIMIENTO

Artículo 71. En la investigación del delito materia del presente Decreto-Ley, la Policía de Investigaciones del Perú podrá adoptar las siguientes medidas:

a) Efectuar la detención preventiva, de los traficantes, cómplices o encubridores por un término no mayor de quince días, con conocimiento del Juez Instructor.

b) Ingresar o allanar y registrar los lugares señalados como depósitos, fábricas o centros de distribución clandestina de drogas.

c) Inspeccionar con la intervención de un funcionario del Ministerio de Salud, los laboratorios, farmacias y boticas.

d) Restringir o impedir el ingreso, tránsito o salida del país a personas que se dediquen al tráfico ilícito o se sospeche que lo efectúan.

e) Trasladar de un lugar a otro con conocimiento del Juez Instructor a quienes se encuentren complicados en este delito, cuando la medida sea necesaria para el buen éxito de la investigación.

No procederá el recurso de Habeas Corpus con motivo de los actos anteriormente indicados y otros relacionados con la investigación.

Artículo 72. Si la Policía de Investigaciones del Perú encuentra que están comprendidos en el tráfico ilícito menores de dieciocho años de edad, los pondrá a disposición del Juez de Menores dentro del término de veinticuatro horas.

Artículo 73. La Policía de Investigaciones del Perú al iniciar las pesquisas con motivo del tráfico ilícito de drogas, podrá solicitar al Juez Instructor que dicte las medidas precautelativas correspondientes sobre los bienes muebles e inmuebles del investigado, aún antes de dictarse el auto apertorio de instrucción.

Artículo 74. El auto de libertad concedido por el Juez Instructor, de conformidad con el artículo 83 del Código de Procedimientos Penales, es apelable por el Agente Fiscal y/o el Procurador General de la República. No se hará efectiva la libertad decretada sino después de ser aprobado dicho auto por el Tribunal Correccional.

CAPITULO VIII

DE LAS INFRACCIONES ADMINISTRATIVAS

Artículo 75. Los que infrinjan las disposiciones contenidas en los artículos 43 al 45 y 47 al 53 del presente Decreto Ley, serán sancionados con multa no menor al monto de dos salarios mínimos vitales de la Provincia de Lima, de la actividad económica de más alta remuneración, ni mayor de veinte y con la clausura del establecimiento en su caso.

Los reincidentes serán considerados como autores del delito del tráfico ilícito de drogas previsto en el inciso e) del artículo 57, sin perjuicio de la multa correspondiente.

Artículo 76. Los representantes o mandatarios legales de las personas jurídicas que incurran en alguna infracción de las establecidas, serán solidariamente responsables con ésta en el pago de la multa que se imponga.

CAPITULO IX

ORGANOS ADMINISTRATIVOS

Artículo 77. El Comité Multisectorial de Control de Drogas a que se refiere el artículo 3.º del presente Decreto Ley, tiene como atribuciones las siguientes:

- a) Aprobar los lineamientos de política que proponga la Oficina Ejecutiva o establecer los que estime conveniente;
- b) Dictar las normas complementarias que sean necesarias para el mejor cumplimiento de la Ley, en especial las correspondientes a determinar las áreas de reducción progresiva del cultivo de coca y su comercialización.
- c) Disponer la ejecución de acciones por parte de la Oficina Ejecutiva y encomendar las de control multisectorial que sean necesarias;
- d) Proponer las medidas concernientes para alcanzar los objetivos de la Ley; y
- e) Designar el organismo que deba representar al país, en eventos internacionales, en atención a su especialidad.

Artículo 78. Créase la Oficina Ejecutiva de Control de Drogas, la misma que será incorporada a la estructura del Ministerio del Interior, en la condición de Organismo de Coordinación, bajo dependencia directa y exclusiva del Ministerio del Interior.

Artículo 79. La Oficina Ejecutiva en base a los lineamientos de política aprobados por el Comité y a lo dispuesto en el presente Decreto Ley, estará encargada de:

- a) Planear, normar, coordinar y controlar las actividades que a nivel nacional sean necesarias para alcanzar los objetivos previstos en el presente Decreto Ley;
- b) Comunicar a los Sectores Administrativos las decisiones del Comité Multisectorial para que éstos las ejecuten y controlen;
- c) Supervisar la ejecución de las actividades programadas;
- d) Recibir, registrar y canalizar los bienes, recursos técnicos y/o económicos que sean donados para su aplicación en el logro de los objetivos de la presente Ley; así como disponer el uso de bienes incautados o decomisados.
- e) Promover la cooperación internacional contra el tráfico ilícito y uso indebido de drogas; y
- f) Mantener relaciones con organizaciones internacionales y con las que se han suscrito convenios y/o entidades afines.

Artículo 80. La Oficina Ejecutiva de Control de Drogas estará integrada por un funcionario procedente de cada uno de los Sectores cuya intervención sea necesaria en la aplicación del presente Decreto Ley, los que serán designados por Resolución del Ministerio al que correspondan y destacados al Ministerio del Interior.

Considerando la función de supervisión y de control encomendada a la Oficina Ejecutiva, quedan excluidos de integrar dicha Oficina los miembros de las Instituciones encargadas de la prevención, persecución y represión del delito de tráfico ilícito de drogas.

Artículo 81. Igualmente, son miembros integrantes de la Oficina Ejecutiva mencionada el Procurador General de la República que designe el Consejo de Defensa Judicial del Estado, así como el Fiscal de la Corte Superior de Lima que designe su Sala Plena. Dichos representantes letrados tienen la facultad especial de supervisar y controlar las investigaciones policiales y administrativas en Lima y Callao que se realicen con ocasión de la comisión del delito de tráfico de drogas, así como de denunciar las irregularidades que sean de su conocimiento, bajo responsabilidad.

Artículo 82. En provincias ejercerán la función especial de supervisión y control de las investigaciones policiales y administrativas los Fiscales y Agentes Fiscales designados por las Cortes Superiores de Justicia, respectivas.

Artículo 83. De conformidad con la Ley Orgánica de la Policía de Investigaciones del Perú —Decreto Ley 18071— ésta tiene como misión investigar y denunciar los delitos. En consecuencia, las autoridades políticas, civiles, militares que tuvieran conocimiento de la comisión de un delito o infracción administrativa previstos por la presente Ley, están obligadas, bajo responsabilidad, a comunicar el hecho en el término de la distancia a la dependencia PIP más cercana, la que asumirá de inmediato la investigación y pondrá a los infractores a disposición de la autoridad competente.

Artículo 84. Los hechos delictivos sancionados por la presente Ley, que ocurrieran en lugares del territorio nacional donde no exista Estación o Dependencia de la PIP, serán investigados y denunciados por la Guardia Civil, siempre y cuando los mismos no tengan vinculación con hechos que se encuentren en proceso de investigación por aquélla.

Artículo 85. Los Sectores Público y No Público están obligados a prestar todo tipo de información, colaboración técnica y de brindar las facilidades solicitadas por las organizaciones administrativas creadas en el presente Decreto Ley y por las Instituciones Policiales, en el cumplimiento de su función.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS

Artículo 86. La inclusión de una nueva sustancia o la exclusión de alguna de las comprendidas en las listas anexas podrá hacerse por Resolución Suprema, refrendada por el Ministro de Salud.

Artículo 87. En todo lo que no se encuentre previsto por el presente Decreto Ley con relación a los delitos y penas, así como a los procedimientos judiciales, regirán las normas del Código Penal y del Código de Procedimientos Penales, en su caso.

Artículo 88. Transfiérase dentro del término de noventa días, computado a partir de la vigencia del presente Decreto Ley, la Empresa Nacional de la Coca del Sector Industria, Comercio, Turismo e Integración al de Agricultura y Alimentación, comprendiendo en dicha transferencia el personal, los activos y pasivos de dicha Empresa.

DEFINICION DE TERMINOS EMPLEADOS

Artículo 89. Para los efectos de esta Ley se entiende por:

- 1) «Adormidera», a la planta del género *papaver*.
- 2) «Administrar», el acto de aplicar, inyectar, dar o hacer tomar una droga.
- 3) «Alucinógenos», «psicoactivos» o «psicodialépticos», a las sustancias naturales o sintéticas que producen distorsiones del tiempo o del espacio, visiones calcidoscópicas, alucinaciones y desdoblamiento de la personalidad, pudiendo causar dependencia.
- 4) «Arbusto de coca», a la planta del género *erythroxilon* y sus especies y variedades *erythroxiláceas*.
- 5) «Cannabis» o «marihuana», a la *Cannabis sativa* L, planta dioica que contiene principios psicoactivos.
- 6) «Cocaína», a los alcaloides extraídos de las hojas del arbusto de la coca o preparados por síntesis a partir de la ecgonina, en todas sus formas o derivados, y que tienen la capacidad de crear dependencia.
- 7) «Comerciar», el acto de depositar, retener, ofrecer, expender, vender, distribuir, despachar, transportar, importar, exportar, expedir en tránsito o que bajo cualquiera otra modalidad se dedique a actividades ilícitas con drogas.
- 8) «Cultivo», el acto de sembrar, plantar, cosechar y/o recolectar vegetales que contengan sustancias fiscalizadas.
- 9) «Dependencia», «Drogadicción» o «Fármaco Dependencia», al estado de intoxicación periódica o crónica motivada por el consumo repetido de una droga, o el estado psíquico o a veces físico causado por la interacción entre un organismo vivo y una droga, caracterizado por:
 - Un impulso irreprimible a tomar la droga en forma continua o periódica y de procurársela por cualquier medio.
 - Una tendencia a ir aumentando progresivamente la droga.
 - Un estado psíquico o psicológico y a veces físico por los efectos de la droga.
- 10) «Dependencia física», al estado mediante el cual el organismo se adapta a la droga y que, al suspenderse su administración o al modificar su acción por la administración de un antagonico específico, provoca el síndrome de abstinencia.
- 11) «Dependencia psíquica», el estado de satisfacción y el impulso psíquico irreprimible que conduce a tomar una droga en forma periódica o continua.
- 12) «Dosis personal» o en «pequeña cantidad» es la cantidad de fármaco o droga que diariamente puede ingerir una persona por cualquier vía.
- 13) «Droga», a cualquier sustancia natural o sintética que, al ser administrada al organismo, altera el estado de ánimo, la percepción o el comportamiento, provocando modificaciones físicas o psíquicas y que son susceptibles de causar dependencia, comprende las sustancias contenidas en las listas anexas: para los efectos de la represión penal, se considera únicamente las listas I y II A.

14) «Drogadicto» o «Fármaco Dependiente», a cualquier persona dependiente de drogas o que las usa indebidamente y en forma crónica.

15) «Fabricación», el acto de preparar, elaborar, manufacturar, componer, convertir o procesar cualquier sustancia fiscalizada, ya sea por extracción de sustancias de origen natural o mediante síntesis químicas.

16) «Fiscalización», a las acciones del Estado, destinadas a controlar, de conformidad con necesidad médicas y científicas, el cultivo, la fabricación, comercialización y tenencia de drogas.

17) «Instigación», toda acción que incite, provoque o induzca, promueva, favorezca o facilite el consumo de drogas.

18) «Medicamento», a los preparados que contengan drogas con fines terapéuticos.

19) «Opio», el látex coagulado espontáneamente obtenido de las cápsulas de la planta del género papaver.

20) «Rehabilitación», a las acciones destinadas a lograr la readaptación al medio bio-psico-social de las personas adictas a las drogas.

21) «Síndrome de abstinencia» al conjunto de síntomas consistentes en intensos trastornos físicos provocados en el organismo por la interrupción en la administración de una droga.

22) «Tráfico ilícito», toda acción u omisión dolosa tipificada como tal en el presente Decreto-Ley.

23) «Uso indebido», al acto de administrarse drogas con fines no medicinales ni de investigación científica.

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Primera.—Los conductores de predios que a la fecha de vigencia del presente Decreto-Ley se encontraren dedicados al cultivo de la coca, quedan obligados a empadronarse en el Registro de Productores de la ENACO, en el término de noventa días computados a partir de la vigencia de la presente Ley. Los omisos a dicha inscripción están incurso en el delito previsto y penado en el inciso a) del artículo 60.

Segunda.—Mientras la Empresa Nacional de la Coca (ENACO) no cuenta con los medios para asumir las atribuciones que le confiere el presente Decreto-Ley, controlará y normará el acopio, secado y transporte para su distribución, a fin de que la producción de la coca no derive a fines ilícitos. Asimismo determinará anualmente los fundos cuyos conductores deban venderle obligatoriamente la totalidad de su producción, de acuerdo a las disposiciones del Comité Multisectorial de Control de Drogas.

En las zonas donde la comercialización de las hojas de coca no esté prohibida, ENACO expedirá, previa calificación, las licencias que autoricen dicha actividad a personas naturales o jurídicas.

Tercera.—En tanto el Estado no tenga la infraestructura necesaria para asumir el monopolio de las drogas previstas en las listas a que se refiere el artículo 14 del presente Decreto-Ley, el sector privado importará las consideradas en la Lista III y IV B, bajo fiscalización. Por Decreto Supremo, el Estado irá gradualmente incorporando dentro de su atribución las drogas en que se hace referencia.

Cuarta.—Los medicamentos que contengan drogas de la Lista III no serán objeto de monopolio estatal y podrán ser vendidas al público bajo receta médica común, hasta que los organismos competentes alcancen la infraestructura más adecuada, la que será determinada por Decreto Supremo.

Quinta.—Los sectores administrativos competentes quedan facultados a dictar las disposiciones necesarias para adecuar sus objetivos sectoriales a las normas prescritas por el presente Decreto-Ley.

Sexta.—En tanto el Estado no cuenta con los medios hospitalarios especializados contemplados en el Capítulo III, y mientras éstos sean dotados, la autoridad competente aplicará todo lo pertinente al tratamiento obligatorio de los drogadictos, para aquellos que cuentan con los medios económicos necesarios, y en los lugares en los que exista la atención médica especializada.

El Ministerio de Salud comunicará por intermedio del Primer Ministro, al Poder Judicial, la fecha y lugar de funcionamiento de cada nuevo centro de rehabilitación estatal, para la recuperación del drogadicto.

Séptima.—Los propietarios de los predios comprendidos en el artículo 35 del presente Decreto-Ley, que acreditaran fehacientemente la imposibilidad agroeconómica de sustituir los cultivos de coca en los términos señalados por Ley, por excepción y por una sola vez, se les concederá un plazo adicional, el cual no excederá el término previsto en la Ley, mediante Resolución Suprema refrendado por el Ministerio de Agricultura y Alimentación.

Octava.—Tratándose de predios ubicados en zonas no autorizadas por el Decreto Supremo Núm. 254-64-DGS, de 11 de diciembre de 1964, los plazos de erradicación y sustitución del cultivo de la coca a que se refiere el artículo 35 serán de un año para los predios de más de diez hectáreas y de dos años para los predios de cinco a diez hectáreas.

Para el caso de los predios contemplados en el artículo 36 la erradicación o sustitución del cultivo de la coca será prioritaria en las zonas no autorizadas por el citado Decreto Supremo.

Novena.—La aplicación del presente Decreto-Ley no dará lugar a demandas presupuestales de mayores recursos del Presupuesto General de la República para 1978.

DISPOSICION FINAL

Queda derogada la Ley 11.005, el Decreto-Ley 19.505 y todas las disposiciones que se opongan al presente Decreto-Ley.

Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, a los veintiún días del mes de febrero de mil novecientos setenta y ocho.

ANEXO

ENUMERACION DE DROGAS SOMETIDAS A FISCALIZACION

LISTA I

«A»

1. CANNABIS.
2. Concentrado de Paja de ADORMIDERA.
3. Extractos vegetales diversos susceptibles de uso indebido.
4. HEROINA.
5. **OXICODONA (*)**.

«B»

1. DET.
2. DMHP.
3. DMT.
4. (+) — LISERGIDA.
5. MESCALINA.
6. PARAHEXILO.
7. PSILOCINA, PSILOTSINA.
8. PSILOCIBINA.
9. STP, DOM.
10. TETRAHIDROCANNABINOLES.

LISTA II

«A»

1. COCAINA.
2. DEXTROMORAMIDA.
3. FENTANIL.
4. METADONA.
5. MORFINA.
6. OPIO.
7. PETIDINA, MEPERIDINA.

«B»

1. CODEINA.
2. DIHIDROCODEINA.
3. HIDROCODONA.

(*) Las denominaciones comunes internacionales (DCI) elegidas por la Organización Mundial de la Salud (OMS) aparecen subrayadas. Otras denominaciones comunes: o triviales (no subrayadas) se indican cuando todavía el organismo nomenclador de la OMS no ha elegido ninguna DCI, o además de la DCI, como ayuda referencial.

4. ETILMORFINA.
5. FOLCODINA.
6. PROPIRAMO.
7. DIFENOSINA.
8. DIFENOXILATO.

La presente lista II también incluye los posibles insómeros, ésteres y éteres de las sustancias enumeradas así:

LISTA III

«A»

1. ANFETAMINA.
2. DEXAFETAMINA.
3. METILFENIDATO.
4. FENCICLIDINA.
5. FENMETRACINA.
6. METANFETAMINA.

«B»

1. AMOBARBITAL.
2. CICLOBARBITAL.
3. GLUTETIMIDA.
4. PENTOBARBITAL.
5. SECOBARBITAL.

«C»

1. ANFEPRAMONA, DIETILPROPION.
2. BARBITAL.
3. ETCLORVINOL.
4. ETINAMATO.
5. MEPROBAMATO.
6. METACUALONA.
7. METILFENOBARBITAL.
8. METILPRILONA.
9. FENOBARBITAL.
10. PIPRADROL.
11. LEFETAMINA, S P A.

LISTA IV

«A»

Preparados de:

1. CODEINA.
2. DIHIDROCODEINA.
3. HIDROCODONA.

4. ETILMORFINA.
5. FOLCODINA
en mezclas con contenido /estupefaciente no mayor de 100 miligramos por unidad posológica.
6. PROPIRAMO: Preparado con contenido no mayor de 100 miligramos por unidad posológica con metilcelulosa.
7. COCAINA: Preparados con contenido no mayor de 0,1 por 100 por unidad posológica.
8. DIFENOXINA: Preparados con contenido no mayor de 0,5 miligramos por unidad posológica.
9. DIFENOXILATO: Preparados con contenido no mayor de 2,5 miligramos por unidad posológica.
10. Pulvis ipecacuanhae et opii compositus: Mezcla de polvos de opio y de raíz de ipeca al 10 por 100 cada uno en ingredientes no estupefacientes.
11. Mezclas de preparados de la presente lista entre sí, o con otra sustancia no estupefaciente.

«B»

1. CLORDIAZEPOXIDO.
2. DIAZEPAM.
3. OXAZEPAM.
4. PENTAZOCINA.
5. TILIDINA.
6. FENPROPOREX.
7. MEFENOREX.
8. FENTERMINA.
9. AMITRIPTILINA.
10. IMIPRAMINA.
11. TRIHEXIFENIDIL.
y los medicamentos que contengan estas drogas, así como los derivados químicos de esta última y los preparados de esos derivados químicos.

L I S T A V

1. ETORFINA.

L I S T A V I

1. NALORFINA.
2. LEVALORFAN.
3. NALOXONA.
4. CICLAZOCINA.
5. DIPRENORFINA.
6. APOMORFINA.

SECCION LEGISLATIVA

A) LEYES ORGANICAS

LEY ORGANICA 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa.
(«Boletín Oficial del Estado» de 24 de julio.)

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

Uno. El Estado garantiza el derecho fundamental a la libertad religiosa y de culto, reconocida en la Constitución, de acuerdo con lo prevenido en la presente Ley Orgánica.

Dos. Las creencias religiosas no constituirán motivo de desigualdad o discriminación ante la Ley. No podrán alegarse motivos religiosos para impedir a nadie el ejercicio de cualquier trabajo o actividad o el desempeño de cargos o funciones públicas.

Tres. Ninguna confesión tendrá carácter estatal.

Artículo segundo.

Uno. La libertad religiosa y de culto garantizada por la Constitución comprende, con la consiguiente inmunidad de coacción, el derecho de toda persona a:

a) Profesar las creencias religiosas que libremente elija o no profesar ninguna; cambiar de confesión o abandonar la que tenía; manifestar libremente sus propias creencias religiosas o la ausencia de las mismas, o abstenerse de declarar sobre ellas.

b) Practicar los actos de culto y recibir asistencia religiosa de su propia confesión; conmemorar sus festividades; celebrar sus ritos matrimoniales; recibir sepultura digna, sin discriminación por motivos religiosos, y no ser obligado a practicar actos de culto o a recibir asistencia religiosa contraria a sus convicciones personales.

c) Recibir e impartir enseñanza e información religiosa de toda índole, ya sea oralmente, por escrito o por cualquier otro procedimiento, elegir para sí, y para los menores no emancipados e incapacitados, bajo su dependencia, dentro y fuera del ámbito escolar, la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con su propias convicciones.

d) Reunirse o manifestarse públicamente con fines religiosos y asociarse, para desarrollar comunitariamente sus actividades religiosas de confor-

midad con el ordenamiento jurídico general y lo establecido en la presente Ley Orgánica.

Dos. Asimismo comprende el derecho de las Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas a establecer lugares de culto o de reunión con fines religiosos, a designar y formar a sus ministros, a divulgar y propagar su propio credo, y a mantener relaciones con sus propias organizaciones o con otras confesiones religiosas, sea en territorio nacional o en el extranjero.

Tres. Para la aplicación real y efectiva de estos derechos, los poderes públicos adoptarán las medidas necesarias para facilitar la asistencia religiosa en los establecimientos públicos militares, hospitalarios, asistenciales, penitenciarios y otros bajo su dependencia, así como la formación religiosa en centros docentes públicos.

Artículo tercero

Uno. El ejercicio de los derechos dimanantes de la libertad religiosa y de culto tiene como único límite la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública, elementos constitutivos del orden público protegido por la Ley en el ámbito de una sociedad democrática.

Dos. Quedan fuera del ámbito de protección de la presente Ley las actividades, finalidades y Entidades relacionadas con el estudio y experimentación de los fenómenos psíquicos o parapsicológicos o la difusión de valores humanísticos o espiritualistas u otros fines análogos ajenos a los religiosos.

Artículo cuarto

Los derechos reconocidos en esta Ley ejercitados dentro de los límites que la misma señala serán tutelados mediante amparo judicial ante los Tribunales ordinarios y amparo constitucional ante el Tribunal Constitucional en los términos establecidos en su Ley Orgánica.

Artículo quinto

Uno. Las Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas y sus Federaciones gozarán de personalidad jurídica una vez inscritas en el correspondiente Registro público, que se crea, a tal efecto, en el Ministerio de Justicia.

Dos. La inscripción se practicará en virtud de solicitud, acompañada de documento fehaciente en el que consten su fundación o establecimiento en España, expresión de sus fines religiosos, denominación y demás datos de identificación, régimen de funcionamiento y órganos representativos, con expresión de sus facultades y de los requisitos para su válida designación.

Tres. La cancelación de los asientos relativos a una determinada Entidad religiosa sólo podrá llevarse a cabo a petición de sus órganos representativos o en cumplimiento de sentencia judicial firme.

Artículo sexto

Uno. Las Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas inscritas tendrán plena autonomía y podrán establecer sus propias normas de organización, régimen interno y régimen de su personal. En dichas normas, así como en las que regulan las instituciones creadas por aquéllas para la realización de sus fines, podrán incluir cláusulas de salvaguarda de su identidad religiosa y carácter propio, así como del debido respecto a sus creencias, sin perjuicio del respeto de los derechos y libertades reconocidas por la Constitución, y en especial de los de libertad, igualdad y no discriminación.

Dos. Las Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas podrán crear y fomentar, para la realización de sus fines, Asociaciones, Fundaciones e Instituciones con arreglo a las disposiciones del ordenamiento jurídico general.

Artículo séptimo

Uno. El Estado, teniendo en cuenta las creencias religiosas existentes en la sociedad española, establecerá, en su caso, Acuerdos o Convenios de cooperación con las Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas inscritas en el Registro que por su ámbito y número de creyentes hayan alcanzado notorio arraigo en España. En todo caso, estos Acuerdos se aprobarán por Ley de las Cortes Generales.

Dos. En los Acuerdos o Convenios, y respetando siempre el principio de igualdad, se podrá extender a dichas Iglesias, Confesiones y Comunidades los beneficios fiscales previstos en el ordenamiento jurídico general para las Entidades sin fin de lucro y demás de carácter benéfico.

Artículo octavo

Se crea en el Ministerio de Justicia una Comisión Asesora de Libertad Religiosa compuesta de forma paritaria y con carácter estable por representantes de la Administración del Estado, de las Iglesias, Confesiones o Comunidades religiosas o Federaciones de las mismas, en las que, en todo caso, estarán las que tengan arraigo notorio en España, y por personas de reconocida competencia cuyo asesoramiento se considere de interés en las materias relacionadas con la presente Ley. En el seno de esta Comisión podrá existir una Comisión Permanente, que tendrá también composición paritaria.

A dicha Comisión corresponderán las funciones de estudio, informe y propuesta de todas las cuestiones relativas a la aplicación de esta Ley, y particularmente, y con carácter preceptivo, en la preparación y dictamen de los Acuerdos o Convenios de cooperación a que se refiere el artículo anterior.

DISPOSICION TRANSITORIA PRIMERA

El Estado reconoce la personalidad jurídica y la plena capacidad de obrar de las Entidades religiosas que gocen de ella en la fecha de entrada en vigor de la presente Ley. Transcurridos tres años sólo podrán justificar su personalidad jurídica mediante la certificación de su inscripción en el Registro a que esta Ley se refiere.

DISPOSICION TRANSITORIA SEGUNDA

Las Asociaciones religiosas que al solicitar su reconocimiento legal, de conformidad con lo establecido en la Ley cuarenta y cuatro/mil novecientos sesenta y siete, de veintiocho de junio, hubieren hecho expresa declaración de ser propietarios de bienes inmuebles o de otra clase sujetos a registro público para la plena eficacia de su transmisión, cuya titularidad dominical aparezca, a nombre de terceros, y aquellas que habiendo ya formulado ante la Administración esta declaración patrimonial solicitaren su inscripción legal con arreglo a lo prevenido en la presente Ley, podrán, en el plazo de un año, regularizar su situación patrimonial, otorgando los documentos en los que se reconozca la propiedad a favor de las mismas de aquellos bienes que figuren a nombre de personas interpuestas o utilizando cualquier otro procedimiento legal para justificar adecuadamente su dominio, hasta obtener la inscripción de los títulos en el Registro de la Propiedad, con exención de toda clase de impuestos, tasas y arbitrios que pudieran gravar la transmisión, los documentos o las actuaciones que con tal motivo se originen.

DISPOSICION DEROGATORIA

Queda derogada la Ley cuarenta y cuatro/mil novecientos sesenta y siete, de veintiocho de junio, y cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en la presente Ley.

DISPOSICION FINAL

El Gobierno, a propuesta del Ministerio de Justicia, dictará las disposiciones reglamentarias que sean necesarias para la organización y funcionamiento del Registro y de la Comisión Asesora de Libertad Religiosa.

Por tanto,

Mando a todos los españoles, particulares y autoridades, que guarden y hagan guardar esta Ley Orgánica.

B) RESOLUCIONES

RESOLUCION de 27 de junio de 1980, de la Secretaría de Estado para la Sanidad, sobre la Organización Nacional de Trasplantes y los Laboratorios de Diagnóstico de Histocompatibilidad. («Boletín Oficial del Estado» de 2 de julio.)

Ilustrísimos señores:

El Real Decreto 426/1980, de 22 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 30/1979, de extracción y trasplante de órganos, en su disposición final cuarta, establece que corresponderá al Ministerio de Sanidad y Seguridad Social, a través de la Secretaría de Estado, promocionar la constitución de organizaciones y la colaboración con entidades internacionales para hacer posible el intercambio y rápida circulación de órganos para trasplante. Señala también como competencias de dicha Secretaría especificar los requisitos técnicos, condiciones mínimas y los criterios generales de funcionamiento que deben cumplir los laboratorios implicados en la realización de trasplantes de órganos humanos.

En su virtud, tengo a bien disponer:

Artículo 1.º Se crea la Organización Nacional de Trasplantes para facilitar el intercambio de órganos humanos para trasplantes, que se orientará primordialmente a los trasplantes de riñón, pero con competencia igualmente en otros tipos de órganos y tejidos.

Art. 2.º Los fines de la Organización Nacional de Trasplantes serán:

- a) Facilitar la extracción de órganos humanos para su trasplante.
- b) Sistematizar y generalizar el tipaje tisular y otros estudios inmunológicos que sean precisos para los trasplantes.
- c) Recoger toda la información disponible sobre los pacientes, en ordenadores, para facilitar la selección del receptor más adecuado.
- d) Facilitar el transporte de órganos.
- e) Promover estudios e investigaciones que hagan progresar los conocimientos y las tecnologías relacionadas con los trasplantes.
- f) Cooperar con organizaciones internacionales semejantes.
- g) Colaborar con las autoridades sanitarias en los programas de hemodiálisis.

Art. 3.º La estructura de la Organización Nacional de Trasplantes se basará en un órgano técnico que estará en relación con la Comisión Asesora de Trasplantes del Ministerio de Sanidad y Seguridad Social, pero cuya actuación será independiente de la misma.

La Organización estará compuesta por una presidencia, la Secretaría Central y varias Secretarías regionales.

La presidencia será desempeñada por el director general de Asistencia Sanitaria.

La Secretaría Central estará compuesta por un secretario general y por personal del Ministerio de Sanidad y Seguridad Social y del Instituto Na-

cional de la Salud, que dispondrán del apoyo administrativo y tecnológico de ambos Organismos a través de las disposiciones necesarias de la Secretaría de Estado para la Sanidad. La Gerencia de Informática de la Seguridad Social facilitará a la Organización Nacional de Trasplantes el uso de los ordenadores de su red.

El secretario general será designado por el secretario de Estado para la Sanidad y el restante personal de la Secretaría Central será nombrado por el Subsecretario del Departamento, a propuesta, en ambos casos, del director general de Asistencia Sanitaria.

Art. 4.º La Secretaría Central tendrá los siguientes cometidos:

a) Ha de recabar de las Secretarías regionales toda la información clínica, inmunológica y de cualquier otro tipo referente a los pacientes que sean candidatos para la realización de un trasplante.

b) Elaborará y mantendrá al día la lista nacional de receptores que estén a la espera de un órgano de persona fallecida.

c) Asegurará la comunicación constante y directa con las Secretarías regionales y con las de otras organizaciones internacionales para facilitar el intercambio de información sobre pacientes y órganos.

d) Auxiliará en todas sus funciones a las Secretarías regionales, especialmente en lo que se refiere a la organización y funcionamiento de las mismas y a las actividades de los centros de diagnóstico de la histocompatibilidad dependientes de dichas Secretarías.

e) Elaborará todos los estudios estadísticos a nivel nacional.

Art. 5.º Para realizar las anteriores funciones, la Secretaría Central dispondrá de:

a) Medios de comunicación directa, por teléfono y por télex, con las Secretarías regionales y con las organizaciones extranjeras del mismo tipo

b) Ordenador electrónico, propio o ajeno, que permita trabajar en tiempo real.

c) Medios de información, servicios de informática y secretariado propios. Los servicios de informática estarán conectados con la red de informática sanitaria del Instituto Nacional de la Salud.

d) Personal especializado.

Art. 6.º Las Secretarías regionales y, en su caso, interregionales de la Organización Nacional de Trasplantes se constituirán a propuesta de las regiones, territorios y comunidades autónomas, en base al número de enfermos, centros de donación, centros de trasplante y laboratorios de referencia de histocompatibilidad que sean necesarios, procurándose encontrar un equilibrio proporcionado entre las diversas áreas geográficas del Estado español, partiendo de las organizaciones ya existentes, que se ampliarán o modificarán según sea el caso.

Art. 7.º Las Secretarías regionales dependerán directamente, en la localidad en que existan, del delegado territorial del Ministerio de Sanidad y Seguridad Social; su gestión será encomendada a una Comisión presidida por el director provincial del Instituto Nacional de la Salud y compuesta por sanitarios expertos en trasplantes, que se designarán entre los de la región o regiones interesadas para el desarrollo de los trasplantes de órganos.

Art. 8.º Las Secretarías regionales tienen los siguientes cometidos:

a) Recoger toda la información clínica e inmunológica de los pacientes de los centros hospitalarios y sanitarios adscritos a las mismas, pendientes de la realización de trasplante.

b) Elaborar y mantener al día las listas de receptores en espera de un órgano de fallecido.

c) Seleccionar los receptores más idóneos cuando se produzca la posibilidad de efectuar un trasplante sobre la base de los datos inmunológicos tanto de propio archivo como de los existentes en las demás Secretarías regionales del territorio nacional. En la selección del receptor más adecuado tendrán preferencia, en igualdad de condiciones, los residentes en el territorio regional o interregional.

d) Mantener una comunicación constante y directa con los centros de donación y trasplante para intercambio de órganos.

e) Facilitar los medios de transporte para el intercambio de órganos.

f) Mantener una comunicación constante con la Secretaría Central de la Organización Nacional de Trasplantes.

Art. 9.º Las Secretarías regionales constarán de:

a) Medios de comunicación con todos los hospitales del país y con la Secretaría Central, mediante línea telefónica, télex u otros medios directos de comunicación.

b) Un laboratorio inmunológico de referencia propio o localizado en una Secretaría Regional vecina.

c) Medios de información propios y servicios de informática y secretariado.

d) Personal auxiliar especializado.

Art. 10. La Secretaría Central deberá funcionar continuamente durante todos los días del año.

Art. 11. El Ministerio de Sanidad y Seguridad Social establecerá los lugares adecuados para la localización de las Secretarías regionales, buscando el mayor rendimiento y funcionalidad de las mismas, previas las consultas y asesoramiento pertinentes. Se darán publicidad suficiente a la estructura y funcionamiento de la Organización Nacional de Trasplantes.

Art. 12. Además de los fondos públicos consignados por el Estado y demás Entidades públicas, para su funcionamiento la Organización Nacional de Trasplantes podrá recibir recursos económicos y de cualquier otro tipo que provengan de Entidades privadas y que faciliten su puesta en marcha y mantenimiento. Serán intervenidos y administrados de la misma forma que los recursos suministrados por el Estado.

Art. 13. En determinados casos y gracias a la conexión con Organismos internacionales, la Organización Nacional de Trasplantes tendrá necesidad de importar o exportar órganos de personas fallecidas, actuaciones que se regirán por las normas establecidas en los artículos siguientes.

Art. 14. La autorización para la importación de un órgano destinado al trasplante será concedida de forma inmediata y automática por la autoridad o funcionario sanitario de frontera, que actuará en este sentido como delegado especial del Ministerio de Sanidad y Seguridad Social, siempre que el envío indique en su exterior:

1. Entidad u organización que remite el órgano.

2. Entidad, institución, centro u organización nacionales que lo reciben.
3. El órgano de persona fallecida objeto de importación.
4. La necesidad de mantener la esterilidad del órgano objeto de importación.

El director-médico del centro destinatario, o persona en quien delegue transmitirá a la autoridad sanitaria de frontera, en el término de las cuarenta y ocho horas siguientes a la recepción, una declaración que atestigüe la comprobación y corrección del material recibido en relación con los datos del remitente, así como la no existencia de factores que contravengan las normas sobre importación de material biológico. Se enviarán copias de esta declaración a la Secretaría Central de la Organización Nacional de Trasplantes y a la Secretaría Regional correspondiente al enfermo receptor.

Art. 15. La autorización para la exportación será concedida de manera análoga a lo establecido en el artículo precedente.

Art. 16. Los laboratorios para el diagnóstico de histocompatibilidad inmunológica se dividen en:

- a) Laboratorios de referencia adscritos a las Secretarías regionales.
- b) Laboratorios asociados.

Art. 17. El Ministerio de Sanidad y Seguridad Social acreditará como laboratorio de referencia para el diagnóstico de histocompatibilidad inmunológica a los que cumplan los siguientes requisitos:

1.º Disponer de la infraestructura de personal, medios y tecnología suficientes para poder tipificar de una manera adecuada los antígenos de histocompatibilidad de las series HLA-A,B,C, y DR y otros sistemas que en el futuro sean considerados de importancia para la mejor supervivencia de los injertos.

2.º Poder detectar los estados de sensibilización frente a los antígenos de histocompatibilidad en los receptores del trasplante.

3.º Poseer los medios de comunicación necesarios para poder intercambiar de forma urgente la información necesaria sobre las listas de espera de receptores de trasplante.

4.º En los casos de laboratorios de histocompatibilidad para trasplantes de médula ósea se requerirá, además, la capacidad de realizar cultivos mixtos de linfocitos.

5.º Garantizar un servicio permanente durante veinticuatro horas:

6.º Disponer del siguiente material:

- Microscopio óptico de luz directa.
- Microscopio invertido con contraste de fases.
- Microscopio de fluorescencia.
- Cámara de flujo laminar.
- Congelador de -20° C.
- Congelador de -80° C.
- Equipo de congelación de -180° C de nitrógeno líquido.
- Centrífuga común de laboratorio.
- Estufa de cultivo CO_2 (para médula ósea).
- Recolector de cultivos celulares (para médula ósea).

7.º Estará dirigido por un facultativo especialista en Inmunología, auxiliado, al menos, por otro inmunólogo.

Art. 18. Los laboratorios de referencia deben cumplir las siguientes funciones:

- a) Tipaje de la lista de espera de los enfermos en diálisis de su zona.
- b) Estudio de la sensibilización postransfusional pretrasplante.
- c) Precisión de mantener servicio permanente durante las veinticuatro horas del día.
- d) Realización de pruebas cruzadas entre donante y receptor.
- e) Confección de la lista de espera que incluya tipaje HLA y grado de urgencia.
- f) Conexión con el ordenador de la Secretaría Central para intercambio de listas de espera y de órganos, a fin de obtener la máxima compatibilidad entre donante y receptor.
- g) Conexión, a través del ordenador de la Secretaría Central, con listas de espera de otros países (France-Transplant, Eurotransplant, etc.).
- h) Relación con los equipos médico-quirúrgicos de trasplante para:
 - Establecer grados de urgencia.
 - Hacer estadística periódica sobre la evolución de los enfermos trasplantados, a fin de confeccionar con el resto de los equipos una estadística nacional.
 - Establecer, junto con otros equipos, los criterios para la selección de la pareja donante-receptor.

Art. 19. Los laboratorios asociados para el diagnóstico de histocompatibilidad dependerán técnica y funcionalmente del laboratorio de referencia de su área regional del que soliciten su asociación. Las directrices y supervisión técnica de su actuación para el diagnóstico inmunológico en la realización de trasplantes estarán a cargo del director del laboratorio de referencia.

Art. 20. La acreditación y autorización para actuar como laboratorio de referencia o laboratorio asociado para el diagnóstico de histocompatibilidad corresponde al Ministerio de Sanidad y Seguridad Social, a través de la Secretaría de Estado para la Sanidad, debiendo los laboratorios interesados hacer una solicitud razonada a dicha Secretaría de Estado, en la que se especifiquen las características y funcionamiento del laboratorio.

Art. 21. La Secretaría de Estado para la Sanidad tomará las medidas necesarias para completar y ampliar, en su día, la dotación de los laboratorios de inmunología que sean precisos para cubrir las necesidades de todo el territorio nacional en relación con los trasplantes de órganos.

Igualmente se dictarán las normas reglamentarias precisas para el desarrollo de lo dispuesto en esta Resolución.

Art. 22. La Secretaría de Estado para la Sanidad establecerá relaciones con los correspondientes órganos y servicios de las Comunidades Autónomas para la aplicación coordinada de lo dispuesto en la presente Resolución.

RESOLUCION de 27 de junio de 1980, de la Secretaría de Estado para la Sanidad, por la que se desarrolla el Reglamento de la Ley de Trasplante de Organos. («B. O. E.», de 2 de julio.)

El Real Decreto, 426/1980, de 22 de febrero, que desarrolla la Ley 30/1979 sobre Extracción y Trasplantes de Organos, confiere a la Secretaría de Estado para la Sanidad la competencia para establecer las normas precisas que permitan la realización práctica de los mismos.

En su virtud y tras los asesoramientos técnicos precisos, tengo a bien disponer:

Artículo 1.º La extracción de órganos de donantes vivos sólo podrá efectuarse en los Centros hospitalarios que reúnan las siguientes condiciones:

a) Servicio de Medicina Interna, Nefrología, Neurología o Neurocirugía, Cirugía General, Anestesia, Urología, Unidad de Cuidados Intensivos, Banco de Sangre, Laboratorios Generales de Hematología, Bioquímica clínica y Microbiología, Laboratorio de Inmunología, propio o afiliado, y Radiología.

b) Turnos de guardia, en presencia o en llamada, de los respectivos servicios o unidades las veinticuatro horas del día.

Art. 2.º La solicitud para la acreditación y autorización se ajustará al modelo que se indica en el anexo I de esta Resolución y será presentada en el Ministerio de Sanidad y Seguridad Social, el cual, efectuadas las comprobaciones que en cada caso se estimen convenientes, procederá, a través de la Secretaría de Estado para la Sanidad, a la acreditación y autorización del centro hospitalario para la realización de extracción de órganos de donantes vivos, por un periodo de cuatro años.

Art. 3.º La acreditación y autorización para la extracción de órganos y otras piezas anatómicas de fallecidos, a excepción de lo previsto en la disposición adicional segunda de la Ley 30/1979, de 27 de octubre, sólo podrá concederse a Centros hospitalarios que reúnan los requisitos y condiciones siguientes:

a) Todos los consignados en el artículo 1.º.

b) Unidad de electroencefalografía.

c) Servicios de Anatomía Patológica.

d) Medios de preservación-conservación y trasplante de órganos.

La solicitud de acreditación y autorización del Centro se ajustará al modelo anexo, II.

Art. 4.º Previas las comprobaciones necesarias, el Ministerio de Sanidad y Seguridad Social, a través de la Secretaría de Estado para la Sanidad, podrá dar la autorización solicitada, que tendrá periodos renovables de cuatro años.

Tal como se indica en el artículo 1.3 del Real Decreto 426/1980, en la autorización figurará expresamente el nombre del facultativo que en el hospital acreditado se hace responsable de la extracción del órgano o de los órganos del fallecido para la realización de trasplantes.

Art. 5.º Los trasplantes de órganos o implantación de tejidos sólo podrán realizarse en Centros hospitalarios que reúnan las siguientes condiciones:

- a) Todos los consignados en los artículos 1.º y 4.º.
- b) Unidad de nefrología dotada de hemodiálisis.
- c) Unidad quirúrgica con experiencia en trasplantes.
- d) Unidades estériles de aislamiento.

Para el trasplante de médula ósea se requiere la existencia de la unidad clínica de hematología, los dispositivos para lograr la inmuno-supresión y las pertinentes pruebas inmunológicas exigidas por esta técnica terapéutica.

Art. 6.º La solicitud para la acreditación y autorización, en su caso, se dirigirá al Ministerio de Sanidad y Seguridad Social y se ajustará al modelo que figura en el anexo III. Previas las comprobaciones precisas que se estimen necesarias, se podrá extender al centro la autorización pertinente.

Art. 7.º La Secretaría de Estado para la Sanidad hará públicas todos los años las relaciones de los Centros Hospitalarios acreditados y autorizados para la extracción de órganos en donantes vivos y de órganos y tejidos en fallecidos, y los Centros autorizados para la realización del trasplante.

Las autorizaciones serán por cuatro años, renovables por períodos de igual duración, previa solicitud del Centro en la que se especifique las estadísticas de las intervenciones efectuadas durante el período de autorización.

La autorización puede ser revocada en cualquier momento en que dejen de cumplirse las condiciones y requisitos que la hicieron posible.

Art. 8.º En todos los Centros hospitalarios autorizados para la extracción de órganos de fallecidos existirá un libro-registro de voluntades, tanto positivas como negativas, en relación con la posible donación de órganos de los pacientes que ingresen en dichos Centros. El libro-registro tendrá carácter oficial y será facilitado por el Ministerio de Sanidad y Seguridad Social a los Centros autorizados para realizar extracciones.

El Director del Centro autorizará con su firma y expresará su conocimiento de cuantas manifestaciones se registren en dicho libro.

El libro-registro tendrá hojas numeradas y rubricadas por el Director del establecimiento representante y constará de los apartados siguientes:

- a) Nombre, apellidos y dirección de la persona hospitalizada.
- b) Nombre, apellidos y condición del declarante.
- c) Indicaciones relativas a la negativa para la extracción de órganos con destino a trasplantes, o, en su caso, la aceptación de la misma, especificándose si se refiere a todos los órganos o a alguno en particular.
- d) Si la declaración no es hecha por el interesado se indicarán las condiciones y circunstancias en la que éste manifestó su voluntad.
- e) Descripción de todos los documentos escritos y elementos relativos a la manifestación de la voluntad.
- f) Fecha y hora de la declaración.
- g) Firma del declarante.

Art. 9.º El libro-registro estará localizado en el servicio de admisión del Hospital durante las horas normales de trabajo del Centro. Durante las

horas de guardia, la responsabilidad de su custodia corresponderá al Médico-Jefe de la guardia o persona que represente al Director del Hospital durante el mencionado período de tiempo.

En todo momento el libro-registro será accesible a los enfermos o sus familiares que precisen hacer algún tipo de manifestación o de rectificación de datos anteriormente consignados. Igualmente será accesible para los médicos del Centro hospitalario que precisen consultorio.

Art. 10. En todos los Centros hospitalarios autorizados para la extracción de órganos de fallecidos para la realización de trasplantes se colocarán, en el Servicio de Admisión, anuncios bien visibles de tales circunstancias y se distribuirán folletos donde se explique con claridad los fines humanitarios y los beneficios que se derivan de los trasplantes de órganos realizados bajo el principio de la solidaridad social, aunque especificándose también con claridad el respeto a la libertad, intimidad y creencias de cada individuo.

Art. 11. Antes de efectuarse un trasplante de órganos se extenderá un documento por la dirección del Hospital en el que figuren: Nombre del Hospital, fecha de su autorización para la realización de trasplantes, nombre del facultativo responsable de la unidad hospitalaria donde se efectúa la intervención, referencia a los estudios previos realizados en el paciente, información dada al mismo sobre la naturaleza del trasplante y nombre, edad y declaración expresa del receptor o de sus representantes, autorizando el trasplante, y todos cuantos requisitos legales son exigidos por el Real Decreto 426/1980, tanto para los casos de donantes vivos como para los fallecidos por accidente.

El documento habrá de ser firmado por el Director del Hospital, por el Médico del servicio que efectúa el trasplante, por el Médico que informó al receptor y por éste mismo o su representante legal (anexo IV). El documento quedará archivado en el Centro hospitalario, facilitándose una copia al interesado.

Art. 12. Por la Dirección General de Asistencia Sanitaria se tomarán las medidas necesarias para la ejecución de lo dispuesto en la presente Resolución.

C) PROPOSICIONES DE LEY

PROPOSICION NO DE LEY SOBRE OBJECCION DE CONCIENCIA, PRESENTADA POR EL GRUPO PARLAMENTARIO COMUNISTA (*)

A la Mesa del Congreso.—Al amparo de lo establecido en el artículo 138 del vigente Reglamento provisional del Congreso de los Diputados, tengo el honor, en nombre del Grupo Parlamentario Comunista, de solicitar de esa Mesa la tramitación de la siguiente proposición no de ley, relativa a la objeción de conciencia.

Madrid, 17 de junio de 1980.—El Vicepresidente del Grupo Parlamentario Comunista, *Jordi Solé Turá*.

(*) «B. O. de las C. G. Congreso de los Diputados. I Legislatura. Serie D: Interpeticiones, mociones y proposiciones no de ley, núm. 420-I, del 9 julio 1980.

La Constitución española, en su artículo 30, establece en su número 2 que «la Ley fijará las obligaciones militares de los españoles y regulará con las debidas garantías la objeción de conciencia, así como las demás causas de exención del Servicio Militar obligatorio, pudiendo imponer, en su caso, una prestación social sustitutoria», y asimismo en su artículo 53, punto 2, dispone que el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30.

De esta manera quedaba reconocido el Derecho a la objeción de conciencia con el máximo rango normativo, pendiente únicamente de su desarrollo legal.

Habiendo transcurrido más de año y medio desde la aprobación por las Cortes de nuestra máxima norma jerárquica, el hecho cierto es que la ley prevista en el artículo 30-2, de aquélla, sigue sin elaborarse, lo que contribuye a agravar una serie de situaciones, que provocan innecesarias tensiones entre la organización civil, cuyo legítimo derecho a la objeción de conciencia se ve conculcado por la inexistencia del correspondiente desarrollo normativo.

Hasta la aprobación de la Constitución, los afectados por esta situación se venían acogiendo a lo dispuesto en el Real Decreto 3.011/76, de 23 de diciembre («B. O. E.», 5 enero 77), cuyo artículo 1.º concede prórroga de incorporación a filas de 4.ª clase; norma con contenido más restrictivo que el precepto constitucional al limitar la objeción de conciencia a la originada por motivos religiosos.

La interpretación amplia, que hasta la fecha se venía haciendo del término «objeción de conciencia», permitía en alguna medida paliar el vacío legal existente, a la espera de que el desarrollo por ley del artículo 30 de la Constitución resolviese definitivamente el problema.

Sin embargo, desde el pasado mes de febrero del año en curso se vienen produciendo casos de denegación de prórrogas de incorporación a filas a objetores acogiendo la Administración al decreto de referencia, argumentando que las mismas sólo se conceden por motivos religiosos, careciendo a tales efectos de entidad la objeción de conciencia por motivos éticos y personales, interpretación claramente restrictiva y anticonstitucional del derecho a la objeción de conciencia.

En virtud de lo expuesto, y al objeto de solucionar definitivamente los problemas suscitados en este ámbito, el Grupo Parlamentario Comunista propone a la Cámara la aprobación de la siguiente moción:

Moción

«1.º Que por el Gobierno se remita a las Cortes, en el plazo de dos meses desde la aprobación de la presente moción, un proyecto de ley regulador de la objeción de conciencia y de la prestación social sustitutoria, tal como dispone el artículo 30 de la Constitución.

2.º Que hasta tanto dicha ley no entre en vigor, se cursen las instrucciones oportunas por el Gobierno para que por los órganos administrativos competentes se proceda al acatamiento, en toda su plenitud, del artículo 30 de la Constitución, comprendiendo, consecuentemente en la objeción de conciencia, no sólo la de carácter religioso, sino también la motivada por razones éticas y personales.»

CONSEJO DE EUROPA

INSTRUMENTO de Ratificación de 9 de mayo de 1980, del Convenio Europeo para la Represión del Terrorismo, hecho en Estrasburgo el 27 de enero de 1977.

D. JUAN CARLOS I
REY DE ESPAÑA

Por cuanto el día 27 de abril de 1978, el Plenipotenciario de España, nombrado en buena y debida forma al efecto, firmó en Estrasburgo el Convenio Europeo para la Represión del Terrorismo, hecho en Estrasburgo el 27 de enero de 1977.

Vistos y examinados los 16 artículos que integran dicho Convenio, *Aprobado* su texto por las Cortes Generales, 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 infrascrito Ministro de Asuntos Exteriores.

Dado en Madrid a 9 de mayo de 1980 (*).

Declaraciones y reservas formuladas por los Estados en el momento de la firma o de la ratificación

Chipre (ratificación, 26 de febrero de 1979).

Reservas: De conformidad con el artículo 13.1, el Gobierno de la República de Chipre se reserva el derecho de denegar la extradición por cualquier infracción enumerada en el artículo 1 que considere como una intracción política.

Declaraciones:

a) En lo que respecta al artículo 7 del Convenio y de conformidad con la Ley relativa a la extensión de la jurisdicción de los Tribunales nacionales a ciertos delitos de terrorismo, adoptada por la Cámara de Representantes el 18 de enero de 1979, los Tribunales nacionales de Chipre pueden perseguir a una persona sospechosa de haber incurrido en una de las infracciones enumeradas en el artículo 1 del Convenio.

(*) Véase la versión del Convenio en *Anuario*, 1980, pág. 525. La ratificación («Boletín Oficial del Estado» núm. 242, del 8 octubre 1980), añade las reservas y Estados firmantes que se dan a continuación.

b) En este sentido, el Gobierno de la República de Chipre desea igualmente notificar que mantiene las reservas y declaraciones formuladas el 22 de enero de 1971 al Convenio europeo de extradición.

Dinamarca (ratificación, 27 de junio de 1978).

1. Provisionalmente, el Convenio no se aplicará a las islas Feroe ni a Groenlandia.

2. De conformidad con el artículo 13 del Convenio, el Gobierno danés se reserva el derecho de denegar la extradición por cualquier infracción enumerada en el artículo 1 que considere como una infracción política.

República Federal Alemana (ratificación, 3 de mayo de 1978).

En la misma fecha en que el Convenio entre en vigor para la República Federal Alemana se aplicará igualmente al Land de Berlín, sin perjuicio de los derechos, responsabilidades y legislaciones de la República Francesa, el Reino Unido y los Estados Unidos.

En particular, los nacionales de estos tres Estados no deberán ser extraditados sin el consentimiento del Comandante del sector competente.

Italia (firma, 27 de enero de 1977).

Italia declara que se reserva el derecho de denegar la extradición, así como la asistencia judicial, por cualquier infracción enumerada en el artículo 1 que considere como una infracción política, como una infracción conexa a una infracción política o como una infracción inspirada en móviles políticos; en estos casos, Italia se compromete a tomar debidamente en consideración, en el momento de evaluar el carácter de la infracción, su particular gravedad, incluyendo 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.

Portugal (firma, 27 de enero de 1977).

Portugal no aceptará la extradición como Estado requerido cuando las infracciones estén castigadas con la pena de muerte en el Estado requerente, de conformidad con el artículo 11 del Convenio europeo de extradición de que Portugal no es Parte Contratante.

Portugal firma el Convenio bajo reserva de que sean salvaguardadas las disposiciones constitucionales relativas a la no extradición por motivos políticos.

Suecia (ratificación, 15 de septiembre de 1977).

El Gobierno sueco, de conformidad con el artículo 13, se reserva el derecho de denegar la extradición por cualquier infracción enumerada en el artículo 1 que considere como un delito político.

Reino Unido (ratificación, 24 de julio de 1978).

El Reino Unido ratifica el Convenio respecto del Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte, las Bahías de Jersey y Guernesey, la isla de

Man, y se compromete a cumplir y ejecutar fielmente las obligaciones estipuladas en aquél.

Noruega (ratificación, 10 de enero de 1980).

Noruega declara que se reserva el derecho de denegar la extradición y la asistencia judicial en materia penal, respecto de todo delito enumerado en el artículo 1 que considere como un delito político, como un delito conexo con un delito político o como un delito inspirado por móviles políticos. En este supuesto, Noruega se compromete, al hacer la evaluación del carácter del delito, a tomar debidamente en consideración su carácter de especial gravedad, incluyendo el hecho de que:

- a) El delito haya creado un peligro colectivo para la vida de las personas, su integridad física o su libertad.
- b) Haya afectado a personas ajenas a los móviles que lo hayan inspirado.
- c) Se hayan empleado en su realización medios crueles o pérfidos.

Islandia (ratificación, 11 de julio de 1980).

El Gobierno de Islandia, de conformidad con las disposiciones del artículo 13 del Convenio, y tomando en consideración los compromisos contenidos en dicho artículo, se reserva el derecho de denegar la extradición por cualquier infracción enumerada en el artículo 1, que considere como una infracción política, como una infracción conexa con una infracción política, o como una infracción inspirada por móviles políticos.

Francia (firma, 27 de enero de 1977).

Al tomar la decisión de firmar hoy el Convenio Europeo para la Represión del Terrorismo, el Gobierno ha querido demostrar su solidaridad con los otros países europeos en la lucha contra un azote que ha hecho, y sigue haciendo, numerosas víctimas inocentes y suscita justamente la indignación de la opinión pública.

Esta firma es la consecuencia lógica de la actitud adoptada desde hace varios años y que nos ha llevado a reforzar en diversas ocasiones nuestra legislación interna, así como a ratificar los Convenios de La Haya y de Montreal sobre terrorismo aéreo.

Es evidente que la eficacia en esta lucha debe conciliarse con el respeto de los principios fundamentales de nuestro derecho penal y de nuestra Constitución, la cual proclama en su preámbulo que todo hombre perseguido por razón de sus actividades en favor de la libertad tiene derecho de asilo en los territorios de la República.

También es absolutamente evidente que el alto grado de solidaridad previsto en el Convenio del Consejo de Europa no puede conseguirse más que entre Estados que compartan los mismos ideales de libertad y democracia.

En consecuencia, Francia someterá la aplicación del Convenio a ciertas condiciones. En el momento de la ratificación formulará las reservas necesarias para que sean tomadas en consideración las preocupaciones arriba expresadas y para que en ningún momento los derechos del hombre puedan ser puestos en peligro.

Existe también un punto que reviste una especial importancia para el Gobierno: se trata del éxito de los trabajos de los Nueve en el mismo ámbito, tras las decisiones del Consejo Europeo de 13 de julio de 1976. Queremos evitar los riesgos de conflicto entre ambos textos: el Gobierno, pues, no tiene la intención de ratificar el Convenio de Estrasburgo antes del Instrumento que será elaborado por los Nueve.

Por añadidura la acción contra las manifestaciones del terrorismo no nos dispensa de tratar el problema político de las causas del terrorismo. En efecto, en muchos sentidos, la verdadera lucha contra el terrorismo es ante todo la lucha por una paz justa que garantice los derechos legítimos de todos.

<i>Países</i>	<i>Fecha de la firma</i>	<i>Fecha de la ratificación</i>
R. F. de Alemania.	27 de enero de 1977.	3 de mayo de 1978.
Austria.	27 de enero de 1977.	11 de agosto de 1977.
Bélgica.	27 de enero de 1977.	
Chipre.	27 de enero de 1977.	26 de febrero de 1979.
Dinamarca.	27 de enero de 1977.	27 de junio de 1978.
España.	27 de enero de 1978.	20 de mayo de 1980.
Francia.	27 de enero de 1977.	
Grecia.	27 de enero de 1977.	
Islandia.	27 de enero de 1977.	11 de julio de 1980.
Italia.	27 de enero de 1977.	
Liechtenstein.	22 de enero de 1979.	13 de junio de 1979.
Noruega.	27 de enero de 1977.	10 de enero de 1980.
Países Bajos.	27 de enero de 1977.	
Portugal.	27 de enero de 1977.	
Suecia.	27 de enero de 1977.	15 de septiembre de 1977.
Reino Unido.	27 de enero de 1977.	24 de julio de 1978.
Suiza.	27 de enero de 1977.	
Turquía.	27 de enero de 1977.	

Madrid, 18 de agosto de 1980.

El presente Convenio entró en vigor el 4 de agosto de 1978 y para España el 21 de agosto de 1980, tres meses después del depósito del Instrumento de ratificación español, de conformidad con su artículo 11.3.

Lo que se hace público para conocimiento general.

El Secretario general técnico del Ministerio de Asuntos Exteriores, *Juan Antonio Pérez Urruti Maura*. Madrid, 19 de agosto de 1980.

LA ASAMBLEA PARLAMENTARIA EUROPEA RECOMIENDA ABOLIR LA PENA DE MUERTE

Por su resolución 727 (Recomendación 891) la Asamblea Parlamentaria Europea, en 22 de abril de 1980, hizo un llamamiento a los Estados miembros que mantienen la pena de muerte por crímenes cometidos en tiempo de paz, con el fin de que sea suprimida de sus sistemas penales.

También pidió al Comité de Ministros, consecuentemente, que se modificara el artículo 2 de la Convención Europea de Derechos del Hombre.

Su párrafo 1, en su vigente redacción, establece: «El derecho de toda persona a la vida está protegido por la Ley. La muerte no puede ser infligida intencionadamente a nadie, salvo en ejecución de una sentencia de pena capital pronunciada por un tribunal, en el caso en que el delito sea castigado con esta pena por la Ley».

P. M.

Jurisprudencia penal

LUIS FELIPE RUIZ ANTON
Universidad Complutense. Madrid

Artículo 1.º. Relación de causalidad.

“Si la conducta originaria provocadora del resultado se estima como suficiente en el orden de la causalidad material para provocar el resultado y que la interferencia de cualquiera otra concausa no tiene la suficiente entidad contributiva para cambiar aquel resultado, habrá que reprochar toda la responsabilidad al agente que con su actuar la hubiera provocado, deviniendo entonces como inoperante la conducta concurrente de la víctima”. (Sentencia de 6 de mayo de 1980.)

Artículo 3.º. Diferencia entre tentativa y frustración.

“Que admitidas en nuestro Ordenamiento penal positivo tanto la tentativa como la frustración, como grados de ejecución del delito, y aun cuando de la propia normativa del artículo 3.º pudiera deducirse que las diferencias son claras y acusadas, es lo cierto que en determinados tipos legales, como el de homicidio, las fronteras resulten en ocasiones un tanto imprecisas, y de ahí el que la jurisprudencia de esta Sala, en trance de configurar el homicidio en grado de frustración, haya optado por la conjunción de dos elementos, subjetivo el primero y objetivo el segundo, exigiendo en aquél el propósito en el agente de producir la muerte de persona determinada, y en éste, en la ejecución directa y material de este propósito, con el empleo de medios que ordinariamente sean de por sí eficaces para producir el resultado letal en conjunción con las zonas corporales donde radiquen órganos vitales”. (Sentencia de 14 de mayo de 1980.)

Artículo 3.º. Tentativa en los delitos de simple actividad.

“Que la llamada ejecución incompleta de la infracción criminal —tentativa—, en los delitos denominados de mera actividad creadores de un riesgo o peligro para el bien que se protege en el ámbito del Derecho penal, tiene difícil apreciación, porque se realizan o se consuman siem-

pre que se practique alguna de las conductas que la Ley considera como creadoras del citado riesgo o peligro, en cuanto que este riesgo o peligro es resultado de la misma acción, con lo que la actividad y su efecto, en la mayoría de los casos, es casi instantáneo e impeditivo de los grados que la legislación vigente de carácter penal reconoce en los supuestos de una realización delictiva imperfecta". (Sentencia de 10 de mayo de 1980.)

Artículo 8-4.^a. Legítima defensa. Inaplicación en caso de riña mutuamente aceptada, salvo de darse exceso en la agresión.

"La agresión ilegítima, como acometimiento físico actual, inminente, inevitable e ilegítimo realizado contra persona, en los supuestos de ataque contra la vida o integridad personal, no puede apreciarse, por lo general, en la riña mutuamente aceptada, debido a no poderse determinar y concretar claramente quiénes tienen el carácter de agresores y de agredidos y a que el pacto consentido elimina uno y otro cualificativo, sin perjuicio de que, en determinados supuestos límites, y por vía de excepción, pueda apreciarse la presencia de un ataque por parte de uno de los contendientes que sobrepase y extralimite irracionalmente el acometimiento aceptado, por el empleo de medios que revelan de modo claro y terminante la vulneración de lo que se considera como pactado, lo que debe implicar un exceso en la agresión de tal naturaleza que originaría un nuevo acometimiento, susceptible de apreciarse, desde luego con gran cautela y precaución, como constitutivo de la agresión ilegítima que reclama la causa de justificación de legítima defensa para su operatividad exonerativa o atenuatoria de la responsabilidad penal". (Sentencia de 6 de mayo de 1980.)

Artículo 8-4.^a, circunstancia 2.^a. Necesidad racional del medio empleado.

"Que la necesidad de la defensa, que es el segundo polo sobre el que gira el instituto justificante de la legítima defensa, supone la imposibilidad de utilizar otros medios menos enérgicos, y la inevitabilidad del peligro mediante una retirada posible, decorosa y sin riesgos". (Sentencia de 17 de junio de 1980.)

Artículo 9-4.^a. Preterintencionalidad

La preterintencionalidad, recogida en nuestro Ordenamiento jurídico como circunstancia atenuante de la responsabilidad criminal en el número 4.º del artículo 9.º del Código penal, ha sido valorada y entendida por la jurisprudencia de esta Sala como un mal cuya gravedad desborda la intención del agente, concretándose en un daño material, siendo de des-

taar que la desproporción entre lo querido y lo causado ha de referirse al daño material y no a la significación antijurídica del hecho considerado en sí mismo; y de ahí el que esta atenuante sólo sea aplicable en aquellos delitos caracterizados por un daño material causado, bien en la integridad física del ofendido o en su patrimonio y cuyas consecuencias pueden causar mayor o menor entidad material en su resultado, independientemente de la voluntad de quienes los originen; es decir, siempre y cuando se patentice una actuación inicial dolosa y que la gravedad del daño producido sobrepase aquella intención primigenia". (Sentencia de 7 de mayo de 1980).

Artículo 9-10.^a. Atenuante analógica.

"No es posible aplicar la analogía del artículo 9, número 10, como atenuante, en relación con el número 3 del mismo artículo, porque la edad es un dato cronológico que arranca del hecho del nacimiento y su inscripción. Y que rebasada la edad de dieciocho años, como en el caso del recurrente que tiene veintidós, se adquiere plena responsabilidad criminal, con todos sus efectos. La edad física, a diferencia de la edad mental orientadora del desarrollo de la personalidad, es un hecho histórico inatacable, lo que determina la desestimación en este aspecto del recurso". (Sentencia de 12 de mayo de 1980.)

Artículo 10-1.^a. Alevosía.

La alevosía "es de cariz predominantemente objetivo al descansar en dos pilares que realzan su carácter ejecutivo: el aseguramiento de la acción delictiva y la eliminación de la consiguiente reacción defensiva del ofendido, lo que no impide para que en la agravante se incluya un elemento subjetivo que decide el plus de antijuricidad ínsito en esta circunstancia, llamada por ello de tendencia: la específica orientación por el culpable de los medios, modos o formas de ejecución hacia aquel doble fin del aseguramiento de su acción ofensora que pudiera hacer la víctima, con lo que no se hace sino reproducir en el ámbito más reducido de lo circunstancial, lo que también sucede en el orden más general del injusto típico, cuya objetividad es en ocasiones transcendida por elementos subjetivos que deciden dicho injusto; de todo lo cual se concluye la dificultad de reconocer el ánimo tendencial propio de la alevosía cuando precede reyerta entre los contendientes, de modo que cada uno está ya apercibido del ataque o amago del mismo por parte de su contrincante como a la defensa propia". (Sentencia de 30 de abril de 1980.)

Artículo 10-15.^a. Prescripción de la reincidencia.

"Que la prescripción de la agravante de reincidencia —número 15 del artículo 10 del Código penal— en el sentido de declarar su inoperatividad o ineficacia a efectos punitivos, ha sido recogida en el número 3.º

del artículo 1.º de la Ley 81/78 de 28 de diciembre, y reclama para su apreciación: 1.º, como requisito de carácter formal, que se haya producido la cancelación de la inscripción de los antecedentes en el Registro Central de Penados; 2.º, como requisito temporal, el transcurso del doble del tiempo previsto en el párrafo 3.º del artículo 118 del Código penal, para la rehabilitación; 3.º, que la computación se haga teniendo en cuenta la naturaleza de las penas —no delitos— y a partir de la extinción de la condena, pues la remisión legal al precepto legal acabado de citar se hace sin salvedad y distinción alguna”. (Sentencia de 6 de junio de 1980.)

Artículo 14 número 3. Cooperación necesaria: Principio de división del trabajo.

“Porque mediando concierto previo, unidad de acción, mutuo concurso, e idéntico fin, distribuyéndose los autores los actos ejecutivos, se consideran actos de cooperación necesaria, aunque aquéllos —actos ejecutivos— sean menores, pero necesarios a la ejecución cuanto hay conciencia de la ilicitud del acto, y cooperación causante, apareciendo así a los ojos del juzgador una agrupación de empresa criminal, una actuación antijurídica, realizada en equipo que crea una responsabilidad solidaria entre todos los intervinientes en el pacto y su desarrollo”. (Sentencia de 7 de mayo de 1980.)

Artículo 23. Principio de legalidad.

La Sentencia recuerda que hasta el 10 de septiembre de 1976, en que se insertó en el “BOE” el Convenio de Viena de 1971, sobre sustancias estupefacientes, y, “mejor aún, y puesto que se omitió (...) la inserción de las oportunas Listas, hasta la vigencia del Decreto de 6 de octubre de 1977, en cuyo Anexo I, Lista II, con el número 1”, figuran las anfetaminas, éstas no tenían la condición de sustancia estupefaciente. Si a ello se añade que de acuerdo con el artículo 1-5 del Código civil, “las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales no serán de aplicación directa en España en tanto no hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno mediante su publicación íntegra en el “BOE”, la conclusión a que se llega es la siguiente: “Que a tenor del ‘factum’ de la sentencia recurrida, los hechos de autos ocurrieron, ‘en los últimos días de diciembre de 1975’, cuando todavía las anfetaminas que el procesado recurrente vendió a otras personas no se reputaban legalmente psicotrópicas o estupefacientes; con lo cual, y a la vista de los artículos 23 y 24 del Código penal y 2-3 del Código civil, que en cuanto no favorezcan al reo, niegan retroactividad a las leyes —“nulla poena sine previa lege penale”—, es indudable que la conducta del procesado, al tiempo de perpetración de los hechos, podría ser reprehensible o corregible administrativamente, pero carecía de toda relevancia penal”. (Sentencia de 3 de mayo de 1980.)

Artículo 69. Delito masa.

El delito masa requiere de los siguientes requisitos: "Primero, un elemento subjetivo consistente en el designio defraudatorio único, en un proyecto o plan preconcebido que se orienta a obtener un lucro global y unitario, integrado por la suma de cantidades en que resultan perjudicadas una generalidad de personas (Sentencias de 3 de febrero de 1958 y 13 de noviembre de 1967), unidad de dolo que desde el momento inicial abarca el resultado total de las acciones, y sirve de matiz diferencial con el delito continuado, en el que puesta en marcha la primera acción las sucesivas vienen provocadas por una identidad de ocasión (Sentencia de 4 de octubre de 1976); Segundo, un presupuesto material constituido por una pluralidad de acciones homogéneas, o por una acción desarrollada en varios momentos, que es lo expresado por este Tribunal al referirse a 'una sola manera de actuar' (Sentencia de 22 de marzo de 1966) y a 'una serie de medidas de ejecución del unitario propósito' (Sentencia de 6 de febrero de 1970), a 'pluralidad de actos de ejecución' (Sentencia de 23 de febrero de 1966), o a 'acciones o actos de ejecución en cierta conexión de espacio y tiempo' (Sentencias de 10 de junio de 1967, y de 31 de mayo de 1968 y 4 de octubre de 1976); Tercero; la violación del mismo precepto penal, en el sentido de que las acciones o diversos actos que integran el presupuesto material, aisladamente considerados, sean subsumibles en el mismo o semejante tipo básico; y Cuarto, la existencia de un sujeto pasivo masa, pues el propósito o designio del agente tiene como destinatario el público en general o una colectividad de personas indeterminadas inicialmente pero vinculadas por intereses y sentimientos comunes en una unión sin personalidad o informal (Sentencias de 26 de febrero de 1954, 10 de junio de 1967 y 4 de octubre de 1976)". (Sentencia de 22 de abril de 1980.)

Artículo 69. Delito continuado.

El delito continuado "requiere, conforme a una reiterada doctrina de esta Sala, como elementos fundamentales, la concurrencia de una pluralidad de acciones u omisiones, la infracción del mismo tipo penal, unidad de dolo y de sujetos activo y pasivo, y como elementos secundarios, el empleo de iguales o parecidos medios en la ejecución, con aprovechamiento de ocasiones idénticas o similares y con una conexión o contexto espacio-temporal". (Sentencia de 17 de junio de 1980.)

Artículo 74. Imposibilidad de imponer por razón de delito pena inferior a 20.000 pesetas.

"El artículo 74 se cuida de señalar que la multa en la cuantía de 20.000 a 200.000 pesetas se considerará como la última pena de todas las escalas graduales (...) en consecuencia, no puede degradarse la pena por

debajo del límite de las 20.000 pesetas de multa, aunque concurra la circunstancia atenuante 3.^a del artículo 9 del Código penal, ni entrar en juego la regla del artículo 65, por impedirlo el ya citado artículo 74". (Sentencia de 3 de julio de 1980.)

Artículo 113. Prescripción del delito: cómputo de los plazos.

"Que el plazo de prescripción del delito, como una de las causas de extinción de la responsabilidad criminal, comienza a correr desde el preciso momento de la consumación del mismo, que en los de ejecución instantánea tiene lugar desde el día en que se hubieren perpetrado y en los de tracto continuo desde el día en que ese tracto terminó". (Sentencia de 10 de junio de 1980.)

Artículo 119. Funcionario público: concepto.

"El concepto de funcionario público fijado en el artículo 119 del Código penal, no coincide exactamente a efectos punitivos con el suministrado por el Derecho administrativo, siendo aquél de mayor amplitud que éste (Sentencias de 27 de septiembre de 1974; 9 de diciembre de 1975 y 9 de febrero de 1976), ya que en el primero el legislador no exige, ni tenía por qué, pues ello sería tanto como restringir indebidamente el ámbito del concepto, dejando impunes una serie de conductas in fieles, la pertenencia o incorporación continua o definitiva del imputado al Estado o a la organización pública, sino que tal precepto comprende como tales funcionarios a todas aquellas personas que designadas por ley, elección o nombramiento, tomen parte con carácter permanente, transitorio o incluso meramente ocasional en aquellas actividades realizadas por organismos oficiales de cualquier clase que tengan por misión atender al cumplimiento de servicios que afectan a la colectividad y al bien común, deriven del poder público y persigan finalidades estatales". (Sentencia de 21 de junio de 1980.)

Artículo 257. Depósito de armas: delito permanente.

"El depósito de armas o municiones de guerra a que se refiere el artículo 257 del Código penal, no puede estimarse cometido y perfeccionado el día en que los delincuentes constituyeron el depósito, sino el día de su descubrimiento, dado el carácter de infracción de ejecución permanente de que goza". (Sentencia de 26 de junio de 1980.)

Artículo 280. Falsificación de contraseñas empresariales. Alteración del número de los motores de explosión.

"a) Que para la estimación del tipo penal aplicado resulta irrelevante el que los signos de las empresas estén o no inscritos en el Re-

gistro de la Propiedad Industrial (...), si bien la numeración de los motores de explosión es elemento incluido en el Nomenclator del R.D.L. de 26 de julio de 1929, artículo 341 núm. 24, como signo adherido al producto y seña de su procedencia, cuya mutación es falsificación de tal signo identificador y distintivo de la casa fabricante; b) que tal alteración identificadora de los vehículos de motor es tema ya abordado por esta Sala en una pluralidad de ocasiones, y concretamente en las Sentencias de 12 de febrero de 1971 y 24 de enero y 6 de octubre de 1972, que referidas a automóviles, es directamente aplicable a los ciclomotores en cuanto el párrafo segundo del artículo 132 del Código de la circulación los equipara en las marcas de construcción que deben llevar a las previstas en el artículo 237 respecto al grabado del número del motor y referencia del constructor, así como en la contraseña de homologación del vehículo y características exigidas por la Orden de 10 de marzo de 1976; c) que como se deja dicho al principio, la finalidad del artículo 280 no es la de proteger exclusivamente los intereses de las empresas o establecimientos industriales, sino amparar también los particulares en general y los públicos, porque a todos conviene tener conciencia cierta de la cosa que toman como objeto de tráfico y el engaño que puedan padecer por vender o comprar lo que se considera auténtico, no siéndolo, redundando en la causación de unos quebrantos económicos que no pueden quedar impunes (...). (Sentencia de 24 de abril de 1980.)

Artículo 303. Documento oficial: recetas de la Seguridad Social.

“Las recetas expedidas por los facultativos adscritos al servicio médico del Seguro Obligatorio de Enfermedad no representan, ni son meros documentos privados, sino que ostentan el carácter de documentos oficiales”. (Sentencia de 7 de mayo de 1980.)

Artículo 344. Venta de estupefacientes: intervención de un agente provocador.

En el relato de hechos probados se dice que la Guardia Civil de Málaga, conocedora de que los procesados se dedicaban a la venta de haschis, destacó a un sargento “que se presentó como comprador ante dichos procesados, quienes le propusieron la venta de tres a cinco kilogramos de la referida droga en el bar Chunchi de la barriada de Huelin de esta capital, el día 28 de junio de 1978, por precio total de 500.000 pesetas; al día siguiente el referido comprador, el agente de la Autoridad ya mencionado, se presentó en el bar referido, llevando una cartera con fajos de recortes de periódicos y 25.000 pesetas...”. La Audiencia Provincial de Málaga condenó a los procesados, aparte de por otros hechos delictivos, como autores de un delito contra la salud pública, previsto y penado en el artículo 344 con la pena de cuatro años, dos meses y un día de prisión menor y multa de 25.000 pesetas. Contra este fallo recurren en casación,

y el TS casa y anula la sentencia, absolviendo a los procesados del delito contra la salud pública, con base en los siguientes argumentos: "Que en la sentencia se condena a los procesados como autores de un delito contra la salud pública por dedicarse a la venta de la droga llamada 'haschis', como escuetamente se consigna en los hechos probados, sin precisar los antecedentes del caso, detalles de ejecución, circunstancias del hecho, móviles que les guiara y en general cuantos datos pudieran servir para valorar jurídicamente los hechos perseguidos, y sobre todo no contener ningún dato que revele o haga presumible la comisión del delito contra la salud pública, al fundamentar la sentencia recurrida el tráfico de la droga sobre una operación ficticia, con lo que faltan las condiciones básicas de tipicidad para incardinar tales hechos en el precepto penal aplicado". (Sentencia de 8 de julio de 1980.)

Artículo 344. Tenencia o transporte de sustancias estupefacientes para el autoconsumo: conducta impune.

"(...) que si bien la mera tenencia o transporte, aunque son actos de los comprendidos como típicos en el mencionado precepto penal de Derecho sustantivo, en sí no son punibles, porque la ilicitud de los mismos deviene de su vocación al tráfico o por su destino, pero los mentados actos de tenencia o transporte son delictivos cuando la mercancía detenida o transportada tiene por finalidad el ser entregada, en todo o en parte, a terceros, ya sea a título oneroso o gratuito". (Sentencia de 27 de mayo de 1980.)

Artículo 431. Escándalo público: bien jurídico protegido.

"Que el denominado delito de escándalo público, tipificado en el artículo 431 de nuestro Código penal e incluido en el Título XI de dicho cuerpo legal bajo la rúbrica abstracta y genérica de delitos contra la honestidad, consiste en el público ataque a una serie de prescripciones biológicas, religiosas, culturales e incluso instintivas, que rigen la vida social de un grupo humano determinado, en las cosas atinentes al sexo...". (Sentencia de 2 de junio de 1980.)

Artículo 452 bis d), número 1.º, párrafo primero. Violación del principio de legalidad.

La presente sentencia plantea el interesante tema de si la *encargada del local* —según expresa literalmente el *factum* de la recaída en instancia— debe ser castigada con base en el número 1.º, párrafo primero, del artículo 452 bis d), donde se tipifica la conducta del dueño, gerente, administrador o encargado del local abierto o no al público, en el que se ejerza la prostitución u otra forma de corrupción, y toda persona que

a sabiendas participe en su financiamiento, o por el contrario su conducta debe ser remitida al propio precepto y número pero en su párrafo segundo, donde se castiga a toda persona que, a sabiendas, sirviera a los mencionados fines en los referidos locales. En principio parece que si el relato de hechos probados dice textualmente que la procesada era "encargada del local", su proceder debe ser subsumido en el número primero, párrafo primero del artículo 452 bis d). Sin embargo, el TS recuerda que "siendo cierto que el Decreto de 18 de marzo de 1963, aprobando el 'Código penal texto revisado de 1963' en cumplimiento de la Ley de Bases 79/1961 de 23 de diciembre, que autorizaba al Gobierno revisar el 'texto refundido de 1944', en su Base 9.^a, párrafo cuarto, establece que: 'De acuerdo con los principios informadores de los Convenios Internacionales y la legislación abolicionista, se castigará a los *dueños, gerentes, administradores* y personas que participen, a sabiendas, en la financiación de los locales en los que se ejerciere la prostitución o cualquiera otra forma de corrupción, así como a las personas que, también a sabiendas, sirvieran a los mencionados fines en los referidos locales', tal mandato no fue trasladado con entera fidelidad al número 1.^o del artículo 452 bis d) del Código penal, texto de 1963, puesto que añade al dueño, gerente y administrador, la del "encargado" del local, que no figura en la Base mencionada, excediendo así la autorización delegante para configurar el sujeto activo del delito, el que obligatoriamente, sólo puede estar constituido por las tres dichas personas situadas al frente del local o las que participen en su financiación o sirvan a los mencionados fines en el mismo; siendo de advertir que la Circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 3 de abril de 1963, puso de relieve las disonancias entre la Ley de Bases y el Decreto que la desarrolló, al observar que 'no sólo se trata de una nueva distribución sistemática (verdadero objeto de la reforma), sino de modificaciones, en algunos casos agravatorias". Todo ello suscita el cuestionario "del alcance de la llamada 'legislación delegada' respecto a la Ley de Bases de que dimana y que no puede ser rebasada por aquélla, puesto que a sus 'principios y orientaciones debe sujetarse el Gobierno para redactar el texto articulado' (Sentencias de 31 de mayo 1952 y 15 de octubre de 1952), de suerte que el exceso hace que la norma delegada incurra en *ultra vires* por falta de cobertura de la ley de delegación; lo que, a su vez, conlleva el tema no menos delicado de la posibilidad que ya ha sido admitida por la jurisprudencia contencioso-administrativa para los supuestos de textos refundidos (Sentencias de 18 de febrero, 9 de marzo y 18 de marzo de 1970 de la Sala 3.^a que elevan a doctrina general lo que sólo excepcionalmente había acogido la Sentencia de 19 de enero de 1970 de la Sala 5.^a); doctrina que, igualmente y con mayor razón debe acogerse en el campo penal dado que el imperio en el mismo del principio de legalidad que obliga a una interpretación estricta de los tipos penales, los que, por tanto, deben ser fiel reflejo de la Ley de Bases o delegante en la Ley delegada o texto refundido, pues si esta última norma va más allá (*ultra vires*) de lo permitido por la primera, vulnera el rango normativo y se convierte en simple reglamento sujeto como tal al control jurisdiccional,

según establece el artículo 7.º-1.ª de la aún vigente Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870, y ha tenido ocasión de estimar esta misma Sala en tal caso de conflicto entre Ley y Reglamento (S. 11 de junio de 1971); todo lo cual nada tiene que ver, por supuesto, con una declaración general de anticonstitucionalidad de la norma, vedada a los Tribunales ordinarios, sino simple potestad para dejar de aplicar una Ley en el caso concreto justamente por rebasar los límites de una Ley superior de la que dimana, según lo razonado anteriormente". Como aplicación de los argumentos expuestos, el último Considerando de la presente sentencia proclama: "Que siendo la procesada recurrente 'encargada del local' de autos según expresa dición del *factum*, es obvio que su actividad no puede ser incardinada entre las personas que el tipo penal incluye como directores del local en que tenía lugar el ilegal tráfico, por lo que, en consecuencia, tal conducta debe ser degradada, a efectos penales, a la inferior de persona servidora del negocio, mencionada en el párrafo segundo del precepto, tanto más que tales sirvientes incurrían en pena inferior". (Sentencia de 2 de julio de 1980.)

Artículo 457. Injurias: atipicidad en caso de crítica política.

"La crítica política y de gestión administrativa, no integra delito, si falta el *animus injuriandi* aunque el juicio sea acerbo, apasionado, exagerado e incluso injusto". (Sentencia de 7 de julio de 1980.)

489 bis. Omisión del deber de socorro: atipicidad en caso de que la persona falta de ayuda esté muerta.

La omisión carece de relevancia cuando "no exista persona alguna en peligro al haberse extinguido la personalidad por fallecimiento y haberse cerciorado, sin el menor género de dudas, quien venía obligado a prestar socorro, de la completa inutilidad del auxilio". (Sentencia de 23 de junio de 1980.)

Artículo 499 bis. Delitos contra la libertad y la seguridad en el trabajo.

El procesado exigió al perjudicado, para darle trabajo, la firma de un documento en blanco en virtud del cual éste daba por rescindido el contrato laboral renunciando a cualquier clase de indemnización, a lo que el productor accedió estampando su firma en blanco de conformidad con lo que el otro le propuso. A juicio del TS los hechos son constitutivos de "un delito contra la seguridad y la libertad en el trabajo previsto y penado en el artículo 499 bis del precitado Código, del que también fue acusado en Instancia por el Ministerio Fiscal, al haberse impuesto al trabajador la firma de la rescisión voluntaria del contrato

laboral, renuncia que al haber sido apreciada como válida, imposibilita al trabajador para percibir del Instituto Nacional de Previsión las correspondientes prestaciones de desempleo que le serían abonadas en caso de despido forzoso y perjudicó su continuidad en el empleo". (Sentencia de 30 de abril de 1980.)

Artículo 500. Robo: medios comisivos.

El delito de robo se caracteriza por "el empleo de una fuerza física o moral contra seres humanos, o del vigor necesario para vencer los obstáculos físicos que dificultan la apropiación injusta, no siendo necesarios que estos medios violentos sean inherentes a la acción del apoderamiento o acto de hacerse con las cosas, sino que sea medio empleado para llevar a efecto el propósito delictivo guardando cierta relación con el mismo, por lo que siempre que exista un medio coactivo de los descritos y pueda apreciarse como encaminado a la realización del apoderamiento, debe apreciarse la existencia del delito de robo". (Sentencia de 3 de junio de 1980.)

Artículo 501-1.º. Robo con homicidio: Relación medio-fin entre robo y homicidio.

Para apreciar la figura delictiva compleja se exige, "en primer término y primordialmente, la idea de apoderamiento, en la que la actividad del autor tenía como finalidad motriz el ataque a la propiedad ajena, y en segundo término, y con conexidad subordinada, la ideación de la muerte, surgida con motivo o necesidad de llevar a efecto el robo, o con ocasión o posibilidad de llevar a efecto su consumación o agotamiento, con lo que cuando la resolución de la muerte es anterior a la de la subordinación, la calificación correcta de los hechos es la de homicidio y hurto, y siempre que la muerte surja simultánea o posteriormente sin ruptura de nexo temporal en relación con el apoderamiento, la de robo con homicidio, necesitándose poderse apreciar en este casi el ánimo tendencial del robo y el dolo directo o eventual o al menos la culpa en el homicidio, de acuerdo con las exigencias de la responsabilidad penal subjetiva que reclama la ciencia jurídica". (Sentencia de 30 de junio de 1980.)

Artículo 501-2.º. Robo acompañado de violación: perdón de la parte ofendida.

La presente sentencia "plantea el interesante tema de si el delito complejo de robo acompañado de violación, previsto en el n.º 2.º del artículo 501 del Código penal, puede ser afectado, en cuanto al delito de violación, por el perdón de la ofendida, a tenor de lo previsto en el

artículo 443 del Código penal, de tal modo que sólo subsistiría la responsabilidad penal correspondiente al robo violento, o, si por el contrario, el delito complejo debe entenderse que es un delito único e independiente de sus componentes y, en consecuencia, como delito público, ningún poderío puede tener sobre él la voluntad privada manifestada a través del perdón expreso o presunto del ofendido otorgado con la capacidad y requisitos que se desprenden de los artículos 25 y 443, párrafos cuarto y quinto, ambos del Código penal". Ante la alternativa que se presenta "esta Sala es consciente de que una primera tesis hermenéutica, acogida por la jurisprudencia en su antigua Sentencia de 17 de mayo de 1894, optó por la inescindibilidad del complejo, haciendo así ineficaz el perdón de la parte ofendida en cuanto que el delito de violación forma parte del *complexus* delictivo, por la razón ya apuntada de que tales elementos integrantes —el robo y la violación— se fundían en un delito único, de naturaleza pública, como tal inmune a la extinción, siquiera parcial, de la responsabilidad penal, como consecuencia del perdón recayente sobre el delito semipúblico, que, al pasar al complejo, perdió esa su prístina naturaleza". Pero una segunda interpretación "acogida por la doctrina moderna, entiende que la posición anterior era concorde con la teoría unitarista de los distintos delitos complejos enumerados en el artículo 501 del Código penal seguida con toda fidelidad en una primera etapa jurisprudencial, pero habiendo sido acordada la autonomía a cada uno de los delitos componentes en una segunda etapa, a fin de poder estimar las atenuantes o agravantes atinentes a dichos singulares delitos estructurales, se ha estimado que tampoco debía haber obstáculo para disociar aquella unidad compleja, de modo que el perdón pueda surtir efecto respecto de la violación subsistiendo la pena de robo violento sin aquel aditamento delictivo, tanto más que el complejo que ahora nos ocupa obedece más a razones de política criminal que a una verdadera conexión instrumental de delitos, ya que no es concebible el ataque a la honestidad como medio necesario para cometer el robo, antes bien, la violencia o intimidación se muestra como nota común y abrazadera de ambos ataques contra la propiedad y la sexualidad, a la manera de un concurso ideal o real de delitos, en cuyas hipótesis concursales la jurisprudencia siempre ha estimado que el perdón podía recaer sobre el delito privado, sin mengua de la pervivencia del delito público (Sentencias 11 de julio de 1874, 16 de marzo de 1904, 16 de octubre de 1917, 27 de enero de 1921, en las que se contemplan supuestos de allanamiento de morada con violación, de violación y lesiones por contagio de enfermedad venérea); de suerte que si la razón de ser del complejo previsto en primer lugar en el n.º 2.º del artículo 502 del Código penal es más político-criminal que técnico-jurídica, parece obligado el retorno a las normas del concurso ordinario de delitos, tanto en el caso de beneficio al reo (el ahora contemplado del perdón del ofendido), como de beneficio a la víctima (las medidas reparadoras previstas en el artículo 444 del Código que un criterio de cerrado unitarismo podría poner en duda su aplicación); razones todas las expuestas que llevan a acoger el motivo subsistente del recurso, toda vez que figura como probado en el *factum*

el perdón otorgado por la ofendida al procesado recurrente, autor de la violación, perdón otorgado desde el país de aquélla, Finlandia, en el correspondiente documento debidamente legalizado; por lo que extinguida la responsabilidad penal por el delito de violación, queda subsistente la que corresponde al delito de robo con intimidación perpetrado con armas, previsto y sancionado en el artículo 501-5.º y párrafo último del Código penal, haciéndose así constar, una vez casada la sentencia recurrida". (Sentencia de 2 de abril de 1980.)

Artículo 501 último párrafo: Concepto de armas.

"Por armas ha de entenderse, a efectos penales, todo instrumento idóneo para la agresión o para la defensa y muy especialmente las de fuego o las denominadas blancas, aunque las navajas sean de pequeñas proporciones". (Sentencia de 18 de junio de 1980.)

Artículo 504. Robo con fuerza en las cosas: concepto de fuerza.

"Que al configurar el delito de robo con fuerza en las cosas nuestro Código penal no se corresponde, ni menos se circunscribe, al concepto semántico del vocablo fuerza, sino que entiende por tal cuando para el apoderamiento de las cosas se emplea cualquiera de los medios o circunstancias que especifica el artículo 504, concepto legal que encuentra su razón de divergencia con el gramatical o usual del vocablo fuerza por la evidente peligrosidad del agente o su mayor agresividad para quebrantar los especiales cuidados de custodia puestos por el dueño para evitar su fácil acceso". (Sentencia de 29 de abril de 1980.)

Artículo 504-1.º. Escalamiento: concepto.

En la presente Sentencia se acepta, como concepto de escalamiento, la penetración en una casa o edificio por una vía no destinada al efecto, "lo que tanto puede conseguirse, dada la amplitud del verbo escalar, no limitado en el tipo, trepando desde el suelo hasta alcanzar la cosa, como orillando el obstáculo de la pared defensora, como por fin entrando a través de huecos, ventanas o balcones inadecuados de por sí al servicio de la penetración, por requerir siempre actividad de ascenso por pequeño que sea, sin que resulte por ello preciso que tenga cierta altura mínima, ni reclamen un intenso esfuerzo físico del escalador, ni que estén cerrados, pues el inapropiado trepamiento se produce asimismo aunque se hallen abiertos". (Sentencia de 14 de mayo de 1980.)

Artículo 506-2. Casa habitada.

"Por casa habitada ha de entenderse, no sólo la que está real y permanentemente ocupada por una persona, o familia, que en ella viven, sino la que sirve, a dichos fines de habitación, en épocas determinadas o

inciertas, ya que la temporal u ocasional ausencia de sus moradores no priva, ni puede privar, a una casa, de tal carácter, cuando está en condiciones, por su pertrechamiento y destino, de constituir el hogar de una o de más personas". (Sentencia de 20 de abril de 1980.)

Artículo 512. Consumación del delito de robo en caso de resultado lesivo para la vida o la integridad física de las personas.

"Que pese a los términos literales en que se pronuncia el artículo 512 del Código penal, al referirse indiscriminadamente a los delitos comprendidos en el capítulo en que se enmarca, y según se desprende de su contexto, sólo encuentra su juego adecuado en los delitos de robo con violencia o intimidación del artículo 501, y, dentro de éstos, en aquellos tipos que están integrados por un ataque a la vida o la integridad corporal, además del robo, siendo fiel exponente de una evidente excepción a las normas generales que rigen la consumación a uno sólo de los componentes del delito complejo, cual es el que se dirija contra la vida o la integridad corporal, para que se dé por supuesto la consumación del complejo, pero siempre y cuando el resultado lesivo está ligado por una relación de causalidad a la acción desencadenada para la realización del tipo, deviniendo inaplicable cuando ese resultado lesivo esté desconectado de esa relación causal y sea proveniente de acción distinta". (Sentencia de 3 de julio de 1980.)

Artículo 516, número 2.º. Hurto con abuso de confianza.

"Que como esta Sala tiene declarado, el abuso de confianza como calificativo del hurto no precisa la existencia de relaciones de subordinación, ni de tipo laboral, jurídico o amistoso entre autor y perjudicado, sino que basta una situación de hecho que implique deberes de lealtad y que sitúen al infractor en condiciones favorables de ejecución, o sea, que la Ley contempla una especial facilidad de acceso a la cosa nacida de cualquier relación o trato con el perjudicado, como acaee con las creadas por el hospedaje". (Sentencia de 24 de junio de 1980.)

Artículo 516 bis. Utilización ilegítima de vehículo de motor ajenos: comportamiento típico a título de autor.

"Para perpetrar esta figura delictiva, basta con que, sin autorización o causa legítima, se use un vehículo de motor ajeno, bien como conductor, bien como pasajero o de otro modo similar, y tanto el uso subsiga inmediatamente a la sustracción, como cuando, a sabiendas de la comisión de ésta, se use el vehículo con posterioridad a la misma". (Sentencia de 26 de junio de 1980.)

Artículo 529-1. Estafa contractual.

“La estafa contractual sólo se consuma cuando el agente mediante el engaño empleado con anterioridad o en el momento de la formación y expresión del consentimiento, induzca al sujeto pasivo mediante cualquier engaño, artificio o ardir, a prestar un asentimiento que de otro modo y de haber conocido la realidad de las cosas no hubiera otorgado, y que no puede ser identificado con el posterior incumplimiento de lo pactado, ya que entonces nos encontraríamos con que todo incumplimiento civil envolvería un delito de estafa”. (Sentencia de 9 de abril de 1980.)

Artículo 533. Estafa: ilícito penal.

“Que quien concierta un contrato de compraventa interviniendo en el mismo en concepto de vendedor, lo hace, sin duda, en la creencia de que recibirá del comprador el importe del precio pactado, de suerte que el hecho de que se vea defraudado en su esperanza porque el comprador incumpla la prestación a que venía obligado en virtud de lo convenido no basta para criminalizar el negocio, sino que para que esto ocurra y surja el ilícito penal, es menester, que el beneficio obtenido por una de las partes y el correlativo perjuicio sufrido por la otra haya tenido como causa o nexo causal el engaño antecedente constitutivo del elemento esencial del delito de estafa”. (Sentencia de 9 de junio de 1980.)

Artículo 535. Apropiación indebida. Inexistencia del delito en el caso de entrega de una cantidad de dinero a título traslativo del dominio.

“El procesado recibió las cantidades que le fueron entregadas por los promotores de las viviendas en concepto de precio de las obras que se había obligado a realizar en virtud de los oportunos contratos de arrendamientos de obras, es decir, que recibió tal dinero para sí, como dueño, correspondiéndole por ello, respecto de él, todos los derechos concedidos a los propietarios por el artículo 348 del Código civil, entre los que se encuentra el ‘ius disponendi’, y por lo tanto, si en vez de destinarlo a la construcción pactada, lo aplica a otros menesteres ajenos, aunque la obra no la ejecutase, jamás podrá decirse que se apropió indebidamente del referido dinero, puesto que era suyo, sino, en todo caso, que dejó de cumplir una obligación civil, a cuyo acatamiento estaba obligado, que podrá exigírsele por esa vía, pero no, por supuesto, por la jurisdicción penal”. (Sentencia de 27 de mayo de 1980.)

Artículo 546 bis a). Receptación.

“Que no puede concederse en términos absolutos el calificativo de autónomo al delito de receptación, porque cualquiera de los tipos de su formulación positiva presuponen un delito base o preexistente al que está

vinculado, en el plano de la culpabilidad, por el necesario conocimiento de su existencia, y el tipo definido en el artículo 546 bis a) del texto penal trasluce también esa relación de accesoriadad en el plano de la punibilidad, por hallarse legalmente establecido que 'en ningún caso podrá imponerse pena privativa de libertad que exceda de la señalada al delito encubierto'. (Sentencia de 31 de mayo de 1980.)

Artículo 563 bis b). Excusa absolutoria.

"Para que opere la llamada excusa absolutoria contenida en el párrafo segundo de dicho artículo, con la consiguiente exención de responsabilidad penal, sólo se requiere una actividad por parte del librador del cheque o talón, cual es la de hacer efectivo su importe en el plazo de cinco días contados a partir de la fecha de su presentación al cobro, sin que se requiera actuación alguna por parte del tomador, y menos aún, como en el recurso se apunta, la necesidad de requerimiento notarial al librador o protesto del efecto, ya que el tipo penal no lo exige, quedando relegada esta diligencia al ámbito del Ordenamiento jurídico privado". (Sentencia de 28 de mayo de 1980.)

Artículo 563 bis b), párrafo último. Distinción entre el delito de cheque en descubierto y la estafa del artículo 529, 1.º

"Que cuando el Código penal regula el delito de cheque en descubierto, en el artículo 563 bis b) inserta un último párrafo que dice textualmente: 'lo ordenado en este artículo deberá entenderse, salvo el caso previsto en el artículo 529-1.º de este Código. Lo que quiere decir que la emisión o libramiento de cheque sin fondos, puede integrar o el delito de cheque en descubierto o el delito de estafa. Estaremos ante el primero cuando se emite el cheque o talón como título valor contra cuenta corriente, sin que existan fondos bastantes en poder del librador para hacerlo efectivo, actuando en función de pago eficaz de una prestación lícita y sana de cualquier tipo. Estaremos ante la estafa, cuando hay engaño precedente mediante el cheque que viene así a aparentar bienes en cuenta corriente, siendo causa del perjuicio patrimonial. En el primero hay un atentado contra la seguridad del tráfico mercantil, siendo un delito de peligro abstracto; en la estafa, es un delito contra el patrimonio individual, y de resultado". (Sentencia de 8 de mayo de 1980.)

Artículo 565. Infracción culposa: Características.

"Que la infracción culposa se caracteriza esencialmente por la concurrencia de dos elementos capitales: el **normativo**, que equivale a la infracción del deber general y objetivo de cuidado y diligencia, impuesto por la convivencia social y plasmado en el principio 'alterum non laeders',

o a la conculcación de obligaciones específicas de prevención y cautela establecidas por el legislador para actividades concretas y determinadas y encaminadas a evitar todo riesgo y todo peligro; y el psicológico, el cual implica que, el agente, obre voluntariamente, con plenitud de raciocinio y de volición, pero sin malicia respecto al resultado, significando también, previsibilidad de éste o posibilidad de prever las consecuencias dañosas de las acciones u omisiones propias, lo cual depende del nivel intelectual del sujeto, habida cuenta, además, de las circunstancias todas del caso concreto de que se trate". (Sentencia de 24 de junio de 1980.)

Artículo 565. Mensuración del grado de culpa.

"La mensuración de la culpa, ante cada supuesto enjuiciado ha de deducirse valorando la entidad de los dos factores esenciales que la integran: el psicológico o intelectual dependiente del poder y facultad de previsión del agente para conocer y evitar el riesgo o peligro susceptible de producir un resultado dañoso; y el normativo y externo constituido por la infracción de disposición o precepto establecido con carácter obligatorio y observancia general, o incluso, de norma de común y sabida experiencia generalmente observada en el prudente desenvolvimiento en la interdependencia social". (Sentencia de 19 de mayo de 1980.)

Artículo 565. Relación causal.

"Que como esta Sala tiene declarado, cuando dos personas actúan plural y culposamente en conductas coeficientes que causalmente produzcan el daño, resultando una de ellas privada de vida, ambas conductas han de valorarse en el plano causal y por derivación en el grado de culpabilidad del procesado considerado responsable, determinando en lo humanamente posible cuál de ellas fue la causa principal originadora y cuál la causa meramente favorecedora del evento, pues si la actuación de la víctima se muestra como prevalente, decisiva y directa del mismo, cabe valorar la del procesado sobreviviente como accidental y secundaria, pero si la de éste es de inferior entidad pero coadyuvante para el resultado final sobrevenido, entonces, puede y debe rebajarse la gravedad de la imprudencia del último por su aporte menos trascendente; más siendo contributiva y por tanto cooperadora ha de imputarse a los fines de responsabilidad que le alcanzan". (Sentencia de 4 de junio de 1980.)

Artículo 565, párrafo quinto. Impericia.

"Que el otorgamiento de un título profesional, de acuerdo con la normativa docente y académica, crea, indudablemente, una presunción de competencia, que encuentra su fase negativa en la impericia, entendiendo

por tal la incapacidad técnica para el ejercicio de la profesión de que se trata, y esa impericia tanto puede encontrar su fundamento causal en la ignorancia o en la defectuosa ejecución del acto requerido por la *lex artis*, pudiendo así distinguirse entre la culpa del profesional, que al fin y al cabo no es más que la imprudencia o negligencia comunes cometida por profesional en el ejercicio de su arte u oficio y la culpa propiamente profesional, que descansa en la impericia". (Sentencia de 26 de junio de 1980.)

REVISTA DE LIBROS (*)

- Rafael ACOSTA PATIÑO, *Criminología de la prostitución. Realidad actual*. Imprenta Universal Gráfica, S. A., Madrid, 1979, 239 págs.
- Cesare BECCARIA, *De los Delitos y de las Penas*. Introducción, notas y traducción de Francisco Tomás y Valiente. Editorial Aguilar, Madrid, 1979, 216 págs.
- Enrique BELTRÁN BALLESTER, *El hurto de hallazgo. Protección penal de la propiedad perdida en la legislación española, histórica y actual*. Universidad de Valencia, Valencia, 1979, 198 págs.
- Jeremías BENTHAM, *El Panóptico*. Editorial La Piqueta, Madrid, 1979, 145 págs.
- Antonio BERISTAIN, *Cuestiones penales y criminológicas*, Editorial Reus, Madrid, 1979, 633 págs.
- Javier BOIX REIG, *El delito de estupro fraudulento*. Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1979, 419 págs.
- Código Penal y Legislación de Peligrosidad Social*. Editorial Civitas, Madrid, 1979, 316 págs.
- Código Penal*, "Boletín Oficial del Estado"; Duodécima edición, Madrid, junio de 1979, 400 págs.
- Código Penal*, "Boletín Oficial del Estado", Decimotercera edición, Madrid, octubre de 1979, 402 págs.
- Consejo de Europa, *Informe sobre el terrorismo en Europa. Recomendación aprobada por la Asamblea parlamentaria. Diciembre 1978 y enero 1979*. Secretaría General Técnica.—Ministerio del Interior, Madrid, 1979, 111 págs.
- Estudios Penales y Criminológicos III*. Presentación por A. Fernández Albor, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago, 1979, 274 páginas.
- Escritos Penales*. Presentación por José Ramón Casabó Ruiz. Universidad de Valencia, Valencia, 1979, 368 págs.
- Javier GAFO, *El aborto y el comienzo de la vida humana*. Editorial Sal Terrae, Santander, 1979, 281 págs.
- Carlos GARCÍA VALDÉS, *La pena capital. Estado actual de la cuestión*. Editorial Antalbe 1979, Barcelona, 1979, 63 págs.
- Enrique GIMBERNAT ORDEIG, *Introducción a la Parte General del Derecho Penal Español*. Sección de Publicaciones. Facultad de Derecho. Universidad Complutense, Madrid, 1979, 200 págs.
- Informe 1978. Amnistía Internacional*. Amnesty International Publications 1979, Barcelona, 1979, 328 págs.

(*) En esta sección se da noticia de las obras de Derecho penal publicadas durante el año 1979. La redacción del ANUARIO se propone ampliar esta sección meramente informativa a Derecho procesal penal, ejecución de la pena y criminología. En lo sucesivo se publicarán recensiones de aquellas obras de las materias indicadas de las que se remitan al ANUARIO dos ejemplares.

- Informe general 1979*, por Carlos García Valdés. Dirección General de Instituciones Penitenciarias. Un volumen, Madrid, 1979.
- Günther KAISER, *Delincuencia de tráfico y prevención general. Investigaciones sobre la Criminología y el Derecho penal del tráfico*. Traducción José María Rodríguez Devesa. Editorial Espasa-Calpe, Madrid, 1979, 556 págs.
- Ruth S. KEMPE y C. Henry KEMPE, *Niños maltratados*. Ediciones Morata, Madrid, 1979, 231 págs.
- Reinhart LEMPP, *Delincuencia juvenil. Análisis de ochenta casos de homicidio*. Editorial Herder, Barcelona, 1979, 307 págs.
- Manuel LÓPEZ-REY Y ARROJO, *La Justicia Penal y la Política criminal en España*. Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense, Madrid, 1979, 110 págs.
- Diego-Manuel LUZÓN PEÑA, *Medición de la pena y substitutos penales*. Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense, Madrid, 1979, 119 págs.
- María de los Angeles MARTÍN LUCAS, *Análisis cromosómico y dermatoglífico de los trastornos mentales. (Estudio de dos muestras de población: deficiente mental y penal)*. Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense, Madrid, 1979, 171 págs.
- Heinz y Hertha MATTES, *Problemas de Derecho penal administrativo. Historia y Derecho comparado*. Traducción y notas José María Rodríguez Devesa. Editorial Edersa, Madrid, 1979, 538 págs.
- Santiago MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho*. Editorial Bosch, Barcelona, 1979, 77 págs.
- La pena de muerte. Informe de Amnistía Internacional*. Amnesty International Publications 1979, Barcelona, 1979, 238 págs.
- Jean PINATEL, *La sociedad criminógena*. Traducción Luis Rodríguez Ramos. Editorial Aguilar, Madrid, 1979, 240 págs.
- Miguel POLAINO NAVARRETE, *El abandono de familia en el Derecho penal español*. Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1979, 464 páginas.
- Miguel POLAINO NAVARRETE, *La voluntariedad de las acciones punibles*, Artes Gráficas Salesianas, Sevilla, 1979, 111 págs.
- José María RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español. Parte General*. Séptima edición, Gráficas Carasa, Madrid, 1979, 991 págs.
- Luis RODRÍGUEZ RAMOS, *Apuntes de Derecho Penal. (Parte General)*, (dos volúmenes). Universidad Complutense. Facultad de Derecho, Madrid, 1978-1979, 525 págs.
- Luis RODRÍGUEZ RAMOS, *Apuntes de Derecho Penal. (Parte Especial)*. Universidad Complutense. Facultad de Derecho. Madrid, 1979-1980, vol. I, 139 págs.; vol. II, 346 págs.
- Carlos María ROMEO CASABONA, *Los trasplantes de órganos. Informe y documentación para la reforma de la legislación española sobre trasplantes de órganos*. Editorial Bosch, Barcelona, 1979, 183 págs.
- José A. SÁINZ CANTERO, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General. I. Introducción*. Editorial Bosch, Barcelona, 1979, 278 págs.

- Angel de SOLA DUEÑAS, *Socialismo y delincuencia. Por una política criminal socialista*. Editorial Fontamara, Barcelona, 1979, 125 págs.
- El trabajo penitenciario en España*, presentado por Carlos García Valdés. Dirección General de Instituciones Penitenciarias. Organismo Autónomo Trabajos Penitenciarios. Alcalá de Henares, 1979, 283 págs.
- Heinz ZIPF, *Introducción a la política criminal*. Editorial Edersa, Madrid, 1979, 200 págs.

JESÚS PRÓSPER PALACIOS

Colaborador de la 3.^a Cátedra de Derecho
Penal de la Universidad Complutense

Sección bibliográfica retrospectiva y actual de revistas españolas

MANUEL GURDIEL SIERRA

I. BIBLIOGRAFÍA RETROSPECTIVA DE REVISTAS

REPERTORIO DE HIGIENE PÚBLICA Y MEDICINA LEGAL. Redactado por los señores Devergie, Ferrer y Garcés, Guarnerio, Guerra, Gutiérrez, Iquino, Mata, Orfila, Rodríguez Villargoitia, Tardieu, Varela de Montes y Alvarez Chamorro. T. I. Imprenta á cargo de D. S. Compagni, Madrid, 1853.

De esta revista, que pasa por ser la primera publicación periódica de la especialidad (vid. *ADP*, 1980, p. 561 *in fine*), no he hallado constancia en ninguna de las bibliotecas y hemerotecas madrileñas a las que tengo acceso franco. Tampoco más referencia que la suministrada por M. Pérez de Petinto y Bertomeu (*Desarrollo histórico de la Medicina legal y forense en España*, en *Documentación jurídica*, núm. 2, 1974, p. 480 y s.) Afortunadamente poseo un ejemplar, pero incompleto. Está falto de los números 2, 3, 8 y 10. Ignoro si aparecieron más de trece números (312 páginas) e incluso más volúmenes, aunque este último extremo no parezca probable (cfr. *loc. cit.*). En el número 2, según refiere Pérez de Petinto y Bertomeu (*loc. cit.*), publicó Orfila su último trabajo: *Investigaciones sobre infanticidio*.

Álvarez Chamorro (M.), *Importancia y utilidad de la Higiene pública y Medicina legal.—Necesidad de su estudio en España*, p. 5 a 17.

Ferrer y Garcés (R.), *La Medicina legal en España*, p. 73 a 77.

Rodríguez Villargoitia (J.), *El diagnóstico de la locura*, p. 77 a 87, 169 a 203.

Ferrer y Garcés (R.), *Sofisticación de las harinas por medio de la fécula de patatas*, p. 87 a 88.

Álvarez Chamorro (M.), *Reforma de los establecimientos penales*, p. 25 a ?, 97 a 134.

Camó (Francisco), Mavillach (Juan), Vinadér (Joaquín) y Vidal (Pedro), *Medios para determinar si un arma de fuego ha sido ó no disparada, y en caso afirmativo, cuánto tiempo hace que lo ha sido, y teoría de los fenómenos químicos que se observan*, por..., p. 145 a 153.

Chevalier (A.), *Falsificaciones que se hacen sufrir al chocolate. Necesidad de reprimirlas*, p. 154 a 162.

Más sobre establecimientos penales, p. 203 a 204.

Esperiencias sobre el olor de la sangre, p. 205 a 207 (Con motivo de un proceso por asesinato y robo).

Álvarez Chamorro (M.), *Algunas reflexiones sobre el ejercicio de la Medicina legal*, p. 241 a 247.

Devergie (M. A.), *Asesinato. Muerte por asfixia producida por la introducción de granos de trigo en las vías respiratorias y digestivas.— Posición forzada de un hombre cuyo rostro era mantenido por los asesinos sobre un montón de trigo*, p. 248 a 257, 272 a 279.

Álvarez Chamorro (M.), *Al el Faro nacional, á El Tribuno y á Las Novedades*, p. 269 a 272 (Sobre establecimientos penales).

Nadie está libre, en la actualidad, de ser enterrado vivo, ni de ser asesinado impunemente. Necesidad de comprobar las muertes y sus causas, p. 289 a 295.

Toulmouche (A.), *Observación y relación médico-legal, relativas á un caso raro de infanticidio*, p. 296 a 306.

REVISTA DE ESTUDIOS PENALES. Universidad de Valladolid. Facultad de Derecho. Consejo Superior de Investigaciones Científicas y Universidad de Valladolid. Seminario de Derecho Penal adscrito al "Instituto Franciso de Vitoria". Dirigido por el Dr. Juan del Rosal. Tres tomos: T. I. Curso de 1942-43 (año 1943). T. II. Curso de 1944-45 (año 1945). T. III. Curso de 1945-46 (año 1946).

Fue un caso infrecuente de adscripción centralizada, que no llegó a consolidarse. Antecedente inmediato del ADP, el flujo y reflujo de lo jurídico vinculado al avatar político refléjase en alguna de las colaboraciones.

T. I.

Del Rosal (Juan), *Reflexiones sobre el estado de la Parte especial del Derecho penal*, p. 7 a 38.

Schönke (Adolfo), *Recientes modificaciones en el Derecho penal alemán*, trad. directa del alemán por Juan del Rosal, p. 39 a 45.

Rodríguez Devesa (José María), *La Ley de 2 de marzo de 1943 y el delito de rebelión en el Código de Justicia militar*, p. 49 a 62.

Huerta Ferrer (Antonio), *El problema de la relación de causalidad en el Supremo*, p. 63 a 82.

Del Rosal (Juan) y Murillo Ferrol (Francisco), *El nuevo Código penal federal suizo. (Parte general)*, trad. del italiano y notas por..., p. 85 a 165.

Guilarte Zapatero (Alfonso), *Fuentes para la Historia del Derecho penal español*, p. 225 a 226.

Herrero Botas (Carlos), *En torno a la máxima legal "Nullum crimen, nulla poena sine lege"*, p. 229 a 243.

De los Mozos (José Luis), *Trabajo sobre Alfonso de Castro*, p. 245 a 256.

T. II

- Wolf (Erik), *Líneas fundamentales del nuevo Derecho penal juvenil de Alemania*, trad. directa del alemán por Juan del Rosal, p. 7 a 27.
- Piga (A.), *El derecho racial desde el punto de vista biológico*, p. 29 a 48.
- Masaveu (Jaime), *La responsabilidad penal de las personas corporativas en la doctrina y en la legislación*, p. 49 a 65.
- Coimbra (Francisco), *El concepto de concausa en el Derecho penal portugués*, trad. directa del portugués por Juan del Rosal, p. 69 a 83.
- Puig Peña (Federico), *Sobre el debatido problema de la consumación en el hurto*, p. 85 a 99.
- Royo-Villanova (R.), *La enseñanza práctica de la Medicina legal y la práctica de las autopsias judiciales*, p. 101 a 110.
- Guilarte Zapatero (A.), *Documentos y notas para la Historia del Derecho penal. Un proceso de adulterio en el siglo XVI*, p. 111 a 131.
- Del Rosal (Juan), *El nuevo Código penal federal suizo (del 21 de diciembre de 1937)*, trad. directa del texto italiano por..., p. 135 a 201 (Si en el T. I aparecía traducida la Parte general —art. 110, inclusive—, en el presente se da cima al resto).
- Del Rosal (Juan), *Notas. Sobre las relaciones del Derecho penal*, p. 205 a 212.
- Bibliografía de autores españoles. Tomada de la obra del P. Montes Precursores de la Ciencia penal en España*, p. 256 a 264.
- Stampa (José M.^a), *Apunte para el estudio de la Ciencia penal española*, p. 267 a 275.
- Gutiérrez, S. J. (Constancio), *Biografía de Fray Alonso de Castro (1495-1558)*, trad. directa del latín por Benito Bachiller Ochoa y Basíldes Sanz García, p. 277 a 285.
- Covarrubias (Diego de), *De la extradición y otros problemas*, por... (1512-1577), trad. directa del latín por Basíldes Sanz García y Benito Bachiller Ochoa, p. 287 a 319.

T. III

- Silva Melero (Valentín), *El delito colectivo y sus manifestaciones actuales*, p. 7 a 21.
- Da Silva Correia (E. H.), *La doctrina de la culpabilidad en la formación de la personalidad*, trad. directa del portugués por Juan del Rosal, p. 23 a 32.
- Peláez de las Heras (Antonio), *El consentimiento de la víctima*, p. 33 a 53.
- Royo-Villanova y Morales (Ricardo), *El delito de usurpación de funciones en el ejercicio de la medicina*, p. 57 a 70.
- Puig Peña (Federico), *Falsedad como medio para cometer estafa*, p. 71 a 81.
- Guilarte (Alfonso M.^a), *Documentos y notas para la Historia del Derecho penal: Alonso de Castro, Consejero del Rey*, p. 83 a 86.

II. BIBLIOGRAFÍA ACTUAL DE REVISTAS

ANALES DEL INSTITUTO DE ESTUDIOS MADRILEÑOS. C. S. I. C.
Madrid I (1966) a XVI (1979).

Fernández Álvarez (Manuel), *El proceso de Carranza: algunas consideraciones*, I (1966), p. 77 a 84.

Domínguez-Ortiz (Antonio), *La Galera o Cárcel de mujeres de Madrid a comienzos del siglo XVIII*, IX (1973), p. 277 a 285.

BOLETÍN DE INFORMACIÓN, Ministerio de Justicia. Órgano Oficial del Departamento, Madrid, 1980, núms. 1.190 a 1.216.

Caballero Gea (José-Alfredo), *Responsabilidad civil en general: Ambito penal del accidente de circulación*, 1.191, p. 3 a 10.

Ruiz Gutiérrez (Urbano), *La Memoria de la Corte de Casación francesa de 1976-1977*, 1.192, p. 3 a 11 (Aborda sumariamente la materia penal y procesal penal).

Martín Martín (Virgilio), *El cómputo de tiempo en la prescripción penal*, 1.193, p. 3 a 7.

Caballero Gea (José-Alfredo), *La responsabilidad civil subsidiaria en el accidente de circulación*, 1.194-1.195, p. 3 a 9.

Rubio Maestre (Tomás), *Consideraciones en torno a la sumariedad*, 1.197, p. 3 a 8.

Fernández Montalvo (Rafael), *El artículo 563 bis b) del Código penal y el bloqueo de cuenta corriente voluntario y posterior al libramiento*, 1.198, p. 3 a 6.

Onecha Santamaría (Carlos), *La agravante de abuso de confianza*, 1.200, p. 3 a 10.

Caballero Gea (José-Alfredo), *Acción y legitimación: responsabilidad civil en el accidente de circulación*, 1.201, p. 3 a 10.

Pérez de Petinto y Bertomeu (Manuel), *Delincuencia juvenil, etiología y posibles remedios*, 1.202, p. 3 a 15.

Sena Medina (Guillermo), *El juicio de faltas: sugerencias para una modificación de su normativa legal*, 1.203, p. 3 a 14; 1.204, p. 3 a 10.

Martín García (Pedro), *El delito de malversación de caudales públicos del art. 394 del C. P.*, 1.205, p. 3 a 7.

Ruiz Vadillo (Enrique), *El tratamiento de las faltas en el proyecto de Código penal*, 1.206, p. 3 a 15; 1.207, p. 3 a 20.

La XII Conferencia de Ministros europeos de Justicia (Consejo de Europa). Luxemburgo, 21 y 22 de mayo de 1980. Suplemento al número 1.207 de 25 de junio de 1980, p. 3 a 18.

- Miguel Zaragoza (Juan de), *Elementos para una interpretación del artículo 15 de la Constitución (Derecho a la vida) a la luz del Derecho internacional*, 1.209, p. 3 a 10.
- Morenilla Rodríguez (José M.^a), *La ratificación por España de los Convenios del Consejo de Europa en materia criminal*, 1.211, p. 3 a 13.
- Onecha Santamaría (Carlos), *El Traumatismo psíquico en el ámbito penal*, 1.212, 1.213, 1.214, p. 3 a 12.
- Bueno Arús (Francisco), *La legitimidad jurídica de los métodos de la Criminología clínica aplicada al tratamiento penitenciario*, 1.215, página 3 a 11.

·CUADERNOS DE POLITICA CRIMINAL. Instituto de Criminología de la Universidad Complutense. Facultad de Derecho. Universidad Complutense. Madrid.

Núm. 10, 1980

- Caballero (Juan José), *Algunos aspectos de la delincuencia juvenil*, p. 5 a 45.
- Grosso Galván (Manuel), *Nueva criminología y dogmática jurídico penal*, p. 47 a 73.
- Landrove Díaz (Gerardo), *Voluntaria interrupción del embarazo y Derecho penal*, p. 75 a 92.
- Bengamini Miotto (Armida), *Capacitación del personal penitenciario*, p. 93 a 98.
- Beristain (Antonio), *La criminología comparada y su aportación a la Política Criminal: Una reflexión tercermundista*, p. 99 a 104.
- Gallardo Rueda (Alberto), *Criminología y Ciencias del Derecho penal*, p. 105 a 112.

Núm. 11, 1980

- Mato Reboredo (José María), *Droga y criminalidad*, p. 5 a 30.
- Cobo del Rosal (Manuel), y Bacigalupo (Enrique), *Desarrollo histórico de la criminología en España*, p. 31 a 45.
- Ruiz Antón (Luis Felipe), *El fundamento material de la pena en la participación*, p. 47 a 66.
- Zugaldía Espinar (José Miguel), *Conveniencia político-criminal e imposibilidad dogmática de revisar la fórmula tradicional "societas delinquere non potest"*, p. 67 a 88.
- García Valdés (Alberto), *Soluciones propuestas al problema sexual de las prisiones*, p. 89 a 101.
- Octavio de Toledo y Ubieta (Emilio), *De nuevo sobre el interés protegido en atentados, desacatos y figuras afines*, p. 103 a 128.
- Walker (Nigel), *La eficacia y justificación moral de la prevención*, trad. de Bernardo del Rosal, p. 129 a 146.

DOCTRINA PENAL. Teoría y Práctica en las Ciencias Penales. Revista trimestral. Director: Ricardo C. Núñez. Secretario de redacción: Carlos A. Tozzini. Ediciones Depalma. Buenos Aires. Forman parte del Consejo Consultivo internacional los profesores Marino Barbero Santos y Juan Córdoba Roda (1).

No es posible dedicar, como hubiera sido nuestro afán, un apartado de esta sección a las publicaciones periódicas hispanoamericanas, cuya importancia es cada día más notoria. La imposibilidad de acceder de modo continuado y global a las mismas nos obliga a optar por una vía intermedia entre el desconocimiento y la fragmentariedad intermitente: cuando sea hacedero su manejo reseñaremos los trabajos de autores españoles.—inclusive traducciones— y de quienes careciendo de esta condición aborden cuestiones atinentes al Derecho penal español, prisiones, criminología, etc. El mismo sistema aplicaremos a las restantes revistas no españolas, cuando hubiere lugar a ello. Este proceder vulnera formalmente el título de la sección, pero rinde un buen servicio al investigador.

Núm. 0 (julio-diciembre de 1977)

Berdugo Gómez de la Torre (Ignacio), *El derecho de asociación política en la legislación penal española*, p. 3 a 38.

Rivacoba y Rivacoba (Manuel de), *Disposiciones penales contenidas en los códigos de derecho privado chilenos*, p. 113 a 144.

Hendler (Edmundo S.), *Comentario a la ley de reforma del Código Penal español del 19 de julio de 1976*, p. 239 a 247.

Núms. 1 a 4 (1978)

Muñoz Conde (Francisco), *Función motivadora de la norma penal y "marginalización"*, p. 33 a 39.

Quintero Olivares (Gonzalo), *Política criminal y determinación de la pena*, p. 41 a 69.

Beristain, S. J. (Antnio), *La cárcel como factor de configuración social*, p. 271 a 290.

Córdoba Roda (Juan), *Aspectos político-criminales de los delitos de tráfico*, p. 291 a 299.

Homenaje al Prof. Dr. D. Mariano Ruiz-Funes, p. 615.

Debates sobre la reforma penal en España, p. 616:

— *Consideraciones generales sobre política criminal en España*, por Juan Córdoba Roda, p. 617 a 626.

— *Cambio político y reforma penal en la España actual: análisis general*, por José María Escrivá Gregori, p. 627 a 633.

(1) Doy las gracias al Dr. Luis Arroyo Zapatero que ha hecho posible su utilización.

- *Los derechos humanos: situación juridicopenal en el Estado Español contemporáneo*, por Ángel de Sola Dueñas, p. 633 a 640.
- *Notas sobre la delincuencia económica en España*, por Carlos Viladás Jené, p. 640 a 653.
- *La libertad sexual y el sistema penal positivo español*, por Gonzalo Quintero Olivares, p. 653 a 660.
- *Las sanciones administrativas*, por Carlos González Zorrilla, p. 660 a 665.
- *Sistema penitenciario español*, por Mercedes García Arán, p. 665 a 676.
- *Delincuencia juvenil y legislación de menores*, por Esther Giménez Salinas, p. 676 a 682.
- Lima Torrado (Jesús), *El problema del libre albedrío en el pensamiento de Dorado Montero*, p. 723 a 733.

Núms. 5 a 8 (1979)

- Muñoz Conde (Francisco), *Hacia una ciencia crítica del Derecho penal*, p. 33 a 38.
- Rivacoba y Rivacoba (Manuel de), *Influencia historicista en Pellegrino Rossi*, p. 39 a 55 (Incluido también en *Cuadernos de Política criminal*, núm. 8, 1979, p. 128 a 139).
- Barbero Santos (Marino) y Morenilla Rodríguez (José María), *La Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social: su reforma*, p. 217 a 233.
- Bergalli (Roberto), *Anteproyecto de ley general penitenciaria española*, p. 379 a 401.
- *Seminario hispano-germánico*, p. 461 a 708 (2):
 - *Presentación*, por Santiago Mir Puig, p. 463 a 464.
 - I.—El marco internacional de la Reforma Penal:
 - *Rasgos fundamentales del movimiento internacional de reforma del Derecho penal*, por Hans-Heinrich Jescheck, trad. de Santiago Mir Puig, p. 465 a 476.
 - *Consideraciones respecto a la estructura del delito en la reforma penal latinoamericana*, por Juan Bustos Ramírez, p. 477 a 488.
 - *Tendencias y posibilidades de una reforma del Derecho penal a propósito del ejemplo de la reforma alemana del Derecho penal*, por Günther Stratenwerth, trad. de Juan José Queralt, p. 489 a 506.
 - *El desarrollo de la política criminal desde el Proyecto Alternativo*, por Claus Roxin, trad. de Juan José Queralt, p. 507 a 523.

(2) Organizado por Santiago Mir Puig, Director del Departamento de Derecho penal, en colaboración con el Instituto alemán, tuvo lugar en la Universidad Autónoma de Barcelona (Bellaterra), los días 5 a 8 de marzo de 1979. Según mis noticias, las ponencias de este Seminario han sido objeto recientemente de publicación separada por S. Mir Puig, bajo el título *La reforma del Derecho penal*.

II.—La nueva Constitución española y el Derecho penal:

- *Fundamento constitucional de la pena y teoría del delito*, por Santiago Mir Puig, p. 525 a 560.
- *La pena y sus fines en la Constitución*, por Juan Córdoba Roda, p. 561 a 567.

III.—La reforma del Derecho penal español:

A) La reforma del Código penal:

- *Directrices politicocriminales del Anteproyecto de Código penal*, por Gonzalo Rodríguez Mourullo, p. 569 a 580.

a) Parte General.

- *El sistema de penas en el futuro Código penal*, por Enrique Gimbernat Ordeig, p. 581 a 586.
- *Antinomias penales y medición de la pena*, por Diego-Manuel Luzón Peña, p. 587 a 624.
- *La resocialización del delincuente. Análisis y crítica de un mito*, por Francisco Muñoz Conde, p. 625 a 641. (Publicóse asimismo en *Sistema*, núm. 31, 1979, p. 73 a 84 y en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 7, 1979, p. 91 a 106).
- *Autoría y participación en el Código penal vigente y en el futuro Código penal*, por José Cerezo Mir, p. 643 a 654.

b) Parte Especial:

- *Observaciones sobre la parte especial del anteproyecto de Código penal (delitos contra la vida y libertad y contra el patrimonio y el orden económico)*, por Gonzalo Quintero, p. 655 a 666.
- *El nuevo delito de tortura*, por Alejandro del Toro Marzal, p. 667 a 690.

B) La reforma penitenciaria:

- *La reforma penitenciaria*, por Carlos García Valdés, p. 691 a 708.
- Rivacoba y Rivacoba (Manuel de), *La prevención penal del terrorismo en Chile*, p. 779 a 794.
- Bueno Arús (Francisco), *Las normas penales en la Constitución española de 1978*, p. 821 a 858.

Núms. 9 a 10 (1980)

- Barbero Santos (Marino), *La pena de muerte en España: historia de su abolición*, p. 205 a 218.
- Roxin (Claus), *Prevención y determinación de la pena*, trad. de Francisco Muñoz Conde, p. 239 a 263. (Apareció también en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 9, 1979, p. 55 a 74).

DOCUMENTACIÓN JURÍDICA. Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia. Gabinete de Documentación y Publicaciones. Madrid 1979. núm. 24.

Pedraz Penalva (Ernesto), *En torno al procedimiento de urgencia: especial consideración del atribuido a los Juzgados de Instrucción*, página 895 a 955.

Bueno Arús (Francisco), *Nociones básicas sobre la extradición*, p. 957 a 987.

Barbero Santos (Marino), *Marginalidad y defensa social*, p. 1051 a 1063.

REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1980, núm. 91.

Montoto Puerto (Miguel), *Funciones del Ministerio fiscal ante el Tribunal Constitucional*, p. 171 a 192.

Martín Rebollo (L.), *Bibliografía sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración*, p. 309 a 341.

REVISTA DE DERECHO DE LA CIRCULACIÓN. Madrid, 1980, núms. 1 a 3 (3).

Ruiz Vadillo (E.), *La incidencia de los vehículos de motor en el proyecto de Código penal*, p. 1 a 25.

Soto Nieto (Francisco), *Cauces procesales idóneos para el ejercicio de la pretensión indemnizatoria del perjudicado por accidente automovilístico*, p. 107 a 134.

REVISTA DE DERECHO PROCESAL IBEROAMERICANA. Madrid, 1980, núm. 1.

Almagro Nosete (José), *El Derecho procesal en los Estatutos de Autonomía*, p. 7 a 25.

Domínguez Martín (Salvador), *Exposición sistemática de las fazañas como fuente del Derecho medieval*, p. 27 a 67 (procesal penal).

López Muñoz y Larraz (Gustavo), *La justicia penal por jurados*, p. 105 a 129.

REVISTA DE DERECHO PÚBLICO. Madrid, 2.^a época. Año VI, 1980, núms. 78 a 79.

Bleuca Fraga (Ramón), *El delito de espionaje en el marco de la defensa nacional*, núm. 79, p. 257 a 309.

(3) Las referencias bibliográficas de la RDC (1979) recogidas en ADP, 1980, p. 570, deben completarse así: CALVILLO (J.), I. *Derecho de la Circulación en General. El "Derecho de la Circulación" en las Memorias de la Fiscalía del Tribunal Supremo. Memoria de 1979*, p. 655 a 662.

REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO MILITAR. Instituto Francisco de Vitoria. Sección de Derecho militar. C. S./I. C. Madrid, núm. 37, 1979.

Veutro (Vittorio), *La independencia en la Justicia Militar*, p. 9 a 13.

García Ballester (Pascual), *Los principios de la Disciplina en el Derecho Disciplinario Militar Comparado*, p. 93 a 181.

Alonso Díaz (Gabriel), *Acerca de la organización, competencia y procedimiento de la Jurisdicción Militar*, p. 202 a 207.

Valenciano Almoyna (Jesús), Montull Lavilla (Eduardo), Millán Garrido (Antonio), *Contestaciones al cuestionario elaborado por la Escuela de Estudios Jurídicos del Ejército*, p. 209 a 219. (Contribución a la tarea de elaborar un nuevo CJM).

Millán Garrido (Antonio), *Los títulos X y XI del Código penal rumano. Nota introductoria y traducción de...*, p. 221 a 230.

REVISTA ESPAÑOLA DE INVESTIGACIONES SOCIOLOGICAS. Centro de Investigaciones Sociológicas. Madrid, 1979, núm. 5.

Hernández Rodríguez (Gerardo), *Aborto y planificación familiar. Aspectos sociológicos*, p. 137 a 163.

REVISTA DE ESTUDIOS PENITENCIARIOS. Ministerio de Justicia. Dirección General de Instituciones Penitenciarias. Escuela de Estudios Penitenciarios. Madrid, núm. 220-223. Enero-diciembre 1978 (4).

Ley General! Penitenciaria, p. 5 a 38.

López Riocerezo (José María), *La eutanasia: crimen impune*, p. 41 a 73.

Bueno Arús (Francisco), *El Real Decreto 2273/1979, de 29 de julio, por el que se modifica el Reglamento de los Servicios de Instituciones Penitenciarias*, p. 75 a 139.

Calvo García (Jesús), *Pedagogía y tratamiento penitenciario (tercera parte)*, p. 143 a 206.

Zapatero Sagrado (Ricardo), *El cooperativismo penitenciario: una opción de futuro*, p. 207 a 221.

García Basalo (J. Carlos), *John Howard en España*, p. 225 a 267.

REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD COMPLUTENSE. Madrid, 1979, núm. 2, Monográfico.

García Herrera (Miguel Angel), *Principios generales de la tutela de los derechos y libertades en la Constitución española*, p. 95 a 122.

(4) ADP, 1980, p. 305, línea 21, dice: Revista de Estudios penitenciarios, 1977, debe decir: Revista de Estudios penitenciarios, núm. 216-219. Enero-diciembre 1977; línea 25, dice: Calco, debe decir: Calvo.

Martínez Morán (Narciso), *El derecho a la vida en la Constitución española de 1978 y en Derecho comparado: aborto, pena de muerte, eutanasia y eugenesia*, p. 133 a 182.

Laraña Rodríguez-Cabello (Enrique), *Un derecho no reconocido en la Constitución: el derecho a la resistencia*, p. 183 a 203.

REVISTA GENERAL DE DERECHO. Valencia. Enero-agosto, 1980.

Ruiz Vadillo (Enrique), *Hacia una reforma en profundidad del ordenamiento jurídico (conclusión)*, p. 3 a 17.

Gimeno Sendra (José Vicente), *Algunas sugerencias de reforma para una nueva ordenación de la defensa en la instrucción. (Breve comentario a la Ley 53/1978 de 4 de diciembre)*, p. 186 a 202.

Soto Nieto (Francisco), *Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal. Conceptuación de las compañías aseguradoras como responsables civiles subsidiarios*, p. 339 a 371.

REVISTA JURÍDICA DE CATALUÑA, Ilustre Colegio de Abogados. Barcelona, 1980, núms. 1 a 3.

Gómez-Reino y Pedreira (Antonio), *Apuntes a la Orgánica judicial*, p. 233, a 244.

NOTICARIO

ENCUENTRO DE PENALISTAS IBEROAMERICANOS (3-5 DE NOVIEMBRE DE 1980) SOBRE PERSPECTIVA HISTORICA Y PROYECCIONES ACTUALES DE LA CODIFICACION PENAL IBEROAMERICANA

A LOS PENALISTAS DE AMERICA (*)

Al cumplirse el sesquicentenario de la codificación penal iberoamericana, que comenzó a finales de 1830 con los primeros códigos de Bolivia y el Brasil, uno de los cuales ha permanecido en vigencia hasta hace pocos años, la efemérides sorprende a esta parte del mundo en plena efervescencia legislativa y renovadora y en plena laboriosidad científica.

Tanto la tarea legislativa como la actividad de los estudiosos se beneficiarán siempre, y requieren para ser fecundas, de los encuentros entre quienes las realizan y del intercambio, comparación y contraste de ideas y experiencias.

Por otra parte, acaso toda obra humana, pero en especial la jurídica, y singularmente en un campo como el del Derecho penal, en que el cambio incesante parece ser una de sus características, sólo tiene sentido y puede aspirar a algún éxito, teniendo conciencia de sus raíces y tomando en consideración las que le han precedido.

En consecuencia, esta Facultad, que hace ya tiempo viene acordando particular interés a los estudios penales, estima la ocasión propicia para que se reúnan los especialistas más calificados del continente y, así, se honra y, a la vez, se complace en convocarlos a un *Encuentro de penalistas iberoamericanos*, que versará sobre el tema general «Perspectiva histórica y proyecciones actuales de la codificación penal iberoamericana», el cual se descompondrá, para su adecuado tratamiento, en diversos aspectos o subtemas.

El *Encuentro* se celebrará entre los días 3 y 5 de noviembre próximo, ambos incluidos, y a tal efecto la Facultad se pone a la disposición de todas aquellas personas a quienes interese y se propongan asistir.

Oportunamente se irá haciendo llegar a los interesados y a todos los centros de altos estudios jurídicos del continente la información complementaria, así como la que nos pidan; pero desde este momento expresamos nuestra convicción de la conveniencia y utilidad de dicha reunión y la complacencia con que acogeremos en esta Casa a cuantos estudiosos concurren con tal fin en las fechas señaladas.

Así, además, se incrementará el conocimiento recíproco entre los penalistas de Iberoamérica y se estrecharán efectivamente nuestros lazos fraternales.

Valparaíso, 25 de agosto de 1980.

(*) Convocatoria dirigida para su publicación en este *Anuario* por el Dr. Italo PAOLINELLI MONTI, decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas, Económicas y Sociales. Universidad de Chile. Sede Valparaíso.

INDICE GENERAL DEL TOMO XXXIII AÑO 1980

Páginas

TOMO XXXIII - FASCICULO III-SEPTIEMBRE-DICIEMBRE

SECCION DOCTRINAL

<i>El Proyecto de Código penal de 1980, víctima de las estructuras</i> , por Antonio Beristain	585
<i>El secreto profesional en el proyecto de Código penal</i> , por Miguel Bajo Fernández	595
<i>Dogmática jurídica-política criminal-criminología como alternativa de futuro</i> , por Alfonso Serrano Gómez	611
<i>La estructura de la acción punible en el Código penal</i> , por Joaquín Cuello	641
<i>La seguridad en la aviación civil en el Derecho internacional penal</i> , por Miguel Angel Soto Lamadrid	663
<i>Las prisiones en Latinoamérica</i> , por Elio Gómez Grillo	689

CRONICAS EXTRANJERAS

A) Alemania

<i>XII Congreso Internacional de Derecho Penal</i>	697
---	-----

B) Austria

<i>Una experiencia notable: El nuevo derecho penal austriaco</i> , por Eugenio Raúl Zaffaroni	707
--	-----

C) Bolivia

<i>Decreto Ley núm. 16.562 (Estupefacientes)</i>	730
---	-----

D) Francia

<i>Contra las reformas penales. La protesta unánime de los juristas franceses</i> , por Pascual Meneu Monteleón	746
--	-----

E) Italia

<i>Normas para la tutela social de la maternidad y sobre la interrupción voluntaria del embarazo</i> , traducido por Miguel Angel Soto Lamadrid	749
--	-----

F) Perú

<i>Decreto Ley núm. 22.095 (Estupefacientes)</i>	758
---	-----

SECCION LEGISLATIVA

A) Leyes orgánicas	777
B) Resoluciones	781
C) Propositiones de Ley	788

CONSEJO DE EUROPA

<i>Instrumento de Ratificación de 9 de mayo de 1980, del Convenio Europeo para la Represión del Terrorismo, hecho en Estrasburgo el 27 de enero de 1977</i>	790
--	-----

SECCION DE JURISPRUDENCIA

<i>Jurisprudencia penal, por Luis Felipe Ruiz Antón</i>	795
--	-----

SECCION DE BIBLIOGRAFIA

<i>Revista de libros, por Jesús Prósper Palacios</i>	815
<i>Sección bibliográfica retrospectiva y actual de revistas españolas, por Manuel Gurdíel Sierra</i>	816

NOTICIARIO	827
--------------------------	------------

	<i>Páginas</i>
<i>Dogmática jurídica-política criminal-criminología como alternativa de futuro</i> , por Alfonso Serrano Gómez	611
<i>La estructura de la acción punible en el Código penal</i> , por Joaquín Cuello	641
<i>La seguridad en la aviación civil en el Derecho internacional penal</i> , por Miguel Angel Soto Lamadrid	663
<i>Las prisiones en Latinoamérica</i> , por Elio Gómez Grillo	689

CRONICAS EXTRANJERAS

A) Alemania	
<i>XII Congreso Internacional de Derecho Penal</i>	697
B) Austria	
<i>Una experiencia notable: El nuevo Derecho penal austriaco</i> , por Eugenio Raúl Zaffaroni	707
C) Bolivia	
<i>Decreto Ley núm. 16.562 (estupefacientes)</i>	730
D) Francia	
<i>Contra las reformas penales. La protesta unánime de los juristas franceses</i> , por Pascual Menéu Monteleón	746
E) Italia	
<i>Normas para la tutela social de la maternidad y sobre la interrupción voluntaria del embarazo</i> , traducido por Miguel Angel Soto Lamadrid	749
F) Perú	
<i>Decreto Ley núm. 22.095 (estupefacientes)</i>	758

SECCION LEGISLATIVA

A) Leyes orgánicas	777
B) Resoluciones	781
C) Propositiones de Ley	788

CONSEJO DE EUROPA

<i>Instrumento de Ratificación de 9 de mayo de 1980, del Convenio Europeo para la Represión del Terrorismo, hecho en Estrasburgo el 27 de enero de 1977</i>	790
--	-----

SECCION DE JURISPRUDENCIA

<i>Jurisprudencia penal</i> , por Luis Felipe Ruiz Antón	795
---	-----

SECCION DE BIBLIOGRAFIA

<i>Revista de libros</i> , por Jesús Prósper Palacios	815
<i>Sección bibliográfica retrospectiva y actual de revistas españolas</i> , por Manuel Gurdíel Sierra	816

NOTICIARIO	827
--------------------------	-----

**PUBLICACIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE
ESTUDIOS JURIDICOS**

1. Antonio HERNÁNDEZ GIL, *El testamento militar*, 1946, 241 págs. (tela, 400 ptas.).
2. Antonio HUERTA FERRER, *La relación de causalidad en la teoría del delito*, 1948, 377 págs. (tela, 500 ptas.).
3. José MALDONADO Y FERNÁNDEZ DEL TORCO, *La condición jurídica del «nasciturus» en el Derecho español*, 1946, 270 págs. (tela, 400 pesetas).
4. José M.^a RODRÍGUEZ DEVESA, *El hurto propio*, 1946, 251 págs. (tela, 400 ptas.).
5. Juan DEL ROSAL, *Estudios penales*, 1948, 348 págs. (tela, 500 pesetas).

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