

IN MEMORIAM

El día 23 de febrero de este año descansó en la paz del Señor don José Antón Oneca, director que fue del «Anuario» desde el año 1967 hasta 1975. Mantuvo la amplitud de criterio que viene siendo tradicional en él y marcó su paso con valiosísimas aportaciones de su elegante pluma, muestra de su profundo conocimiento de nuestra historia penal y de su preocupación por lo que más importa, que es la determinación de los fines del Derecho penal y de la pena. El «Anuario» desea honrar su memoria con el tributo que la Ciencia del Derecho penal española le rinde, dolorida por la pérdida de una de sus figuras más insignes, de un maestro cuyas palabras siguen vivas en sus escritos y que con su obra dotada de perenne actualidad continúa adoctrinando a las nuevas generaciones de penalistas. Sus palabras, modelo de ecuanimidad, seriedad y cuidadoso estudio de los problemas que nos atañen siguen siendo una guía segura, no sólo para quienes inician sus estudios sobre los problemas en los que fue máximo maestro, sino para los que tras muchos años de dedicación hemos de volver a inspirarnos una y otra vez en esas páginas que ha dejado escritas, donde la claridad y sobriedad corren parejas con la profundidad y galanura en el lenguaje.

El llanto de los penalistas españoles ha aportado una tal copia de artículos que rebasa las posibilidades de la consueña sección doctrinal y nos fuerza a dedicar íntegramente los dos últimos fascículos de 1981 a las contribuciones que de todas las Universidades españolas nos han llegado, hasta el punto de que no sólo hemos tenido que prescindir de la acostumbrada información legislativa y jurisprudencial, de la crónica extranjera y la revista de revistas y revista de libros, así como de las recensiones que deberían aparecer en estos fascículos, sino que, con la pesadumbre que supone no disponer de medios económicos suficientes para poder publicar todos los originales recibidos, tendremos que dejar para el próximo año la publicación de los artículos que no tienen cabida en éste. Las secciones y crónicas que ahora se omiten se incluirán en el fascículo I de 1982 cuya temprana aparición cubrirá, al menos así lo esperamos, la laguna de información a que nos obligan las tristes circunstancias que motivan el que se quiebre la línea que veníamos siguiendo.

Los artículos que se postergan para el próximo año son los que por su extensión, o por haber sido enviados en tardía fecha, no han podido ser acogidos en estos dos últimos fascículos. Rogamos a sus autores comprensión para las circunstancias que nos impiden darles cabida ahora con la seguridad de que no tardarán en ver la luz próximamente.

José María Rodríguez Devesa

Don José Antón Oneca

In memoriam (*)

Por ALFONSO SERRANO GOMEZ

Con la muerte de don José Antón Oneca desaparece una de las figuras más destacadas de la ciencia penal española de todos los tiempos. No sólo se ha perdido a un excepcional científico, sino también a un hombre de una gran humanidad, cuya honestidad puso constantemente de manifiesto, tanto en su labor docente e investigadora, como en la recta aplicación de la justicia durante el tiempo que fue Magistrado del Tribunal Supremo.

I. DATOS BIOGRAFICOS

Nació don José en Madrid, en 1897, era hijo de madrileña y padre alicantino. Falleció el día 23 de febrero de 1981, unos días antes de cumplir los ochenta y cuatro años (1).

(*) De la memoria de don José Antón ya dio cuenta su discípulo Cerezo Mir en la Revista Jurídica Española *La Ley*, en su número de 26-2-1981, así como de autor anónimo el diario de Salamanca *El Adelanto*, los días 24 y 25 de febrero. Me sumo yo a la Memoria del Maestro en este Homenaje, procurando no repetir lo que aquéllos dijeron, que es muy elogioso, a fin de aportar nuevos datos.

(1) Según consta en el libro ciento tres, folio treinta y siete, número cuatrocientos sesenta y tres del Juzgado municipal del Distrito de Buenavista de la Corte, don José nació a las once menos cuarto de la noche del día diecinueve de marzo de mil ochocientos noventa y siete, en el número cinco y siete, cuarto, segundo derecha, de la madrileña calle de Olózaga. Se le pusieron los nombres de José, Francisco de Paula y Vicente.

El acta está rectificada, ya que los apellidos completos de don José eran Antón del Olmet y Oneca. Así figura en el Título de Bachiller, expedido en 1914, durante la Licenciatura y Doctorado y en su nombramiento como Catedrático, en 1923, y en otros documentos, hasta el año 1925. Se debe el apellido de Olmet a que el padre de don José hizo la unión de éste, pero que posteriormente se prescindiría del mismo. El día 1 de diciembre de 1925 dirige don José Antón una instancia al Ministro de Instrucción Pública y Bellas Artes, en la que se pedía lo siguiente:

«Que habiendo obtenido en virtud de expediente judicial la modificación de su inscripción de nacimiento, sustituyendo su primer apellido compuesto

Su padre era natural de Muchamiel (Alicante), fue catedrático de Antropología de la Universidad Central, sucediendo a Saillas en la Dirección de la Escuela de Criminología, de la que fue profesor. Fue también bibliotecario del Ateneo y en dos ocasiones resultó elegido parlamentario por Alicante.

Tuvo dos hermanos, Joaquín, Abogado y Funcionario del Ministerio de la Gobernación; Manuel, Ingeniero de Caminos, y una hermana, María Luisa. Contrajo matrimonio con doña Encarnación Corrales, vallisoletana, que desde los once años residía en Madrid; se celebró éste en Barcelona el día 11 de agosto de 1942, ya que era la ciudad donde vivía la mayor parte de la familia de doña Encarnación, no quedándole ningún familiar en Madrid. El matrimonio tuvo un hijo, José Manuel, desde hace años Catedrático de Matemáticas de la Escuela de Ingenieros Agrónomos de la Universidad Complutense.

Sorprendió el Movimiento a don José en Segovia, en casa del doctor Cañizo, con quien le unía una gran amistad. Poco antes había estado en la Granja, visitando a su futura esposa. El doctor le convenció para que se quedara y él le llevaría en su coche en cuanto la situación se calmara, pues pensaba que sería cosa de poco tiempo. Sin embargo, dos días después se cortaban las comunicaciones con Madrid.

De casa del doctor Cañizo fue sacado por un grupo de falangistas, quienes le interrogaron sobre su participación en procesos contra José Antonio Primo de Rivera. Después fue ingresado en una de las prisiones de Segovia, a lo que accedió el Gobernador Civil. Allí quedó a disposición del Jefe Superior de Policía de Valladolid. Sucedió esto a finales de septiembre de 1936.

Aunque no había nada por lo que pudiera acusarse a don José, sin embargo, parece que algún miembro de la Magistratura de Segovia informó a los falangistas de que don José había participado en varios procesos contra José Antonio. No obstante, Antón solamente hablaba de haber intervenido en un sumario contra aquél, del que prácticamente fue absuelto. Pese a todo, los falangistas no estaban dispuestos a que se le pusiera en libertad hasta aclarar la participación de don José en los supuestos procesos. Por otra parte, se le consideraba como un detenido importante, a efectos de poder canjearlo por alguno de la otra zona, prueba de ello es que el delegado de orden público de Segovia, intentó ese canje por un hermano que tenía detenido en Madrid.

Doña Encarnación consiguió, tras gestiones con el Gobernador militar de Segovia, que pasara de la cárcel al domicilio del doctor Cañizo, en situación de prisión atenuada. Más tarde volvería

«Antón del Olmet» por el simple de «Antón» en la forma que acredita la adjunta certificación del acta rectificadora, acude a V. E. en solicitud de que se sirva ordenar se tenga en cuenta la expresada modificación en el próximo escalafón de catedráticos de Universidad y en todos los documentos relativos a su carrera que procedan de ese Ministerio.»

de nuevo a la prisión, y tras nuevas gestiones en Valladolid consiguió que don José volviera a la misma situación en casa del doctor Canizo. Doña Encarnación fue a Salamanca, en la primavera de 1937, a pedir a don Pedro Sainz Rodríguez que intercediera por su novio. En el coche de éste fueron hasta Sevogia, a casa del doctor Cañizo, donde se encontraba don José. Sainz Rodríguez le dijo que si se hacía de Renovación Española hablaría a Franco para intentar conseguir la libertad. Don José le contestó que él no había pertenecido a partido político alguno, ni estaba dispuesto a afiliarse a ninguno, lo que deseaba era un pasaporte para marcharse a Francia o Inglaterra, aunque él tenía preferencia por Hispanoamérica, tierras donde fueron a parar algunos penalistas exiliados.

Al día siguiente de la entrevista con Sainz Rodríguez se le volvió a ingresar de nuevo en prisión, pues ante la vista de éste, los falangistas temían que pudiera quedar en libertad. En alguna otra ocasión volvería a casa del doctor Cañizo en prisión atenuada.

Estuvo don José en las tres prisiones de Segovia: La Vieja, la Nueva y el Asilo Penitenciario, que era la menos incómoda; trabajó en las obras del Camino nuevo y ampliación del cementerio. También estuvo en las prisiones de Santa María de Nieva y Torrecaballeros, en barracones que no ofrecían las mínimas condiciones de habitabilidad; en éstas, que eran como campos de concentración, estuvo trabajando. Quedó en libertad en la primavera de 1940, gracias a la gestión de don Ramón Carande.

Los esfuerzos de doña Encarnación por conseguir la libertad de don José la llevaron también a la cárcel, mediante arresto gubernativo, acusada de ayudarle. Se la ingresó en 1937 en la Cárcel Nueva de Segovia, donde se le dijo que le iban a formular unas preguntas, que nunca le fueron hechas. Se apuntó, junto con don José, a un canje que se iba a realizar a través de la Cruz Roja. A ella la llevaron para pasarla a Francia, mientras que don José permaneció en Segovia, en la prisión. Llegó hasta Irún, donde estuvo un mes en un campo de concentración, en espera de pasar al país vecino. No fue así, sino que se le trasladó a la prisión de Tolosa. Este Centro estaba en muy malas condiciones y mediante la intervención de Sainz Rodríguez fue destinada a San Sebastián, a un lugar mucho más cómodo, como lo era un Asilo, regentado por monjas, que hacía la función de prisión de mujeres. Quedó en libertad inmediatamente después de terminada la contienda, gracias a las gestiones de su padre.

Sufrió don José una larga enfermedad, y aunque físicamente se mantuvo bien hasta los últimos meses de su vida, sin embargo, la arteriosclerosis que padecía le fue restando facultades en los últimos tiempos; casi diez años después de su jubilación, a mediados de los años setenta, comenzaba a manifestar su notable disminución de memoria, que perdió totalmente en la última época.

Su mujer, doña Encarnación Corrales, fue esposa ejemplar durante toda la vida de Antón, especialmente en los últimos

tiempos; primero, cuando necesariamente había de acompañar a su marido a todas partes, pues su debilitamiento de memoria llegó hasta tal extremo que de haber salido solo a la calle no hubiera sabido volver a casa. Llegó a no reconocer a sus más cercanos, incluso a sus propios discípulos. Cuando la enfermedad era irreversible, hubo de estar varios meses en cama, no obstante, doña Encarnación estuvo siempre a su lado, atendiéndole con gran cariño y abnegación, tanto en casa como en los diversos centros sanitarios donde estuvo internado. Yo visité a don José con relativa frecuencia en esos últimos meses y me consta el ejemplar comportamiento de su señora, a la vez que podía comprobar cómo el Maestro se consumía lentamente, ya que su fortaleza física, pese a los problemas pulmonares de su juventud, no presagiaba una muerte rápida.

A última hora de la tarde del día 22 de febrero de 1981 recibí una llamada telefónica de doña Encarnación en la que me comunicaba que su marido estaba realmente grave, a juzgar por su situación y el propio informe de los médicos que le asistían. Me trasladé inmediatamente al Hospital Clínico de la Universidad Complutense, a una de las habitaciones de la sección de privados, en donde había sido ingresado a finales de noviembre de 1980, gracias a las gestiones del también Catedrático Gómez Orbaneja, amigo personal de don José, y de la amable colaboración del Señor Rector. En la habitación la encontré a ella y a su hijo. Don José respiraba con dificultad y a un ritmo acelerado; daba la impresión que se ahogaba. Inmediatamente se presentó el médico, acompañado de una enfermera y se le puso una mascarilla de oxígeno. Nada hay que esperar, dijo, esto es cuestión de minutos o a lo sumo un par de horas. Poco después llegó su antiguo discípulo y ayudante en Salamanca, el Magistrado don José Moreno Moreno, acompañado de su señora. A las cero cuarenta horas del día 23 de febrero fallecía el Maestro don José Antón Oneca. Descanse en paz.

II. EL UNIVERSITARIO

Estudió don José el Bachiller en el Instituto General Técnico de San Isidro, en Madrid. Terminó el día 12 de junio de 1913, con la calificación de sobresaliente, siéndole expedido el título por el Rectorado, con fecha 24 de abril de 1914 (2).

Realizó sus estudios universitarios en Madrid, en la Universidad Central, conforme al plan de 1884. En su expediente académico consta lo siguiente:

(2) No estuvo muy decidido, en principio, sobre su vocación universitaria. Su padre le había aconsejado que estudiara Derecho, pues quería que se dedicara a la política. Aunque a él le gustaba Filosofía y Letras, accedió a los deseos de su padre; lo que no habría de conseguir es que se dedicara a la política.

Período preparatorio.—Lo realizó en el curso 1913-14, cursando las siguientes asignaturas: Lengua y Literatura española, Lógica fundamental e Historia de España. Obtuvo en todas ellas la calificación de sobresaliente con opción a matrícula de honor.

Período de licenciatura.—Lo hace a continuación, terminando en el curso 1917-18. Las asignaturas que cursó fueron las siguientes: Elementos de Derecho natural, Instituciones de Derecho romano, Economía política, Historia general del Derecho español, Instituciones de Derecho canónico, Derecho político español comparado con el extranjero, Derecho civil español común y foral (primer curso), Derecho administrativo, Derecho penal, Elementos de Hacienda pública, Derecho civil español común y foral (segundo curso), procedimientos judiciales, Derecho internacional público, Derecho mercantil de España y de las principales naciones de Europa y América, Práctica forense y redacción de documentos públicos, Derecho internacional privado. En casi todas las asignaturas obtuvo igualmente la calificación de sobresaliente con opción a matrícula de honor.

Doctorado.—Lo realiza de acuerdo al plan de 1900, durante el curso 1918-19, estudiando las siguientes asignaturas: Historia del Derecho internacional, Legislación comparada, Historia de la literatura jurídica española, Estudios superiores de Derecho penal y Antropología criminal. Obtuvo también las máximas calificaciones.

Realizó el examen de reválida el 18 de octubre de 1918, con la calificación de sobresaliente. Fue secretario del Tribunal Sánchez Tejerina. El 11 de enero de 1921 leyó su tesis doctoral sobre «El perdón judicial», obteniendo la calificación de sobresaliente. Uno de los miembros del Tribunal era Jiménez de Asúa.

En la «Gaceta» de 14 de noviembre de 1920 se convocaba a oposición la Cátedra de Derecho penal de la Universidad de Salamanca, en la que podían concurrir solamente quienes fueran profesores auxiliares. Don José solicitó participar en instancia de 13 de enero de 1921 (3). Firmaron esta oposición, además de don José, Emilio Langle Rubio, Máximo Peña Mantecón, Luis Gestoso Tudela, Antonio Martínez del Campo Keller y Enrique Zarandíeta y Mirabent, que fue excluido por no reunir los requisitos exigidos en la convocatoria.

Presidió el Tribunal Adolfo Bonilla San Martín, siendo secretario Marciano Ruíz Funes y García; el resto de los miembros fueron Enrique de Benito y de la Llave, Antonio Mesa Mole y Luis Jiménez de Asúa. Se constituyó el Tribunal a las doce horas del día 8

(3) Durante la Licenciatura en Derecho pensó dedicarse a la Historia, por la que tenía cierta preferencia, lo que se demuestra en los diversos trabajos realizados sobre la historia de la codificación penal española; contaba también que su relación con Castán Tobeñas estuvo a punto de llevarle por el camino del Derecho civil.

de febrero de 1923; se aprobó el temario el día 12, y se entregó copia a los opositores el día 15. Constaba el temario de 126 lecciones que regía para los ejercicios primero, segundo y cuarto: este programa se confeccionó con los temas propuestos por los miembros del Tribunal.

A la oposición solamente se presentaron Emilio Langle Rubio, Máximo Peña Mantecón y don José Antón Oneca, que actuaron en los ejercicios por este orden. El primer ejercicio se celebró el día 24 de febrero de 1923, se sacaron al azar dos temas de los 126 que contenía el cuestionario, saliendo el cuarto y noventa y seis (4) los tres opositores eligieron el primero que trataba del *Derecho penal germánico y canónico*. Don José escribió catorce folios por las dos caras; Langle, siete y medio, y Peña, seis. Los opositores fueron separados y vigilados, siendo firmados los folios por Ruiz Funes, como control. Los ejercicios se leyeron en audiencia pública en la mañana del día veintiséis y lo superaron los tres. El segundo ejercicio lo realizó Langle el día 27, Peña el 28 y don José el día 1.º de marzo. Se sacaban cinco temas del cuestionario al azar, correspondiéndole a Antón los números 29, 34, 49, 53 y 76 (5) y se recoge en las actas del Tribunal «sobre cuyos temas disertó todo el tiempo reglamentario». El tercer ejercicio, que se celebró el día 2 de marzo, fue un caso práctico, siendo eliminado Peña Mantecón. El cuarto ejercicio consistía en explicar una lección del cuestionario, Langle lo realizó el día 7 y don José el 8, le salieron a suerte los temas 6, 24, 54 y 78 (6), eligiendo el 24. Se les encerraba para su preparación. El quinto y último ejercicio consistía en la explicación del programa presentado por el opositor, el de Antón constaba de setenta y cinco temas, dedicando a la parte general cuarenta y nueve, y el resto a la parte especial. La votación de propuesta tuvo lugar a las 11 de la mañana del día 10 de marzo; el Tribunal votó por unanimidad a don José.

Había firmado también la Cátedra de Oviedo, en instancia fechada el día 10 de octubre de 1922, en la que solicitaba tomar parte a dicha Cátedra, convocada en la «Gaceta» 11-8-1922, en turno de oposición entre auxiliares, a tenor de lo dispuesto en el Real Decreto de 19 de julio de 1922. No se presentó, pues al celebrarse ya era catedrático de Salamanca.

(4) El tema 96 se ocupaba de «La evolución penitenciaria en España».

(5) El contenido de estos temas era: 29. La llamada Política Criminal.—Sus tendencias.—Su programa de reformas; 34. La extradición; 49. La ignorancia, el error y el caso fortuito.—Derecho español; 53. Embriaguez.—Otros estados tóxicos.—Derecho español; 76. La doctrina y la legislación comparada en cuanto a la pena de muerte.

(6) El contenido de estos temas era: 6. El Derecho penal anterior a la revolución.—La reforma de Beccaria, influencia de la revolución francesa en el Derecho penal; 24. El tipo delincuente.—Crítica; 54. El sexo.—Las pasiones.—Derecho español; 78. Las penas privativas de libertad.—Sus diversas especies.—La prisión como pena, tipo entre las privativas de libertad. Las penas privativas de libertad en el Código vigente en España.

En la «Gaceta» de 20 de marzo de 1923 se publicaba esta Real Orden: «En virtud de oposición y propuesta del Tribunal calificador, S.M. el Rey (q.D.g.) ha resuelto nombrar a don José Antón del Olmet y Oneca, catedrático numerario de Derecho penal de la Universidad de Salamanca, con el sueldo anual de 6.000 pesetas y demás ventajas de la Ley.—De Real Orden comunicada por el Sr. Ministro lo digo a V.S. para su conocimiento y demás efectos.—Dios guarde a V.S. muchos años.—Madrid, 16 de marzo de 1923.—El Subsecretario Anguita.—Sr. Ordenador de Pagos por obligaciones de este Ministerio».

Tomó posesión el día 1.º de mayo del mismo año, ante el rector Esperabé. Se le exigió entre otros requisitos, certificado de haber emitido su voto en las últimas elecciones de Diputados a Cortes, celebradas en Madrid el día 29 de abril de 1923.

En cuanto a servicios prestados a la Universidad, su situación fue la siguiente:

Ingresó por la Universidad de Salamanca, por Orden de 16 de marzo de 1923, con sueldo anual de 6.000 pesetas; ascendió a la sección 8.ª de su escalafón por Orden de 1 de octubre de 1925 (sueldo anual, 7.000 pesetas); asciende a la sección 9.ª por Real Orden de 4 de mayo de 1929 (sueldo anual, 8.000 pesetas); pasó a la situación de excedencia por Orden Ministerial de 8 de marzo de 1932 —al ser nombrado Magistrado del Tribunal Supremo—, estando en esta situación hasta el 14 de septiembre de 1940 (ocho años, seis meses y cinco días); reingresa por la Universidad de Santiago el 14 de septiembre de 1940, con el sueldo anual de 9.600 pesetas (el reingreso en el servicio activo se le concedió por Orden Ministerial de 24 de abril, aunque no se incorporó hasta el mes de septiembre (7)); asciende a la 4.ª categoría por Orden de 2 de febrero de 1942 (sueldo anual, 16.000 pesetas); asciende a la nueva 5.ª categoría según Ley de Presupuestos de 1943, por Orden Ministerial de 21 de enero de 1943 (sueldo anual 18.000 pesetas); asciende a la 4.ª categoría, por Orden de 31 de mayo de 1943 (sueldo anual, 20.000 pesetas); asciende a la 3.ª categoría por Orden Ministerial de 8 de enero de 1948 (sueldo anual, 22.000 pesetas); asciende a la 2.ª categoría por Orden de 1 de marzo de 1949 (sueldo anual, 24.000 pesetas); tras diversas mejoras económicas en 1951, con

(7) Pidió su reingreso en la Universidad, en instancia dirigida al Ministro de Educación Nacional, con fecha 19 de abril de 1940, en la que decía: «Que se encuentra en situación de excedencia voluntaria y fue depurado en virtud de Orden de la Junta Técnica del Estado de 28 de septiembre de 1937 (publicada en el «Boletín Oficial» de 30 de septiembre), por lo cual, deseando reintegrarse a las actividades docentes,

Suplica a V. E. se sirva ordenar su reincorporación al servicio con los derechos que legalmente le corresponde.»

Como don José no había cometido ningún acto ilegal, ni había sido procesado, seguía siendo Catedrático de Derecho penal, en situación de excedencia, por lo que se le concedió el reingreso, por Orden de 24 de abril de 1940. A efectos de jubilación, le han sido reconocidos todos los derechos que le correspondían durante el tiempo de la guerra.

inclusión de paga extraordinaria, asciende a la 1.^a categoría del escalafón, por Orden Ministerial de 26 de mayo de 1958 (sueldo anual, 58.560 pesetas y dos pagas extraordinarias de 4.500 pesetas cada una). Por Orden de 14 de junio de 1962 se le nombra catedrático de la Universidad de Madrid.

Fue nombrado decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca por Orden de 8 de abril de 1930 y se le volvió a nombrar por Decreto de la Presidencia del Gobierno provisional de la República («Gaceta» de 22 de mayo de 1931), cargo que ostentó hasta su paso a excedencia por Orden de 8 de marzo de 1932, al ser nombrado Magistrado del Tribunal Supremo. Reingresó en septiembre de 1940.

Fue vicedecano de la citada Facultad en varias ocasiones, cargo para el que se le nombró en junio de 1953 y noviembre de 1956 (8). Era vicedecano cuando en junio de 1962 fue nombrado para ocupar la segunda Cátedra de Derecho penal en la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid.

En 1957 participó en la oposición para la primera Cátedra de Derecho penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, que injustamente no le fue concedida. Consiguió la segunda Cátedra, por concurso, en 1962. Se jubiló el día 19 de marzo de 1967, al cumplir la edad reglamentaria, aunque se le autorizó a terminar el curso. Posteriormente impartiría durante varios años Cursos Monográficos del Doctorado en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid.

Como consecuencia de los efectos de la política, en la que no intervino, fue objeto de expediente de depuración. Con fecha 5 de octubre de 1937, el entonces rector de la Universidad de Salamanca, don Esteban Madruga, firmaba el siguiente escrito dirigido a don José:

«El Excmo. Sr. Presidente de la Junta Técnica del Estado, con fecha 28 de septiembre, me comunica lo siguiente: Visto el expediente instruido a D. José Antón y Oneca, Catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca, de conformidad con la propuesta de la Comisión de Cultura y Enseñanza y con arreglo a lo dispuesto en el Decreto de 8 de noviembre último y Ordenes de 10 del mismo mes y 17 de febrero pasado para su aplicación dispongo: La inhabilitación para cargos directivos y de confianza a D. José Antón Oneca.—Dios guarde a V.E. muchos años.—Burgos, 28 de septiembre de 1937.—Segundo Año Triunfal.—Francisco C. Jordana.—Rubricado.—Excmo. Sr. Presidente de la Comisión de Cultura y Enseñanza.—Lo que traslado a V.E. para su conocimiento, el del interesado y demás efectos.—Dios guarde a V.E. muchos años.—Burgos, 29 de septiembre de 1937.—Segundo

(8) La gratificación por el Vicedecanato era en esa época de dos mil pesetas anuales.

Año Triunfal.—El Vicepresidente, Enrique Súñer.—Rubricado.—Sr. Rector de la Universidad de Salamanca».

Con fecha 8 de enero de 1948, el director general de Enseñanza Universitaria remitía al rector de la Universidad de Salamanca el siguiente oficio: «Con esta fecha el Excmo. Sr. Ministro de este Departamento me dice lo siguiente: Este Ministerio ha resuelto declarar nula y sin efecto alguno la sanción de inhabilitación para cargos directivos y de confianza que por Orden de 28 de septiembre de 1937, fue impuesta, en virtud de depuración, al catedrático de Derecho penal de la Universidad de Salamanca, don José Antón Oneca». El oficio salió del Ministerio el día 24 de enero y se le dio a don José dos días más tarde.

Pese a todo lo anterior, en alguna ocasión don José comentaba respecto de Franco lo siguiente: Siendo magistrado del Tribunal Supremo el presidente le citó para cenar en la cafetería Baviera, que se encuentra frente al actual edificio del Ministerio de Educación y Ciencia. Durante la cena, don José —que sospechaba el motivo de la entrevista—, se adelantó y le dijo: ¿Viene usted a preguntarme si se va a procesar al general Franco?; el presidente asintió, a lo que don José añadió que no se le iba a procesar. No recuerdo los motivos por los que Franco pudiera verse en tal situación. El presidente del Supremo le manifestó que en caso de que se le fuera a procesar, Franco tenía preparadas las maletas para marcharse a París. Si esto hubiera sucedido, la historia de España habría cambiado. Don José pudo aprovecharse de esta confidencia, para salir de prisión, donde se le había ingresado, sin motivo alguno, así como obtener alguna prebenda. Sin embargo, no lo hizo, lo que prueba una vez más su honradez; no se procesó al general Franco porque no había razones para ello.

Don José no podía tener simpatías por el levantamiento, después de las persecuciones de que fue objeto. Cuando reingresó en la Universidad, por Santiago, de ésta se remitía, con fecha 31 de agosto de 1940, al director general de Enseñanza Superior y Media el siguiente informe: «Este decanato sólo puede manifestar que, con anterioridad al 18 de julio de 1936 el ambiente que existía en torno de dicho profesor, entonces magistrado del Tribunal Supremo, era poco favorable en relación con los motivos y el significado que representaba el Movimiento Nacional».

III. MAGISTRADO DEL TRIBUNAL SUPREMO

Don José fue nombrado magistrado del Tribunal Supremo, un documento del 3 de marzo de 1932 decía lo siguiente: «El Excmo. Sr. Presidente de la República se ha servido expedir con esta fecha el Decreto siguiente: A propuesta del Ministro de Justicia, de acuerdo con el parecer del Consejo de Ministros y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.º del Decreto de 6 de mayo último: Vengo en nombrar para la Plaza de Magistrado del Tribunal Supre-

mo, vacante por jubilación de D. José García Valladares, a D. José Antón Oneca, Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Salamanca».

Se publicó el nombramiento en la «Gaceta» del 5 de marzo, tomando posesión el día 28 del mismo mes, siendo su padrino el magistrado del Tribunal Supremo don Pío Ballesteros Alava.

Tuvo que sustituir a uno de los componentes del Tribunal que juzgaría al general Sanjurjo (9), por la sublevación del 10 de agosto de 1932, en Sevilla. Hubo presiones políticas, ya que el Presidente de la República quería que fuera condenado a muerte, para indultarle después. Pese a todo y en prueba de su honestidad, don José no consideró conforme a derecho imponer la pena de muerte, entre otras razones, porque en el levantamiento no se había derramado una sola gota de sangre y, además, se había entregado voluntariamente. Estas razones llevaron a Antón a hacer un voto particular, en base a la aplicación de una atenuante por analogía, en contra de la decisión del Tribunal, que le condenó a muerte, aunque posteriormente sería indultado.

IV. EL MAESTRO

Quizá deba considerarme como el último de sus discípulos. Le conocí hace casi veinticinco años, en Salamanca, donde hice mi licenciatura en Derecho y, por tanto, le tuve de profesor; después seguí con él en la Universidad Complutense de Madrid y colaboré en el ANUARIO DE DERECHO PENAL, del que fue codirector. Durante todo este tiempo es mucho lo que he aprendido de él. Era un hombre honesto en todos los aspectos; no faltaba nunca a clase; cumplía rígidamente el horario; sus disertaciones eran amenas y de un alto nivel científico; atendía todas las preguntas que le formulaban los alumnos y hacía reuniones de seminario para conocer más de cerca a éstos y resolver toda clase de dudas. Se dedicó por completo a la Universidad, donde alcanzó gran prestigio y respeto, tanto entre profesores como entre los alumnos.

Vivió modestamente, dentro de su categoría social, tanto él como su mujer y su hijo. Veraneaba en San Rafael, también en una modesta casa que tenía alquilada, donde le fui a visitar en alguna ocasión y hablábamos largamente, mientras paseábamos por los extensos pinares que rodean el pueblo. Don José aprovechaba el verano para trabajar, lo que compaginaba con el descanso.

Fue director de mi tesis doctoral, que se leyó a finales de 1967, cuando ya se encontraba jubilado. Posteriormente le pedí que

(9) No ha sido posible localizar la documentación de este proceso en ninguno de los archivos donde podría encontrarse. Si lo consiguiera dedicaría un trabajo a su estudio.

Sobre el indulto del general Sanjurjo véase Tomás Villarroya, J.: *Amnistías e indultos durante la Segunda República*, en Cuadernos de Política Criminal, núm. 13, 1981, págs. 108 y ss.

prologara mi tesis de graduado en Criminología, a lo que accedió, aunque no era partidario de prologar ninguna obra, pues decía que en otra ocasión que lo había hecho aparecieron una serie de erratas que le comprometían.

Le gustaba la historia y éste fue el motivo por el que en alguna ocasión pensó en dedicarse a ella. Nunca hablaba mal de nadie, ni siquiera de quienes de una u otra forma se habían portado mal con él, ni tampoco del régimen franquista que le arrestaría, sin proceso y sin causa justificada alguna, simplemente por decisión gubernativa; posteriormente sería depurado; también se le boicoteó su acceso a la Universidad Complutense, en 1957, teniendo que esperar hasta 1962. Todo esto lo sufrió con resignación, o por lo menos así lo parecía, aunque en su interior tal vez quedaran recuerdos que no manifestaba, pues era bastante introvertido.

Pese a los deseos de su padre de dirigirle por el camino de la política, don José prefirió ser un liberal independiente. Esta es la idea que yo tengo, por lo menos durante el casi cuarto de siglo que le traté. No hubiera servido para la política, porque era incapaz de mentir, fingir o tolerar la injusticia. Ni siquiera hizo política en la Universidad; fue un hombre correcto que nunca permitió la adulación, ni que nadie le pusiera el abrigo o le llevara la cartera, situaciones ridículas que con frecuencia se han dado en la Universidad española. No fue hombre influyente en los tribunales de oposiciones, especialmente en aquellos donde faltaba la seriedad científica y se compraban o vendían «votos» para pagar deudas o conseguir promesas futuras; don José nunca se prestó a ello, siempre votó al mejor, siendo un hombre honesto e imparcial; esta actitud, que es la correcta, y que debía servir de ejemplo, fue el motivo de que algunos de sus discípulos llegaran tarde al escalafón de catedráticos, otros se quedaran a medio camino y alguno tuviera que abandonar. Sin embargo, sus discípulos sabíamos que era así, lo que suponía una razón más para respetarle y considerar que era un maestro digno de veneración.

La honradez universitaria de don José es histórica en la familia, pues queda demostrado por el hecho de que siendo tres generaciones de catedráticos, él, su padre y su hijo, las especialidades han sido muy dispares: Antropología, Derecho penal y Matemáticas. Ninguno buscó la influencia familiar para conseguir un puesto en la Universidad.

Fue don José, codirector del ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES durante nueve años (1967-1975), siendo un colaborador más del mismo, no sólo por los múltiples trabajos científicos que publicó en él, sino que incluso realizaba tareas administrativas si era preciso. Hacía don José fichas de libros, en épocas donde no se disponía de mecanógrafas y se encargaba personalmente de llevar a la imprenta todo el material que se iba a publicar en los distintos fascículos, recogía lo compuesto e incluso corregía pruebas. La continuidad del ANUARIO DE DERECHO PENAL debe mucho

a don José, así como el rigor científico que mantuvo durante su época.

Normalmente, los lunes, miércoles y viernes, desde la media tarde, hasta las nueve de la noche, las pasaba en el ANUARIO, acompañado de los más asiduos; se realizaba el trabajo y siempre al final había tertulia. Si don José iba los tres días señalados, los demás solíamos alternar; el miércoles era el día de mayor asistencia. Al marcharnos del ANUARIO la tertulia seguía hasta una cafetería que se encontraba en la plaza de Canalejas, su nombre era Cubasol, allí, de pie, tomábamos algo; don José casi siempre lo mismo, una copa de anís, con un vaso de agua, pues era hipotenso. Después, cogíamos el Metro en Sol, bajábamos en Argüelles y le acompañábamos hasta la puerta de su casa; no le gustaba que le llevaran en coche.

La arteriosclerosis que padecía le fue mermando facultades, de lo que era consciente. En varias ocasiones manifestó su deseo de dejar la codirección del ANUARIO, aunque le convencimos para que desistiera. Cuando solicitó la dimisión, con carácter irrevocable, me pidió, en base a una serie de argumentos, que aceptara la Secretaría del ANUARIO, que iba a quedar vacante, a lo que no me pude negar.

Quizá haya que considerar a don José como un neoclásico, que no siguió a ningún maestro, pues creó su propia personalidad científica, completamente independiente, sin influencias concretas de nadie. Estuvo en la dirección de la política criminal y fue también un gran dogmático. Si repasamos sus trabajos podemos darnos cuenta que una de las preocupaciones del pensamiento de don José sigue en pie, pese a que ha sufrido un bache importante en el tiempo, y que ha vuelto a resurgir hace unos años, nos referimos al debate sobre las llamadas teorías penales, es decir, al fundamento y fines de la pena. Del tema de la pena se ocupó en varios trabajos, que hoy están de actualidad y aportan datos importantes sobre la polémica de la pena y sus fines. También en la parte histórica aporta datos que pueden ser útiles para los reformadores del actual Código penal, cuyo proyecto sigue dormido en el Parlamento hace ya casi dos años. Participó, junto con Jiménez de Asúa y Rodríguez Muñoz, en la elaboración del Código de 1932.

No olvidó el maestro por completo la Criminología, lo que se deduce de las referencias que aparecen en sus trabajos. Fue profesor de la Escuela de Criminología, creada por Salillas y de la que fuera segundo y último director su padre, Antón Ferrándiz. Allí dieron clase Jiménez de Asúa, Cadalso, Saldaña, Severino Aznar, Rodríguez Ferrer, etc.; también formó parte del profesorado del Instituto de Estudios Penales, creado por Jiménez de Asúa, que fue como una resurrección de la Escuela de Criminología. Sobre la desaparición de aquélla, escribía don José en «El Liberal», el día 2 de enero de 1927:

«¿Qué Universidad española ha producido un libro tan funda-

mental para su ramo como la «Evolución penitenciaria española», de R. Salillas?... La desaparición definitiva de la Escuela sería una desgracia irreparable, pues equivaldría a desvirtuar una prioridad que es un orgullo para España. En «Scuola Umanista» se lamentaba Lanza de que en Italia, país de tan alta preparación penal, no tenga el personal penitenciario una formación especializada, ventaja que nosotros empezamos a disfrutar hace veinte años. Pero la Escuela de Criminología no es una Escuela profesional cualquiera, constituía la resultante práctica de una doctrina penal española...».

V. LA OBRA

Como homenaje particular he vuelto a leer las publicaciones del maestro, haciendo a continuación una breve reseña de ellas, sin comentario alguno y sin pretender recensionarlas; es como un último recuerdo a su labor científica.

El perdón judicial, «Rev. de Arch. Bibl. y Museos». Madrid, 1922. Esta obra es su tesis doctoral que, como ya se apuntó, fue leída en la Universidad Central en 1921. La primera parte se ocupa de la noción y antecedentes históricos del perdón judicial. Se presenta esta institución comparándola con el derecho de gracia y la condena condicional, a fin de suavizar las críticas de quienes la consideraban como algo peligroso. Para justificar el sentido individualizador y justo del perdón judicial se hace un estudio de sus antecedentes, que se remontan a las leyes de Manu, al pueblo egipcio y al Derecho romano; también se estudia el Derecho canónico, la admonición en el Derecho francés, otras legislaciones extranjeras y el Derecho histórico español.

Se ocupa la segunda parte de la obra del fundamento del perdón, basado en tres principios, el ético, que busca la protección del delincuente, de una parte, y de otra, la defensa social; el fundamento técnico, se basa en la individualización de la pena, realizada a través de la clasificación de los delincuentes en las instituciones penitenciarias y en la individualización judicial; por último, el fundamento práctico lleva en ocasiones a la necesidad de resolver mediante la ficción determinados conflictos entre el contenido real y la forma jurídica, los tribunales se ven a veces ante la necesidad de perdonar.

Trata la tercera parte del desarrollo del perdón judicial en las legislaciones, tanto en el Derecho vigente como en los proyectos de códigos penales de la época, como lo eran el francés, austriaco, suizo, alemán e italiano.

En la última parte de la obra se recogen una serie de conclusiones, de las que destacamos: la facultad de perdonar no debe tener límite; considera don José, que antes de extender el arbitrio judicial, es preciso reformar nuestros viciados órganos de la Administración de Justicia, exigiendo a los jueces de lo penal «una com-

pleta educación criminológica»; pide la sustitución de la condena condicional por el perdón judicial, unido al sistema probatorio norteamericano; el perdonado puede serlo sin más, o someterle a una simple advertencia o a reprensión; el perdonado responderá civilmente de su delito o falta, así como de las costas; los tribunales no perdonarán a quienes con anterioridad fracasó el perdón.

Don Rafael Salillas. Nota necrológica, en «Etnografía y prehistoria», tomo II, 1923.—Dice don José que Salillas, además de ser un especialista en Criminología y Penología, realizó también trabajos sobre Antropología. Considera que el mayor mérito de originalidad, de quien fuera médico de prisiones, fue el haber nacionalizado la antropología criminal, pues contribuyó a que se conocieran las doctrinas de Lombroso en las discusiones de Academia de Jurisprudencia y en el Ateneo de Madrid. Sin embargo, Salillas, en sus trabajos, no sigue el sistema lombrosiano, pues en sus estudios sobre el delincuente español —que conoció de cerca en las prisiones—, tiene en cuenta especialmente su picardía y psicología especial propios del tronco étnico nacional.

Salillas fue algo más que criminólogo, penitenciario o antropólogo, fue también médico, jurista, literato y político; había en él una personalidad que estaba por encima de un simple especialista, siendo un hombre austero y lleno de entusiasmo.

El penitenciarismo español, en «La Prisión del Partido de Laviana». Imprenta Castellana. Valladolid, 1925, págs. 51 y ss.—Colaboran en esta obra diversos autores, entre los que cabe destacar a Jiménez de Asúa, Ruiz, Funes, Bernaldo de Quirós, Gina Lombroso, así como el padre de don José, Antón Ferrándiz.—Pone de manifiesto don José que cuando se habla del correccionalismo suele aludirse a la escuela de Roeder, que tanta difusión tuvo en España. Sin embargo, hay que sobrepasar esa limitación, ya que el correccionalismo fue muy anterior en nuestro país, con características propias que lo diferenciaban del alemán. Mientras nuestra filosofía penal ha sido siempre deficiente, sin embargo, hemos tenido buenos penitenciaristas.

La teoría de los fines varios de la pena se ha defendido siempre en España, y aunque se ha mantenido el fin correccional como preferente, no se ha olvidado las apreciaciones de la moderna Criminología que considera la existencia de delincuentes incorregibles. No obstante, la doctrina de Roeder dio nuevo impulso al penitenciarismo español. Termina el trabajo poniendo de manifiesto que teníamos en aquella época cárceles y presidios modernos junto con otros antiquísimos y sin condiciones de seguridad y salubridad. La cárcel de Pola de Laviana suponía un avance notable en la mejora de establecimientos carcelarios.

Los antecedentes del nuevo Código penal, en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», vol. XLI, enero 1929.—Tras hacer unas consideraciones sobre los Códigos de 1848 y el derogado de

1870, se lamenta don José de que la Escuela de Criminología hubiera desaparecido en enero de 1927, pues fue la que impulsó la preparación del personal penitenciario que habría de poner en práctica la reforma penitenciaria, en la que influyó la tendencia correccionalista-positiva que tanto prosperó en el Derecho penal español.

Se hace un breve estudio sobre la ciencia penal española contemporánea, situando a los representantes españoles de la escuela clásica dentro de la línea crítico-forense de Ferri, que fue continuadora de los antiguos criminalistas prácticos. En otra dirección se encontraban los correccionalistas, bien en la línea de Dorado o en la defensista, que buscaban su originalidad en el pragmatismo.

El Código de 1870 estaba ya muy anticuado, por la promulgación de nuevas leyes y el progreso de las ciencias penales. Tras revisarse la legislación penal del primer cuarto de siglo, se entra en el estudio de los Proyectos de Reforma del Código penal; el de Luis Silvela, de 1884; el de Montilla, de 1902, preparado por Bernaldo de Quirós; aunque los antecedentes inmediatos del Código de 1928 se encuentran en el Anteproyecto de 1912, y las bases preparadas por el técnico de la comisión codificadora, señor Saldaña; por último, la Real Orden de 12 de marzo de 1926 encargó a la Comisión General de Codificación la redacción de un Proyecto, que quedaría terminado a comienzos del verano de 1927 (en la Comisión, Cuello Calón sustituyó a Jiménez de Asúa, por renuncia justificada de éste).

Llamaba la atención en elevado número de artículos—1.074—, así como su severidad. Se criticó su contenido político, ya que se trataba de un Proyecto duro y autoritario. Algunos de sus errores obedecían a que fue un Proyecto realizado con mucha rapidez (la historia vuelve a repetirse con el actual Proyecto de 1980). Termina Antón diciendo que el Código de 1928 era incompleto desde el punto de vista político; en lo científico era ecléctico, pues al combinar principios distintos y contradictorios no consiguió armonizar un sistema lógico; en el aspecto técnico los defectos eran múltiples.

La prevención general y la prevención especial en la teoría de la pena, Universidad de Salamanca, 1944.—Esta obra fue el discurso leído en la Universidad de Salamanca, en la Apertura del Curso Académico 1944-1945. Los orígenes de la prevención, dice don José, hay que ir a buscarlos en las épocas más remotas, aunque adquiere especial relieve desde Sócrates, Platón y Aristóteles. Tras recoger la postura de filósofos y teólogos, en los penalistas de la Ilustración, el tema adquiere especial relieve, pues estiman que la finalidad preventiva del Derecho penal se basaba en que el origen del derecho estaba en el contrato social, teniendo la pena un fin primordial de prevención general, aunque no faltaron autores que se ocuparon de la prevención especial.

Al independizarse la ciencia del Derecho penal en el siglo XIX,

la teoría general de la pena, que venía siendo cultivada por los filósofos, dice Antón que habría de sufrir cambios notables. Los clásicos defendieron conjuntamente la retribución y la prevención general, frente a la prevención especial de los positivistas, que alcanzó su mayor cúspide en el correccionalismo, aunque muchos de los postulados de esta corriente fueran ilusorios.

La prevención general volvería más tarde a predominar sobre la prevención especial, pues había quedado demostrado el fracaso de la enmienda de los condenados; la pena perseguía especialmente intimidar a la generalidad de los ciudadanos. En este movimiento tuvieron especial relevancia las escuelas sociológicas italiana y alemana.

A continuación se hace un estudio de las posibilidades y límites tanto de la prevención especial como de la general, para llegar a la conclusión de que es posible la armonía entre ambas. La pena se ordena en primer término a la prevención general. No obstante, entraña notable dificultad la coordinación de ambas prevenciones en el campo de aplicación de la pena. Los que se inclinan por la prevención especial piden mayor arbitrio judicial y la sentencia indeterminada; por el contrario, quienes se pronuncian por la prevención general, sostiene que la amenaza legal ha de contener la especie y la cantidad de la pena, fijándose sólo el mínimo, que es lo necesario para la ejemplaridad, mientras que la determinación en la Ley de un máximo deriva del principio de libertad. Antón, por el contrario, considera que es necesario también fijar el «maximum» de las penas, «pues sólo así podemos tener en la Ley una tabla de valoraciones de los bienes jurídicos según el interés que el Estado tiene en su protección, y sólo de esta manera se garantiza la proporcionalidad».

Termina la obra con un estudio sobre penas y medidas de seguridad, estando la pena dirigida especialmente a la prevención general y las medidas de seguridad a la prevención especial.

Las formas de la culpabilidad en las falsedades documentales, en «Anales de la Academia Matritense del Notariado», IV, 1948, páginas 116 y ss.—Se ocupa don José de este tema en las falsedades, pues las formas de culpabilidad, que no se encuentran definidas en nuestro Código penal, han tenido que ser elaboradas por los comentaristas y la jurisprudencia, a falta de términos legales. Ha sido en las falsedades donde el Tribunal Supremo ha abordado el tema del dolo con más decisión que en otras formas de delito. Se hace, en principio, un estudio de derecho comparado, especialmente de la legislación alemana e italiana, así como del sistema mixto que recoge el Código español de 1928.

Con relación al dolo se pone de manifiesto las dificultades que plantea la aplicación del dolo eventual, al habersele dado en nuestro país una extensión demasiado amplia, a expensas de la culpa con previsión. Sin embargo, en las falsedades, el Tribunal Supremo se ha mostrado cauto, recurriendo en ocasiones a condenar

por imprudencia temeraria o simple y no por dolo. No obstante, la jurisprudencia ha sido imprecisa y ha carecido de uniformidad. Tras ocuparse de los supuestos de dolos especiales, en donde quedan eliminadas las formas culposas y el dolo eventual, termina el trabajo manifestando que tanto la falsificación de documentos, como el uso de los mismos, son infracciones que sólo pueden cometerse dolosamente, no existiendo delito cuando falta el dolo.

Derecho penal. Parte general, Gráfica Administrativa, Madrid, 1949.—Este es el primero de los dos volúmenes de que constaba la obra de Derecho penal. El segundo, que se ocupaba de la Parte especial, fue escrito por Rodríguez Muñoz, con la colaboración de Rodríguez Devesa y Jaso Roldán.

Se tiene en cuenta, con relación al método, la teoría alemana del delito, pues la obra de Mezger, que había sido traducida al castellano —precisamente por Rodríguez Muñoz—, había tenido una gran acogida, aunque su adaptación al sistema español a veces resultaba problemática. Se sigue fundamentalmente el concepto causalista de la acción. En realidad se tienen en cuenta los avances de la doctrina alemana e italiana, sin olvidar la aportación de los penalistas franceses y españoles; se hace un minucioso estudio de la jurisprudencia.

Consta la obra de una introducción, donde se recogen las teorías penales, evolución del Derecho penal, codificación, fuentes y la ley penal en el tiempo y en el espacio. La primera parte se ocupa del delito y está dividida en cuatro secciones, que tratan, respectivamente, del delito y sus caracteres, las eximentes, las circunstancias y las formas del delito; la parte segunda se subdivide en tres secciones en las que se tratan las penas, medidas de seguridad y las sanciones reparadoras.

La obra es un modelo de sencillez, sin abusar de las citas, utilizándose especialmente bibliografía alemana, italiana y española. Con frecuencia se resuelven problemas, en muy pocas líneas, con la agudeza y claridad que caracterizaban a don José y que se aprecia en todos sus trabajos.

Se persigue en el libro, y se consigue, un fin práctico, pues está dirigido principalmente a los alumnos y a aquellos que han de ser llamados a la aplicación del Derecho, como eran los opositores a la carrera judicial y fiscal. No quiso Antón una obra con exceso de erudición, pensando en otros profesores o especialistas en Derecho penal, como por desgracia ocurre con frecuencia en la Universidad española en todas las disciplinas, pues los manuales y tratados, llenos a veces de interminables citas a pie de página, son trabajos que se elaboran más con miras a las posibles críticas de otros compañeros, que al fin pedagógico universitario que debe perseguirse para los alumnos que se inician en el estudio de una materia.

Solamente se hizo una edición de esta obra, pues aunque se agotó en un espacio breve de tiempo, don José fue dejando pasar

los años, siempre con la idea de hacer nuevas ediciones, pero sin prisa. Sus discípulos le animábamos constantemente a ello, pero no lo conseguimos; uno de los argumentos que solía esgrimir, para justificar el retraso, era que necesitaba conocer bien todo lo publicado especialmente lo alemán e italiano. No obstante no fue don José un incondicional de la doctrina extranjera, pues siempre defendió a ultranza lo español, diciendo con frecuencia que era necesario que alguien hiciera un Derecho penal patrio con citas solamente de autores españoles. Lo cierto es que esa segunda edición no llegó a llevarse a cabo.

La obra de don José, en la que aprendimos muchos de sus alumnos, así como buena parte de los opositores a la carrera fiscal y judicial de la década de los años cincuenta, e incluso después, ha sido uno de los manuales más buscados en las librerías de viejo de todos los distritos universitarios. Esta Parte general, pese a haber transcurrido más de treinta años de su publicación, sigue siendo citada con frecuencia en los manuales y tratados sobre Derecho penal, así como en otros trabajos científicos.

La utopía penal de Dorado Montero, Universidad de Salamanca, 1951.—Ya don José había escrito sobre Dorado Montero muchos años antes, en un trabajo inédito que presentó en sus oposiciones a la Cátedra de Derecho penal. Sin embargo, no se decidió a publicar su estudio porque hacía poco tiempo que había fallecido Dorado y temió que su trabajo fuera mal interpretado, ya que discrepaba en algunos aspectos pues pertenecían a generaciones distintas, y escribe: «Mi sucesión inmediata en su Cátedra hubiera parecido insolencia de juventud enmendar la plana a mi afamado antecesor». No obstante, en esta obra se saca a la luz, treinta años más tarde, el antiguo manuscrito sobre Dorado, aunque modificando lo amplía, pues la ciencia penal había evolucionado.

Se hace un estudio del pensamiento de Dorado sobre la influencia de clásicos y positivistas, así como de sus ideas correccionalistas. Con relación a los fines de la pena dio preferencia a la prevención especial, menospreciando la general y el sentido retributivo de la pena, que venía predominando en la ciencia penal desde finales del siglo pasado. Hay una exposición sobre la ascendencia en las escuelas positivistas y correccionalista de la teoría de Dorado, así como de la evolución que sufre respecto de su primera postura sobre el positivismo.

Escribe Antón: «No es sensato tachar la obra de Dorado de utópica y pasar adelante como si el merecimiento de tal calificativo le quitara toda importancia» pues hay que reconocer —dice— que la utopía ha gobernado el mundo, que siempre se ha movido hacia ideales que permitan la aproximación, pero nunca la realización completa; el propio Dorado decía: «no puede verse con toda exactitud lo futuro», y esto lleva a la conclusión de que sus teorías podían ser aceptadas —en todo o en parte en el porvenir. Lo cierto

es que muchos de sus postulados aparecerán más tarde en la Defensa social.

Delito continuado, en Nueva Enciclopedia Jurídica (Seix), VI, 1954, págs. 448 y ss.—Dice don José que el delito continuado «está constituido por dos o más acciones u omisiones separadas por un cierto tiempo, que no obstante integrar cada una de ellas por separado la misma figura fundamental de delito, se valoran como una sola en razón a la homogeneidad de sus elementos». Se hace un estudio de la doctrina alemana e italiana. Merece destacar de ésta la teoría de la «ficción jurídica», incorporada al Código penal italiano, seguida por la mayoría de los penalistas de ese país, así como también por buena parte de los españoles, no siendo aceptada por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo. Se basa aquella teoría en la afirmación: Donde existe pluralidad de acciones y de lesiones jurídicas hay siempre concurso de infracciones. Mas para evitar la acumulación material de penas, que el Código italiano adopta en el concurso, se estima aquella multiplicidad como unidad, unificando también la sanción.

Se hace a continuación un estudio de los elementos del delito continuado, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia española, destacando la falta de criterio que existe en ésta. Termina el trabajo penetrando Antón en los problemas relativos a la aplicación de la Ley penal en el tiempo y en el espacio, eximentes y circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, continuidad entre tentativa y tentativa, codelincuencia, aplicación de las extintivas de la responsabilidad criminal, derecho de gracia y prescripción. En materia procesal se muestra partidario de que el delito continuado debe cubrir todas las acciones, tanto las probadas en el juicio como las desconocidas, no pudiendo abrirse nuevo proceso si con posterioridad se descubren éstas.

Estafa, en «Nueva Enciclopedia Jurídica» (Seix), IV, 1958 páginas 56 y ss.—En éste, como en otros muchos de sus trabajos, hace don José un profundo estudio dogmático del tema en cuestión, profundizando, con la agudeza que le caracterizaba, hasta los detalles más insospechados. El estudio del tema en el derecho positivo español se completa con una amplia exposición de la doctrina extranjera y Derecho penal comparado. Se define la estafa como «la conducta engañosa, con ánimo de lucro injusto, propio o ajeno, que, determinando un error en una o varias personas, les induce a realizar un acto de disposición, consecuencia del cual es un perjuicio en su patrimonio o en el de un tercero».

Tras unas consideraciones generales sobre el Derecho histórico, se hace un estudio de los elementos generales de la estafa: conducta engañosa, error, acto de disposición, perjuicio y elementos subjetivos. Hay una clasificación minuciosa de las estafas en el Código penal, distinguiéndose entre estafas propias, en las que se dan íntegramente los elementos generales (núms. 1, 2, 3, 4, 6 y 7 del art. 529 y art. 531); estafas impropias, en las que sólo se

dan parte de los elementos de la estafa, pero que el legislador encontró semejanza con ella (núms. 5 y 8 del art. 529, 1 y 2 del 532 y art. 533), y estafas propias u otros engaños (art. 534 y número 3 art. 587).

Dentro de las eximente y circunstancias modificativas, no es la estafa una figura donde con frecuencia haya exención de responsabilidad criminal. Son inherentes a la misma, no siendo aplicables las agravantes, en virtud del artículo 59 del Código penal: la premeditación, astucia o fraude, abuso de confianza y el carácter público.

Termina el trabajo con el estudio de la tentativa, los problemas concursales y la penalidad.

La teoría de la pena en los correccionalistas españoles, en *Estudios jurídico-sociales*, Homenaje al profesor Luis Legaz y Lacambra, II, Santiago de Compostela, 1960, págs. 1015 y ss.—Se recoge en este trabajo la postura de los principales correccionalistas españoles que no siguieron fielmente la doctrina de Röder, ya que mantuvieron una postura ecléctica, dejándose llevar por el buen sentido y siguiendo la tradición española de los fines de la pena, siendo uno de ellos la reforma del penado.

Don Luis Silvela intentó armonizar la corrección con la justicia absoluta, teniendo también presente la prevención general. Concepción Arenal, que conoció directamente la realidad de las prisiones y de los reclusos en ellas, coincide en algunos puntos con el pensamiento de Röder, sin embargo, en otros se separó de éste, siendo mucho más realista y práctica; acusó a la sociedad, defendió a los incorregibles y puso de manifiesto el abuso que se venía haciendo del vocablo peligrosidad; mantuvo que junto a la corrección había que admitir también la expiación y el escarmiento.

Don Félix de Aramburu y Zuloaga, que fue catedrático de Oviedo y Madrid, aceptó el sentido de las teorías absolutas en cuanto al fundamento de la pena, mientras que de las teorías relativas aceptó los postulados de la intimidación y la corrección. De Dorado Montero, dice don José, que pese a ser hijo respetuoso de la escuela correccional, prevaleció en él la influencia positivista, y desde sus primeras publicaciones intentó unificar ambas escuelas; desde que Dorado basó su derecho protector de los criminales en la hipótesis determinista, hubo de renunciar a la idea de responsabilidad, lo que supuso un alejamiento de los correccionalistas, quienes concebían al delincuente como un ser libre, que podía dirigir su voluntad hacia el bien o el mal.

Nota necrológica. D. Eugenio Cuello Calón, en «Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid», vol. VII, número 18, 1963, págs. 447 y ss.—Dice don José, que Cuello, nacido en Salamanca, en 1879, encontró en Dorado Montero al profesor que le atrajo hacia el Derecho penal. Tras elogiar la labor y dedi-

cación del profesor salmantino, destaca que fue hombre fiel a las convicciones de su juventud sin apenas sufrir cambio. Se movió en una generación donde predominaron las teorías intermedias, que se caracterizaban por compaginar el estudio del delito y del delincuente, la imputabilidad moral y la peligrosidad, penas y medidas de seguridad. Se destaca también cómo Cuello se ocupó de la criminalidad, no sólo en el campo juvenil, sino en su propia tesis doctoral, elaborada en Italia, sobre la Mafia. También se destaca su labor sobre penología.

Los fines de la pena según los penalistas de la Ilustración, en «Revista de Estudios Penitenciarios», núm. 166, 1964, págs. 415 y ss.—Dice don José que en la época de la Ilustración se inicia la historia de las teorías penales contemporáneas, dando lugar a un movimiento reformista que critica el sistema de la justicia criminal del siglo XVIII. Tras hacer referencia a la situación en el *antiguo régimen*, se ocupa de las aportaciones de Beccaria y otros autores italianos como Filangieri y Romagnosi, a quienes los italianos consideran como el fundador de la sociología criminal. Seguidamente, se trata la postura de Lardizábal, que antepone la enmienda al escarcamiento, así como al sistema correccional de Bentham, cuyo pensamiento estuvo presente en los redactores del Código penal español de 1822.

Frente al sistema preventivo de Beccaria, Lardizábal y Bentham, que se ocuparon tanto de la prevención general como de la especial, surge en Alemania una serie de teorías que sólo se ocupan de uno de los aspectos de los fines de la pena, bien destacando la prevención especial, o bien negando ésta, como hace Feuerbach, quien tampoco creía en la mejora del delincuente; consideraba la coacción física insuficiente, por lo que era necesario la coacción psicológica, siendo obligación del Estado mantener las instituciones necesarias para evitar que se violara el derecho.

El Código penal de 1848 y D. Joaquín Francisco Pacheco, en ANUARIO DE DERECHO PENAL, 1965, págs. 473 y ss.—Este trabajo es en homenaje a J. F. Pacheco en el centenario de su fallecimiento. Dice don José que éste tuvo el mérito de preparar el ambiente científico del Código de 1848, así como haberlo comentado con éxito. Sin embargo, desvela el mito que existía sobre la notable participación de Pacheco en la redacción del Código, que fue más bien escasa.

Se hace un estudio de la gestación del Código, de la participación concreta de Pacheco, así como de las lecciones pronunciadas en el Ateneo sobre el pensamiento de Rossi, con quien «debió sentirse alma gemela por su afición al eclecticismo y por su cultivo a la vez del Derecho penal y el constitucional», pues como hombre de la época fue político, abogado, orador, historiador, periodista, literato y jurista teórico.

Se recoge la opinión que mereció el Código a Silvela, quien

criticó a todos los que consideraron que se trataba de un texto ecléctico, pues la pena revestía un marcadísimo carácter expiatorio, algo de defensa social y nada de correccional, pues la finalidad educadora quedaba totalmente ausente.

Para Antón, el Código representó una línea media en el aspecto político. Acabó con el régimen imperante del arbitrio judicial, implantando garantías penales. Se estableció un sistema de *aritmética pénal*, justificada por el excesivo arbitrio judicial de épocas anteriores; a cada infracción se le asignaba una cantidad de pena, con un máximo y un mínimo, dividida en tres grados; los Tribunales tenían que moverse dentro de los estrechos límites de cada grado, salvo cuando concurrían circunstancias modificativas. Las ideas de retribución e intimidación armonizaron con el régimen político mixto característico de la época moderada.

Historia del Código penal de 1822, en ANUARIO DE DERECHO PENAL, 1965, págs. 263 y ss.—En este trabajo se suple la deficiencia de estudios sobre los antecedentes y gestación del primero de nuestros códigos penales. Se ocupa don José de los precedentes, del Proyecto, así como de la contribución de cada uno de los seis autores que lo elaboraron; también trata las fuentes y los debates de los diputados. Termina el trabajo ocupándose del juicio que sobre este Código hicieron autores como Pacheco, Silvela, Saldaña y otros

Para Antón, este Código era más moderno en algunos aspectos que otros posteriores, como sucedía con la excepcionalidad del castigo en los delitos culposos a los casos especialmente previstos en la Ley, la atenuante de la falta de instrucción del delincuente, etcétera. El Código estaba orientado principalmente a la prevención general, que primaba sobre la especial, como lo demostraba la pena de ver ejecutar una sentencia de muerte o el sorteo de esta pena en casos de codelinuencia.

Nota crítica al Código penal. Las lesiones, en *Estudios penales*. Homenaje al R. P. Julián Pereda, S. J., Universidad de Deusto, Bilbao, 1965, págs. 775 y ss.—Se hace un estudio de los antecedentes históricos, del excesivo casuismo, de la ausencia de concepto legal, del problema de las valoraciones y de ser las lesiones en el Código penal (salvo la castración y otras mutilaciones) delitos determinados por el resultado.

Se hace eco don José de la situación en que queda el tema de las lesiones en el Código penal, tras la reforma de 1963, y en especial del consentimiento, recogido en el artículo 428. Antes de la reforma dice que era mayoritaria la opinión de la doctrina de la eficacia eximente del consentimiento en las lesiones; después, la situación se complica, por lo que se hace más necesario que nunca una nueva regulación. Sostiene que «el artículo 428 del vigente Código penal debe entenderse excluyente del consentimiento como causa por sí sola de exención».

El Derecho penal de la Ilustración y don Manuel de Lardizábal, en «Revista de Estudios Penitenciarios», núm. 174, 1966, págs. 595 y ss.—Frente a quienes sostienen que en España el espíritu ilustrado del siglo XVIII apenas si tuvo influencia, don José recoge en este trabajo la situación de la justicia criminal de la época, en donde ya se pedía la abolición de la pena de muerte y repugnaba la tortura como medio de prueba. El ambiente ilustrado penalista llegó incluso a la literatura. El empeño reformista tuvo especial relieve en un oficio de don Manuel de Roda, en 1776, dirigido al Consejo de Castilla, que por aquel entonces se ocupaba de tareas recopiladoras de carácter general, a fin de que hiciera una obra independiente con las leyes criminales. Este programa, que no llegaría a tener éxito, se adelantaba en diez años a la Ordenanza de Leopoldo de Toscana y en doce al Código de José I de Austria. El Consejo encargó a Lardizábal un extracto de las leyes penales de la Recopilación, y en contra de lo que suponía Saldaña, no parece que llegara a elaborar un proyecto de Código penal. Fue característica de este siglo la preocupación por los problemas penitenciarios, buscando una mayor humanización en el cumplimiento de las penas.

La segunda parte del trabajo se ocupa de una breve biografía de Lardizábal y de la época turbulenta que le tocó vivir, en la que se vio obligado a intervenir en política, aunque sin gran vocación. En la tercera y última parte hace Antón un comentario del *Discurso sobre las penas*, así como de los puntos concordantes y discordantes con la obra de Beccaria.

Don Antonio Quintano Ripollés. Nota necrológica, en «Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, vol. I, número 28, 1967, págs. 187 y ss. Tras recoger unos datos biográficos hace don José un elogio de Quintano, tanto de su vida universitaria como en la Magistratura, diciendo que además de ser un fiel cumplidor de su deber fue un intelectual y un humanista. De su labor científica hace referencia a la multitud de libros y trabajos, destacando especialmente su dedicación a la Parte especial del Derecho penal.

Hace Antón un breve comentario a los estudios más destacados de Quintano, como fue su Tratado de la Parte especial, la obra dedicada al Derecho penal internacional, aportaciones en el campo del delito y la antijuricidad, el problema del fundamento y fines de la pena, etc., resaltando que los temas de Derecho comparado fueron siempre favoritos del ilustre profesor.

Las teorías penales italianas en la posguerra, en ANUARIO DE DERECHO PENAL, 1967, págs. 17 y ss.—Se ocupa don José en este trabajo de un tema que sigue siendo actualidad, como es el fundamento y fines de la pena. Se centra el estudio especialmente en las doctrinas surgidas en Italia en la época posterior a la posguerra, aunque hay referencias a publicaciones anteriores que siguen sien-

do relevantes Se ocupa la primera parte de la *retribución*, donde se analizan las posiciones de Petrocelli y Bettiol. Se trata en la segunda parte de la enmienda, en donde se recoge la postura de autores no especialistas en Derecho penal, como son Carnelutti y Del Vecchio. El primero se mantiene en una posición similar al correccionalismo, mientras que el segundo se sitúa en una zona no muy definida llegando incluso a tener cierto confucionismo entre la justicia penal y la civil de los tiempos primitivos.

Se ocupa Antón en la tercera parte de la *defensa social* de Gramatica, de su parentesco con el correccionalismo, de la evolución que sufre posteriormente al pasar de una postura utópica a otra más real, como consecuencia de las rectificaciones hechas por la nueva defensa social de Marc Ancel, terminado con las críticas de que ha sido objeto. Finaliza el trabajo con una exposición de las *teorías unitarias*, dedicando especial atención a las posiciones de Antolisei y Delitala, así como a las de otros autores que se mantienen en esta línea.

Die Modernen Straftheorien in den lateinischen Ländern, 25tw, B.80, 1968.—Este trabajo es el contenido de una conferencia pronunciada por don José en la Universidad de Bonn, en 1967, donde fue invitado por Welzel. Se recoge aquí parte del contenido del trabajo reseñado anteriormente sobre las teorías penales italianas de la posguerra. Hay una referencia al cambio sufrido en tales teorías, recordando los debates sobre los fines de la pena que tuvieron lugar en el Congreso penal y penitenciario de Berlín, en el año 1935, aunque será después de la segunda gran guerra mundial cuando se revisará el fundamento y límites del poder punitivo del Estado.

Se desarrolla en el trabajo especialmente el pensamiento italiano sobre la retribución, la prevención y las teorías unitarias. Hay referencia a los correccionalistas españoles y al movimiento de la defensa social y su evolución.

Don Luis Jiménez de Asúa. Notas para una biografía, en «Cuadernos para el Diálogo», núm. 87, diciembre 1970, págs. 33 y ss.—Tras hacer un breve resumen de los primeros años de la vida de Asúa, elogia su labor como universitario, por la erudición de sus clases teóricas, en las que dialogaba con los alumnos, a quienes nunca inculcó convicciones políticas. Como científico destaca su gran personalidad, así como su gran capacidad de trabajo, que le llevó a la publicación de multitud de obras y otros estudios. Fue discípulo de Liszt, por lo que se alineó en la escuela de la política criminal, influyendo notablemente en la reforma de la legislación penal española, especialmente en el Código de 1932. En el terreno político fue un socialista moderado, y no deja de ser chocante, dice Antón, que no obstante su categoría intelectual, ocupase solamente cargos técnicos o políticos de segunda fila. Termina el trabajo con unas referencias al exilio de don Luis.

La generación española de la política criminal, en Problemas actuales de las ciencias penales y la Filosofía del derecho, en «Homaje al profesor Jiménez de Asúa», Buenos Aires, 1970, páginas 337 y ss.—Distingue don José tres etapas en la historia del derecho penal español. En la primera incluye a los jurisconsultos ilustrados que habían leído las obras de Beccaria, Lardizábal, Filangieri, Bentham y Salas. Sus ideas influyeron en la legislación de las Cortes de Cádiz y en el Código penal de 1822. En el segundo período predominó la doctrina del italiano Pellegrino Rossi, divulgada por Pacheco, que junto con los principios utilitarios de la Ilustración, habría de influir en el Código penal de 1848. El siglo XIX se prolonga ideológicamente hasta la primera guerra mundial; los penalistas españoles más notables fueron los correccionalistas, cuyas concepciones utópicas puede decirse que no tuvieron influencia, o fue muy escasa, en los Proyectos elaborados para adaptar el Código penal a la Constitución de 1876. Tampoco influyeron en la realidad penitenciaria.

La tercera etapa hay que situarla a comienzos del presente siglo, con la difusión de la Terza Scuola italiana y especialmente con la escuela sociológica alemana o de política criminal que fundara von Liszt. Discípulos de éste fueron don Constancio Bernaldo de Quirós, Cuello Calón y Jiménez de Asúa, de cuya aportación a la Política criminal se ocupa Antón ampliamente.

Termina el trabajo diciendo que «es más fácil hacer la parte general de un Código, teniendo a la vista los más modernos de otros países, en los cuales suelen encontrarse bastantes coincidencias, que improvisar los títulos sobre delitos en particular, porque en estas materias pesan más las tradiciones morales de cada pueblo, así como su ambiente político, económico y criminológico».

El Código penal de 1870, en ANUARIO DE DERECHO PENAL, 1970, págs. 299 y ss.—Este trabajo, que conmemora el centenario del Código, comienza con unas referencias históricas que se ocupan de los Códigos penales de 1848 y 1850, así como de los antecedentes del propio Código de 1870. Según don José, los objetivos que se persiguieron en este Código fueron:

1. *Protección de la Constitución*.—Prueba de esta protección es que se introduce un título que se ocupaba de los «delitos contra la Constitución», en donde se recogían los delitos contra la forma de Gobierno, protección de los derechos individuales, libertad de expresión, tolerancia religiosa, etc.

2. *Humanización del Código*.—Se suavizaron las penas de los Códigos anteriores y el amplio arbitrio judicial permitió paliar la gravedad de otras, así como resolver algunos vacíos legislativos, aunque aquello supusiera un riesgo para la seguridad jurídica. Desapareció la pena de argolla y prácticamente las penas perpetuas, así como la de muerte como pena única.

3. *Reformas técnicas.*—Fueron numerosas, con diversas novedades en las circunstancias agravantes; se reduce el número de penas de la escala general, que en el Código de 1848 eran treinta y ocho. Hay diversas modificaciones en los delitos contra las personas, y cabe destacar el casuismo en el delito de robo, sobre todo en el de fuerza en las cosas.

Dice Antón, que la reforma de 1870 resultó útil en el aspecto político, con una mayor protección de los derechos individuales, así como la suavización de las penas. En el aspecto técnico su juicio no fue tan favorable, pues se desoyó el informe del Colegio de Abogados de Madrid y el de la Comisión de Codificación que cesó en 1869, así como tampoco se tuvo en cuenta los resultados que la realidad presentaba en orden a la imposibilidad de cumplir las reglas de ejecución de las penas privativas de libertad (creemos que, en parte, la historia se ha repetido con el Proyecto de Código penal de 1980). Para Antón, el Código de 1848 tenía un estilo más sobrio y sencillo que el de 1870.

La obra penalista de Jiménez de Asúa, en ANUARIO DE DERECHO PENAL, 1970, págs. 547 y ss.—Es un trabajo en recuerdo de Jiménez de Asúa. Hace don José un breve repaso de la obra de aquél, así como un elogio de su ingente labor. Aclara que no partió de Asúa la idea de la Ley de Vagos y Maleantes, sino que su origen hay que buscarlo en los repetidos indultos generales que pusieron en libertad a multitud de delincuentes profesionales. Para que la mayoría de éstos pudieran volver a prisión fue el Ministro de la Gobernación quien presentó el Proyecto en la Cámara, en donde se articularon delitos con sus correspondientes penas. Lo que hizo Jiménez de Asúa, junto con Ruiz Funes, fue presentar otro Proyecto, en el que se sustituían las figuras de delito por estados de peligrosidad y las penas por medidas de seguridad.

El Derecho penal de la postguerra, en «Problemas actuales de Derecho penal y procesal». Universidad de Salamanca, Facultad de Derecho, 1971, págs. 161 y ss.—Se divide el trabajo en cuatro partes, ocupándose la primera del *derecho penal liberal*, que tuvo su origen en la filosofía de la ilustración y llevó a una reacción contra la justicia criminal del antiguo régimen. Entre nosotros el Código de 1822 fue de corte liberal, pese a su técnica todavía imperfecta y sus reminiscencias del antiguo régimen. El de 1848 fue autoritario-liberal, mientras que el de 1850 resultó más autoritario; el más liberal de los Códigos del siglo pasado fue el de 1870, al adaptarse a la Constitución de 1869; el Código de 1932, adaptado a la Constitución de 1931 hizo importantes innovaciones progresistas con respecto al Código del 70.

El derecho penal autoritario se inicia en Rusia con los Principios de 1919 y los Códigos de 1922 y 1926, en Italia con Mussolini y en Alemania con Hitler, quien por una Ley de 1935 declaró delito no sólo los tipificados en las leyes, sino «todo hecho que mere-

ciese pena según la idea fundamental de un precepto penal y el sano sentimiento del pueblo».

Dentro de la parte dedicada a *los contrastes de la postguerra*, hace don José un estudio de la evolución en Alemania tras la muerte del tercer Reich, en donde los penalistas de ese país —algunos de los cuales habían colaborado con Hitler, haciéndole concesiones, aunque procuraron frenar excesos— volvían a la época anterior al nazismo, pero con cambios. También se ocupa de las modificaciones rusas a partir del Código de 1960, del Código de la Alemania oriental, de la evolución italiana, del Derecho anglosajón y de la influencia de la defensa social en el Código sueco.

Termina el trabajo con el *Derecho penal español de la postguerra*, ocupándose Antón de las Leyes de carácter represivo, que en algún caso tuvieron efectos retroactivos; se caracterizaban por la severidad de sus sanciones y por estar encomendada su aplicación a tribunales especiales. Se ocupa también del Código de 1944 y de la Ley de Vagos y Maleantes.

Apostillas a un libro de Dorado Montero, en «Revista de Estudios Penitenciarios», núm. 195, 1971, págs. 1669 y ss.—Insiste don José en este trabajo del respeto que había en Salamanca por Dorado, como catedrático y científico, cuando en 1923 le sustituía en la cátedra. Recoge de nuevo los motivos que llevaron, en 1897, a los incidentes entre el obispo Padre Cámara y Dorado, bajo el gobierno de Cánovas del Castillo. Aclara que Dorado no fue excomulgado por el Padre Cámara, en contra de sostenido Rivacoba. También se pone de manifiesto que no puede decirse que Dorado fuera un protegido de la Institución Libre de Enseñanza.

Completa Antón la parte dedicada en la *Utopía...* a comparar el correccionalismo de Dorado y la Defensa social, que si entonces decía de ellas que eran «doctrinas hermanas», ahora las identifica todavía más, estimando que eran hermanas gemelas, aunque la defensa social se extendiera después de forma espectacular.

Termina el trabajo haciendo un elogio de Dorado y de sus aportaciones a la ciencia del Derecho penal, sobre todo si se tiene en cuenta la falta de medios de la época, así como otras dificultades con las que hubo que luchar el profesor salmantino, quien quiso acercarse a Madrid, en busca de mejores bibliotecas, pero no pudo ser catedrático de su Universidad, ni de la Escuela de Criminología.

Los Proyectos decimonónicos para la reforma del Código penal español, en ANUARIO DE DERECHO PENAL, 1972, págs 249 y ss.—Se ocupa don José en este trabajo del estudio de los Anteproyectos de Códigos penales del último tercio del siglo XIX. Casi todos perseguían fundamentalmente adaptar el Código a la Constitución de 1876. Del *Proyecto Bugallal* destacó su mayor severidad con relación al Código de 1870 en cuanto castigaba con la pena única

de muerte el matar al rey, equiparándose al delito consumado, la tentativa y la frustración; por el contrario, permitía rebajar la pena en un grado más con carácter general en la tentativa, frustración, complicidad y encubrimiento.

El Proyecto de Alonso Martínez no llegó a discutirse, pues antes de que pudiera hacerse, los liberales sustituyeron a los conservadores, apareciendo bajo el mandato de éstos el Proyecto de Silvela. Las mayores innovaciones del Proyecto se encuentran en el título de las penas y su aplicación, teniendo mucho menos valor las aportaciones de la parte especial. Desaparecieron las cadenas y grilletes, la relegación y el extrañamiento perpetuos; se reducía a la mitad el número de penas contenidos en el Código de 1870; se suprime la publicidad de la pena de muerte.

El Proyecto Silvela, que según Antón debe bastante al de Alonso Martínez, especialmente las eximentes y en la planificación del sistema de penas, fue el más conocido y el más completo, aunque en algunos casos se aprecia un exagerado subjetivismo, en contraste con el objetivismo mantenido en otros. La parte más innovadora fue la codelincuencia, ofreciendo también avances notables en el título preliminar sobre la ley penal, normas sobre el concurso de delitos, el sistema de penas, etc. Este proyecto influyó en alguna medida en otros proyectos y leyes posteriores.

Las Bases de Alonso Martínez.—A la caída de Cánovas llegó al poder el Gobierno liberal, presidido por Sagasta, en el que de nuevo desempeñó la cartera de Gracia y Justicia Alonso Martínez. Entre los liberales había muchos diputados admiradores de la Constitución de 1869 y por tanto enemigos de que se modificara el Código de 1870. Las bases presentadas eran pocas —diez— e imprecisas. Tras enconadas discusiones parlamentarias se aprobó un proyecto modificado de quince bases, algunas de ellas inspiradas en el Proyecto de Alonso Martínez de 1882. Terminado en mayo de 1887 la discusión a la totalidad se inició la particular de cada una de ellas, solamente tuvo lugar la lectura de la primera, pues suspendidas las discusiones no volvieron a reanudarse.

Don Rafael Salillas, en ANUARIO DE DERECHO PENAL, 1974, páginas 205 y ss.—Conoció don José a Salillas, a quien admiró y leyó en su juventud. Pronunció dos conferencias, en las Universidades de Valladolid y Zaragoza, con motivo del cincuentenario de su muerte, siendo fruto de las mismas este artículo. Se ocupa de Salillas como penitenciario, antropólogo y polígrafo. En la primera de estas tres facetas dice que influyó la lectura de las obras de Concepción Arenal y el conocimiento que tuvo de las prisiones y de los internados en ellas en el cumplimiento de sus funciones como inspector. Describió los males de las prisiones, lo que dio lugar a que en 1903 se creara el Consejo Superior Penitenciario. También fue Salillas artífice de la creación de la Escuela de Criminología,

así como su primer director, se creó en 1903 y comenzó a funcionar tres años más tarde.

Como *criminólogo*, Salillas fue un práctico, que estudió el delincuente de forma directa, dándonos a conocer la realidad de la delincuencia española. Destaca Antón los aspectos más importantes de la obra criminológica de aquél. Como *polígrafo*, dice que Salillas «fue penitenciariasta de oficio y criminólogo de afición». Adquirió gran prestigio en el Ministerio de Gracia y Justicia: Villaverde, político de la época, le encargó un Proyecto de Código penal; fue el fundador de la Sociedad Española de Antropología, Etnografía y Prehistoria, y director de la «Revista penitenciaria»; salió elegido diputado por Madrid en dos ocasiones y participó en las «cátedras del Ateneo».

También fue don José autor de los siguientes trabajos:

Derecho penal (obra ajustada al programa del primer ejercicio de oposiciones al cuerpo de Aspirantes a la Judicatura y al Ministerio Fiscal, de 5 de enero de 1922), Madrid, Reus, 1922.—Consta de veintisiete temas, del 32 al 58. Se ocupan del delito, la pena y delitos en particular.

Derecho penal (conforme al Código de 1928), en colaboración con don Luis Jiménez de Asúa. Consta la obra de dos volúmenes, I, Parte general, y II, Parte especial, Madrid, Reus, 1928/29.

Derecho penal (obra ajustada al programa de 14 de julio de 1927, para los ejercicios teóricos de las oposiciones a ingreso en el cuerpo de Abogados del Estado), Madrid, Reus, 1929/30.—Se desarrollan diecisiete temas, del 27 al 43 del programa. Se dedica la mayor parte al estudio del delito, la pena y la responsabilidad civil.

Escribió también unos temas en la obra adaptada al programa de 26 de mayo de 1931 para ingreso en la Escuela de Policía. El título de la obra era *Derecho político, administrativo y penal*, de la que eran autores Tomás Elorrieta, Saulo Quereizaeta y Antón Oneca. Redactó los temas 14 al 31, que eran los de Derecho penal.

En la obra *Anteproyectos de Ley presentados al Gobierno por la Comisión Jurídica Asesora*, Madrid, Sucesores de Rivadeneyra, 1933, en las págs. 215 y ss se recoge un informe sobre la reprensión de los *Souteneurs*, del que fue ponente don José (quien fue presidente de la subcomisión de justicia), lleva fecha de 5-8-1932.

Derecho penal. Parte general, en colaboración con De Miguel Garcilópez. Madrid, Reus, 1940. Consta la obra de 36 temas de los que don José hizo los treinta y uno primeros.

De nuevo sobre la responsabilidad criminal de las personas jurídicas

Por MIGUEL BAJO FERNANDEZ

A la memoria de don José Antón Oneca

I. La cuestión de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas había dejado de ser polémica hace ya algún tiempo. Sin embargo, los ecos de la discusión de épocas anteriores, el testimonio constante del sistema pragmático anglosajón y la aparición de respuestas sancionatorias en leyes y Códigos penales en los países de sistema de codificación (1), parecen ser causa de un replanteamiento de la cuestión.

A mi juicio, la nueva polémica corre el riesgo de plantearse en términos bizantinos y, por tanto, estériles. Hoy resultaría absurda una discusión sobre responsabilidad o irresponsabilidad criminal de las personas jurídicas si antes no se resuelve el problema semántico que subyace tras esta opción, y que consiste, fundamentalmente, en precisar qué se quiere decir cuando hablamos de «responsabilidad» y de «responsabilidad criminal» con referencia a la persona jurídica. De mantener una concepción no técnica, sino

(1) DELMAS-MARTY y TIEDEMANN, *La criminalité, le Droit Pénal et les multinationales*, en *La Semaine Juridique. Juris Classeur Periodique*, núm. 1, 4 enero 1979, 12900, pág. 15, citan en este sentido (aparte de los países anglosajones) a Japón, Holanda (Ley de 1950 sobre infracciones económicas y art. 51 del Código penal modificado por Ley 23 junio 1976), Yugoslavia (Ley de 1960 sobre infracciones económicas) y distintas reformas en marcha en Finlandia, Noruega, Polonia y Francia. M. BARBERO SANTOS, *Las medidas de seguridad en el Proyecto de Ley Orgánica de Código penal*, en *La Reforma Penal y Penitenciaria*, Santiago de Compostela, 1980, pág. 108, añade Colombia. Por su parte E. RIGHI, *Los delitos que involucran a las empresas transnacionales y el principio "societas delinquere non potest"*, ponencia mecanografiada presentada al *Congreso Internacional de Derecho Económico*, celebrado en ENEP-Acatlán de la UNAM, México, 29 julio-3 agosto de 1981, señala, además, Méjico, Cuba y las leyes de represión del monopolio, de precios y de cambios de Argentina, Brasil y Chile.

amplia, de estas expresiones debemos concluir, como hace Rodríguez Ramos, que son inviables tanto la postura que quiera mantener el *societas delinquere potest* como la que pretenda sostener el *societas delinquere non potest* (2).

Con frecuencia, en la cuestión se superponen, al menos, tres planos. De un lado, el Derecho positivo en el que se trata de indagar si se imponen o no sanciones a las personas jurídicas. De otro lado, el plano dogmático en donde se discute si las personas jurídicas tienen o no capacidad de acción, de culpabilidad y de pena, y si las sanciones impuestas son penas, medidas de seguridad o sanciones administrativas. Por último, el plano político criminal donde se cuestiona la idoneidad de imponer penas u otras sanciones a las personas jurídicas. Estos tres planos no pueden de ningún modo superponerse si se quiere conseguir una mínima plataforma sólida para la discusión, sino que deben necesariamente estudiarse de forma independiente. En este sentido, es imprescindible comenzar por conocer la situación del Derecho vigente.

II. Pues bien, es fácil constatar que en todos los países de nuestro nivel cultural e histórico, el legislador ha respondido de forma similar frente a los tres problemas fundamentales que plantean las personas jurídicas y, en general, las entidades supraindividuales. El primer problema procede directamente del hecho de que estas entidades supraindividuales o colectivas pueden mediar en actividades delictivas. Pues bien, una de las respuestas jurídicas ha sido la de precisar con exactitud qué personas físicas deben sufrir la sanción, bien a través de las reglas generales de participación, o conforme a reglas específicas (por ejemplo, en los delitos relativos a reuniones, manifestaciones o asociaciones ilícitas). En otras ocasiones la respuesta que el ordenamiento jurídico arbitra consiste, precisamente, en imponer sanciones a la propia entidad supraindividual.

El segundo problema consiste en las dificultades de prueba existentes para determinar las personas físicas que, formando parte de la entidad, deben en puridad sufrir los efectos sancionatorios. El Derecho responde a esta cuestión, estableciendo, a veces, criterios de imputación objetiva o, nuevamente, imponiendo sanciones a la propia entidad supraindividual.

El tercer problema se presenta cuando es preciso determinar la persona que ha de responder en los casos en que la persona física que realiza el comportamiento lesivo actúa en nombre de otro. El Derecho ha respondido, bien sancionando al que obra en representación de otro, o a éste mismo aunque fuera una persona jurídica.

Así, pues, en todo caso el Derecho ha tenido que recurrir a imponer sanciones a las personas jurídicas o entes colectivos en

(2) L. RODRÍGUEZ RAMOS, *Medidas de seguridad aplicables a las personas jurídicas en el Proyecto de Código penal*, en *La Ley*, 31 octubre 1980, pág. 2.

general. En este sentido, podríamos decir que en todos los países de nuestro nivel cultural e histórico rige el principio *societas delinquere potest*. Porque, en efecto, en todos los países el legislador, para solucionar los problemas apuntados, impone a las entidades supraindividuales (sociedades mercantiles, asociaciones, agrupaciones, empresas, etc.), sanciones tales como multas, disoluciones, prohibiciones de diversa índole, suspensiones, pérdidas de beneficios, etc.

III. Hecha esta constatación del Derecho positivo, cabe plantear, entonces, la cuestión dogmática consistente en determinar si tales efectos jurídicos son penas, medidas de seguridad o sanciones administrativas. Cuando se niega su carácter de penas es cuando decimos que rige el principio *societas delinquere non potest*. Ahora bien, cada una de estas tres opciones tiene su costo correspondiente.

En efecto, si se consideran penas hay que renunciar al principio de culpabilidad y al de personalidad de las penas, principios de corte liberal que constituyen, según criterio dominante, un logro de la civilización moderna. Por otra parte, sería imprescindible revisar toda la dogmática jurídico penal en orden al concepto de acción, culpabilidad, teoría de la pena, eximentes, participación, concurso, etc. (3).

Si, por el contrario, se consideran sanciones administrativas porque, por ejemplo, son impuestas por órganos administrativos, se ponen en peligro los principios liberales que deben regir todo procedimiento sancionador no siempre compatibles con los principios de eficacia e interés público del ámbito jurídico administrativo (4).

Si se consideran, por último, como medidas de seguridad en función de la peligrosidad, el costo que se paga afecta al concepto de peligrosidad y de medida de seguridad (5).

Si partimos del principio dogmático de que son penas las sanciones previstas como tales en las leyes e impuestos por órganos administrativos (6) y medidas de seguridad las sanciones, jurisdiccionalizadas o no, impuestas en función de la peligrosidad del

(3) En este sentido, de revisar la dogmática moderna a efectos de admitir la responsabilidad criminal de las personas jurídicas, E. RIGHI, *ob. cit.*; J. M. ZUGALDIA, *Conveniencia político-criminal e imposibilidad dogmática de revisar la fórmula tradicional "societas delinquere non potest"*, en *Cuadernos de Política Criminal*, 11, 1980, pág. 86; E. SAAVEDRA ROJAS, *La responsabilidad de las personas jurídicas en el Proyecto del Código penal 1978*, en *Revista del Colegio de Abogados penalistas del Valle*, Cali-Colombia, I, II semestre de 1979, págs. 23-25.

(4) Esto es lo que ha ocurrido en España y en América Latina. Vid. M. BAJO FERNÁNDEZ, *Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial*, Madrid, 1978, y E. RIGHI, *ob. cit.*

(5) Lo que implica también inseguridad jurídica. E. RIGHI, *ob. cit.*, pág. 17.

(6) Sobre la distinción entre ilícito penal y administrativo vid. M. BAJO FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, págs. 86 y sigs. y 92.

autor, entonces tenemos que convenir que en nuestro Derecho positivo las sanciones que se imponen a las entidades supraindividuales son siempre sanciones administrativas o medidas de seguridad (7). Como sanciones administrativas resultan paradigmáticas las previstas en el Decreto de disciplina de mercado de 20 de diciembre de 1974 por su amplitud, eficacia y modernidad (8). Por otra parte, los escasos supuestos en que el Código penal vigente impone sanciones a los entes colectivos (la disolución de los arts. 165 y 349, y el cierre de establecimientos o local y retirada de licencia del art. 452 bis d), son medidas de seguridad (9).

Por todo ello, creo que a nivel de Derecho positivo español no hay nada que discutir sobre la responsabilidad criminal de las personas jurídicas. En nuestro Derecho positivo rige el principio de la responsabilidad penal individual, entendiéndolo por individuo la persona física. Las personas jurídicas y, en general, las entidades supraindividuales, no pueden ser castigadas con las penas previstas en el artículo 27 del Código penal impuestas a través de los Tribunales de Justicia sino, a lo sumo, con medidas de seguridad, sanciones administrativas y sanciones civiles. En este sentido, y *sólo en este sentido*, decimos que las personas jurídicas no son criminalmente responsables, es decir, que rige el principio *societas delinquere non potest*.

De lo señalado hasta ahora conviene recordar dos cosas. Primero, que en todos los países el Derecho responde ante la persona jurídica con efectos sancionadores similares y que, por otra parte, no pueden ser otros que los que permite la propia naturaleza de las cosas. A una sociedad mercantil no se le pueden imponer sanciones privativas de libertad sino sólo, como así ocurre repito en todos los países, sanciones tales como multas, disoluciones, prohibiciones, etc. Segundo, que las sanciones impuestas en Derecho positivo español a las personas jurídicas y demás entes colectivos, no son penas sino sanciones administrativas o medidas de seguridad o sanciones civiles.

IV. Desde el punto de vista político criminal podemos cuestionarnos si las personas jurídicas deben o no sufrir sanciones más severas o de otro signo, en el bien entendido de que no podemos mezclar esta cuestión con la puramente dogmática de si tales sanciones son, serán o fueron penas, medidas de seguridad o meras indemnizaciones. Y también, desde el punto de vista político criminal podemos cuestionarnos si tales sanciones deben o no jurisdiccionalizarse.

(7) Dejando aparte la responsabilidad civil contractual y extracontractual y la subsidiaria derivada de delito prevista en los arts. 21 y 22 del Código penal.

(8) No sería equivocado afirmar que tal elenco de sanciones del Decreto de Disciplina de mercado de 1974, influyó en las medidas de seguridad previstas para los delitos económicos en el Proyecto de Código penal español de 1980.

(9) Vid. M. BAJO FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, págs. 113-114.

Desde esta perspectiva, tiene sentido la discusión surgida alrededor del Proyecto de Código penal español de 1980 que ha jurisdiccionalizado una amplia gama de sanciones a imponer a las personas jurídicas y otros entes supraindividuales (como la empresa) y las ha denominado medidas de seguridad. Yo me he sumado a aquel sector doctrinal que propugna una solución como la adoptada en el Proyecto, en razón de una mayor eficacia político-criminal y de la necesidad de sustraer este sector sancionador del ámbito administrativo (10). Ahora bien, como ya hemos apuntado, esta solución tiene sus costos dogmáticos.

En efecto, Barbero Santos advierte que si se quiere luchar contra la peligrosidad de las personas jurídicas ha de hacerse con medidas civiles o administrativas porque la peligrosidad criminal no es concepto aplicable a los entes colectivos: «resulta evidente que se trata de un concepto no aplicable a las personas jurídicas, y que, en consecuencia, no puede imponerse a éstas medidas de seguridad de carácter penal» (11). Del mismo modo, Zugaldía observa que «difícilmente puede comprenderse cómo las personas jurídicas van a denotar una *peligrosidad criminal* (que supone, cuanto menos, la realización de una acción típica) cuando se parte de considerar que los entes sociales son incapaces de acción» (12) y, por otra parte, considera absurdo hablar de una peligrosidad objetiva cuando se defiende la subjetivación culpabilista del Derecho penal (13).

Para evitar estos costos dogmáticos y que el Proyecto consiga una coherencia, entiende Barbero Santos que el Proyecto de Código penal debería de luchar contra la «peligrosidad» de las personas jurídicas con medidas de carácter civil o administrativo cuya imposición se confiaría a un Juez penal (14).

No voy a entrar aquí en esta discusión. Me interesa más en estos momentos resaltar la confusión de planos que en ocasiones se hace en el nuevo replanteamiento de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas. Por ejemplo, se preconiza la responsa-

(10) M. BAJO FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, págs. 117-118 y capítulo III. La solución del Proyecto de Código penal también es aplaudida por L. RODRÍGUEZ RAMOS, *ob. cit.*, pág. 3 por razones de pragmatismo político-criminal, aunque reconoce importantes defectos técnicos en el Proyecto.

(11) M. BARBERO SANTOS, *ob. cit.*, págs. 107 y 106-109.

(12) J. M. ZUGALDIA, *ob. cit.*, pág. 87.

(13) J. M. ZUGALDIA, *ob. cit.*, pág. 77: «por lo demás se defiende la subjetivación culpabilista del Derecho penal y se admite, sin discusión, paradójicamente, una peligrosidad de carácter objetivo».

(14) M. BARBERO SANTOS, *ob. cit.*, págs. 107-108 y 109. De este modo Barbero Santos parece invertir totalmente su anterior postura. En efecto, en 1957 había mantenido, contra la opinión mayoritaria en España, una responsabilidad penal *sui generis* de las personas jurídicas por una razón político criminal: sustraer de la competencia de las autoridades administrativas la facultad de imponer sanciones de grave contenido penal a las personas jurídicas. Vid. M. BARBERO SANTOS, *ob. cit.*, pág. 107, nota 109.

bilidad criminal de las personas jurídicas porque sólo así se puede conseguir una mayor eficacia penal en la persecución del delito. En este sentido, Zugaldía niega eficacia a las medidas de seguridad (15) y la encuentra, sin embargo, en las penas (16). Del mismo modo, Saavedra nos recuerda cómo las multas administrativas se convierten en un costo más de la empresa fácilmente asumible (17) y cómo el Derecho penal administrativo carece de poder intimidante (18) preconizando, por ello, la responsabilidad criminal de las personas jurídicas.

Hay aquí una evidente confusión de planos. La ineficacia de las sanciones previstas en un determinado Derecho positivo para las personas jurídicas, es una cuestión político criminal que no se resuelve con una modificación de las teorías de la acción, de la culpabilidad o de la pena para admitir teórica o dogmáticamente la responsabilidad criminal de las personas jurídicas. Aunque nuevamente caiga en el defecto de Don Pero Grullo, me veo obligado a decir que la ineficacia de las sanciones es un problema que sólo se resuelve imponiendo sanciones más eficaces. E imponer sanciones más eficaces no implica necesariamente cambio alguno en el principio del *societas delinquere non potest*, a no ser que se pretendiera imponer penas privativas de libertad a los entes colectivos. Las sanciones que el proyecto de Código penal español de 1980 llama medidas de seguridad, las que el Proyecto de Código penal colombiano de 1978 llama penas accesorias (19), las que se establecen en el artículo 63 y 64 del Anteproyecto de Código penal francés de 1978 o en los criterios de la Comisión (alemana) de lucha contra la criminalidad económica (20), las que impone nuestro Decreto de disciplina de mercado como sanciones administrativas y las que citan Zugaldía y Righi como *penas* (21) son las mismas, con ligeras modificaciones. Lo cual prueba, a mi juicio fehacientemente, la innecesariedad de acudir al problema teórico de modificar nuestra dogmática jurídico penal para reclamar la responsabilidad criminal de las personas jurídicas, siendo así que el Derecho no necesita que se modifiquen las teorías de la acción, de la culpabilidad y de la pena para una lucha adecuada contra la delincuencia que gira alrededor de los entes colectivos y de las personas jurídicas. ¿Qué necesidad hay desde el punto de vista político criminal de reivindicar la responsabilidad penal de las personas jurídicas si el problema político criminal subyacente se

(15) J. M. ZUGALDIA, *ob. cit.*, pág. 87.

(16) J. M. ZUGALDIA, *ob. cit.*, pág. 75.

(17) E. SAAVEDRA, *ob. cit.*, pág. 13.

(18) E. SAAVEDRA, *ob. cit.*, pág. 17.

(19) Vid. tales sanciones en E. SAAVEDRA, *ob. cit.*, pág. 19.

(20) Las referencias a la legislación francesa y alemana puede comprobarse en *Los delitos económicos en la legislación de los países occidentales. Textos y Documentos*. Publicación del Instituto de Estudios Económicos, 6, 1980, págs. 45-46 y 125-126.

(21) E. RIGHI, *ob. cit.*, pág. 30; J. M. ZUGALDIA, *ob. cit.*, pág. 77.

resuelve sin elucubraciones dogmáticas? Se declare o no, a nivel dogmático, la responsabilidad criminal de las personas jurídicas las sanciones que el Derecho prevea serán las mismas. Ni siquiera se ganaría en mayor eficacia en la lucha contra la delincuencia, ya que las normas del procedimiento criminal pensadas para garantizar los derechos fundamentales de la persona, constituyen un importante obstáculo contra esa pretendida eficacia, obstáculo que no existe en el procedimiento administrativo.

V. Por último, me interesa subrayar la imposibilidad existente en el plano dogmático para la admisión de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas.

La dogmática jurídico penal, tal y como se concibe en la actualidad y tal y como ha sido construida sobre nuestro Derecho positivo, no admite una responsabilidad criminal de las personas jurídicas. Tiene razón Rodríguez Ramos cuando advierte que la admisión de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas en Bélgica y Francia se explica por el escaso arraigo de la dogmática jurídico penal (22). Tal y como se concibe la acción, la culpabilidad y la pena, la persona jurídica no tiene capacidad de acción, de culpabilidad ni de pena (23).

A mi me resulta insostenible una imputabilidad de las corporaciones o un reconocimiento de su culpabilidad a través de la concepción normativa, como preconiza Saavedra (24). Como también me resulta insostenible cualquier vuelta al organicismo. Cuando el único que en España defendía todavía una tesis organicista (25) ha abandonado totalmente esta posición (26), Zugaldía recoge el legado y, después de acusar al principio *societas delinquere non potest* de estar inspirado en un «antropomorfismo pueril decimonónico» (27), atribuye a la persona jurídica, al igual que a la persona física, «una voluntad... propia» (28), de lo que deduce que la responsabilidad criminal de las personas jurídicas no violenta el principio de la personalidad de las penas, ya que la persona jurídica es también una persona, un individuo (29). De este modo —sigue el autor— la persona jurídica no es ninguna ficción, sino una realidad social, por lo que, cuando se aplica la pena, ésta «no recae sobre los socios individualmente, sino sobre un ente real» (30).

(22) L. RODRÍGUEZ RAMOS, *ob. cit.*, pág. 2.

(23) Mi posición tuvo ocasión de exponerla en la obra ya citada, págs. 111-112 y capítulo IV *passim*.

(24) E. SAAVEDRA, *ob. cit.*, págs. 21 y 23.

(25) Vid mi crítica a esta antigua tesis de Barbero Santos en M. BAJO FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, págs. 110-111.

(26) “Ninguna duda cabe que las Asociaciones y Sociedades, es decir, las personas jurídicas, son sujetos incapaces de cometer hechos delictivos y, en consecuencia, de ser criminalmente peligrosos”. M. BARBERO SANTOS, *ob. cit.*, pág. 106.

(27) J. M. ZUGALDIA, *ob. cit.*, pág. 83.

(28) J. M. ZUGALDIA, *ob. cit.*, pág. 78.

(29) J. M. ZUGALDIA, *ob. cit.*, págs. 78-79.

(30) J. M. ZUGALDIA, *ob. cit.*, pág. 79.

Realmente, quien sostiene la imputabilidad o culpabilidad de las corporaciones, o que las personas jurídicas son «personas» en el sentido que a éstas se le da cuando se formula el principio de personalidad de las penas, o que la pena impuesta a la persona jurídica no recae sobre cada uno de los socios que la componen porque el ente moral es un objeto «real» distinto a sus socios, digo que quien sostiene esto está hablando un idioma desconocido para quienes seguimos la dogmática jurídico penal dominante. El mantenimiento de estas tesis y, en general, la de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas, exige revisar a fondo las categorías dogmáticas de acción y culpabilidad, y reformular la teoría de la pena (31). Yo me pregunto si los costos que esto acarrearía, fundamentalmente prescindir de los principios liberales garantizadores de culpabilidad y personalidad de las penas, compensan el capricho, puramente dogmático, de declarar la responsabilidad criminal de las personas jurídicas.

Righi minimiza estas consecuencias con una inteligente e interesante observación, advirtiendo que cabe conservar el sentido garantizador y liberal de estos principios respecto de las personas físicas, al lado de un sistema jurídico penal pensado expresamente para las personas jurídicas. Esto sería posible porque —dice Righi— el «Derecho penal no ha construido un solo modelo para fundamentar la reacción penal, sino varios». En efecto, los presupuestos para la aplicación de las penas para los imputables son distintos de los exigibles en la aplicación de medidas de seguridad a los inimputables adultos o en la aplicación de medidas cautelares a los menores (32).

Reconozco que si hay, al menos, tres modelos jurídico-penales para explicar la reacción penal (Derecho penal de imputables, de inimputables adultos y de menores), no existe razón que impida la creación de otro aplicable a las personas jurídicas. Lo que pongo en duda es que existan razones político criminales para ello. Y, en todo caso, los riesgos que se correrían serían importantes. No puede olvidarse que de forma constante se están construyendo diques de contención que eviten la invasión del campo del Derecho penal de imputables con los principios preventistas de la medida de seguridad, tendencia sumamente agradable a cualquier poder político para el mejor manejo del ciudadano disidente. Pues bien, la creación de un nuevo modelo aplicable solamente a las personas jurídicas desprovisto de los principios garantizadores de culpabilidad y personalidad de las penas pienso que entrañaría un nuevo peligro para los ciudadanos, no justificable por razones político criminales.

Zugaldía toca la fibra emotiva para atacar la conexión entre el principio de personalidad de las penas y el *societas delinquere non*

(31) Así lo reconocen E. RIGHI, *ob. cit.*, J. M. ZUGALDIA, *ob. cit.*, pág. 86 y E. SAAVEDRA, *ob. cit.*, págs. 24-25.

(32) E. RIGHI, *ob. cit.*, pág. 24.

potest, considerando «irritante el argumento de la violación de los Derechos humanos» en caso de imponer penas a las personas jurídicas, porque «no ha tenido en cuenta cómo las personas jurídicas, usufructúan los delitos, cómo los grandes delincuentes económicos—auténticos parásitos sociales— se cobijan tras firmas que no merecen otra calificación» (33). Pienso que Zugaldía hubiera evitado su irritación si se hubiera percatado que quien defiende el *societas delinquere non potest* preconiza, más o menos expresamente, el castigo de quien se esconde detrás del ente colectivo. Es decir, pretenden que se castigue al «parásito social», según expresión de Zugaldía, y no al «caparazón» que lo recubre. No se debe olvidar, a efectos de eficacia, que en las grandes y pequeñas sociedades mercantiles siempre hay un número limitado de personas, perfectamente reconocibles, que lo deciden todo al margen del resto de los socios (34) y es sobre ellos sobre quienes debe recaer la sanción penal como medio idóneo y eficaz de prevención de la delincuencia.

Como ya he dicho en otra ocasión, el principio *societas delinquere non potest* no entraña el reconocimiento de un valor ontológico, sino simplemente de un valor político criminal (35). Y, en este sentido, quiero concluir advirtiendo que la exclusión de las personas jurídicas del ámbito criminal no implica desdeñar la importancia que reviste en la actualidad la persecución y castigo de la delincuencia económica. Pero, precisamente por ser conscientes de la importancia de toda política de prevención contra la delincuencia económica, nos pronunciamos en contra de la aplicación de penas a los entes colectivos. La tesis contraria, que estamos aquí criticando, podría significar un arriesgado paso que atraiga al ámbito del Derecho penal principios del Derecho privado, como aquel conforme al cual, de las deudas de la sociedad responde ésta con su patrimonio quedando incólumes los patrimonios de los socios. Sería lamentable que en ese nuevo modelo de Derecho penal de aplicación a las personas jurídicas, la imposición de penas a las entidades supraindividuales fueran la coartada para la impunidad de sus poderosos socios.

(33) J. M. ZUGALDIA, *ob. cit.*, pág. 79.

(34) Cfr. H. OLIVA, *Sobre el llamado delito financiero*, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, XVI, 43, 1972, págs. 28-30.

(35) M. BAJO FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, pág. 24.

Otra opinión sobre el art. 516 bis del C. penal

ENRIQUE BELTRAN BALLESTER,
*Fiscal y Profesor de Derecho Penal
de la Facultad de Derecho y del Ins-
tituto de Criminología de la Univer-
sidad de Valencia*

El artículo 516 bis del Código penal, pune con pena tipo, a quien, sin la debida autorización y sin ánimo de haberlo como propio, utiliza un vehículo de motor ajeno, si ejecuta el hecho sin emplear fuerza en las cosas ni violencia o intimidación en las personas, agravándola en estos casos, así como también cuando dejare transcurrir veinticuatro horas sin restituir directa o indirectamente el vehículo. De donde, la agravación, debe apreciarse cuando haya transcurrido ese lapso, en todo caso, y aun antes, si el culpable hace dejación del uso o se ve privado de él, por causa que no sea la restitución directa o indirecta hecha por él mismo.

Según lo dicho, aplicar, cuando el culpable se ve privado del uso, por ser detenido durante la utilización, el párrafo 2.º del referido precepto, en lugar del tercero, como con frecuencia hacen los Tribunales, por considerar equiparables los verbos restituir y recuperar, es a mi modo de ver, una equivocación, ya que recuperar significa recobrar o rescatar, es decir, volver a tomar o adquirir lo que antes se tenía, en tanto que restituir equivale a devolver, reintegrar o reponer, es decir, volver una cosa a quien la poseía antes, siendo la principal diferencia entre ambos términos, como de las definiciones dadas se deduce, el que en el hecho de recuperar, el sujeto del verbo es el dueño de la cosa, en este caso el vehículo, o sea el sujeto pasivo del delito, mientras que el sujeto del verbo restituir, es quien habiendo tomado la cosa, la devuelve a su legítimo propietario, o sea, el sujeto activo del delito. Y esto, en un sistema culpabilista como el de nuestro código, hace que la diferencia no sea vana, puesto que la pena menor trae su causa de un menor reproche social, cual es el reconocer a quien restituye lo ilegítimamente usado, un a modo de arrepentimiento, y la pena mayor reside, en la inactividad restituyente del culpable, evidentemente más reprochable; a lo que no se opone la calidad transitiva de los términos verbales «dejare transcurrir», ya que el auténtico abandono anterior a las veinticuatro horas (1), que antes era tenido

(1) Definido a "contrario sensu", por la Sent. T. S. de 22 de enero de 1981, como el realizado en sitio o lugar que no permita fácilmente

en cuenta, hoy, desde la Ley de 28 de noviembre de 1974, no tiene trascendencia penal de privilegio, como mantiene la sentencia del T. S. de 17 de noviembre de 1980.

Pero por si lo dicho no bastara, a pesar de ser criterio interpretativo gramatical, admitido como el primero a usar por el artículo 3-1.º del Código civil, que por estar en su título preliminar, es de general aplicación al total ordenamiento jurídico español (2), también se llega a idéntica conclusión, usando los sistemas históricos y de antecedentes legislativos, asimismo admitidos por el citado precepto general, como se deduce de la discusión de la Comisión de Justicia de las Cortes Españolas, en su sesión de 23 de octubre de 1974 (3). En ella, la ponencia de la reforma que se pretendía dar al artículo 516 bis del Código penal, se negaba a derogar el vocablo «abandonare» que en la legislación entonces vigente estaba, hasta que distinguidos miembros de la Comisión, hicieron ver que el abandono podía surgir de causa no proveniente del culpable que, como un accidente de circulación o el hecho de quedarse sin gasolina, podía hacer que dejara el vehículo aun cuando su intención, en otro caso, hubiera sido la de continuar en su uso; lo que también ocurría, cuando el coche se recuperaba por causa distinta a la restitución, como en el caso de detención por la policía. Argumentos estos que fueron finalmente admitidos por la ponencia, rechazando así la Comisión primero y luego el Pleno, como actitudes atenuatorias, las objetivas del abandono y la recuperación, y admitiendo tan sólo la de restitución directa o indirecta por su carácter subjetivo.

De donde, al no seguir los criterios antes dichos, aunque sólo sea por efectos pietistas del principio «favorabilia sunt amplianda», los Tribunales, al equiparar los términos recuperar y restituir, llevan a cabo una interpretación que va más allá de lo que les permite la discrecionalidad que la ley procesal penal les otorga, adoptando un proceder desgajado de la sujeción a la norma, que les exige el principio constitucional de legalidad, imperativo ineludible para que los fines inequívocos que el legislador persigue, se logren, ya que, como el T. S. ha dicho en su sentencia de 9 de febrero de 1980, «el espíritu de la Ley no es otro que el que se refleja en la literalidad o sentido gramatical de las palabras», el cual, según la de 31 de marzo de 1980, «se colige teleológicamente de la finalidad perseguida por la Ley», que en este caso, a tenor de la de 16 de marzo de 1976, no es otro que «los claros postulados de política criminal» nacidos, como afirma la de 7 de octubre de 1977, «del fenómeno del uso ilegal de los vehículos, que se ha generalizado con desoladora frecuencia y proliferación. lo que obli-

el hallazgo y sin razones suasorias para suponer que existió voluntad restitutoria indirecta.

(2) Sents. T. S. de 17 de mayo de 1971, 31 de marzo y 20 de diciembre de 1980, 14 de enero de 1981 y auto de 31 de octubre de 1980.

(3) Ver Diario de Sesiones de la X Legislatura, núm. 367, pág. 33.

ga a enjuiciar estos actos depredadores, como auténtica emergencia penal».

Así pues, y como mantiene la sentencia del T. S. de 9 de febrero de 1980, si toda interpretación correctora del Derecho debe quedar proscrita y, «el intérprete viene obligado a acatar el querer o mandato legal, sea cual fuere la opinión personal que le merezca, sin que en modo alguno le sea lícito o le esté permitido, a pretexto de una interpretación, realizar una creación «ex novo», sustituyendo o modificando lo que resulte ser de «lege data» por lo que se piensa que debería ser de «lege ferenda», infringen la norma los Tribunales, al dar como contenido en el texto legal el verbo recuperar, tan distinto en su significación al de restituir, que es el único que el precepto admite. Y es que, como expone la sentencia del T. S. de 29 de enero de 1980, «las infracciones penales tienen cada una su propia y específica naturaleza, distinguiéndose entre sí, por los elementos que las integran y que el legislador ha querido tener en cuenta al preverlas, describirlas o definir las en el articulado del Código penal», lo cual, en la norma aquí comentada, se significa por el hecho de que el legislador extrajo de ella el término abandonar, no admitió el de recuperar y consignó tan sólo el de restituir.

Sin embargo, de lo dicho no se oculta el hecho innegable de que, a veces, la consecuencia jurídica de esta clase de delitos puede alcanzar resultados desmesurados, de modo que resulten más penados delitos en los que el bien jurídico protegido no es la propiedad entera, sino sólo una de sus manifestaciones (el derecho al mero uso), que los que protegen toda la propiedad. Pero tal razón no debe mover al juzgador a hacer valoraciones que vayan más allá de sus facultades, enmendando la Ley, ni tan siquiera a través del fácil expediente de pensar que quizá el culpable, de no haber sido detenido, hubiera restituido el automóvil antes de las veinticuatro horas. Hacer tal cosa es tanto como dar valor de hecho a conjeturas admitidas tan sólo como posibles, que no probables, y eso pone al Tribunal fuera de la dimensión de su competencia, que le obliga a desplegar su operatividad en hechos ocurridos y no en hechos futuramente posibles. ¡«Dura lex, sed lex»!

Por otro lado, esta interpretación correctora, admitiría justificación, en cuanto a tranquilidad de conciencia, en otro caso que no fuera con el uso de nuestro Derecho positivo, pues ahí están, y precisamente para eso, el párrafo 2.º del artículo 2 del Código penal y la facultad de los Tribunales para pedir el indulto particular, que le otorga al artículo 20 de la Ley de 18 de julio de 1870, ya que, como afirma la sentencia del T. S. de 3 de mayo de 1968, «les corresponde (a los Tribunales) dar efectividad a lo dispuesto en el artículo 2, párrafo 2.º del Código penal, corrigiendo, mediante la facultad del indulto, la fría, desproporcionada y excesiva justicia».

Interrupción voluntaria del embarazo: reflexiones teológico-jurídicas (*)

ANTONIO BERISTAIN,

Catedrático de Derecho penal. Facultad de Derecho. San Sebastián

SUMARIO: 1.º Necesidad de investigaciones metajurídicas.—2.º Observaciones elementales de política criminal.—3.º Interrogaciones teológicas: 3.1. La Iglesia, ¿ha condenado el aborto siempre?. 3.2. La Iglesia, ¿condena hoy todo aborto?—4.º Improcedencia de rechazar todas las "indicaciones".

«La religión no es algo que simplemente se tiene o no se tiene.

El hombre... consiste en religación o religión.»

XAVIER ZUBIRI

1.—NECESIDAD DE INVESTIGACIONES METAJURIDICAS

Los problemas del aborto piden planteamientos y respuestas criminológicas, es decir, multi-interdisciplinarios. Piden que se sienten en nuestra mesa de estudio y que colaboren en nuestras investigaciones empíricas, de campo, también los filósofos y los teólogos, pues si es cierto, como afirma Stanislav Andreski (1), que las ciencias sociales actuales en general padecen una gran falta de estudios filosóficos (teológicos, añado yo), especialmente se debe lamentar la falta de estudios metajurídicos en el campo del aborto.

Esta breve nota pretende únicamente insinuar algunas reflexiones, quizá, mejor dicho, algunas interrogaciones teológico-jurídicas, pues considero que, para llegar a soluciones menos insatisfactorias en la legislación y en la práctica judicial acerca de la interrupción voluntaria del embarazo, conviene abrir la puerta a las preguntas provenientes de todos los diversos campos de la ciencia y de la realidad, sin excluir el campo teológico.

Comenzamos formulando algunas coordinadas jurídicas para, des-

(*) Comunicación presentada a las II Jornadas Italo-Franco-Luso-Españolas de Derecho penal, Avila-Acalá de Henares. 5-8 junio 1980.

(1) Stanislav ANDRESKI, *Social sciences as sorcery*, New York, St. Martin's Press, 1973, pág. 113.

pués, pasar a la problemática teológica en la que estudiamos brevemente la postura de la Iglesia a lo largo de la historia, y discutimos su unanimidad o no unanimidad doctrinal en el momento presente. Al final, quisiéramos que el lector hubiera encontrado motivos para opinar que la interrupción del embarazo es socialmente y éticamente justificable en algunos casos extremos pues aparece como un mal menor o, más precisamente, como el rechazo a provocar una deshumanización o crear una situación inhumana.

Esta tesis coincide, casi al pie de la letra, con la que defendieron el grupo francés compuesto por catorce especialistas, entre ellos el jesuita Bruno Ribes, director de la revista *Études*, el protestante Andrés Dumas, profesor de Moral de la Facultad de Teología protestante de París, el dominico Felipe Roqueplo, consejero eclesiástico de la Unión Católica de científicos franceses, y el salesiano Renato Simón, teólogo moralista (2).

2.º OBSERVACIONES ELEMENTALES DE POLITICA CRIMINAL

A los juristas, como a los encargados de la política criminal, el aborto presenta muchas cuestiones que se resisten a una racionalización plena, por incidir en el estrato de una radicalidad humana al que no llega el buceador de la razón. En el campo jurídico, después de estudiar las legislaciones a lo largo de la historia diacrónicamente y a lo ancho de la geografía sincrónicamente, se pueden formular las coordenadas siguientes:

Primera. La vida humana, siempre y en cualquier circunstancia, merece gran respeto. Aunque no un respeto absoluto. El aborto es una lesión contra bienes jurídicos muy nobles. Pero, en determinadas circunstancias es una lesión menor que otras.

Segunda. En las legislaciones de nuestro mundo cultural se justifica la muerte a otra persona, aun la producida con dolo, si median causas de justificación como, por ejemplo, legítima defensa o estado de necesidad entre bienes de desigual valor.

Tercera. El aborto es una palabra distinta del homicidio. Esta diferencia semántica responde a realidades diversas en el ámbito biológico, sociológico, psicológico, ético y, también, en el jurídico.

Cuarta. Todas las legislaciones que tipifican como figura delictiva el aborto establecen notables diferencias con el homicidio: la sanción es siempre menor en la interrupción del embarazo (3).

(2) VARIOS, *Pour une réforme de la législation française relative à l'avortement*, en "Études" (enero 1973), págs. 53-84.

(3) Cfr. Hans-Heinrich JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 3.ª ed., Berlín, Duncker & Humblot, 1978, pág. 291. Con formulación y en sentido algo diferente, en la 1.ª ed. de 1969, pág. 242.

Quinta. Generalmente las legislaciones incluso las más severas, como la española (4), justifican las acciones abortivas en algunos supuestos, por ejemplo, el estado de necesidad que puede darse en caso de abortos terapéuticos cuando entra en conflicto la vida de la madre con la vida del *nasciturus*.

Sexta. «El panorama comparatista, como escribe Gerardo Landrove, se caracteriza por la cristalización de un amplio movimiento desincriminador y por los serios intentos existentes en muchos países de tradición conservadora de operar una amplia liberalización en la materia. En esta línea, muy recientes proyectos reformadores han alcanzado o están a punto de alcanzar espectaculares éxitos. Todo ello, apoyado en un cuerpo sustancial de opinión pública altamente favorable a la práctica de voluntarias interrupciones del embarazo bajo determinadas exigencias» (5).

Es decir, a lo largo de la historia y a lo ancho de la geografía, las leyes y los juristas generalmente exigen respetar la vida humana desde el primer momento de la concepción, aunque no suelen afirmar que sea delito todo aborto. Este puede considerarse justo o permitido, o exculpable, por ejemplo, en algunas circunstancias de estado de necesidad.

Con otras palabras, si se prescinde de matizaciones y detalles, algunos (pero no todos, y cada día menos) supuestos de aborto se encuentran tipificados como delito en el Derecho penal de nuestro mundo cultural, pero esta «solución» jurídica puede cuestionarse, matizarse y enriquecerse desde varios puntos de vista, también desde el teológico.

3.º INTERROGACIONES TEOLOGICAS

La Teología y la Religión encuentran muchos interrogantes al reflexionar sobre los problemas del aborto. No parece científico decir que las religiones siempre han condenado el aborto. Tal formulación resulta excesivamente amplia y de espaldas a la historia y a la ciencia. Olvida que hay muchas religiones —dignas de sumo respeto— y algunas de ellas, por ejemplo la judía, permiten el aborto (en ciertos casos), otras, como la protestante, no adoptan una postura unánime (6).

(4) José ANTÓN ONECA, en sus lecciones de cátedra, considera que el aborto terapéutico en el Código penal español es impune pues según la circunstancia 7.ª del artículo 8 el estado de necesidad debe tomarse en consideración como causa de inculpabilidad, José ANTÓN ONECA, *Derecho penal. Parte General*, Madrid, 1966, pág. 252 (apuntes de C. Landecho). A. BERISTAIN, *Cuestiones penales y criminológicas*, prólogo de F. Muñoz Conde, Madrid, Reus, 1979, págs. 568 y 349.

(5) Gerardo LANDROVE, *Política criminal del aborto*. Barcelona. Bosch, 1976, págs. 49 ss. y 95. Posteriormente se manifiesta, con la misma orientación, en *Voluntaria interrupción del embarazo y Derecho penal*, en "Cuadernos de Política Criminal", núm. 10 (1980), págs. 75 ss.

(6) G. DAVANZO, *Aborto*, en "Diccionario Enciclopédico de Teología oral", 3.ª ed., ampliada con un Suplemento, Madrid, Ed. Paulinas, 1978,

Y lo mismo, aunque en grado menor, puede afirmarse de la católica, como veremos enseguida.

Por falta de espacio, prescindimos aquí de las religiones no católicas y de varios aspectos éticos que exigen explicaciones amplias (7).

En cuanto a la Iglesia Católica, hemos de manifestar, ya desde ahora, nuestro agradecimiento hacia ella por su mensaje de respeto a la vida en todos sus grados (8). Esta Iglesia, durante los primeros siglos de su existencia, corrigió el desprecio que amplios sectores de la cultura greco-romana sentían y fomentaban hacia el *nasciturus* y el *infans*.

También hoy nuestra cultura necesita que la religión nos recuerde el valor positivo de toda vida, y también los aspectos negativos del aborto (9). Pero en este campo, caben excesos y malentendidos. Para evitarlos, al menos en parte, conviene reflexionar sobre varios temas, especialmente los dos siguientes: 1.º La Iglesia Católica ¿ha condenado siempre el aborto?. 2.º Hoy, ¿lo condena sin excepciones?

Damos por supuesto, como indica Javier Gafo, S. J. (10), que «el problema moral suscitado por el tema del aborto es muy complejo»; y que los teólogos no pretenden —o no deben pretender— que todos los criterios éticos eclesiales acerca del aborto sean aceptados por la legislación civil. En este sentido se expresa P. de Loch (11) cuando, hablando del aborto, escribe: «Las instancias morales (entre otras las Iglesias) no deben esperar de la autoridad civil tomas de posición parecidas a la suya..., los poderes públicos deben tener en cuenta el mundo pluralista...».

3.1. *La Iglesia, ¿ha condenado el aborto siempre?*

Algunas personas de la jerarquía y de la más alta jerarquía eclesial, han condenado el aborto y, a veces, con formulaciones muy

págs. 13-17 (Traducción y adaptación complementaria castellana por Emilio Pascual y otros). "Informations Catholiques Internationales, número 453 (1.º abril 1974), *Les religions et l'avortement*, págs. 13 s.

(7) La literatura al respecto es incalculable. Baste citar como muestra algunos de los estudios indicados en el último número de "Criminology and Penology Abstracts", núm. 3 (1980), págs. 280 ss.: TSAFRIR, J., *Ethical aspects of abortion - some European views*, en "Society and Welfare", 1979, 2/3, págs. 341-347; AZMON, A., *The abortion problem from the moral point of view*, en "Society Weif". 1979, 2/3, págs. 302-310; HOLMES, C., MARGETTS, J. y GIBBS, G., *Who should decide? A survey of attitudes about bioethical decision-making*, en "Ethics in Science and Medicine", 1979, 6/3, de la Universidad de Utah, págs. 137-144.

(8) En cuanto a la postura de la Iglesia respecto a la pena capital, véase A. BERISTAIN, *El catolicismo ante la pena de muerte*, en M. BARBERO y OTROS, *La pena de muerte. Seis respuestas*, 2.ª ed., Madrid, Ed. BOE, 1978, págs. 163-190.

(9) GOLOMB, M., *Induced abortion - psychological implications*, en "Society Weif". 1979, 2/3, págs. 311-319. Cfr. "Criminology and Penology Abstracts", núm. 3 (1980), pág. 288.

(10) JAVIER GAFO, S. J., *La moral católica y el aborto. Ante una nueva actitud*, en "Razón y Fe", núm. 915 (abril 1974), pág. 334.

(11) P. DE LOCHT, *Avortement; un moraliste s'interroge*, Bruselas, s. f., (¿1971?), pág. 10.

universales. Pero, no parece científico afirmar que la Iglesia católica siempre ha visto en cualquier interrupción voluntaria del embarazo un pecado grave.

La doctrina de los intelectuales y de los jerarcas eclesiásticos no ha sido unánime a lo largo de los siglos según aparece en los documentos de los especialistas en historia eclesiástica, por ejemplo en los comentaristas de Tertuliano, San Jerónimo, San Agustín y Sto. Tomás (12).

Por otra parte, bastantes católicos de gran autoridad, durante varios siglos, han considerado que no es homicidio el aborto del *nasciturus*, del feto masculino en sus primeros cuarenta días, y del feto femenino en sus ochenta primeros días, es decir, del *foetus* no informado por el alma y, por tanto, según su teoría, no persona humana.

Esta doctrina tuvo amplia acogida, con diversos matices, en eminentes especialistas cristianos, como indica B. Sesboüe, S. J. (13). Baste recordar aquí las obras de Sánchez, S. J., Laymann, S. J., Martín de Azpilicueta y Alfonso M.^o de Ligorio.

El jesuita Tomás Sánchez (1550-1610) publicó, en Amberes (1602-1605), su libro «*Disputationum de sancto matrimonii sacramento*» (14). En esta obra admite el aborto terapéutico en los casos de feto no animado, si, por ejemplo, su madre es joven soltera y corre peligro de suicidio o de muerte a manos de su familia... si, ya prometida en matrimonio, no puede evitar de otra manera un bastardo que su futuro marido no aceptaría... si, soltera o casada, es víctima de violación. En sentido parecido se expresa también su compañero de Orden, el P. Laymann, S. J. (1574-1635).

Poco después, a finales del siglo XVII, exactamente el año 1693, Martín de Azpilicueta publica una obra, en Venecia, según la cual el feto sólo adquiere alma racional después de los cincuenta primeros días. Lógicamente, antes de este plazo permite que el médico pueda suministrar abortivos, si es necesario para salvar la vida de la madre.

Ya bien entrado el siglo XVIII, Alfonso M.^o de Ligorio (1696-1787), el maestro de los moralistas, en su *Theologia moralis* (1.^o ed., 1748), sigue interpretando el Exodo, Capítulo 21, versículos 22 y 23, en el sentido de la animación posterior al momento de la fecundación (15).

(12) Marcelino ZALVA, S. J., ¿Santo Tomás a favor del aborto terapéutico? *Opinión de algunos moralistas italianos del siglo XIX*, en "Doctor Communis", 27 (1974), IV, págs. 42-69.

(13) B. SESBOÛE, *Les chrétiens devant l'avortement d'après le témoignage des Pères de l'Église*, en "Études" (agosto-septiembre 1973), págs. 263-282.

(14) *De sancto matrimonii sacramento*, Tomo 1, Libro 9, Disputatio 20, nota 9; c. 6-8: "Y, por lo tanto, me parece más probable que es lícito en este caso procurar el aborto puesto que no es homicidio y el feto es una parte de las vísceras maternas ya que no está informado por el alma racional. No hay, por lo tanto, que conservarlo con tanto peligro para la vida materna, principalmente puesto que, si la madre muere, ese feto no será animado por su alma".

(15) Véase también, H. BUSENBAUM, *Medulla theologiae moralis*, Tomo 1, Libro 3, Tr. 4, Cap. 1, dub. 3.

En Italia, a finales del siglo XIX, no faltan moralistas como Apicella, Avanzini, Ballerini y Constantini que consideran no injusto el aborto en casos extremos de peligro para la vida de la madre (16).

La Teología moral tradicional ha enseñado y enseñado que no peca ante Dios quien, por sus circunstancias concretas, opina sinceramente, en conciencia, que puede lícitamente provocar el aborto. La razón es clara, pues esa persona actúa según le dicta su criterio individual que es la norma próxima de la eticidad en la conducta. Según explican los modernos moralistas, como F. Böckle, B. Häring, K. Rahner, Marciano Vidal y otros (17), la ignorancia invencible es un problema de incapacidad de una persona para «hacerse cargo» de una obligación moral... según la capacidad y situación muy diferentes de la gente. Este puede ser el caso no sólo de los más altos ideales y de los preceptos-meta del Evangelio, sino también del entendimiento existencial de una norma moral prohibitiva. Más innovadora y profunda es la postura de Karl Rahner, con sus análisis diferenciales entre el conocimiento, y la experiencia, entre la culpabilidad objetiva y la subjetiva.

De manera semejante, para que alguien incurra en excomunión, el Derecho canónico ha exigido siempre pecado en el plano moral subjetivo, como condición *sine qua non*. (Respecto al aborto, cfr. Canon 2350, 1).

En la historia de la Teología nunca se ha condenado de manera tajante, sin excepción, a quienes permitían el aborto provocado en algunos supuestos extremos. Lo contrario ni es verdad de fe, ni ha sido definido como tal con un acto de magisterio eclesiástico infalible (18).

La opinión oficial de la Iglesia, según indica Pohier (19), ha variado fundamentalmente en muchos problemas morales, no sólo en el campo del aborto, del préstamo a interés, del poder político de los Romanos Pontífices, etc., pues con el transcurso de los años cambian los presupuestos fácticos, objetivos y subjetivos, y lógicamente su va-

(16) Marcelino ZAIBA, S. J., *Theologiae Moralis Compendium*, I, Madrid, BAC, 1958, pág. 880. (Con inexactitud o equivocación poco frecuente en él dice que consideraban no injusto el infanticidio en estas circunstancias).

(17) Franz BÖCKLE, *Sittengesetz und Strafgesetz in katholischen Sicht*, en "Beiträge zur Sexualforschung", núm. 43 (1968), págs. 5-24. Bernhard HÄRING, *Moral y medicina. Ética médica y sus problemas actuales*. Madrid, Ed. PS, 1972, pág. 10. Karl RAHNER, *Objektive und subjektive Moral*, Freiburg, Herder, 1971, págs. 32 ss., y 55. IDEM, *Reflexiones en torno a la "Humanae vitae"*, 3.^a ed., aumentada y corregida por B. Häring, Madrid, Ed. Paulinas, 1971, págs. 34 ss. Marciano VIDAL, *Moral de actitudes*, T. I, *Moral Fundamental*, Madrid, Ed. PS, 1975, págs. 328 ss.

(18) Véase J. PILZ, S. J., en *Lexikon für Theologie und Kirche*, sub voce Abtreibung, Friburgo de Brisgovia, 1957, Tomo I, columnas 96-100. También, sub voce Aborto, en "Enciclopedia de la Religión Católica, T. I, columnas 78 y s., Dalmau y Jover Ediciones, Barcelona, 1956. (No consta el autor).

(19) J. POHIER, *Reflexions théologiques sur la position de l'Église catholique*, en "Lumière et Vie" (agosto-octubre 1972), págs. 73 ss.

loración ética. Incluso las estadísticas del volumen de la población mundial, y otras estadísticas, deben tenerse en cuenta (20).

Aunque, por desgracia, la jerarquía católica se ha equivocado a lo largo de la historia en puntos doctrinales muy importantes de fe y costumbres, sin embargo, afortunadamente, no ha sido tan enérgica y represiva como algunos dicen frente a quienes opinaban de manera distinta a ella.

3.2. *La Iglesia, ¿condena hoy todo aborto?*

Hoy tampoco parece unánime la condena del aborto en la Iglesia católica, pues no hay declaración ex-cátedra, ni hay unanimidad total en la jerarquía, en los teólogos, ni menos en el pueblo de Dios.

No hay unanimidad en la jerarquía, como aparece al comparar las diversas manifestaciones de las Comisiones episcopales acerca del tema (21). Algunas Comisiones episcopales condenan el aborto terapéutico, otras no lo condenan o no con tanta claridad. Algunas conferencias episcopales, sobre todo las de Bélgica, Canadá y Corea del Sur, invitan a un examen más profundo de lo que es y de lo que implica el aborto directo (22).

Existen dentro de la jerarquía, y aun de la jerarquía eclesiástica del Estado español, posturas diversas: desde la estricta calificación de todo aborto como pecado grave, por ejemplo, del Obispado de San Sebastián (4 de noviembre de 1974) y del de Valladolid (23), hasta la más matizada y progresiva del obispo auxiliar de Madrid, Alberto Iniesta (24).

Mucho menor es la unanimidad en el Pueblo de Dios (es decir, la Iglesia, en cuanto algo más que sólo la jerarquía, según el Concilio Vaticano II), pues muchos moralistas, muchos teólogos y muchos «simples» fieles opinan en el presente (como otros han opinado en tiempos pretéritos) que no todo aborto debe considerarse siempre pe-

(20) Nicolás N. KITTRIE, *Das Recht auf Leben und das Recht auf Sterben: Probleme der Entscheidungsfindung*, en "Suizid und Euthanasie als human und sozialwissenschaftliches Problem", Stuttgart, ed. Enke, 1976, págs. 385 y ss. B. HÄRING, *Moral y Medicina. Ética médica y sus problemas actuales*, Madrid, Ed. PS, 1972, págs. 112 y ss. Emmanuel-Charles TREMBLAY, *Rectificación de algunos errores sobre el aborto y su legalización*, en VARIOS, *Dejarlos vivir*, Madrid, Ed. Rialp, 1980, págs. 103 ss., de orientación represiva extrema.

(21) Javier GAFO, S. J., *Los obispos de la Iglesia Católica ante el aborto*, en "Vida Nueva", núm. 930 (27 abril 1974), págs. 22-31, especialmente págs. 26 s.

(22) M. ZALBA, S. J., *Aborto terapéutico*, en "Estudios Eclesiásticos", núm. 200, vol. 52 (enero-marzo 1977), pág. 19.

(23) José DELICADO, Arzobispo de Valladolid, *El aborto ante la ética y el Derecho*, en "Ecclesia", núm. 1.974 (15 mayo 1980), págs. 12-19.

(24) Alberto INIESTA, Obispo de Valdecañas (Madrid), *Crisis de hombre*, en "Caritas", Rev. mensual de Caritas Española, núm. 182 (noviembre 1979), págs. 2 y 39. Ultimamente se han manifestado en contra de todo aborto el cardenal Jubany, arzobispo de Barcelona, y el obispo de Cuenca, M. González, según la prensa del 5 de julio de 1980.

cado y, especialmente, que no todo aborto merece tipificarse como delito. Esta diversidad de criterio en el Pueblo de Dios aparece patente en múltiples estudios escritos por católicos creyentes y practicantes que, aunque acatan el Magisterio eclesial, se declaran partidarios de desincriminar la voluntaria interrupción del embarazo en determinadas circunstancias que varían de unos a otros. En este sentido han aparecido bastantes artículos en Europa y en América durante los últimos años (25). «Precisamente porque yo pertenezco a la Iglesia, dice el dominico Roqueplo, por eso me aterroriza ver a la jerarquía intervenir así en el campo de la política para hacer la peor política posible: la política de la opresión» en el problema del aborto (26). El Secretariado General del Episcopado Francés, en el libro publicado bajo su responsabilidad, «*Faire vivre. L'Eglise catholique et l'avortement*» (27), se ha manifestado en 1979 menos represivo que otros episcopados pues reconoce que no piden una vuelta a las disposiciones represivas de la ley francesa de 1920 (legislación no más severa que la actual de España).

Al jesuita Patrick Verspieren, la legislación francesa promulgada en 1975 le parece, en sus grandes líneas, la mejor adaptada, vista la situación francesa actual, al tan difícil problema del aborto. Si el Estado no puede reprimir el aborto, tiene el deber imperativo de limitarlo y de prevenirlo en la medida de sus medios (28).

También prueba lo mismo un hecho reciente. A comienzos de

(25) Marciano VIDAL, *Moral de actitudes, II. Etica de la persona*, Madrid, PS Editorial, 1977, págs. 222 ss., con abundante bibliografía hasta 1975, Benjamín FORCANO, *Perspectiva moral del aborto*, en "Iglesia Viva", núm. 69 (mayo-junio 1977), págs. 199-215. IDEM, *Defensa de la vida y aborto*, en "Herria 2000 Eliza", núm. 16 (octubre 1979), páginas 15-20. Jacques-Marie POHIER, *Réflexions théologiques sur la position de l'Eglise catholique*, en "Lumière et Vie" (agosto-octubre 1972), págs. 73-107. Antonio BERISTAIN, *Matizaciones sobre el aborto*, en "Vida Nueva", núm. 936 (8 junio 1974), pág. 3. IDEM, *Dos opiniones sobre el aborto*, en "Fomento Social", núm. 116 (octubre-diciembre 1974), páginas 439-441. Enrique RUIZ VADILLO, *La vida, el Derecho y la sociedad*, en "Criminología Vasca", Bilbao, Gran Encicl. Vasca (en prensa).

Todo el núm. 100 de la revista "Concilium" (1974), *La sexualidad en el catolicismo contemporáneo*, especialmente los trabajos de K. KRIECH y de F. BÖCKLE.

VARIOS, *L'Avortement. Problème éthique? Problème politique?*, en "Recherche et Vie", núm. 12, Bruselas (sin fecha) (1977).

Manuel CUYÁS, S. J., *La Iglesia ante una ley civil sobre el aborto*, en "Razón y Fe", núm. 968-969 (septiembre-octubre 1978), págs. 175-185.

(26) Père ROQUEPLO, *Que l'Eglise insère la sexualité dans la totalité d'une existence évangélique*, en Informations Catholiques Inter.", núm. 453 (1.º abril 1974), pág. 21.

(27) *Faire vivre. L'Eglise catholique et l'avortement*, Le Centurion. Dossier préparé par Mgr. Duchesne, Paris, 1979, pág. 133.

(28) Patrick VERSPIEREN, S. J., *Avortement: quelle législation pour demain?*, en "Etudes" (octubre 1979), pág. 334: "La législation promulgée en 1975 me parait ainsi dans ses grandes lignes la mieux adaptée, vu la situation française actuelle, au si difficile problème de l'avortement, étant persuadé que celui-ci est un acte grave que l'Etat, s' il ne peut plus le réprimer, a le devoir impératif de limiter et de prévenir dans la mesure de ses moyens".

mayo de este año 1980, el Papa Juan Pablo II ha ordenado (a través de los superiores de la Compañía de Jesús) al jesuita Robert F. Drinnan abandonar su actividad política que estaba llevando a cabo desde hace años en el Congreso de Estados Unidos. Entre las razones que se aducen para este mandato del Romano Pontífice se indica que Drinnan no estaba siempre conforme con la visión de Roma en materia social, denunció la guerra del Vietnam, la pobreza, la discriminación racial y —probable hecho decisivo que incitó a Roma a ordenarle que abandone sus actividades en el Congreso— adoptó una posición favorable en el momento de votar la legislación norteamericana que permite una ayuda pública para la práctica del aborto.

La suprema jerarquía de la Iglesia católica, en este caso concreto, impide que un religioso cooperador en favor de una legislación permisiva del aborto siga trabajando en el Congreso. Pero tampoco condena su criterio ni le aplica sanción alguna canónica. Drinnan puede seguir expresando sus opiniones en sus predicaciones y en sus escritos.

Nadie debe extrañarse de la diversidad de posturas teóricas y prácticas dentro de la Iglesia católica si tiene presente que la moral católica no es un conjunto de proposiciones comparables a los artículos de un código de la legislación positiva, sino una moral de principios en un campo de valores de contenido material exigente, como indican, entre otros, Díez-Alegría, en su excelente libro «*Yo creo en la esperanza*», Marciano Vidal, Charles E. Curran y Franz Böckle (29).

Actualmente, el pluralismo en materia moral aparece no menor que en otros tiempos, principalmente en la aplicación de los principios generales a circunstancias concretas. Y se amplifica más al producirse contactos entre culturas que se ignoraban o en el curso de mutaciones rápidas en el seno de la sociedad (30).

En sentido parecido se expresa también V. Heylen (31), cuando al estudiar la posible liberalización abortiva dice: «La moral no es, pues, sino una parte teórica de la formación de la conciencia; ésta conserva el primado de la decisión..., la moral es más una ciencia informativa que normativa; no ordena sino por la fuerza intrínseca de sus proposiciones. Su carácter imperativo le viene de la convicción que puede crear, de la orientación, y compromiso que puede suscitar».

(29) Karl RAHNER, *Strukturwandel der Kirche als Aufgabe und Chance*, Friburgo, ed. Herder, 1972, págs. 69 ss. José M.^a Díez-ALEGRÍA, *Yo creo en la esperanza*, Bilbao, Ed. Desclée Brouwer, 1972, págs. 171 ss. M. VIDAL, *Nuevos enfoques y orientaciones en la moral*, en *Moral y hombre nuevo*. Congreso de Teología Moral, Madrid, 1969, Madrid, Ed. Perpetuo Socorro, 1969, págs. 47 ss. Franz BÖCKLE, *¿Ley o conciencia? Un dilema decisivo para la moral de nuestro tiempo*, Barcelona, Ed. Nova Terra, 1970, págs. 67 s. Charles E. CURRAN (trad. José M. Ruiz), *¿Principios absolutos en Teología Moral?*, Santander, Ed. Sal Terrae, 1970, págs. 107 ss.

(30) Philippe DELHAYE, *El aspecto ético*, en Comisión teológica internacional, *El pluralismo teológico*, Madrid, Ed. BAC, 1976, traducción del alemán por M. Pozo y V. M. Fernández, pág. 69.

(31) V. HEYLEN, en *¿Liberalizar el aborto?*, traducción de Carlos López de la Rica, Bilbao, Ed. Mensajero, 1974, pág. 148.

Como indica M. Vidal (32), admitida la inmoralidad del aborto en general, juzgamos conveniente plantear la dimensión ética de las llamadas «situaciones conflictivas» en términos de *conflicto de valores*. Solucionar la moralidad de tales situaciones con la distinción del aborto «directo» e «indirecto» no nos parece adecuado. En el aborto terapéutico nos atrevemos a creer que no se trata de una acción totalmente mala sin posibilidad de ser referida a otro valor que se trata de salvaguardar, como es la vida de la madre. El «aborto eugenésico» plantea una pregunta cuya contestación es difícil de dar apodócticamente. Es una situación típica en la cual los principios éticos son claros a nivel abstracto, pero requieren una gran dosis de comprensión a nivel concreto.

A los argumentos hasta aquí indicados y a otros que pudieran añadirse, debe sumarse un motivo nuevo: La *nueva concepción del magisterio eclesiástico* en general y especialmente en temas como los del aborto (33). El magisterio ordinario de la jerarquía eclesiástica se concibe hoy como espacio de diálogo y/o como contraste de opiniones diversas más que como enumeración dogmática, o clase magistral o emanación indiscutible del *magister dixit*.

Siempre en la Teología tradicional se ha admitido el disenso privado y público cuando mediaban argumentos serios. Hoy esta posibilidad y conveniencia del disenso no ha disminuido, como indican, por ejemplo, B. Schöler, K. Rahner y F. Böckle (34).

Entre los muchos moralistas calificados por su fidelidad a la Iglesia y por la solidez de su doctrina, merece citarse aquí a Marcelino Zalba. En la revista jesuítica *Estudios Eclesiásticos* ha publicado un amplio trabajo sobre el aborto terapéutico, demostrando las siguientes conclusiones:

— «En estos últimos años bastantes moralistas, por diversas razones, aceptan el aborto terapéutico como no contrario a la sana moral».

— Bastantes de los moralistas que aceptan ese aborto lo hacen apartándose «de las manifestaciones del magisterio aparentemente contrarias». Es decir, esos moralistas no se consideran vinculados por tal doctrina del magisterio jerárquico.

— El aborto terapéutico no es directo y, por consiguiente, acaso puede ser practicado para salvar a la madre... sin apartarnos, «sin desatender las declaraciones del Magisterio».

(32) Marciano VIDAL, *Moral de actitudes, II. Ética de la persona*, Madrid, Ed. PS, 1977, págs. 235 ss.

(33) SCHÖLER, *Bemerkungen zur authentischen Verkündigung des kirchlichen Lehramtes*, en "Theologie und Philosophie, 41 (1967), págs. 534-551.

(34) Karl RAHNER, S. J., *Reflexiones en torno a la "Humanae Vitae"*, Madrid, 1971, págs. 31 ss.; posteriormente véase el artículo *Disput um das Kirliche Lehramt*, en "Stimmen der Zeit, Vol. 185 (1970), págs. 73-81; SALAVERRI, S. J., *El Magisterio de la Iglesia según el Concilio Vaticano II*, en "Revista Española de Teología", núm. 26 (1966), págs. 151-174; R. A. MCCORMICK, S. J., *Notes on Moral. Theology and Authority*, en "Theological Studies", vol. XXX (1969), págs. 644-653; IDEM, *Notes on Moral Theology. Morality and the competence of the Magisterium*, en "Theological Studies", vol. XXX (1969), págs. 663-668.

— En el fondo, coinciden en esta postura los teólogos de otros tiempos como Sánchez, Busenbaum, San Alfonso, Billuart, Gury, Ballerini, D'Annibale y Lehmkühl.

El argumento principal del moralista español, profesor actualmente en la Pontificia Universidad Gregoriana de Roma, resulta sencillo y convincente: no merece el calificativo de aborto directo «aquella intervención cuyo contenido real y efectivo en el juicio de los hombres ofreciera dos aspectos verdaderos y fuera doble: uno, aceptado intencionalmente, el de librar a la madre, en fuerza del mismo acto que ejecuta, de una tensión interna que amenazara gravemente su vida; otro, no buscado en modo alguno en el orden psicológico, sino realizado en el orden puramente material, el de sustraer el feto del medio ambiente que le sería necesario para poder seguir desarrollándose. Este segundo resultado, por lo que se refiere a la intención del agente, sería tolerado, no buscado; y en el caso del aborto terapéutico, se lo toleraría tanto más razonablemente cuanto que en realidad aquel feto habría de morir necesariamente poco después, mientras que, acelerada su muerte, se salvaba una vida» (35).

En las páginas del moralista hispano se encuentran agudos análisis de problemas semánticos, jurídicos, históricos; qué se ha de entender y qué debe entenderse por aborto directo, aborto terapéutico, acción de doble efecto, orden psicológico y orden material del actuar final humano... Casi todo resulta discutible. Pero, algo parece indiscutible: una puerta está abierta.

4.º IMPROCEDENCIA DE RECHAZAR TODAS LAS «INDICACIONES»

A la luz de la teología y la moral católica de ayer y de hoy parece aconsejable concluir que no hay dificultad, desde sus puntos de vista tanto filosóficos como teológicos y de práctica pastoral, para que la legislación civil permita el aborto cuando se cumplan las circunstancias extremas de algunas de las llamadas «indicaciones». Indudablemente no debe considerarse delictiva la interrupción voluntaria del embarazo en el supuesto de estar en peligro la vida de la madre. Estudios más detenidos deben analizar las vigencias desincriminadoras de la indicación médica (peligro de grave enfermedad para la madre) de la indicación eugénica (peligro de grave malformación para el *nasciturus*) e indicación social o jurídica.

Hablando con más propiedad, la moral no rechaza todas las indicaciones. Tampoco se detiene a trazar en concreto la línea fronteriza de lo inculminable. No es esa su misión.

(35) M. ZALBA, S. J., *El aborto terapéutico, ¿aborto indirecto?*, en "Estudios Eclesiásticos", núm. 200, vol. 52 (1977), págs. 9-38. B. FORCANO, *Perspectiva moral del aborto*, en "Iglesia Viva", núm. 69 (1977), págs. 199-215, habla, en sentido parecido, de feto ectópico que "se le considera como una tumoración maligna que provocaría la muerte de la madre por hemorragia o peritonitis".

La moral contemporánea, especialmente en la problemática de la interrupción voluntaria del embarazo, no debe formular respuestas concretas y definitivas, por el desarrollo progresivo de la ciencia y la praxis médica y porque las coordinadas éticas tradicionales aparecen hoy sometidas a una profunda revisión crítica debido a las mutaciones de la idea del hombre y del mundo (36).

Pero la legislación que regule el aborto debe respetar la objeción de conciencia de quienes, en teoría, deban intervenir como personal sanitario. Objeción de conciencia que conocemos y reconocemos presenta varias dificultades prácticas, económicas y profesionales (37).

Los motivos por los cuales algunos supuestos de aborto pueden o deben permitirse proceden de muy diversas consideraciones; sin olvidar, por ejemplo, el deseo de que la paternidad y maternidad se realicen y actúen de una manera responsable; la necesidad de respetar más la dignidad de la mujer (38); el rechazo a provocar una deshumanización o a crear una situación inhumana; la exigencia, en la ortodoxia ética, de una mayor libertad y diversidad que la historia ha manifestado beneficiosa tanto para la Iglesia como para la sociedad, y que la futurología pronostica especialmente positiva.

Conviene que tanto los juristas como los teólogos caigamos en la cuenta de la necesidad de *desabsolutizar* ciertos derechos muy importantes, pero no incuestionables, para llegar a la solución de los problemas del aborto. En el campo teológico se debe reconocer la necesidad de relativizar el derecho a la vida del cigoto, del embrión y del feto. Por otra parte, en el sector jurídico urge no absolutizar el derecho de la madre —y, en su tanto, del padre— respecto a su cuerpo y respecto al fruto de la concepción (39).

La problemática de la interrupción voluntaria del embarazo, que hasta ahora ha separado no poco a juristas y moralistas, puede y debe

(36) P. SPORKEN, *Medicina y ética en discusión. Los grandes problemas de la ética médica*. Trad. Julián Aguirre, Estella, Ed. Verbo Divino, 1974, págs. 17 ss.

(37) P. MARTINI, *La obiezione di coscienza*, en "L'Aborto: aspetti medico-legali della nuova disciplina", Milano, Giuffrè Ed., 1979, páginas 29-36.

(38) Un ejemplo: Actualmente el aborto presenta rasgos paradójicos en Rusia. Prácticamente es libre y ha llegado a ser uno de los hechos más cotidianos de existencia banal. Sin embargo, no queda bajo la vigilancia de la "sociedad", pues hay una necesidad tan imponente de "papeleo" administrativo que implica todo un procedimiento triste y humillante para la mujeres. Muchas de ellas continúan acudiendo al aborto ilegal practicado fuera de las clínicas u hospitales aunque sigue incriminado por la ley con un máximo de ocho años de detención para la persona que practica el aborto. Estos abortos privados cuestan en Moscú 50 rublos y más, o sea, diez veces más que un aborto legal. Cfr. Mikhail STERN y August STERN, *La Vie sexuelle en U.R.S.S.*, París, Ed. Albin Michel, 1979, pág. 167.

(39) José I. GONZÁLEZ FAUS, *Este es el hombre. Estudios sobre identidad cristiana y realización humana*, Santander, Sal Terrae, 1980, páginas 309 y ss. GAFO, en sentido más severo, *¿Hacia una despenalización del aborto? Reflexiones sobre la vida con destino humano*, en "Sal Terrae", núm. 4 (abril 1980), págs. 299-309, especialmente, págs. 305 y s.

servir (desde nuevos planteamientos de sociología personalista, de dialéctica de valores, y de conflicto entre utopía y realismo) (40), para empezar o intensificar el diálogo —tan fecundante de nuestro mundo cultural— entre los investigadores del derecho y los investigadores de la moral. Ambos deben facilitar más las relaciones interpersonales, también las sexuales, sin remilgos sexóforos y sin rebajamientos cosificantes; ambos deben mirar más hacia el amor, que encierra tantas energías todavía desconocidas e insospechadas.

La moral (cristiana) puede y debe brindar al Derecho penal, a la Criminología y a la Política criminal aportaciones muy importantes, entre otras, el convencimiento de que ningún condenado —y especialmente en los supuestos de aborto— delinquirió sólo, de que todos los «inocentes» somos co-culpables y cómplices de los delitos «ajenos», y, por tanto, debemos también sufrir en nuestra propia carne esa responsabilidad común, y que debemos hacer algo concreto para recrear en justicia esos nuestros talentos y órdenes criminógenos (41).

(40) El refrán dice que más vale pájaro en mano que ciento volando. La utopía... más vale un pájaro volando que cien en la mano.

(41) Waldemar MOLINSKI, *Vergeltung oder Versöhnung?*, en "Orientierung" (29 febrero 1980), págs. 38 y ss. IDEM, *Schuld und Sühne*, en "Caritas, Zeitschrift für Caritasarbeit und Caritaswissenschaft", 81 (1980), cuaderno 4, págs. 161 ss., especialmente pág. 165. IDEM, *Strafe in pastoralanthropologischer Sicht*, en VARIOS, *Versöhnen durch strafen? Perspektiven für die Straffälligenhilfe*, Freiburg, Herder, 1979, págs. 79 ss., especialmente 102 s. Antoine MAYERE, *La délinquance et la réaction sociale dans l'ancien et le nouveau Testament. Eléments de recherche*, en "Rev. Scien. Crim. et de Droit pénal comp.", núm. 1 (enero-marzo 1980), págs. 227 y ss., especialmente 242 ss.

Extradición y pena de muerte en el ordenamiento jurídico español

FRANCISCO BUENO ARUS

Facultativo del Consejo General del Poder Judicial

I

OFRECIMIENTO

Don José Antón Oneca fue un modelo de caballeros, de magistrados y de profesores. Sirvió a los demás en la Universidad y en el Tribunal Supremo. Dejó páginas de inmenso valor en sus libros, sus lecciones, sus sentencias. Dejó, sobre todo, la memoria de un hombre íntegro que a la honestidad personal y profesional sacrificó toda clase de ventajas y posibilidades. Nos dejó la memoria de su trato y de su nobleza, de su discreción y de su liberalismo. Murió una madrugada, «casi desnudo, como los hijos de la mar», y en su entierro no hubo representación oficial del Ministerio, ni de la Magistratura, ni de la Universidad. Un puñado de discípulos conservará como un tesoro su recuerdo.

Don José Antón Oneca era enemigo de la pena de muerte. Me complace, por ello, sumarme al homenaje que le tributa el ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES (cuando han fracasado otros homenajes que legítimamente se le debían y se le seguirán debiendo) con unas modestas páginas sobre el tema de la pena de muerte en relación con el Derecho de la extradición. Los problemas quedarán solamente esbozados, pero quizá valga la pena llamar la atención sobre ellos.

II

INTRODUCCION

El tema propuesto aparece someramente regulado en leyes y tratados internacionales, y más someramente aludido en los estudios y monografías sobre la extradición. Consiste en que una de

las condiciones de legitimidad de la extradición es o puede ser que no se imponga pena de muerte a la persona entregada, cuando sea la que legalmente corresponda al delito atribuido según el ordenamiento del Estado requirente, o que, en caso de ser impuesta, no sea ejecutada.

El fundamento de este requisito no es claro. No puede decirse que sea la justicia (formalmente hablando) desde la perspectiva del Estado requirente, porque sería absurdo concluir que la fuga del delincuente convierte en injusta una pena que la ley conmina por considerarla justa, atendida la gravedad del delito cometido. Desde la perspectiva del Estado requerido, podría ser la justicia cuando dicho Estado hubiera abolido la pena de muerte o no la previera para el delito en cuestión (lo que acercaría el fundamento del requisito al del principio de doble incriminación o identidad normativa, esto es, una proporcionada valoración del hecho y sus consecuencias en los dos ordenamientos, y proporción es justicia), pero no en otro caso, y téngase en cuenta que, por ejemplo, la Ley española de Extradición, que establece la condición aludida, es anterior en veinte años a la abolición constitucional de la pena de muerte.

Convengo, pues, con Quintano en que «obedece esta condición a normas consuetudinarias de matiz más bien humanitario que jurídico» (1), tras de las cuales se adivina una especie de *recolo* hacia el uso que de tan drástico castigo pueda hacer el Estado extranjero. Pero, salvo el caso de los delitos políticos y por motivos harto conocidos, no es prudente utilizar el *recolo* como fundamento de cualesquiera cláusulas extradicionales, pues, si no hay confianza en la Administración de Justicia del Estado extranjero, lo único que cabe es renunciar totalmente al instituto de la extradición.

Pienso que el fundamento de la cláusula de no aplicación o no ejecución de la pena de muerte es un fundamento humanitario (presentar una buena imagen ante la opinión pública internacional, favorecedora del abolicionismo), unido a un fundamento práctico (reducir las razones que el Estado requerido pudiera tener para un examen minucioso del expediente y, por tanto, aligerar el procedimiento), donde de alguna manera vuelve a aparecer el *recolo*, aunque sea encubierto y aunque se disimule en el tratado correspondiente como una recomendación (incluso facultativa) y no como una verdadera condición.

La consecuencia de la conminación de la pena de muerte en la legislación del Estado requirente para el delito atribuido a la persona reclamada, no puede ser la pura y simple denegación de la extradición (sería injusto denegar la extradición para los supuestos de delitos más graves, es decir, para aquellos casos en que tal figura jurídica está más justificada, y podría, además, tener un efecto

(1) QUINTANO RIPOLLÉS, *Glosas a la nueva ley española de extradición pasiva*, "Revista Española de Derecho Internacional", núms. 1 y 2 de 1959, pág. 112.

criminógeno), sino la conmutación de dicha pena por otra de inferior gravedad. Ahora bien, el conflicto puede aparecer precisamente en la redacción de la fórmula adecuada para asegurar que se realice la aludida conmutación.

III

LEGISLACION

1. *Tratados bilaterales*

Los tratados bilaterales entre España y Argentina (7 de mayo de 1881, art. 16), Portugal (artículos adicionales de 7 de febrero de 1873, art. 1.º) y Uruguay (23 de noviembre de 1885, art. 16), establecen sencillamente que los extradictos a quienes pudiera imponerse la pena de muerte «sólo serán entregados con la cláusula de que esa pena les será conmutada». La conmutación es obligatoria, pero, dada la redacción, es suficiente con que el Estado requirente afirme que, en su caso, conmutará la mencionada pena.

Los tratados entre España y Estados Unidos (29 de mayo de 1970, art. 7) e Italia (22 de mayo de 1973, art. 30), dan un paso más y (como es lógico, teniendo en cuenta sus fechas) presentan una redacción similar a la de los convenios internacionales más modernos: la parte requirente debe ofrecer seguridades o garantías, consideradas suficientes a juicio de la parte requerida, de que la pena de muerte no será impuesta o no será ejecutada. Ahora bien, el tema de las *seguridades o garantías* puede dar lugar a múltiples combinaciones en cada caso concreto, sobre la base de la buena o la mala fe, o de las vicisitudes por las que en el momento atraviesan las relaciones entre ambos países, ya que pueden oscilar entre «comprometerse a tener en cuenta la recomendación de que se conmute la pena» y «manifestar de antemano cuál será la pena que se impondrá necesariamente en lugar de la pena capital».

Los tratados entre España y Costa Rica (16 de noviembre de 1896, art. 6) y Venezuela (22 de enero de 1894, art. 6) presentan una regulación en extremo pintoresca, de una parte, porque la obligación de dar seguridades de que la pena de muerte se conmutará en su caso es pactada «a título de concesión especial, no como principio general» (!), y, en segundo término, porque la cláusula obliga sólo a España y no a la otra parte. En el tratado hispano-guatemalteco (7 de noviembre de 1895, art. 6), al menos, la cláusula obliga a los dos países, aunque sea igualmente «a título de concesión especial».

Excepcionalmente, la conmutación aparece como facultativa para el Estado requerido en el tratado hispano-colombiano de 23 de julio de 1892, art. 15: «El Estado que otorga la extradición podrá pedir la conmutación, la cual, en caso de ser atendida, se llevará a efecto de acuerdo con las leyes del país en que la sentencia fuese pronunciada».

2. Ley de 26 de diciembre de 1958

La Ley de Extradición pasiva de 1958 endurece la situación. al disponer de manera tajante que «la concesión de extradición por el Gobierno español se entenderá siempre condicionada a que, si la pena señalada al supuesto delito por la ley del Estado requirente fuese una pena capital, ésta se conmute por otra que no tenga aquel carácter, debiendo expresarse cuál sea antes de que la extradición se conceda». La redacción de la Ley española es maximalista en el contexto del Derecho comparado sobre el punto que aquí se considera. El problema, al que aludiré posteriormente, ha sido compaginar la redacción de la Ley con la más flexible de los tratados internacionales.

3. Convenio europeo de 13 de diciembre de 1957

El artículo 11 del Convenio de Extradición del Consejo de Europa (firmado por España el 24 de julio de 1979) dispone que «si el hecho que motivare la solicitud de extradición estuviere castigado con pena capital por la ley de la parte requirente y, en tal caso, dicha pena no se hallare prevista en la legislación de la parte requerida, o generalmente no se ejecutare, podrá no concederse la extradición sino a condición de que la parte requirente dé seguridades, consideradas suficientes por la parte requerida, de que la pena capital no será ejecutada» (traducción publicada en el «Boletín Oficial de las Cortes Generales» de 25 de febrero de 1980). El *Rapport explicatif* anejo al Convenio (2) enumera algunas clases de seguridades que se pueden dar, aunque, juiciosamente, termina diciendo que «corresponde en todo caso a la parte requerida juzgar si las seguridades ofrecidas son suficientes». Lo que, en mi opinión, resulta reprochable en el instrumento europeo es que permite la ejecución de la pena de muerte cuando la misma se halla conminada en la legislación de ambos países para el delito atribuido. lo que se compagina mal con la clara tendencia abolicionista europea (3).

Al artículo 11 del Convenio Europeo de Extradición se le han formulado varias reservas y declaraciones, que oscilan entre la tajantemente negativa de Italia y la muy permisiva de Turquía. La reserva italiana (1957) dispone que «en ningún caso se concederá la extradición por delitos castigados con pena capital». Más reflexivamente, la reserva de Austria (1969) establece que «se acordará la extradición por un delito punible con la pena de muerte si el Estado requirente acepta la condición de que tal pena no será

(2) *Rapport explicatif sur la Convention européenne d'Extradition*, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1969, págs. 20-21.

(3) Cfr., por todos, GARCÍA VALDÉS, *La pena capital. Estado actual de la cuestión*, Amnesty International, Barcelona, 1979.

pronunciada» y hace extensiva la norma a otras penas incompatibles con los *postulados de humanidad y dignidad humana* (que se reconocen así como fundamento de aquélla). En el mismo plano, la reserva de Suiza (1966) aplica el artículo 11 por analogía a las penas o medidas que atenten contra la integridad corporal, y la reserva de Liechtenstein (1969), a las penas o medidas ajenas a su Derecho o incompatibles con el mismo. Chipre (1970) formuló la declaración de que «si un chipriota comete en el extranjero un delito punible con pena capital por la ley de Chipre pero no por la extranjera, no se le aplicará la pena de muerte sino cualquier otra pena, incluso la cadena perpetua». La reserva de Grecia (1961) permite la extradición por delito que lleve consigo la pena de muerte cuando esté prevista en la legislación del Estado requirente y el requerido. Finalmente, según la declaración de Turquía (1957), si la parte requerida no establece en su legislación la pena de muerte, podrá formular una demanda de conmutación por reclusión perpetua, que será transmitida a la Asamblea Nacional si no se hubiera ya pronunciado sobre el tema (!).

En cuanto a España, el citado «Boletín Oficial de las Cortes Generales» de 25 de febrero de 1980 contiene el siguiente proyecto de declaración o reserva al artículo 11: «En ningún caso se concederá la extradición por delitos castigados con pena capital por la legislación de la parte requirente». Es obvio el influjo de la reserva italiana y el clima creado por la abolición de la pena capital en el artículo 15 de la Constitución de 1978, pero hubiera sido más realista añadir una cláusula de conmutación. Una enmienda del grupo Socialista (de 13 de marzo de 1980) proponía que la reserva se hiciera extensiva a la pena de prisión perpetua. ampliación que, según mis noticias, parece que el Gobierno aceptó hacerla suya.

IV

LA PRACTICA JUDICIAL (EXTRADICION PASIVA)

Desde la promulgación de la Ley de 26 de diciembre de 1958, los Tribunales vinieron considerando aplicables el artículo 7, 1.º de la misma, tanto si el correspondiente tratado bilateral silenciaba el tema como si contenía algún precepto a él relativo. En ambos casos, la aplicabilidad de la Ley de Extradición se fundamentaba en el artículo 1, 2.º de aquélla, es decir, «para suplir lo no previsto en el tratado», ya que, incluso cuando el convenio en vigor con el Estado requirente regulaba el problema de la pena de muerte, ya hemos visto anteriormente que tales regulaciones eran más flexibles que la de la Ley de 1958, por lo que la declaración tajante de ésta vino a superponerse a las de los convenios.

Sin embargo, la práctica demostró la inviabilidad de la rígida formulación española.

El problema se planteó fundamentalmente con Francia, por el hecho de ser relativamente frecuente el refugio en España de delincuentes de ese país y porque determinados delitos contra las personas y contra la propiedad tienen asignada en el Código penal francés la pena *única* de muerte (situación que, como se sabe, el régimen de Miterrand ha cambiado inmediatamente).

A las alegaciones españolas, exigiendo una conmutación previa de la pena de muerte que pudiera corresponder al extradicto, la Embajada de Francia replicaba:

a) Que ninguna cláusula del convenio hispano-francés de 14 de diciembre de 1877 permite rechazar la extradición de los individuos punibles con pena capital, ni se prevé condición particular alguna para su entrega, ni el Gobierno de España ha denunciado el tratado ni solicitado su modificación para acomodarlo a las disposiciones del artículo 7.º de la Ley de 26 de diciembre de 1958 (*Nota verbal* de 21 de julio de 1969, en el asunto R. V.). Lo cual supone acusar al Gobierno español de incumplir sus obligaciones internacionales, pero esto resultaba irrelevante en cuanto al deber de los organismos jurisdiccionales de fallar desde luego de acuerdo con la legislación interna española. La Audiencia provincial de V., en Auto de 16 de septiembre de 1969, respondió a esta objeción francesa que «no se actuó en contra de lo previsto en el convenio internacional, sino salvando una laguna del mismo, al aplicar el artículo 7, 1.º de la Ley de Extradición, que, por lo demás, contiene «un principio comúnmente admitido en la actualidad, tanto por la doctrina como en la práctica internacional al concertarse convenios de extradición», lo cual es tal vez afirmar demasiado.

b) Que la conmutación de la pena de muerte no puede ser comprometida de antemano, en cuanto que la condena es consecuencia de una decisión del Tribunal tras un procedimiento contradictorio (incluso, cuando la condena se ha pronunciado en rebeldía, se anula al ser capturado el condenado y se debe proceder a un nuevo debate y una nueva sentencia), y también porque asegurar la conmutación de la pena supondría prejuzgar una decisión que sólo corresponde al Presidente de la República (*Notas verbales* de 27 de julio, 2 de septiembre y 5 de octubre de 1970; 8 de febrero de 1971; 10 y 20 de marzo, y 18 de diciembre de 1972). Afirmaciones que son totalmente ciertas: la aplicación de la fórmula de la Ley de 1958 llevaría consigo nada menos que prejuzgar una decisión judicial o una medida de gracia, competencia del Jefe del Estado, y ni una cosa ni otra puede ser comprometida previamente por el Gobierno. Así, la S.T.S. de 15 de abril de 1884 declaró que, «siendo la conmutación una prerrogativa regia, sólo procede después de impuesta la pena de muerte en el correspondiente fallo» (4).

(4) Sentencia traída a colación por QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de Derecho penal internacional e internacional penal*, II, Madrid, 1957, página 182.

c) La Embajada sugería que «las Autoridades españolas acompañaran la entrega del interesado con la *recomendación formal* de que, si se pronunciaba la pena de muerte, convendría que fuera conmutada, y en tal caso las autoridades francesas se comprometerían a *tener muy en cuenta* esta recomendación. El sistema de la recomendación se venía aplicando en las relaciones de extradición entre Francia y Alemania (5) e Italia» (*Notas verbales* citadas en el apartado b) anterior, entre otras). Entre líneas se podía leer —en lenguaje diplomático— que *tomar muy en cuenta* una recomendación equivale a hacer caso de la misma, aunque no se pueda decir expresamente de antemano, por los obstáculos legales antes mencionados. A partir de 1970, la Embajada francesa, al solicitar una extradición, añadiría a la demanda la siguiente coletilla: «Las autoridades francesas se comprometen desde ahora a tener muy en cuenta la recomendación formal que les puedan hacer las autoridades españolas en el momento de la entrega de..., de que le sea conmutada la pena de muerte» (así, v. gr., *Nota verbal* de 5 de octubre de 1972, en el asunto A. M. P.).

Ante esta situación, los Tribunales españoles reaccionaron en forma diversa:

a) En la mayor parte de los casos, se limitaron a declarar procedente la extradición, sometida a la *condición* impuesta en el artículo 7, 1.º de la Ley de 1958, quedando tácitamente encomendada a las autoridades administrativas la manera y procedimiento de ejecutar en su caso la entrega.

A veces, en los autos judiciales se encuentran razonamientos sobre la obligatoriedad del repetido artículo 7, 1.º de la Ley de Extradición. Así, por ejemplo, el Auto de la Audiencia provincial de V. de 16 de septiembre de 1969: «La falta de expresa inclusión en el tratado de extradición vigente entre España y Francia, de fecha 14 de diciembre de 1877, de la cláusula que subordina la concesión de aquélla a la condición de que, caso de que al delito cometido le correspondiere pena capital, sea ésta conmutada por otra... no fue óbice para que por este Tribunal fuere observada... por cuanto, según el artículo 1.º de la Ley española de 26 de diciembre de 1958, la extradición se regirá en primer lugar por lo convenido en los tratados, pero, cuando no existiere tratado o para suplir lo no previsto en él, por la misma Ley mencionada... de tal manera que, al no resolverse conforme se hizo, no se actuó en contra de lo previsto en el convenio internacional, sino salvando una laguna del mismo.»

(5) El art. 18 del Convenio franco-alemán de extradición de 29 de noviembre de 1951 dice: «Si la infracción que motiva la extradición está castigada con pena capital según la ley del Estado requirente y esta pena no está prevista por la ley del Estado requerido, éste podrá acompañar la extradición de la recomendación de que la pena capital, si se pronuncia, sea conmutada por la que, según la ley del Estado requirente, la siga inmediatamente en la escala de penas».

Véase también el Auto de la Audiencia provincial de A. de 5 de mayo de 1972: «No pudiéndose entender que fuera voluntad de los Estados contratantes comprometerse a actos contrarios a los principios informadores de sus respectivos Derechos. en la medida en que los mismos no resulten contradictorios con los postulados de la solidaridad internacional a que responde el compromiso contraído, la omisión en el convenio hispano-francés de extradición de tal condicionamiento, una vez devenido principio informador del Derecho de alguno de ellos, no puede considerarse como excluido de las relaciones nacidas entre ambos Estados por la firma del mismo, cuando su finalidad esencial, que es la de prestarse mutua ayuda en la administración de justicia penal..., queda salvaguardada suficientemente, exigencia de solidaridad internacional a la que respondió la resolución de esta Sala, al dar oportunidad al Estado requirente para expresar la pena por la que se conmuta la de muerte impuesta en rebeldía a la persona cuya extradición se solicita». La misma Audiencia insiste en otro lugar que no exigir conmutación previa de la pena de muerte supondría «la posible conculcación de un principio informador de nuestro Derecho, cuya vigilancia y efectividad es función esencial y primera de los órganos jurisdiccionales del Estado español» (Auto de 19 de febrero de 1972).

En estos supuestos, cuando los tribunales tenían posteriormente conocimiento de los argumentos de las autoridades francesas, razonando la imposibilidad de proceder a una conmutación anticipada de la pena de muerte, resolvían denegar expresamente la extradición.

b) Algún Auto, considerando que el compromiso de conmutación de la pena debía interpretarse como un requisito formal previo del expediente de extradición, concedió un plazo a las autoridades extranjeras para que completaran su solicitud en tal extremo, *antes* de pronunciarse sobre la procedencia de la extradición (Auto de la Audiencia provincial de A. de 19 de febrero de 1972). En otros casos, dicho plazo se concedió con posterioridad al Auto resolutorio del expediente y antes de realizar la entrega del interesado (Auto de la Audiencia provincial de M. de 16 de septiembre de 1972).

El fundamento de estos plazos, no previstos en la Ley ni en el convenio, lo justificaba la Audiencia provincial de A. en el Auto citado, con las siguientes palabras: «Aun cuando no se halle previsto expresamente en la Ley de 26 de diciembre de 1958 la suspensión del procedimiento de extradición para el supuesto contemplado, es lo cierto que la propia Ley admite su posibilidad en algún otro supuesto, como así resulta del artículo 8.º, de donde se deriva la lógica consecuencia de poderlo hacer en otros casos en que así lo aconsejen motivos especiales de indudable trascendencia, como el que aquí se hace referencia...».

c) En algún caso concreto, el Tribunal tomó conciencia del problema planteado por las autoridades francesas, y resolvió que, «a pesar de los racionales argumentos transcritos de la nota del Ministerio de Justicia francés, no es suficiente la recomendación formal que en la misma se sugiere para estimar cumplido el primer requisito condicionador de la extradición, establecido en el artículo 7, 1.º de la Ley vigente que la regula, en vista de la terminante e inequívoca redacción de este precepto, a la que ha de atenerse esta Sala obligada a cumplirlo, que no admite la posibilidad de acceder a tal sugerencia... pero este Tribunal, apreciando las razones expuestas por el Gobierno francés, estima oportuno y procedente diferir la denegación durante un plazo prudencial, a fin de que en su transcurso pueda formularse anticipadamente la declaración formal conmutativa de esa pena, expresando la sanción que la sustituiría si aquélla se impusiera al extradicto, que continuará mientras tanto en prisión provisional a resultas de este expediente, y sería decretada su libertad y denegada su extradición si finalizara el indicado término sin haberse cumplido el mencionado condicionamiento» (Auto de la Audiencia provincial de M. de 16 de septiembre de 1972, en el asunto G. M. G.). Esta resolución judicial no tuvo efecto alguno, pues naturalmente las autoridades francesas no pudieron volverse de sus argumentos anteriormente expuestos, limitándose a insistir que «la condición número 1 del artículo 7 de la Ley de Extradición de 26 de diciembre de 1958 era respetada, puesto que las autoridades francesas se comprometían a tenerla muy en cuenta» (*Nota verbal* de 5 de octubre de 1972). La Sala denegó la extradición (Auto de 24 de noviembre).

d) En otros supuestos se aceptó, recogiendo la tesis francesa, que no se podían imponer «los condicionamientos que establece el artículo 7.º de la Ley española por no exigirlos el convenio hispano-francés, si bien, por razones de equidad y conforme a los principios que vienen informando la doctrina y tratados internacionales que regulan la institución extradicional, es oportuno dirigir a las autoridades francesas la recomendación formal, que en su *Nota verbal* se comprometen a tener muy en cuenta, de que la pena de muerte que pudiera imponerse definitivamente al acusado P., al serle revisado el proceso, le sea conmutada...» (Auto de la Audiencia provincial de M. de 6 de abril de 1973, en el asunto A. M. P.).

La misma Audiencia provincial, en Auto de 28 de junio de 1975 (asunto R. M.), añadió el argumento de que el «tratado franco-español, al final de su artículo 2.º, reseña las penas por las que la extradición no se concede, y, como entre ellas no está la de muerte, por el principio «inclusio unius exclusio alterius», debe estimarse que no hay obstáculo para conceder la extradición sin condicionamiento alguno». Si se obrase de otra manera, «resultaría que los más graves delitos quedarían sin la mayor sanción sin más que atravesar el delincuente una u otra frontera, y el auxilio internacional que supone la extradición quedaría inaplicado para los delincuentes

más peligrosos». No obstante, recomendaba la conmutación «por principios de equidad y conforme a los requisitos que vienen informando la doctrina y tratados internacionales que regulan la institución extradicional».

En la misma línea, el Auto de la Audiencia provincial de S. S. de 15 de abril de 1972 (asunto H. R.) estableció que «el requisito argumentado con base en el párrafo 1.º del artículo 7.º de la Ley de 1958 carece de virtualidad, ya que es de aplicación primordial el Tratado de 1877, en el que no se recoge tal condición, y, por más que se revista a dicha Ley de carácter supletorio, es evidente que por tal debe entenderse la facultad de completar lo no previsto en el Tratado, en frase de la misma Ley, o de interpretar lo establecido, pero nunca puede alcanzar la subsidiariedad de la misma a modificar unilateralmente lo regulado por acuerdo de ambas naciones ni a establecer exigencias no previstas y por entero ajenas al texto y espíritu de lo ya pactado, por lo que es de rechazar tal requisito», y concedió la extradición, aunque formulando («por razones de humanidad» y «no por obediencia a una norma de carácter obligatorio») «la recomendación formal de que sea conmutada la pena de muerte en caso de condena del extraído a la misma».

Véase finalmente el Auto de la Audiencia provincial de L. P. de 3 de abril de 1974 (asunto C. L.), considerando que «la Ley de 26 de diciembre de 1958 nunca podrá reducir los derechos obtenidos por el Estado francés en el Convenio de 1877, verdadera Ley, según constante jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo»; que «no cabe confundir las excepciones a la extradición enumeradas en el artículo 6.º (de la Ley) con la cláusula del artículo 7.º, pues esta última se mueve en el mismo plano que el artículo 5.º del Convenio citado y no afecta a la concesión misma», y que, al ser más amplios los condicionamientos del artículo 7.º de la Ley que los del artículo 10 del Convenio, carece de aplicación en autos la parte no coincidente».

e) Insólitamente, en alguna ocasión se encuentra la afirmación de que «no es materia a resolver por el Tribunal las condiciones que señala el artículo 7.º de la Ley, sino por el Gobierno de la nación al dirigirse al Gobierno de Francia comunicándole la decisión judicial», sin ningún pronunciamiento expreso en el fallo del Auto sobre tales condiciones (Autos de la Audiencia provincial de T. de 24 y 26 de noviembre de 1973, 18 de enero de 1974 y 29 de abril de 1975). En el primer caso, el Consejo de Ministros, recogiendo el *endoso* judicial, acordó el 21 de junio de 1974 adoptar el sistema de la recomendación formal, basado en los precedentes del apartado d) anterior, por considerar que «aúna razonablemente las garantías del extradicto con las necesidades de justicia material que son fundamento de la institución de la extradición».

El Consejo de Ministros acudió al mismo procedimiento de recomendar formalmente al Gobierno francés la conmutación de la pena capital (acuerdos de 4 de julio de 1975 y 12 de enero de 1977)

en los asuntos J. P. y M. A., en los que la Audiencia provincial de B. (Auto de 9 de junio de 1975) y la de A. (Auto de 19 de octubre de 1976) se limitaron a declarar haber lugar a la extradición, entendiéndose la misma condicionada a la conmutación dispuesta en el artículo 7.º, 1 de la Ley de 1958, con lo que se trataba de supuestos subsumibles en el apartado a) y no en el e) de los que en estas páginas se vienen exponiendo. No cabe duda de que así se iniciaba una vía más progresiva que la simple denegación de la extradición en los casos en que los delitos imputados revestían la mayor gravedad y el único obstáculo a la entrega podía soslayarse por un procedimiento flexible internacionalmente acreditado, que es el de la recomendación. La posible objeción de que el Gobierno usurpaba de este modo funciones judiciales cae por su base si se advierte que es el Gobierno el que, según la letra de la Ley, *concede* la extradición (arts. 4 y 7 de la Ley de 26 de diciembre de 1958), y que aquél no resolvía en contradicción con el Auto judicial, sino interpretando una cláusula del mismo susceptible de una interpretación literal e injusta y de otra flexible y progresista, conciliadora de los intereses en pugna (aunque me imagino que otra sería la valoración de los delincente afectados y de sus abogados). No se tiene noticia, sin embargo, de que el Consejo de Ministros haya repetido posteriormente este tipo de pronunciamientos.

f) Finalmente, no han faltado Autos que denegaran directamente la extradición por no constar en el expediente sometido a su decisión que el Estado requirente hubiera dado ya cumplimiento al requisito establecido en el artículo 7.º, 1.º de la Ley de 1958, decretando en consecuencia la libertad del interesado (Autos de la Audiencia provincial de B de 20 de diciembre de 1973 y 18 de febrero de 1974, y de la de G. de 21 de abril de 1975). Así lo hizo también la Audiencia provincial de C. (Auto de 13 de diciembre de 1975, asunto H. M.), con el argumento de que «el referido artículo 7.º es aplicable a toda demanda de tal clase, incluso con preferencia y derogación de los tratados vigentes, como se deduce de la palabra *siempre*, empleada por la legislación», aunque añadiendo que la libertad del presunto extradicto había de ser «sin perjuicio de las medidas gubernativas, y especialmente de la expulsión, que contra el interesado puedan adoptarse». Curiosas afirmaciones desde la perspectiva de la jerarquía de las normas y de las garantías del justiciable. También aceptó el sentido absoluto de la palabra *siempre* el Auto de la Audiencia provincial de A. de 19 de octubre de 1976 (asunto M. A.).

V

LA PRACTICA JUDICIAL (EXTRADICION ACTIVA)

En el caso M. G. B., reclamado por las autoridades españolas por delito de asesinato, el Gobierno de Alemania Federal autorizó la extradición «bajo la condición de la afirmación por parte del

Gobierno español de que no se condenará a muerte al perseguido y, en caso de que se le condene, no será ejecutado» (*Nota verbal* del Ministerio de Negocios Extranjeros alemán de 5 de junio de 1974). En un caso anterior, el asunto R. V., las autoridades españolas habían exigido a las alemanas el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 7.º, 1.º de la Ley de Extradición, pero la respuesta alemana fue extremadamente fácil, limitándose a declarar que la pena de muerte había sido abolida por el artículo 102 de su Constitución (*Nota verbal* de 26 de febrero de 1963).

No fue tan simple la solución para las autoridades españolas, que hubieron de cobrar conciencia de la imposibilidad de dar cumplimiento a lo que, sin embargo, el repetido artículo 7.º, 1.º de nuestra Ley de Extradición exigía de las autoridades extranjeras, pues, en efecto, el Gobierno no puede prometer de antemano que las autoridades judiciales no impondrán una determinada pena ni que, en caso de su imposición, la misma será indultada por el Jefe del Estado. Tampoco se puede obligar al organismo jurisdiccional a que prejuzgue y adelante cuál va a ser el contenido de su sentencia, ni entra en los usos diplomáticos obligar al Jefe del Estado a comparecer en un expediente para manifestar su voluntad de indultar en el hipotético caso de que un Tribunal pronuncie una determinada sentencia contra una determinada persona.

Así las cosas, el Consejo de Ministros español acordó (21 de junio de 1974) comunicar a las autoridades alemanas por vía diplomática que, «en el caso de que a M. G. B. le fuera impuesta la pena capital por el Tribunal sentenciador... se adoptarían las disposiciones oportunas encaminadas a proponer la conmutación de dicha pena por la inferior en grado...». El Gobierno alemán consideró satisfactoria esta respuesta (6). Correctamente, porque lo más que puede hacer un Gobierno en el tema que nos ocupa es prometer presentar al Jefe del Estado una propuesta de indulto de una determinada persona, y, entre líneas, es evidente que, si el Gobierno propone, el Jefe del Estado otorga, como se deduce de lo dispuesto en el artículo 30 de nuestra Ley de Indulto de 1870.

Este precedente fue el motivo decisivo para la adopción del criterio de flexibilidad en relación con las autoridades francesas que se ha indicado más arriba.

(6) El *Rapport explicatif* citado en la nota 2 también considera que puede ser garantía suficiente "el compromiso de recomendar al Jefe del Estado la conmutación de dicha pena, o la simple intención de hacer tal recomendación" (pág. 21).

VI

CONCLUSIONES

1. El artículo 7.º, 1.º de la Ley española de Extradición de 26 de diciembre de 1958 presenta una rigidez que lo hace de imposible cumplimiento en la práctica e incompatible con las normas internacionales.

2. La práctica judicial anterior a la creación de la Audiencia Nacional ha llevado a cabo una interpretación diversa del alcance del carácter supletorio de la citada Ley respecto de los convenios bilaterales, así como de la obligatoriedad de proceder anticipadamente a la conmutación de la pena de muerte.

3. La consecuencia ha sido que en unos casos se ha procedido a la entrega del reclamado con la expresada condición, en otros casos sin condición, en otros casos con recomendación formal, y, en algunos, se ha denegado simplemente la extradición. En algún supuesto, varios co-reos fueron objeto de resoluciones diversas por parte de diferentes Tribunales, lo que debió producir asombro al Estado requirente.

4. En mi opinión, el sistema adecuado es el de «dar garantías suficientes» de que la pena de muerte no será ejecutada, aceptando una fórmula flexible, como lo fue la adoptada por el Gobierno español ante la petición alemana referida en el apartado V. Este sistema aún las garantías formales del *extraditurus* con la justicia material, no dando libertad a los delincuentes más peligrosos, lo que obligaría a permitirles residir en el Estado requerido o a utilizar medidas de expulsión de dudosa eficacia o de discutible jurisdicción. No cabe contraponer una postura de recelo ante el cumplimiento por el Estado requirente de tales «garantías suficientes», porque el recelo ante un Estado extranjero no debe conducir a cláusulas extrañas en materia de extradición, sino pura y simplemente, a renunciar a la misma.

5. Es necesario modificar la Ley de Extradición de 1958. Seguramente la ratificación del Convenio europeo de 1957 será una buena ocasión para ello, si no basta dicha ratificación para considerar que el Convenio tiene rango superior a la Ley interna (con eficacia en el ámbito de los países firmantes, claro está), como propugna el Convenio de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados.

6. En el campo de la extradición, quizá con más intensidad que en otros sectores jurídicos, es conveniente contar con una jurisprudencia uniforme. Esta idea llevó a encomendar los expedientes de extradición pasiva a la Audiencia Nacional (1977), lo que no puede considerarse incompatible con el artículo 24 de la Cons-

titución, porque también la Audiencia Nacional es un «Juez ordinario predeterminado por la ley», especializado por razones de justicia (tratar de manera igual supuestos iguales), que es el fin de la Jurisdicción.

La doctrina de la Audiencia Nacional, en el punto que aquí se considera, ha evolucionado desde la simple denegación de la extradición si no figuraba en el expediente el compromiso previo de conmutación, hasta el sistema de la recomendación formal, cuya génesis se ha explicado aquí. Quede el estudio detallado de la *jurisprudencia* de la Audiencia Nacional en materia de extradición para un futuro trabajo.

Manuel Seijas Lozano

Miembro de la Comisión General de Códigos

FRANCISCO CANDIL JIMENEZ

Profesor Adjunto de Derecho penal en la Universidad de Sevilla

Este trabajo está dedicado al fallecido profesor de Derecho penal don José Antón Oneca, y el mejor homenaje que puedo rendirle es expresar en este artículo algunas ideas sobre las que él me animó a trabajar, materia de la que era experto conocedor: la codificación penal española.

I.—EL TEMA

En el siglo XIX se realiza una intensa actividad para sustituir las leyes del antiguo régimen, por normas adecuadas y atemperadas a la nueva forma de sociedad española, de acuerdo con las exigencias sociales de un pueblo que ansiaba de largo tiempo salir de la opresión del absolutismo.

Se proyecta un labor ordenada a la estructura de códigos que deroguen la anárquica normativa del régimen anterior, bajo la influencia del reformismo ilustrado, tendente a la humanización de las penas, ya que como ha escrito en nuestros días el filósofo inglés Beltrand Russell, durante la mitad del siglo XVIII y durante casi todo el XIX hubo en Europa «una disminución General de la ferocidad» (1).

El pasado siglo es rico en personalidades en el ámbito de la política, las letras y el derecho. Manuel Seijas Lozano ocupa un lugar preferente como jurisconsulto de su época, que participa activamente en el movimiento codificador del pasado siglo, siendo el autor material del proyecto de Código penal de 1848 (2). Sin embargo, no sabemos que haya sido objeto de un estudio, con visión de conjunto, que nos permita obtener una síntesis valorativa de tan destacado personaje decimonónico.

(1) Citado por TOMÁS Y VALIENTE, F., *Manual de Historia del Derecho Español*, Madrid 1980, pág. 529.

(2) Véase mi artículo *Observaciones sobre la intervención de don Joaquín Francisco Pacheco en la elaboración del Código penal de 1848*, en *A. D. P. y C. P.*, septiembre-diciembre, Madrid 1975.

II. DATOS BIOGRAFICOS DE DON MANUEL SEIJAS LOZANO

Nace en Almuñécar (Granada), el 2 de diciembre de 1800, hijo de Francisco de Paula Seijas y doña Josefa Hernández Lozano, según consta en su partida de bautismo de la Iglesia parroquial de aquella ciudad (3). Nos es difícil explicar por qué suprime el apellido Hernández, primero de su madre.

Realiza sus primeros estudios en la granadina Abadía del Sacromonte; filosofía en el Colegio de Santiago y la carrera de Derecho en la Universidad de Granada, obteniendo las máximas calificaciones. Recién terminada su carrera, se incorpora al Colegio de Abogados, y siendo aún muy joven es nombrado decano del mismo, cargo que desempeñó, hasta que suprimidas las Chancillerías y crearse una nueva división judicial, el Gobierno, queriendo dotar las Audiencias de nueva creación de jurisconsultos de reconocido mérito, le nombró fiscal de Albacete. Más tarde pasó a la Fiscalía de Valencia, Magistrado de las Audiencias de Sevilla, Granada y Madrid. Ocupaba este puesto cuando el destronamiento y destierro de Isabel II, presentando la dimisión junto con sus compañeros, por entender que no podían desempeñarlo en un régimen distinto al que habían jurado fidelidad (4).

Diputado en las Cortes Constituyentes de 1836 y en otras varias legislaturas, senador en 1863 (5) y presidente del Senado en 1866. Dos veces fue consejero de la Corona, en ministerios moderados. Políticamente es considerado como conservador o ultraconservador dentro del partido moderado, si bien unido a Narváez en todo momento, sin una vinculación definitiva a los puritanos de Pacheco.

En la crisis que siguió a la dimisión de Isturiz, Seijas Lozano tuvo una fugaz posibilidad de ser nombrado presidente de Gobierno, ya que Pacheco al negarse a formar un Gobierno de coalición con Bravo Murillo, presentó a sus colegas Roca de Togore y Seijas Lozano, como solución para poner fin a la crisis, propuesta fallida. Sotomayor no tuvo más remedio que aceptar el cargo y en su Gabinete ocupó la cartera de Gobernación Seijas Lozano en 1847 (6), y más tarde desempeñaría las de Comercio, Instrucción y Obras Públicas en 1849; Hacienda en 1850; la cartera de Gracia y Justicia en 1856 y Ministro de Ultramar en 1864. «Difícil es encontrar otro hombre político, que haya estado al frente de tan diversos

(3) Archivo Parroquial de la ciudad de Almuñécar, Libro 19, de Bautismo, folio 253.

(4) LLANO CHINCHÓN, M., *Manuel Seijas Lozano, en Biografía de los Expresidentes de la Academia y de los Jurisconsultos anteriores al siglo XX, inscritos en sus lápidas*, tomo I, págs. 183 y ss, Madrid 1961.

(5) Archivo del Congreso de los Diputados; Senado, Legislatura de 1863. Expediente de admisión del Sr. D. Manuel Seijas Lozano; como comprendido en el párrafo tercero del artículo 19 de la Constitución.

(6) COMELLAS, José Luis, *Los moderados en el poder, 1844-1854*, Madrid 1970, pág. 243.

departamentos como lo estuvo Seijas Lozano» (7). Como político, fue hombre de partido sin pretensiones de protagonismo, que servía con eficacia y dignidad en cuantas comisiones se le encomendaba.

En el ámbito científico y cultural, presidió la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia en dos ocasiones, 1840 y 1848. Miembro de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas en 1857. Elegido académico de la Real Academia de Historia de 1852. Al ampliarse las cátedras del Ateneo de Madrid en 1839, se le adjudicó a Seijas Lozano la de Filosofía del Derecho (8).

En Madrid ejerció como abogado, obteniendo justificada fama y prestigio. Defendió y obtuvo la absolución de don Manuel Cortina y Joaquín María López, cuando colocados al frente de la coalición para deponer al Duque de la Victoria, en 1843 y obtenido el fin propuesto, desaparecido el interés común entre moderados y progresistas, fueron perseguidos, procesados y encarcelados, por defender sus ideas progresistas de siempre.

Falleció Seijas Lozano en Madrid, el 10 de diciembre de 1868, y de él ha dicho Llanos Chinchón que: «era de aquellos personajes cuya muerte se quisiera alejar definitivamente por el bien de la nación que los posee» (9).

Rico y Amat nos da una semblanza de Seijas Lozano que en parte transcribimos: «El diputado andaluz, sin poseer ninguna de las cualidades de verdadero orador parlamentario ha conquistado reputación no escasa, y oyen siempre su palabra, si no con entusiasmo, con respetuoso y deferente silencio. Y mientras, ese ocioso y pervertido público de la tribuna de las Cortes, abandona la galería porque no encuentra en Seijas, a uno de esos oradores camorristas, incisivos y penizantes. Sin embargo, los diputados ocupan silenciosamente sus bancos, y prestan al orador una atención que revela el interés y el agrado con que se escuchan sus discursos... Grave y reposado en el tono, claro en la exposición, profundo en los conceptos, consecuente en sus doctrinas, dulce y suave en las formas, lógico y ordenado en los razonamientos, de palabra generalmente fácil, sus discursos persuaden sin conmover, tienen tanto de alegato forense como de peroración parlamentaria... Seijas Lozano ataca sin ofender y hiere sin irritar. Logró conmover y entusiasmar al Congreso de 1844, con su «Discurso en defensa de un voto particular». No menos notable fue su éxito en la sesión de 3 de enero de 1846, con motivo de un voto particular referente al proyecto de contestación al discurso de la Corona, inaugurando con él la primera disidencia del partido moderado,

(7) LLANO CHINCHÓN, M., *Op. cit.*, pág. 184.

(8) Libro de Actas del Ateneo de Madrid, Acta de la Junta General de 21 de diciembre de 1839.

(9) LLANO CHINCHÓN, M., *Op. cit.*, pág. 188.

«los puritanos». En resumen: Seijas Lozano, como abogado es un orador parlamentario y como orador parlamentario es un abogado (10).

Seijas demuestra un sólido conocimiento de la filosofía, que desarrolla con profundidad y acierto en su cátedra del Ateneo matritense, sobre filosofía del Derecho (11). Conoce la doctrina del *seuismo* de Condillac, perteneciente a la primera fase de la Ilustración francesa y a su seguidor Destutt de Tracy, destacando que sin proponérselo y creyendo que desenvolvían la teoría del empirismo inglés de Locke, cayeron en el sistema opuesto que combatían. Estima que Condillac determinó a Kant, lo mismo que Bichat a Broussais, y se identifica con la doctrina del profesor de la Universidad de Erlangen y Munich Schelling, sobre el concepto filosófico del hombre (12).

Se muestra partidario de Thibaut frente a Savigny, y lamenta la muerte prematura del primero, quien a su juicio, ha privado a Alemania de la gloria de crear una doctrina europea, que hubiese fijado el espíritu del siglo XIX, incierto y vacilante todavía (13).

Admira a Betham, sabido es, dice, «que escribió con pasión, nacida de la indignación desenvuelta en su espíritu contra la legislación judicial de su país. Aquel genio creador amante de su patria, entusiasmado con su esencia que con tanto amor y fruto cultivó» (14).

Es un experto en el conocimiento de la esencia de legislar, como lo demuestra en su extensa obra: «Teoría de las Instituciones Judicarias, con proyectos formulados de Códigos aplicables a España», publicada en dos volúmenes, 1841-1842.

Combate la escuela histórica: «Mis opiniones en general no son las del estacionamiento, repugnante a nuestro ser y resentido por la naturaleza. La escuela histórica pura, si en teoría es inexplicable, en la parte de aplicación es imposible» (15). Reprocha a esta doctrina su tendencia al inmovilismo, que supone su estacionamiento equivalente a un retroceso en presupuestos sociales. Se declara partidario de la escuela llamada racional, que arraigó en España a finales del siglo XVIII y tiene su auge en el XIX, sirviendo de base la reforma jurídica española.

Defiende el fin social del derecho y la necesaria concordancia entre los intereses del individuo y los del grupo. «La esencia de la legislación —dice Seijas Lozano—, no tiene otro objeto que el

(10) RICO AMAT, Juan, *El Libro de los Diputados y Senadores...*, tomo III, Madrid 1865, págs. 286 y ss.

(11) Libro de Actas del Ateneo de Madrid, Acta de la Junta General de 21 de diciembre de 1839.

(12) SEIJAS LOZANO, Manuel, *Teoría de las Instituciones Judicarias, con proyectos formulados de Códigos aplicables a España*, tomo II, Introducción, Madrid 1842, pág. VIII.

(13) SEIJAS LOZANO, Manuel, *Op. cit.*, Prólogo, tomo I, pág. XL.

(14) SEIJAS LOZANO, Manuel, *Op. cit.*, Prólogo, tomo I, pág. LVIII.

(15) SEIJAS LOZANO, Manuel, *Op. cit.*, Introducción, tomo II, página XLVIII.

armonizar estos intereses opuestos, e impulsos encontrados, y encastrarlos a un punto, el desenvolvimiento intelectual, material y social, esto es, a la mejor y más cumplida civilización. La filosofía es, por ello, su maestra y la historia la antorcha que la ilumina» (16).

Si a ello unimos la larga experiencia que poseía, por su continua participación en las tareas codificadoras, a través de las diversas comisiones a las que perteneció, dejando patente su capacidad de trabajo, organización y su inteligencia creadora, como indica Antón Oneca: «Nada más lógico debió de parecer a Cortina que encargar la redacción del proyecto de Código penal, a quien había demostrado cumplidamente su vocación por esta clase de trabajos» (17).

III. LA DESTACADA PARTICIPACION EN LA COMISION GENERAL DE CODIGOS

Seijas Lozano, es uno de los juristas que más intensa y eficazmente participó en la fase codificadora de su época. Colaboró en diversas comisiones, dejando constancia de su profundo conocimiento y aptitudes para desempeñar tan difícil cometido.

La Audiencia de Granada, de la que fue magistrado en su juventud, le encargó redactar un proyecto de Reglamento de Policía judicial. En su exposición, razonaba: «que no debía el poder judicial invigilarse a sí propio, ni podía ocuparse de las visitas de cárceles, sin quebrantar su ocupación primordial, la recta y pronta administración de justicia. Adscribe a la policía judicial a los agentes, subalternos de los Juzgados, a los alguaciles, síndicos, promotores fiscales y fiscales, bajo la dependencia del Justicia Mayor, que era el Ministerio del ramo». Consta el proyecto de 94 artículos, distribuidos en tres títulos y capítulos, publicado en 1836 por la «Revista de Jurisprudencia y Legislación».

Con anterioridad a la creación de la Comisión General de Códigos, fundada en 1843 con el fin de dar unidad y eficacia a la función codificadora, existieron algunas comisiones parciales, como la que se creó en 1838, por el ministro de Gracia y Justicia don Francisco de Paula Castro y Orozco, y de la que tomó parte Seijas Lozano, quien de su labor en la misma hace la siguiente exposición:

Escmo. Sor.

Autorizado el Gobierno de S.M. por ley de 21 de Julio de 1838 para formar y plantear desde luego una Instrucción de procedimientos civiles y criminales bajo las vases que se determinaron, el Señor Ministro de Gracia y Justicia, que a

(16) SEIJAS LOZANO, Manuel, *Op. cit.*, pág. IX.

(17) ANTÓN ONECA, José, *El Código penal de 1848 y D. Joaquín Francisco Pacheco*, en ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES, Madrid 1965, pág. 483.

la sazón era el Escmo. Señor D. Francisco de Paula Castro y Orozco llamó para desempeñar ese trabajo a D. Ventura González Romero, D. Claudio Antón de Luzurriaga, D. Juan Bravo Murillo, D. Manuel Pérez Hernández, D. Manuel García Gallardo y a mí, los que bajo mi Presidencia nos ocupamos de aquella obra con la asiduidad que reclamaba su importancia y la urgencia con que el Gobierno quería dar cumplimiento a aquella ley.

Como este era un acto confidencial por haber intervenido Real Decreto de nombramiento, luego que aquel Ministro cesó creíamos todos que había terminado nuestro cometido. Más habiéndoseme comunicado una Real Orden de fecha 8 de Febrero de 1839, en la que se me prevenía activase los trabajos que me estaban encomendados, me dedique con afán a ellos, habiendo tenido el honor de entregar al Sr. Ministro el proyecto de Instrucción Criminal completo y terminado, que se pasó a pasar en revisión a D. Manuel García Gallardo encargado al intento.

A seguida me dedique a formular las Instrucción de procedimiento civil, cuyo trabajo fue interrumpido por haberme el Gobierno encargado otro con mayor premura cual fue el proyecto de ley para la organización y atribuciones del ministerio público fiscal de cuya Comisión me honró con el cargo de presidente.

Luego que ese nuevo trabajo me lo permitió me dediqué con afán al del procedimiento y lo tenía bastante aclarado cuando por Real Decreto de 19 de Agosto del año último se creó la Comisión General de Códigos para la que también fui nombrado. Como esta Comisión debía hacer cesar todas las otras parciales nombradas; pasé a la misma y al servicio de las Secciones de procedimientos reunidos los trabajos que tenía hechos para que puedan utilizarse en lo que valgan.

Al Gobierno consta mi calidad de cesante; y como el tiempo invertido en Comisión de Gobierno deba abonarme como de activo servicio me conviene tener documento que acredite que desde el 21 de Julio de 1838 hasta 19 de Agosto de 1834 he desempeñado entre otras la indicada Comisión prestando los servicios y trabajos que se me encomendaron, a cuyo fin ruego a V.E. se sirvan acordar se me libre el que me corresponda.

Dios guarde a V.E. muchos años, Madrid a 22 de Enero de 1844.

Escmo. Señor
Manuel de Seijas
Lozano

Escmo. Señor Ministro de Gracia y Justicia (18).

(18) Archivo de la Comisión General de Códigos. Ministerio de Justicia: Legajo núm. 4. Documento 154.

A partir de este momento, su vida aparece vinculada en gran parte a las tareas codificadoras y, de su talento y capacidad, dejó imborrable huella en cuantos proyectos de códigos intervinieron. Basta para tomar conciencia de su intensa actividad en la Comisión General de Códigos, el consignar alguna de sus aportaciones más destacadas.

Con fecha primero de febrero de 1844 (19), el ministro del ramo contesta a Seijas Lozano, reconociéndole los servicios prestados y le agradece el acierto de entregar al Ministerio de Gracia y Justicia los trabajos realizados, sobre el proyecto de instrucción civil, según el estado en que se encontraba. Pero silencia la solicitud de reconocimiento de haberes por el tiempo que dedicó a las comisiones parciales, que desaparecieron al crearse el 19 de agosto de 1843 la Comisión General de Códigos, a la que Seijas se incorporó como vocal, el 22 de agosto del mismo año, renunciando al sueldo de 60.000 reales, que tenían asignado los miembros que la integraban. Se le destinó a la Sección de Código penal, y por Orden de 20 de junio de 1844, fue nombrado vicepresidente de la Comisión General de Códigos, que presidía por aquel entonces Bravo Murillo (20), desempeñando las funciones de su cargo el 31 de julio de 1846, en que se suprimió la Comisión General de Códigos. Creada ésta de nuevo el 11 de septiembre de 1846, fue nombrado vocal de la misma, hasta el 5 de febrero de 1847, en que cesó en su cargo, por haber sido nombrado Ministro de la Gobernación.

Vuelve a la Comisión el 8 de mayo de 1848 a instancia de Bravo Murillo, que expone al ministro de Gracia y Justicia la necesidad de que se incorpore el señor Seijas a la Comisión General de Códigos, quien con su capacidad y experiencia podría prestar importantes servicios, ya que con anterioridad había formulado las bases de la ley de Organización de Tribunales, la cual urgía terminar con la brevedad que el Gobierno requería, y pasar posteriormente a tratar los códigos de procedimiento civil y criminal (21).

De 3 de marzo de 1855 rechaza por motivos de su quebrantada salud, el formar parte de la Junta que ha de elaborar el proyecto de Ley Orgánica de los Tribunales y de procedimientos civiles (22). Por lo que se ve, tales proyectos debieron tener sensibles interrupciones, dada la diferencia de fechas que puede apreciarse.

Por ausencia de Bravo Murillo, se ocupó interinamente y por

(19) Archivo de la Comisión General de Códigos. Ministerio de Justicia; Legajo núm. 4. Documento 159.

(20) Archivo de la Comisión General de Códigos. Ministerio de Justicia; Legajo núm. 1, carpeta 4.^a.

(21) Archivo de la Comisión General de Códigos. Ministerio de Justicia; Legajo núm. 2, carpeta 5.^a. Documento 15.

(22) Archivo de la Comisión General de Códigos. Ministerio de Justicia; Legajo núm. 2, carpeta 5.^a. Documento 19.

escaso tiempo de la Presidencia de la Comisión General de Códigos en 1946 (23).

Citamos por su carácter excepcional la siguiente disposición: Por Real Orden de 7 de marzo de 1846, se ordenó al presidente de la Comisión de Códigos:

«que ésta con la asiduidad que tiene acreditada, se venga a formular y presentar al Gobierno un proyecto de Ley de Orden Público, que pueda tener aplicación en el caso previsto en el artículo 8.º de la Constitución de la Monarquía; sirviendo de base a dicha Comisión para la parte penal lo contenido en el tít. 3.º, lib. 2.º del proyecto de Código ya concluido por la misma y remitido al Gobierno en 23 de diciembre del próximo pasado» (24).

La Comisión especial fue creada el 9 de marzo de 1846, e integrada por don Florentino García Goyena, don Claudio Antón de Luzuriaga, *don Manuel Seijas Lozano* y don Manuel García Gallardo. El citado proyecto no se llegó a llevar a efecto. Debió ser fruto del estado de inquietud que se produjo al abandonar Narváez el Gobierno el 2 de febrero de 1846, y crearse un estado de confusión y alarma social desconocido hasta ese momento. Basta observar que entre el 11 de febrero y el 5 de abril hubo cuatro gobiernos

A primeros de junio de 1847, llega a España monseñor Juan Brunelli como representante de la Santa Sede. fue idea suya el crear una Junta Mixta para dar solución a los graves problemas que afectaban a los intereses de la Iglesia y el Estado español, y así lo expone al ministro de Gracia y Justicia, siendo Pacheco presidente del Consejo de Ministros. Esta Junta estuvo integrada por representantes de la Iglesia y el Gobierno. El 26 de abril de 1848, Seijas Lozano fue nombrado miembro de esta Junta Mixta, como persona de confianza del Gobierno junto con Ventura González Romero y Pedro Gómez de la Serna, con el fin de redactar un proyecto de ley para la dotación de culto y clero de España. Este fue presentado a la Reina por la citada Junta Mixta el 5 de julio de 1848, firmado por Manuel Joaquín, obispo de Córdoba; Pablo, arzobispo de Valencia; José Domingo, obispo de Lérida; Manuel Seijas Lozano; Eleuterio Juantorena; Pedro Reales y Ventura González Romero.

(23) Archivo de la Comisión General de Códigos. Ministerio de Justicia; Legajo núm. 2, carpeta 5.^a. Documento 7.

(24) Archivo de la Comisión General de Códigos. Ministerio de Justicia; Legajo núm. 2, carpeta 26. Documento 2.

Artículo 8.º de la Constitución de 1845: "Si la seguridad del Estado lo exigiere en circunstancias extraordinarias la suspensión temporal en toda la Monarquía o en parte de ella de lo dispuesto en el artículo anterior, se determinará por ley".

Artículo 7.º: "No puede ser detenido, ni preso, ni separado de su domicilio ningún español, ni allanada su casa, sino en los casos y en las formas que las leyes prescriban".

Es curioso el recelo de la Iglesia ante los representantes del Gobierno en la Junta Mixta, entre los que se encontraba Seijas Lozano según se desprende de una *Exposición «reservada» de los miembros eclesiásticos de la Junta Mixta* en la que dicen: «Ha sido necesaria mucha prudencia y templanza, porque la doctrina de los modernos jurisconsultos en algunos puntos son tan exageradas como la de los protestantes, por no decir más, pues que se forman o bien en estos autores, o bien en otros cuyas tendencias allá se van...» (25).

Pero para el penalista, la fase más interesante y atractiva, es su indiscutible y decisiva aportación al proyecto de Código penal de 1848, siendo el autor más destacado en la elaboración de este Cuerpo punitivo; como ya tuve ocasión de demostrar en mi artículo sobre: «J. Francisco Pacheco y su intervención en la redacción del Código penal de 1848» (26). Aquí es donde obtiene su mayor éxito como legislador, actividad para la que poseía excepcionales dotes, puestos de relieve en cuantos trabajos de esta índole le fueron encomendados.

Don Manuel Seijas Lozano ingresó como vocal de la Comisión General de Códigos el 22 de agosto de 1843, y tomó posesión de su cargo el 28 de septiembre del mismo año, quedando adscrito a la Sección de lo penal, fue asimismo nombrado vicepresidente de esta comisión el 20 de junio de 1844 (27).

Se le encomienda la redacción completa del anteproyecto de Código penal. Inicia sus actividades sometiendo a la Comisión General la propuesta que se concreta en las «Cuestiones», que, a finales de 1843, servían de base a la Sección de Código penal, para llevar a cabo la tarea que se le había encomendado. Hasta marzo de 1844 no quedaron definitivamente configuradas y aprobadas las bases que deberían regir la redacción del Código. En la Sesión de 2 de octubre de 1844 presenta el anteproyecto de Código penal, que se le había encargado redactar (27 bis).

En la sesión del 9 de septiembre de 1845, Seijas, por enfermedad de Clarós, recibió el encargo del presidente, de redactar el libro 4.º sobre las faltas. Tomó parte de la Sección especial para corregir y unificar el estilo del Código. Es miembro de la Comisión reducida, creada por Díaz Camegal, por Decreto de 31 de julio de 1846, aun-

(25) PÉREZ DE ALHAMA, Juan, *La Iglesia y el Estado Español*, páginas 226-254, nota 141, Madrid 1967.

(26) CANDIL JIMÉNEZ, F., *Observaciones sobre la intervención de don Joaquín Francisco Pacheco en la elaboración del Código penal de 1848*, en ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES, septiembre-diciembre de 1975, págs. 405 y ss.

(27) Archivo de la Comisión General de Códigos, "De la Organización de la Comisión General", Legajo núm. I, carpeta 4.ª. Ministerio de Justicia.

(27 bis) Esta sucinta información se encuentra analizada con mayor extensión y acreditada documentalmente en mi artículo ya citado sobre don Joaquín Francisco Pacheco y su intervención en la redacción del Código penal de 1848.

que el Código concluido es remitido al Ministerio de Gracia y Justicia el 24 de diciembre de 1845 (28).

No podemos dejar de consignar su sinceridad intelectual, bien patente cuando encargado en 1841 de formular un proyecto de Código de procedimiento criminal, se vio defraudado de tal manera por la forma en que se llevó a efecto que, con toda gallardía, se negó a firmarlo. «Forzado me vi —dice Seijas— a formar un proyecto contrario a mi opinión y a mis principios; no he querido consignar mi firma en él; pero el encargo era público y nadie ignoraba mi comisión. Las doctrinas expuestas en las dos cátedras que abrí, la una de la Teoría de las Instituciones Judicciarias en la Academia de Jurisprudencia y Legislación de la que fui presidente, y la otra en Filosofía del Derecho en el Ateneo científico, hicieron creer a muchos que ignoraban la historia de aquella comisión que los proyectos formados estarían basados sobre las teorías que explicaba y calculados en los principios que profeso. Llegaron éstos a formarse esperanzas, por algunos de ver desterrado de nuestro foro la conculcación de ideas encontradas y de sistemas opuestos, que alejan toda garantía a la verdad. Mi posición era delicada y mi reputación corría peligro. Propúseme unos proyectos conformes a mis doctrinas pero aplicables a mi país, cuyo uso no determiné, reservando a la circunstancia el medio que debiere adoptar» (29).

IV. LA APORTACION A LA CIENCIA JURIDICO PENAL

Seijas Lozano, debido a la publicación de la «*Teoría de las Instituciones Judicciarias, con proyectos formulados de Códigos aplicables a España*», ha sido hasta el momento conocido como procesalista. Ello, sin embargo, no responde a la realidad, sobre todo tras haber conseguido demostrar en base documental inédita que Seijas fue el verdadero autor material del más sistemático Código penal español, el de 1848, destruyendo así el mito durante tantos años sostenido, de que fue J. Francisco Pacheco su verdadero artífice (30).

En Seijas Lozano recayó la enorme responsabilidad, por encargo de don Manuel Cortina, de redactar un anteproyecto de Código penal. Consciente de la trascendencia de la misión que se le había encomendado, nos ofrece en la sesión del día 2 de octubre de 1844 (31) una exposición del libro 1.º del Código penal, que es del

(28) CANDIL JIMÉNEZ, Francisco, *Op. cit.*, págs. 406 y ss.

(29) SEIJAS LOZANO, M., *Op. cit.*, Advertencias, pág. III.

(30) CANDIL JIMÉNEZ, F., *Observaciones sobre la intervención de don Joaquín Francisco Pacheco en la elaboración del Código penal de 1848*, ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES, septiembre-diciembre 1975, págs. 405 y ss.

(31) Archivo de la Comisión General de Códigos. Ministerio de Justicia. Discusión del Código penal, Acta de la Sesión del 2 de octubre de 1844, folio 2.º, legajo núm. 9.

máximo interés, junto con la totalidad de su anteproyecto, que si bien no se realizó ajustándose con todo rigor a las dieciséis bases establecidas previamente para su desarrollo, no significa que en su obra se deje de apreciar orden, profundidad y una excelente técnica jurídica, claro exponente de la fecunda mentalidad de este gran jurista que vierte sus ideas con admirable sencillez y claridad.

Por el indudable valor científico e histórico de este documento, ofrecemos su transcripción literal.

DISCUSION DEL CODIGO PENAL

Sesión del 2 de octubre de 1844

Asistieron los señores:

Señor Presidente, Manuel Seijas Lozano; Vilas, A. de Luzuriaga, Ruis de la Vega, M. Pérez Hernández, J. F. Pacheco, T. Vizmanos, M. Ortiz de Zúñiga y C. Alvarez.

El Señor Seijas Lozano. Como encargado de la redacción de este código tomó la palabra para manifestar los principios que le servían de base, y se expresó en los terminos siguientes =Señores:= Aun cuando todos los códigos articulados que han visto la luz en el presente siglo participan de la índole reglamentaria que se introdujo á fines del último, no por eso deja de ser una verdad entre los juriconsultos que llevan ínmensas ventajas á los códigos compilados. Esta cuestión es de todos conocida, pero en otra ocasión ya se dijo aquí y se dijo con razón, que á nosotros no nos tocaba examínarla y que encerrandonos en el terreno que se nos había señalado no hacíamos mas que cumplir con un mandato del gobierno. Entre las ventajas que tienen los códigos articulados es la primera y principal la de conseguir esa unidad tan apetecida en la redacción de esta clase de leyes, porque indudablemente esa estructura logica propia de esta clase de Códigos hace que resalte mas cualquier pensamiento ó disposicion que se aparte del pensamiento comun que debe revelar en todas las disposiciones del Código: y estas al mismo tiempo van enlazandose de manera que la claridad es su patrimonio. De aqui los grandes trabajos que hemos visto en esta especie de Códigos y las marcadas tendencias de sus autores á obtener esa claridad, para que los códigos sean sencillos y para que sus disposiciones tengan tal enlace, que sin necesidad de un gran numero de ellas, pueda presentarse desde luego á la imaginación el precepto de la ley. Reconociendo esta verdad, cuando por la combinación de circunstancias que la comisión sabe quedó solo á mí cargo la redacción del código penal, creí que para redactarlo de la mejor manera posible debía consultar los modelos, que la Europa nos presenta, y ver en ellos las diversas escuelas y diferentes sistemas que sus autores habían seguido. La observación detenida de

esos códigos me hizo ver que el pensamiento que en ellos dominaba era el de la sencillez; esto era lo apetecible, y por lo mismo creí que debía estudiar mas particularmente esos modelos que tanto habían llenado mis esperanzas. De aquí ha resultado haber adoptado en el libro primero, que es donde se contienen las ideas que luego han de desarrollarse en todo el código ciertas bases y ciertos principios que no pueden dejar de producir sus efectos en cada una de las disposiciones particulares. La comisión habra conocido que el establecer un mismo principio en cada una de las disposiciones generales en hasta cierto punto embarazoso, pero sí se reflexiona que esos principios deben obrar en todas y en cada una de las disposiciones de aplicación, esto es, cuando se hable de los crímenes y delitos y de sus diversas especies, se encontrará, como á mi me ha sucedido, la ventaja de establecer un principio en una escala general. Esto demostrará además las diferencias que entre el código penal, que he tenido el honor de presentar al examen y aprobación de la comisión y los metodos adoptados en el *Código francés* y en otros mas recientemente publicados; en los cuales sí bien se han obtenido algunas ventajas de este método, no se ha llegado sin embargo al término de perfeccion que algunos otros han alcanzado por el sistema de simplicidad y de verdadero orden lógico.

Para hacer mas ostensible mi pensamiento á la comision me permitirá esta que haga una reseña de los diferentes títulos, que abraza el libro, porque ella será la mejor demostración de la teoria que envuelven.

Yo he creído que en el libro primero debíamos tratar de las infracciones, de los infractores y de las penas. Pero de estos tres objetos de un modo generico y abstracto. Así podemos establecer los principios que deben regir en el código respecto á estos tres objetos capitales, para que teniendolos presentes en las disposiciones de aplicación, pueda facilmente y á un golpe de vista conocerse cual es el lugar que debe ocupar cada hecho, cada persona y la pena correspondiente á ese hecho. En el título primero he tratado de las infracciones en general, he determinado aquellas que la ley reconoce como punibles y que como tales somete á las disposiciones penales. Las no comprendidas en esas disposiciones no pueden ser materia de una pena, ni objeto de una persecución. Este sistema trae ventajas porque todos los hechos que doy por permitidos y realizables en el círculo legal presentan á los ciudadanos el ensanche de libertad que tienen para obrar y les demuestra que procediendo de la manera que determina la ley no puede haber autoridad que persiga un hecho que esté comprendido dentro de su esfera.

En el título segundo me ha parecido que debía señalar las infracciones que siendo verdaderamente punibles, si se consideran en abstracto, es decir, calculando que intención podía haber de parte de sus autores, son en concreto menos censurables por es-

tar acompañadas de algunas circunstancias que disminuyen la criminalidad de los hechos; pues he creído de la mayor importancia presentar este cuadro en que aparecen las acciones que a pesar de estar revestidas de circunstancias agravantes, deben quedar exentas de la pena establecida. La comisión conoce mejor que yo que no todos los actos humanos pueden medirse por una misma regla. Un hecho que aparentemente se cree un crimen está á veces revestido de tales circunstancias que, si la ley no las tubiese en consideración y no lo declarase exento de la pena señalada al crimen, sería injusta. Todo código sería imperfecto si ál señalar los actos punibles no determinase al propio tiempo cuales son menos, atendidas las circunstancias que acabo de indícar. La enumeración de estas circunstancias, la determinación de los requisitos que pueden hacer excusable una acción son precisamente las reglas de excepción que ponen en evidencia cuales son los actos excusables y cuales aquellos que la ley debe castigar. Despues de tratar en el título segundo de los hechos que deben estar exentos de pena por sus circunstancias especiales he descendido en el tercero á aquellos que sin estar exentos de pena deben sín embargo considerarse de una manera particular, ó lo que es lo mismo no deben ser comprendidos en aquella regla general que establece la ley y por la cual se impone una pena determinada sino que deben ser calificados por sus circunstancias y accidentes para cercenar esa pena señalada por la ley. En una palabra, en el título tercero he procurado colocar aquellos hechos que no dejando de ser punibles, por sus circunstancias particulares es necesario que los tribunales tengan estas en cuenta para temperar las penas que las leyes señalan.

En el título cuarto, por el contrario, he considerado circunstancias que sacando a los hechos de la índole común por estar revestidos de caracteres especiales, hay necesidad de que la ley agrave las penas con las cuales ha castigado estos mismos hecho. Yo no conozco código alguno en el cual no se hayan consultado estos principios al establecer las penas y determinar las facultades de los tribunales. Sin embargo, en dos escuelas puede decirse que estan divididos los jurisconsultos en esta materia. La una que dice, y es la mas antigua, que en cada uno de los hechos debe tenderse á las circunstancias agravantes ó atenuantes, únicas que pueden conducir á establecer la penalidad, y al efecto ha consignado en un código las disposiciones relativas á cada uno de estos hechos mas o menos graves. La otra escuela es la que adoptando un principio generico ha dicho «los actos punibles son aquellos que la ley señala determinadamente, los excusables son aquellos que la ley señala por circunstancias especiales que atenuan la responsabilidad». Pero de los hechos punibles no excusables unos pueden estar revestidos de circunstancias que hagan necesaria la agravación de la pena al paso que otros pueden estar revestidos de circunstancias que hagan necesaria la

atenuación. Si se establece una regla general por la cual se determinen las circunstancias que agraven y las que atenuan, entonces no se consigue el objeto que nos proponemos, porque una porción de crímenes de diversa gravedad caben en la escala de agravación y otros en la de atenuación. Para mayor claridad presentaré un ejemplo. Fijaremos el homicidio. El homicidio puede ser un hecho desde excusable hasta el más atroz que la ley puede castigar, como por ejemplo el parricidio. Estableciendo la ley principios generales por los cuales se determina cuando es excusable un hecho, queda para todos este hecho excusable fuera de la ley, pero este mismo hecho puede estar acompañado de circunstancias que sin dejar de ser punibles sean sin embargo tan atenuantes que pueda recorrer una escala verdaderamente inmensa, al paso que puede estar revestido de circunstancias tan agravantes que puede también recorrer otra de una extensión extraordinaria, como por ejemplo el homicidio que desde un homicidio común puede llegar hasta el parricidio. Pues ahora bien, adoptando el sistema de la escuela moderna resultará que la ley en su aplicación no se ocupará del crimen más que de un modo, esto es, considerándolo como homicidio. ¿Por qué? Porque aquella en que cae por el hecho y le impone la obligación de resarcir los perjuicios ocasionados á la persona ofendida. Pero debe además tenerse en cuenta que es necesario que satisfaga á la sociedad, en la verdadera acepción en que yo tomo esta palabra, porque yo creo que la sociedad no se satisface con una venganza mal concebida y peor ejecutada. A la sociedad se satisface cuando la pena que por el crimen se impone no es de tal naturaleza, que haga alejar toda esperanza de enmienda en el que le cometió. Si sometiendo a este individuo á ciertas reglas y á determinadas precauciones consigue esa misma sociedad hacer de un miembro corrompido, uno que pueda serle beneficioso y útil, queda completamente satisfecha, sin que para ello deba repararse en los medios de represión más ó menos fuertes que se empleen, por que toda persona que delinque se somete á esta condición. El acto es voluntario, el delincuente pudo no delinquir y si se le priva de su libertad si la ley se ve á determinar de su persona y de sus acciones, el fue quien la dió ocasión, el quien atrajo sobre sí todos sus rigores. Los hombres constituidos en sociedad no podemos poner en duda este derecho y tanto menos cuánto que al ejercerla no solo consulta la sociedad su propio interés, sino el de los individuos mismos. De aquí que cuando se trató de señalar las penas que debían imponerse á los culpables, yo presenté á la comisión general una inmensa escala, es decir se dió toda la latitud posible para que pudiera administrarse cumplida justicia, porque cuanto mayor es la escala en que pueden obrar los tribunales, tanta mayor es la seguridad de que sean justas las aplicaciones de la ley. De este modo también se consigue economizar la pena de muerte, facilitando el recurso á otras penas que

no pueden dejar de producir en el individuo criminal una reforma en su caracter, en sus costumbres y en su vida, reforma de que la sociedad debe sacar ínmensas ventajas. Un sistema así no puede menos de adoptarse porque es filantropíco por naturaleza y el mejor que puede servir de base á una legislación penal. No me ocuparé mas de esto porque ya se dilucidó suficientemente este punto cuando se trató del examen de las penas. pero no he podido omitirlo del todo porque allí es donde se han desenvuelto las bases adoptadas por la comisión general...

También me pareció que debía complementar este sistema de una manera no muy usada hoy en los codigos españoles, ni en los de otras naciones, pero he creído que siendo el código de cuya formación tratamos el último debíamos dar algun paso en la senda de la civilizacion.

Señores, yo creo que hasta cierto punto es una verdad inconcusa la de que solo en atención al abandono del poder es como se cometen las infracciones cuyas consecuencias son perjudiciales á los individuos de la asociación. Sí al vivir en sociedad depositamos una gran parte de nuestra libertad, hacemos el sacrificio de nuestra fortuna, y en una palabra, penemos en este gran cúmulo de poder social una porción de elementos por medio de sacrificios ya personales, ya de intereses, parece justo y natural que el ciudadano en cambio de estos sacrificios, indispensables si ha de vivir en sociedad, obtenga como inmediata consecuencia la seguridad de su persona y de sus intereses, y el gobiernò debe procurarle toda protección posible. Nó busquemos sin embargo el bello ídeal, no tratemos que esta teoría sea tan esacta que no pueda haber ciudadano que recíba perjuicio sin tener indemnizaciones. Podrá llegar día en que esto se realice, pero tales como hoy estan organizadas los sociedades es difícil conseguirlo. No obstante me parecía á mí que debíamos poner una piedra oportuna. En España precisamente es donde pueden producir más efecto estas doctrinas porque en España jamas se ha considerado al individuo perjudicado; nuestra legislación jamas ha tratado de perjuicios, ni de conceder indemnizaciones. Siempre se ha tenido en cuenta esa vindicta pública mal entendida, la ley se ha satisfecho con la pena corporal pero jamas ha tratado de que se indemnice al ofendido con los bienes del ofensor. Había necesidad de cambiar de principios de legislación en este punto, pero al hacerlo me pareció que no bastaba consignar el hecho sino que era preciso considerar que la clase de delinquentes por lo general es entre nosotros la menos acomodada y la que constituye lo que verdaderamente se llama gente perdida. Para ver, señores, los hombres de cierta educación y fortuna cometen delitos, esto esta reservado para las clases poco inteligentes, poco industriosas y por lo tanto poco morales. ¿Qué hacer pues en este caso? ¿Abandonar al infeliz que ha sido víctima del hecho

de un criminal porque este sea un perdido y no tenga medios de indemnización? ¿Será justo olvidar así á la persona ofendida, á la que fue robada de la única fortuna que constituía su existencia, y en la cual libraba su porvenir y sus esperanzas? ¿Habrá de ser desatendida, porque el criminal sea un hombre sin medios, sin recursos? Yo creo que la legislación que abandone este punto no cumple su principal objeto. Las leyes personales deben procurar principalmente la indemnización de los perjuicios causados. Pensando en este principio he puesto un título adicional en el cual se trata de la indemnización en el caso de que los delincuentes no tienen medios para realizarla. Difícil es conseguir este objeto y mucho mas en una nación que por circunstancias particulares es hoy pobre y carece de los recursos de otros pueblos, pero contentémonos, señores, con poner una piedra en este edificio, consignemos el principio, hagamos ver al gobierno la necesidad en que está de procurar su realización, y estableciendo por nuestra parte aquello que creamos compatible con nuestro estado y con nuestras circunstancias, creo que habremos despertado en el país una necesidad, habremos hecho sentir la obligación que tiene este conjunto social de indemnizar al que tubo la desgracia de ser víctima de un crimen. Así seremos más interesados que en el día lo somos en defender al ciudadano particular de otro ataque que por aislado que sea siempre perjudica a la sociedad y lo pone en alarma. Yo creo que sólo por este medio podrá darse complemento a la ley penal y por consiguiente he hecho esta ampliación que no he visto comprendida en muchos códigos, aunque no carece de ejemplos, pues en algunos se ha consignado el principio de indemnización, y con buenos resultados. Se han contentado como nosotros con que esa necesidad se haga sentir por el gobierno, con que se reconozca el principio, porque ya llegará el tiempo en que se desarrolle.

Estas observaciones bastarán para que la comisión haya formado una idea en conjunto del libro que va a discutir y del pensamiento que en él domina sin perjuicio de que en el examen de los artículos pueda dar las explicaciones que la comisión necesita para su mayor ilustración.

A continuación, se inició el debate sobre el esquema del proyecto de Código penal que presentó el señor Seijas Lozano (32).

A través de sus diversas intervenciones en los debates para la redacción del anteproyecto de Código penal, Seijas demuestra un conocimiento profundo de la doctrina penal, de los principios fundamentales de esta rama del Derecho, y lo que es más importante, como adecuarlos a las exigencias sociales del momento.

Seijas no desconoce a los penalistas de finales del siglo XVIII y comienzos del XIX, fundamentalmente a Beccaria, Filangieri,

(32) Archivo General de la Comisión de Código. Ministerio de Justicia. Discusión del Código penal. Acta de la Sesión de 2 de octubre de 1844.

Bentham y, en especial, la obra de Pellegrino Rossi: «*Traité de droit penal*», publicada en París en 1829 y traducida al castellano por Cayetano Cortés en 1838 de la que Pacheco dio una *particular versión* en sus Lecciones de Derecho penal, pronunciadas en el Ateneo en el curso 1839-40, publicadas como «*Estudios de Derecho Penal*», en 1842.

En síntesis, Seijas expone que ha consultado la mayoría de los textos punitivos de Europa y de América. Que su estudio le hizo ver que el pensamiento que en ellos dominaba era la sencillez, y que por eso había estudiado en profundidad esos modelos que llenaban su esperanza. Añade que la principal ventaja de los Códigos articulados es la unidad de redacción, porque en esa estructura lógica hace que resalte más cualquier pensamiento o disposición que se aparte de la ideología común que debe revelarse en todas las disposiciones del Código; y éstas al mismo tiempo, van a enlazarse de manera que la claridad sea su patrimonio. Se orienta doctrinalmente hacia un claro correccionalismo y a la prevención general.

Propugna el avanzado criterio de que el ordenamiento penal reconozca y tutele a la víctima del delito, a través de un sistema de resarcimiento e indemnizaciones de los daños causados. Sistema hasta entonces ignorado en nuestra legislación punitiva, por lo cual constituye una de las más brillantes y originales aportaciones de este gran juriconsulto, al exponer: «Que España precisamente es donde puede producir más efecto esta doctrina, porque en España jamás se ha considerado al individuo perjudicado; nuestra legislación jamás ha tratado de perjuicios, ni de conceder indemnizaciones. Siempre se ha tenido en cuenta esa vindicta pública mal entendida, la ley se ha satisfecho con la pena corporal, pero jamás ha tratado de que se indemnice al ofendido con los bienes del ofensor. Había necesidad de cambiar de principios de legislación en este punto, pero al hacerlo me pareció que no bastaba consignar el hecho, sino que era preciso considerar que la clase de delinquentes por lo general es entre nosotros la menos acomodada y la que constituye lo que verdaderamente se llama gente perdida. Rara vez, señores, los hombres de cierta educación y fortuna cometen delitos, esto está reservado para las clases poco inteligentes, poco industriosas, y por lo tanto poco morales... Las leyes penales deben procurar principalmente la indemnización de los perjuicios causados. Fundado este principio he puesto un título adicional en el cual se trata de la indemnización en los casos en que los delinquentes no tienen medios para realizarla». Reconoce Seijas las grandes dificultades que entraña este sistema, entre otras causas la pobreza de nuestro país, pero insiste y dice: «Consigamos el principio, hagamos ver al Gobierno la necesidad en que está de procurar su realización y estableciendo por nuestra parte aquello que creemos compatible con nuestro Estado y con nuestras circunstancias, creo

que habremos despertado en el país una necesidad, habremos hecho sentir la obligación que tiene este conjunto social de indemnizar al que tuvo la desgracia de ser víctima de un crimen. Así seremos más interesados que en el día lo somos en defender al ciudadano particular de otro ataque que por aislado que sea siempre perjudica a la sociedad y la pone en alarma. Yo creo que sólo por este medio podrá darse complemento a la ley penal» (33).

La moción de Seijas Lozano estaba recogida en el título 5.º del libro 1.º del anteproyecto de Código penal, bajo la rúbrica: «Del fondo de indemnizaciones judiciales», que aprobada por unanimidad, quedó consignada en el artículo 123 del Código de 1848 (34).

«Una ley especial determinará los casos y forma en que el Estado ha de indemnizar al agraviado por un delito o falta, cuando los autores y demás responsables careciesen de medios para hacer la indemnización.»

Pacheco muestra su escepticismo ante este principio, dedicándole un brevísimo comentario: «1.º He aquí un bello principio, una máxima llena de justicia. El ciudadano que cumple religiosamente sus cargas, y que contribuye con cuanto ha menester el Estado para su subsistencia, *parece* que tiene un derecho para reclamar del Estado algo más que la frecuentemente estéril protección, como le dispensa por lo común. Lo que el artículo indica sería el desiderátum de la Justicia criminal en sus relaciones individuales».

«2.º Pero, ¿cuándo pasará de ser una máxima, cuándo se convertirá en hecho ese desiderátum?» (35).

Tan utópico principio tuvo una efímera existencia, como era de esperar, y jamás se promulgó la Ley especial que debía regularlo. El Código de 1850 mantiene este precepto, que no llegó a ser ley, y el artículo desapareció en la reforma de 1870.

Este avanzado principio, insólito para su época, de un contenido ideológico que desborda el pensamiento jurídico de su tiempo, preconiza la función de garantía y protección del Derecho penal sobre los bienes jurídicos de la víctima del delito, sistema basado en la solidaridad colectiva y en un sentido social de la justicia penal, principio que más tarde constituiría uno de los postulados de la escuela positiva en su firme defensa de los intereses de la víctima y que establece la obligación del Estado a indemnizar los daños ocasionados por el delito; argumento objeto de severa crítica, por estimar que con ello se favorece la ejecución del delito. Mas es evidente que la tesis de Seijas Lozano, no ha penetrado con

(33) CANDIL JIMÉNEZ, F., *Op. cit.*, págs. 425-426.

(34) Archivo de la Comisión General de Códigos. Ministerio de Justicia. Discusión del Código penal. Sesión del 14 de noviembre de 1844, folio núm. 4.

(35) PACHECO, J. FRANCISCO, *El Código penal concordado y comentado*, tomo I, art. 123, Madrid 1848.

con absoluta integridad en el espíritu del legislador, aun así debe considerarse como el precedente inmediato en nuestra legislación penal positiva de la denominada «responsabilidad civil por delito». Pero se observa en la actualidad, una tendencia cada vez más acusada a valorar la responsabilidad objetiva. La indemnización —indica Díez Picazo— «adquiere el aspecto de un verdadero imperativo social. Se impone como exigencia ineludible, la necesidad de otorgar una protección y una defensa más vigorosa a la persona, y surge lo que creo que es el primero de los principios del moderno Derecho de daños: un principio *pro damnata* o de resarcimiento» (36). El principio social es hoy el de reparar aquellos daños en que no se vea razón clara para que la víctima los soporte por sí sola (37). De tal forma, a través de leyes especiales van progresivamente cubriéndose parcelas de responsabilidad objetiva, sin relación a la culpa, como son por ejemplo: Ley de Navegación aérea de 21 julio 1960; Ley de uso y circulación de vehículo de motor, texto refundido de 21 de marzo de 1968; Ley de policía de ferrocarriles de 23 junio 1877; Ley sobre energía nuclear de 29 de abril de 1964 y Reglamento sobre Cobertura de Riesgos Nucleares de 22 de julio de 1967, entre otras. De otra parte, la facultad discrecional del Gobierno viene otorgando por vía de excepción indemnizaciones gratificables, aun en supuestos donde existen claros indicios de culpabilidad en el causante del daño, si bien, presta esta cobertura patrimonial en aquellos supuestos en que el interés social lo reclama por afectar a grupos de la colectividad, no así cuando se trata de personas individuales. Todo ello constituye sólo una parcial e imperfecta expresión del sistema propuesto por Seijas Lozano, que nunca cayó en el delirio jurídico de creer que su principio pudiera llevarse a efecto de forma inmediata, su propósito era sólo conseguir que se reconociera por el Gobierno y que penetrara en la conciencia social, y ello se va alcanzando lentamente.

(36) Díez PICAZO, Luis, *La responsabilidad de hoy*, ANUARIO DE DERECHO CIVIL, tomo XXXII, fascículo IV, Madrid 1979, pág. 732.

(37) Díez PICAZO, Luis, *Op. cit.*, pág. 734.

Los estados emotivos y pasionales como causa de atenuación: sus incidencias y delimitaciones con la circunstancia de trastorno mental transitorio

CONCHA CARMONA SALGADO

Profesora adjunta interina de Derecho penal. Granada

SUMARIO: I) Consideraciones previas.—II) Desarrollo del tema.—III) Panorámica del problema ante la normativa del Proyecto de Código Penal.—IV) Conclusiones.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

Este trabajo tiene por finalidad exponer y esclarecer en la medida de lo posible las conexiones e incidencias que al amparo de la normativa penal vigente presentan los llamados «estados emotivos y pasionales» como causas de atenuación simple de la responsabilidad criminal con la circunstancia eximente, completa e incompleta, de trastorno mental transitorio, esgrimiendo los criterios que desde una doble perspectiva teórica y práctica pueden servir para diferenciar aquel supuesto de este otro último y delimitar sus respectivos ámbitos de aplicación, añadiendo para terminar un breve comentario en torno a la panorámica futura que esta problemática ofrece a la vista de la regulación que sobre la materia introduce el Proyecto de Código penal español de 1980.

A estos efectos, de entre las tres circunstancias atenuantes simples —5.^a, 6.^a y 8.^a del artículo 9 del Código penal— tradicionalmente consideradas susceptibles de comprender en sus respectivas esferas ciertas modalidades de los denominados «estados emotivos y pasionales», escogemos la 3.^a, la de «arrebato u obcecación», por tratarse de la más subjetivamente concretada —al menos, desde un punto de vista legal y doctrinal, aunque no tanto jurisprudencial— y haber sido legalmente concebida en términos genéricos, abarcando su fórmula los supuestos contenidos en las correspondientes fórmulas de las dos restantes causas de atenuación (1), a

(1) Vid. al respecto A. QUINTANO RIPOLLÉS, voz "*Arrebato u obcecación*", en *N.E.J.*, T. II, Barcelona, 1950, págs. 832 y 833; J. ANTÓN

parte de ser la circunstancia 8.^a de aquel precepto la que, sin duda, conduce con más frecuencia a los letrados en la práctica del foro a recurrir al T. S. con la intención de obtener que se la considere como constitutiva de trastorno mental transitorio, completo o incompleto, siempre que se trate de reacciones emotivas. pasionales, angustiosas, etc. (2).

Sin adentrarnos en exposiciones literarias sobre un tema tan antiguo como el relativo a la «emoción» y la «pasión», cometido que desbordaría los límites de este específico estudio y que ha sido ya en numerosas ocasiones asumido por la doctrina en general, vamos a apuntar únicamente por nuestra parte que en lo referente a la circunstancia 8.^a del artículo 9, fue a partir del Código penal de 1944 cuando los vocablos «arrebato-obcecación», usualmente contenidos en los restantes textos punitivos anteriores, se emplearon definitivamente de forma independiente, separados por la conjunción disyuntiva, en lugar de la copulativa, confirmación legal que, unida a la distinción mantenida modernamente por las nuevas ciencias biopsíquicas entre «emoción», de una parte, y «pasión» de otra, ha propiciado la interpretación de cierto sector de la doctrina y la jurisprudencia en el sentido de asimilar el término legal «arrebato» al primero de aquellos estados, concebido desde un punto de vista psicológico como «reacción o exaltación dinámica e instantánea del sentimiento», y el de «obcecación» al de «pasión», entendida como «estado de ofuscación duradero, que puede mantenerse indefinidamente», proclamándose de esta forma la diversidad e independencia de ambos conceptos legales a efectos de su aplicación (3).

ONECA, *Derecho Penal*, T. I, Parte General, Madrid, 1949, págs. 299, 342 y 343; A. FERRER SAMA, *Comentarios al Código penal*, T. I, Murcia, 1946, págs. 301 y 302, y B. F. CASTRO PÉREZ, *El delincuente pasional como sujeto mentalmente anómalo*, en *Los delincuentes mentalmente anormales*, Madrid, 1961-62, págs. 175 y 176.

En relación con la circunstancia 7.^a del artículo 9, algunos autores la consideran de naturaleza *objetiva* y, por tanto, compatible con la de arrebato u obcecación, de características predominantemente pasionales y subjetivas. En este sentido, A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios al Código penal*, Madrid, 1966, pág. 188; A. FERRER SAMA, *Comentarios...*, cit., págs. 311 a 313, y J. ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, cit., pág. 341, quien, además, sostiene que la circunstancia 5.^a no es una atenuante de menor culpabilidad, sino de menor antijuricidad, opinión es'a última también compartida por A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios...*, cit., pág. 174, que la considera de reconocida objetividad, aunque la Ley no lo diga expresamente.

(2) Vid. I. LÓPEZ SÁIZ-J. M.^a CODÓN, *Psiquiatría jurídica penal y civil*, T. I, 3.^a ed., Burgos, 1964, pág. 164.

(3) Acerca de la evolución del concepto de "estado pasional" en la doctrina antigua y moderna en general, vid., por ejemplo, A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios...*, cit., págs. 185 y ss., A. FERRER SAMA, *Comentarios...*, cit., págs. 294 y ss. y F. B. CASTRO PÉREZ, *El delincuente...*, cit., págs. 163 y ss.

El primitivo origen de la distinción entre "emociones" y "pasiones" se remonta a E. KANT, quien, a su vez, subdividió las primeras en "asténicas" y "esténicas", según originen una disminución o aumento de fuer-

II. DESARROLLO DEL TEMA

El artículo 9 del Código penal determina en su apartado 8.º que es circunstancia atenuante la de «obrar por estímulos tan poderosos que naturalmente hayan producido arrebatos u obcecación». Como toda atenuante simple, ésta produce el efecto de disminuir la responsabilidad criminal del sujeto, imponiéndole la pena en su grado mínimo (artículo 61, 1.º), salvo que fuera apreciada como muy cualificada y no concurriera ninguna otra circunstancia agravante, en cuyo caso el Tribunal podrá imponer la pena inmediatamente inferior en uno o dos grados (artículo 61, 5.º).

El T. S., que se ha encargado desde antaño de interpretar exhaustivamente el significado y alcance de esta circunstancia, la considera integrada por un doble contenido: objetivo, de una parte, compuesto por los estímulos externos y poderosos, y subjetivo, de otra, concretado en los estados de arrebatos u obcecación, que se traducen en reacciones ofuscadoras o perturbadoras del ánimo del agente, declarando que ninguno de estos dos aspectos debe prevalecer o absorber al otro, debiendo concurrir suficientemente probados en una misma medida, unidos por una relación o nexo causal que en la fórmula legal se traduce en la expresión «naturalmente», referida a la suficiencia o poderío de los estímulos. Dicha expresión, poco descriptiva por sí misma, ha sido concebida por la doctrina en general y por la jurisprudencia del T. S. en particular, como sinónima de «normalidad» en un doble sentido: psicológico, de un lado, al considerar que los estímulos serán poderosos cuando produzcan la misma reacción en la «mayoría» o «generalidad» de las personas colocadas en idéntica situación que el culpable, y sociológico, de otro, al exigir que los móviles que impulsan al sujeto a delinquir sean conformes a la «Ética y al Derecho», lo que equivale a requerir que su conducta no sea ilícita ni provocadora del comportamiento del ofendido, el cual sí tiene, en cambio, que consistir en actos graves e injustos (4). Por lo que al

zas. Vid. su obra *Schriften zur Anthropologie, Gesichtsphilosophie, Politik und Pädagogik*, T. VI, § 73, en *Anthropologie in pragmatischer Hinsicht*, Frankfurt, 1964. Modernamente mantienen la equiparación de conceptos jurídico-psicológicos A. QUINTANO RIPOLLÉS, *voz Arrebatos...*, cit., págs. 834 y 835, A. FERRER SAMA, *Comentarios...*, cit., pág. 310, J. ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, cit., pág. 341 y recientes fallos del T. S. Vid. a título de ejemplo, las SS. de 20 diciembre 1973, 13 marzo 1976, 1 marzo 1977, 21 febrero 1979 y 25 febrero 1980.

(4) Numerosas SS. responden a la interpretación psicológica de ese término en el sentido de exigir una respuesta emotiva semejante en la «mayoría» —18 mayo 1955, 22 junio 1972, 16 junio 1978 y 31 marzo 1980—, «generalidad» —11 junio 1947, 25 septiembre 1970, 8 febrero 1977 y 8 marzo 1979— o «común» de las personas —21 octubre 1950, 30 mayo 1968 y 21 mayo 1976; aludiendo también al «hombre medio» como destinatario de la norma penal, las SS. de 18 enero 1945, 23 junio 1975 y 6 junio 1979. Del mismo modo, exigen conformidad del impulso con los postulados de la Ética y el Derecho las SS. de 2 junio 1942, 28 junio 1968, 12 abril 1975, 17 enero 1980 y 11 abril 1981.

elemento o contenido subjetivo se refiere, la opinión jurisprudencial se ha mostrado contradictoria, al menos aparentemente, pues si la mayoría de los fallos pronunciados al respecto califican el arrebato u obcecación como estados de alteración psíquica que afectan a la inteligencia y voluntad, disminuyendo la imputabilidad del sujeto, para algunas —aunque escasas— resoluciones es bastante la producción de una simple alteración afectiva, sin trastorno de tales facultades ni reducción, por tanto, de la imputabilidad (5), si bien esta última vertiente interpretativa responde más a razones de tipo práctico que a una auténtica posición contradictoria en relación a la corriente jurisprudencial mayoritaria, razones que explican, a su vez, la marcada tendencia de la doctrina en general del T. S. a *objetivar* esta circunstancia atenuante, como se desprende de la concepción un tanto generalizadora y abstracta que viene manteniendo en torno a dicha causa de atenuación, principalmente en lo referente al adverbio «naturalmente», cuyo significado, equivalente al de «normalidad», no es otro que el de constatar la gravedad del estímulo según hubiera ocasionado la misma reacción en la mayoría de las gentes, representada por el hombre medio, ni demasiado irascible ni demasiado sereno, haciendo abstracción del temperamento o carácter del agente y, en general, de cuantos factores individuales concurren en el caso concreto (educación, antecedentes, medio ambiente, etc.), necesarios a tener en cuenta por el Tribunal para estimar o no la atenuante, la cual, pese a la naturaleza *mixta* que la propia Ley le confiere a través de la fórmula del apartado 8.º del artículo 9, no deja de ser una circunstancia de marcado carácter *subjetivo*, como corresponde al juego de las emociones y pasiones que tienen cabida en ella, y en consecuencia, inevitablemente «relativa».

En este orden de cosas, quizá fuera conveniente matizar la interpretación jurisprudencial en el sentido de emplear un criterio mixto de concreción del difícil y complicado concepto de «normalidad», legalmente representado por el adverbio «naturalmente», criterio compuesto, de una parte, por la norma del «término medio», que toma como medida al hombre de nuestra época y civilización, a efectos de operar simplemente como pauta o idea directriz, y de otra, por la norma de «valor», correspondiente al aspecto subjetivo y personal del supuesto concreto (6), en cuyo caso de-

(5) A favor de la teoría de la imputabilidad disminuida se pronuncian, entre otras, las SS. de 14 noviembre 1933, 11 marzo 1958, 28 febrero 1968, 15 junio 1975 y 3 junio 1977. Entre los autores, vid., en este sentido, J. ANTÓN ONECA, *Derecho penal...*, cit., pág. 342; A. FERRER SAMA, *Comentarios...*, cit., pág. 304; J. CÓRDOBA RODA, *Comentarios al Código penal*, T. I, Barcelona, 1972, pág. 510 (nota 21). No exigen, en cambio, aquella disminución las SS. de 20 abril 1912, 8 marzo 1921, 11 noviembre 1953 y 3 julio 1967, que aluden simplemente a la necesidad de «excitación, sobreexcitación o mera perturbación del ánimo o las pasiones».

(6) En defensa de la conveniencia de atender a los factores individuales como criterio idóneo para obtener un diagnóstico adecuado res-

bería el Tribunal someter la apreciación de la atenuante al hecho de que mediara una *relación adecuada, lógica y proporcionada* entre el estímulo externo y la reacción emotiva originada en cada individuo, dentro del marco general de circunstancias objetivas y subjetivas que rodean el hecho en particular, de forma que dicha reacción resulte explicable, comprensible, a la vista de la influencia que aquel determinado estímulo produjo en un hombre «normal», es decir, sano de mente o exento de cualquier tipo de «anormalidad», lo que además, desde una perspectiva criminológica, significa excusa o prácticamente nula peligrosidad social por parte del sujeto que así se comporta, en el sentido de ausencia de riesgo de repetición de su conducta delictiva, salvo que excepcionalmente, volvieran a concurrir en otro momento de su vida estímulos semejantes a los que en su día le hicieron delinquir (7).

En cualquier caso, la corriente jurisprudencial que tiende a generalizar y objetivar la circunstancia atenuante de arrebato u obcecación, hasta el extremo de hacernos dudar si en la práctica dicha figura no es considerada más como una circunstancia basada en el juicio objetivo de desvalor que el subjetivo de reproche, encuentra su justificación, como ha señalado Gisbert Calabuig, en las dificultades de una peritación destinada a determinar «a posteriori», la existencia de perturbaciones anímicas de índole afectiva como consecuencia de un estímulo pasajero durante la comisión de un hecho delictivo, valorando *preferentemente el estímulo*, cuya demostración sí es perfectamente posible a través de los medios ordinarios de prueba (8).

Centrándonos ahora en la que constituye opinión doctrinal y jurisprudencial mayoritaria, la cual, en términos generales, fundamenta esta causa de atenuación en la menor imputabilidad o impu-

pecto del delincuente pasional encuadrable en la atenuante 8.^a del artículo 9, vid. A. QUINTANO RIPOLLÉS, voz *Arrebato...*, cit., pág. 835; V. SILVA MELERO, *Consideraciones sobre el delito pasional*, en *A.D.P.*, 1952, pág. 466, y J. A. GISBERT CALABUIG, *Medicina legal y toxicología*, Valencia, 1977, pág. 551. En contra, la S. de 4 mayo 1978 declara que el término "naturalmente" debe interpretarse al margen del carácter y temperamento del sujeto. Por su parte, CERDÁ, citado por J. CÓRDOBA RODA, en *Comentarios...*, cit., pág. 507, pone de manifiesto que la Psicología actual rechaza el criterio formal y abstracto de la norma habitual y común a la generalidad de las personas, sustituyéndolo por el criterio subjetivo de la aptitud constituyente de la persona como individuo, cuando define el difícil concepto de "normalidad", en tanto que K. SCHNEIDER, *Las personalidades psicopáticas*, 7.^a ed., Madrid, 1974, págs. 30 y 31, señala cómo en Psiquiatría el concepto de "personalidad normal" se determina con arreglo a la "norma del término medio", aunque sin tratar de calcularlo o delimitarlo exactamente, puesto que es inevitable que intervengan puntos de vista valorativos o relacionados con valores.

(7) Vid. I. LÓPEZ SÁIZ-J. M.^a CODÓN, *Psiquiatría...*, cit., pág. 163. En relación a la falta de peligrosidad de estos sujetos, vid. A. FERRER SAMA, *Comentarios...*, cit., págs. 304 y 305, quien llega a considerar que el verdadero fundamento de la atenuante no radica tanto en el estado de alteración anímica, que produce una menor imputabilidad, cuanto en la *índole del estímulo* que motiva aquella alteración.

(8) J. A. GISBERT CALABUIG, *Medicina...*, cit., pág. 551.

tabilidad disminuida del sujeto, por haber actuado éste con sus facultades psíquicas mermadas, conviene concretar, aunque sea brevemente, el contenido psicológico del estado que integra los conceptos legales de «arrebato u obcecación», concreción que debe realizarse a partir de las investigaciones y datos ofrecidos por la Psiquiatría en torno a la triple clasificación en estratos de que es susceptible el ser psíquico individual: *la inteligencia y la voluntad*, como facultades psíquicas superiores, *la personalidad*, compuesta de todo lo afectivo o temperamental, y en último término, lo meramente *somático*; sin olvidar, como recuerda la propia Psiquiatría actual, que entre dichas capas o estratos existen «las relaciones recíprocas más íntimas». Pues bien, partiendo de estas consideraciones psiquiátricas y fijando nuestra atención específicamente en la segunda o intermedia de esas esferas referidas, la de la personalidad, concebida a la manera de Schneider, como «el conjunto de sentimientos y valoraciones, de tendencias y voliciones» (9), podemos concluir por nuestra parte que los estados emotivos o pasionales constitutivos de arrebato u obcecación son alteraciones de la *personalidad*, reacciones de tipo *afectivo* o *temperamental* que ocasionan una cierta *desestabilización anímica* en individuos habitualmente dotados de inteligencia y voluntad *normales*, logrando de esta forma que en determinados momentos, ante estímulos racionales y adecuados, sufran una lesión, aunque sea momentánea, de la inteligencia y voluntad, facultades superiores del psiquismo que, si bien no por vía directa y primaria, se perturban no obstante, a modo indirecto o mediato, originándose así una disminución en la imputabilidad.

Hecha esta sucinta exposición en torno al concepto y fundamento de la atenuante 8.^a del artículo 9, necesaria a los fines de este trabajo y muy especialmente a efectos de su delimitación con la circunstancia de trastorno mental transitorio, pasemos a continuación a examinar las conexiones e incidencias que bajo la normativa penal vigente presentan ambas figuras jurídicas, estableciendo los criterios que desde una doble perspectiva, teórica y práctica, pueden contribuir a la determinación de una más clara y precisa

(9) K. SCHNEIDER, *Las personalidades...*, cit., pág. 29. El propio autor, en págs. 29 y 30 de la misma obra recoge la triple clasificación que desde un punto de vista psiquiátrico se viene manteniendo en torno al concepto del ser psíquico individual, recordando a JASPER cuando este último alude a la interrelación existente entre las tres capas o esferas en que aquél se divide. En esta misma línea vid. también R. ALBERCA, *Las personalidades psicopáticas. Valoración penal y profilaxis de sus delitos*, Madrid, 1960, pág. 12 y F. B. CASTRO PÉREZ, *El delincuente...*, cit., págs. 169 y ss., quien señala la correspondencia de esta clasificación en estratos con los resultados de las investigaciones anatomofisiológicas llevadas a cabo por CANNON, en virtud de las cuales sabemos que el cerebro humano se divide en dos grandes zonas: la corteza o «cortex cerebral», de una parte, que es el cerebro intelectual o de la representación, y el cerebro basal o «región diencefalohipofisaria, de otra, que es el cerebro instintivo o de la afectividad.

diferenciación entre las mismas y sus respectivos ámbitos de aplicación.

La relación o parentesco existente entre ambas circunstancias, se ciñe concretamente a la cuestión desde hace tiempo debatida en cuanto a la necesidad o no de concurrencia de fondo patológico en el sujeto que se halla en situación de trastorno mental transitorio, pues de admitirse la fórmula mixta patológico-psicológica como base para la estimación de dicho estado mental, cabría pensar en la posibilidad de que ciertos estados emotivos o pasionales, en principio integrantes de la atenuante simple de arrebató u obcecación, pudieran beneficiarse de los efectos de exención de la responsabilidad criminal o del especial privilegio atenuatorio legalmente previsto, si se calificaran de trastorno mental transitorio, completo o incompleto, respectivamente.

Esta última circunstancia, que fue incorporada al Código penal de 1932 a instancias del psiquiatra Sanchis Banús, conserva en la actualidad la misma fórmula incompleta que se construyera entonces, tal y como se desprende de la redacción del núm. 1.º del artículo 8 del texto punitivo vigente: están exentos de responsabilidad criminal el enajenado y «el que se halla en situación de trastorno mental transitorio, a no ser que éste haya sido buscado de propósito para delinquir», omitiéndose toda concreción respecto de los requisitos o características constitutivas de esta figura, omisión que desde aquella primera fecha ha venido siendo suplida por la jurisprudencia del T. S., quien se ha encargado de elaborar toda una doctrina dirigida a delimitar dicha institución, con la finalidad primordial de adecuar su esencia psiquiátrica a las exigencias jurídico-penales, habida cuenta de que el concepto psiquiátrico de trastorno mental transitorio no es totalmente coincidente con el jurídico, manteniéndose en un plano puramente teórico una concepción extensa sobre esta noción, la cual, en cambio, se restringe considerablemente desde la vertiente práctica, al exigirse la coincidencia en el sujeto de una *cierta anormalidad o fondo patológico*, exigencia así mismo reiterada por la doctrina mayoritaria del T. S. como «*conditio sine qua non*» para calificar de «trastorno mental transitorio» un determinado estado de perturbación mental, que tiene, además, que ser «pasajero», «curable», «debido a causas ostensibles y exógenas», «anulando total o absolutamente la razón y la voluntad» (eximente completa) o «alterando dichas facultades de forma acusada (eximente incompleta) (10).

(10) Para un estudio más detallado acerca de la doctrina del T. S., así como en torno a la elaboración de un concepto jurídico o médico-legal sobre este estado vid., entre los penalistas, O. PÉREZ VITORIA, *El trastorno mental transitorio como causa de inimputabilidad en el Código penal español*, en *A.D.P.*, 1952, págs. 30 y ss.; entre los psiquiatras, LÓPEZ IBOR, *El trastorno mental transitorio en el Código penal vigente*, en *Revista de Derecho Público*, T. IV, Madrid, 1935, págs. 321 y ss. y R. ALBERCA, *Enajenación mental y trastorno mental transitorio*, en *Comentarios...*, cit. de A. FERRER SAMA, págs. 129 y ss.; también, profesores de medicina legal se han pronunciado sobre el tema, por ejemplo, LÓPEZ

Conviene recordar, antes que nada, que doctrina y jurisprudencia no son pacíficas en lo relativo al tema de la base o fondo patológico como necesario o no en la persona que se encuentra en situación de trastorno mental transitorio. A la luz de la vertiente interpretativa que se inclina por la solución afirmativa, la cuestión de la posible incidencia de ciertos estados emotivos o pasionales, originariamente incluidos en alguna de las atenuantes genéricas de esa índole que expresamente recoge el Código penal en su artículo 9, en la esfera de aquel estado mental carece de problemática, pues no resulta difícil delimitar dicho estado de las referidas causas de atenuación. En ambos casos se produce una perturbación psíquica —que anula la imputabilidad, si el trastorno mental transitorio fuera completo, o simplemente la disminuye, si fuera incompleto o se tratara de alguna de aquellas circunstancias de atenuación—, centrándose entonces la diferencia únicamente en el dato de que el trastorno mental transitorio opere en persona *anormal*, es decir, mentalmente «no sana», mientras el arrebató u obcecación, como circunstancia representativa de aquel cúmulo de atenuantes, actúe en individuos *normales*, esto es, mentalmente «sanos», negándose incluso que entre aquel estado como incompleto y este último constitutivo de atenuación simple tenga que existir diferencia cuantitativa o de intensidad en lo relativo al contenido psicológico de la alteración, puesto que la nota realmente distintiva entre ambos estados no es tanto la mayor o menor profundidad de la perturbación en sí misma cuanto la *mavor peligrosidad* social que el delincuente semiimputable por trastorno mental transitorio puede presentar, en base al fondo patológico que posee, frente al sujeto que actúa en estado de arrebató u obcecación, en quien dicha característica no concurre, lo que equivale a afirmar que la diferencia no es de tipo *cuantitativo* sino *cualitativo*, consistente en que la reacción resulte desproporcionada, irracional y difícilmente comprensible en el primer caso, desencadenándose de una manera lógica, razonable y explicable en el segundo (11).

Este criterio diferenciador no es totalmente compartido por el T. S., como lo demuestra la sentencia de 29 de marzo de 1977 que califica de «mayor intensidad» las alteraciones de origen patológico que las de origen psicológico, fijando así la distinción entre un estado de trastorno mental transitorio incompleto y otro de arrebató u obcecación en «la mayor intensidad de la perturbación»,

GÓMEZ y GIBERT CALABUIG, el primero citado por el segundo en *Medicina...*, cit., págs. 542 y ss.; I. LÓPEZ SÁIZ y J. M.^a CODÓN, psiquiatra y jurista, respectivamente, se declaran partidarios en la práctica de las características que el T.S. ha fijado para delimitar el estado de trastorno mental transitorio. Así, en su obra conjunta *Psiquiatría...*, cit., páginas 147 y ss.

(11) Vid. en ese sentido A. FERRER SAMA, *Comentarios...*, cit., páginas 304 y 305, en relación a págs. 275 y 276. Igualmente vid. I. LÓPEZ SÁIZ-J. M.^a CODÓN, *Psiquiatría...*, cit., pág. 165.

que en el primer supuesto afecta a la inteligencia y a la voluntad, «sumiendo al sujeto en estado de semitotal inconsciencia», mientras en el segundo afecta, en cambio, a «las facultades anímicas» (sentencia de 5 de marzo de 1977) (12). En nuestra opinión, esta nota diferenciadora centrada por la doctrina jurisprudencial en el «*quantum*» de la alteración, tiene su razón de ser cuando la delimitación vaya referida al trastorno mental transitorio *completo*, constitutivo de exención de la responsabilidad criminal, pero carece de fundamento, y de hecho debe resultar difícil de mantener en la práctica, tratándose del trastorno mental *incompleto*, muy especialmente si se tiene en cuenta que la circunstancia 8.^a del artículo 9 puede ser apreciada, a juicio del Tribunal, como muy calificada, en cuyo caso los efectos de atenuación privilegiada que el artículo 66 prevé, entre otros supuestos, para el de los llamados «semiimputables», coincidirían con los que por su parte, establece el artículo 61, 5.º para los sujetos acogidos a cualquiera de las atenuantes denominadas «simples», comprendidas en el primero de los preceptos señalados, entre las que se encuentra la de arrebató u obcecación. Aparte de ello, y aún siendo cierto que la perturbación psíquica en que consiste el estado de trastorno mental transitorio, incluso incompleto, debe ser tan intensa que afecte a las facultades mentales, cognoscitiva y volitiva, no bastando por sí sola una simple alteración de la afectividad sin perjuicio de dichas facultades, no es menos cierto, y así lo apuntábamos anteriormente, que la atenuante de arrebató u obcecación en su vertiente subjetiva supone también una perturbación *profunda* que, lesionando directa y primariamente la esfera de la afectividad —intermedia del psiquismo individual—, termina por perjudicar, aunque de forma secundaria o derivada, la propia inteligencia y voluntad —esfera superior del psiquismo—. Salvo esta diferencia de matiz psicológico en lo que al contenido de la alteración se refiere, no encontramos otra de tipo cuantitativo en la que cifrar la distinción entre un estado de trastorno mental transitorio incompleto y otro de arrebató u obcecación, al menos *no necesariamente*, pues en definitiva, tan intenso o profundo puede ser un defecto que resida en la *afectividad* como uno que radique en la misma inteligencia o voluntad (13).

(12) En esa línea de *supravaloración* de la causa patológica sobre la psicológica se pronuncia la S. de 22 febrero 1964 y en lo relativo a la diferencia *cuantitativa* de las alteraciones, las SS. de 2 abril 1949 (el arrebató sólo produce una alteración «espiritual») y 16 junio 1978 (es un «estado emocional agudo»). La S. de 16 marzo 1976 mantiene una postura semejante a la defendida en las resoluciones anteriores pero con referencia a un caso de estimación de la circunstancia 8.^a como muy calificada.

(13) Aceptar tajantemente semejante criterio diferenciador equivaldría a admitir la posibilidad de graduación de los estados de alteración psíquica, atendiendo a su intensidad —previa exclusión del estado de alteración total—, en orden a la producción de una disminución, más o menos profunda, de la imputabilidad, obteniendo de esa forma la siguien-

En contraposición a esta vertiente interpretativa, la mayoría de los autores —penalistas, al menos— e incluso algunos fallos jurisprudenciales —aunque minoritarios— admiten la posibilidad de apreciar trastorno mental transitorio en individuo de personalidad *normal*, es decir, en quien no concurra fondo patológico alguno, cuando se den los restantes requisitos exigidos al respecto por la jurisprudencia. Pérez Vitoria, partidario de esta última posición, alega una triple argumentación en su defensa: el examen de la fórmula legal, de una parte, que no demuestra en forma alguna que la base patológica sea un elemento requerido por el legislador ni que ésta fuera al finalidad pretendida por los originarios redactores de la misma; los datos a favor ofrecidos por la Psiquiatría, de otra; y por último, la opinión en ocasiones manifestada por el T. S. en este sentido; recordando, así mismo, que en la propia historia de la codificación española, cuando se quiso reducir el ámbito de aplicación de la eximente a los casos de personalidad anormal, se hizo constar expresamente al anunciarse la correspondiente fórmula, como sucediera en el Código penal de 1928 (14). O como ocurre en algunas legislaciones extranjeras, la italiana, por ejemplo, que contiene una previa definición de «imputabilidad» como «capacidad de entender y querer» (artículo 85 del Código

te escala: en sentido descendente, de mayor a menor intensidad en la alteración, tendríamos un primer estadio reservado para el trastorno mental transitorio incompleto, otro segundo, algo inferior, para el arrebato u obcecación como atenuante muy calificada, y un tercero y último para esta circunstancia como simple; graduación que nos parece tanto exhaustiva y difícil de mantener con rigor. En todo caso, la cuestión dependería de la naturaleza del supuesto concreto que originara la situación de trastorno mental transitorio. Por ejemplo, respecto de ciertas formas de *psicopatía*, consideradas como una de las modalidades susceptibles de integrar dicho estado, se ha venido entendiendo que producen un déficit, más o menos profundo, que puede afectar a la esfera temperamental o caracterológica y no directa ni primariamente a la esfera intelectual y volitiva. Más ampliamente sobre este punto vid. K. SCHNEIDER, *Las personalidades...*, cit., con especial consideración al "Epílogo" de la obra, a cargo de A. FERRER SAMA.

(14) Vid. O. PÉREZ VITORIA, *El trastorno...*, cit., págs. 35 y 36. En el mismo sentido J. ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, cit., págs. 298 y 299, observa que el propósito del legislador debió ser el de añadir a la eximente los estados de inconsciencia que varios autores habían echado en falta en el Código de 1870; E. CUELLO CALÓN, *Derecho Penal*, P. G., T. I, V. II, 16.^a ed., Barcelona, 1971, págs. 488 y 489, se opone a una interpretación restrictiva del tipo legal, así como también J. DEL ROSAL, *Trastorno mental transitorio*, en *Estudios Penales*, Madrid, 1948, págs. 79 y ss. y J. CÓRDOBA RODA, *Comentarios...*, cit., págs. 219 a 222. Del mismo modo, algunas SS del T. S. eluden la referencia expresa al requisito de la base patológica. Vid., por ejemplo, las de 13 marzo 1934, 14 octubre 1944, 27 abril 1953, 27 febrero 1954 y 28 diciembre 1964. En cambio, exigen el requisito del fondo patológico A. FERRER SAMA, *Comentarios...*, cit., págs. 275 y 276, J. M.^a RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español*, Parte General, 7.^a ed., Madrid, 1979, págs. 661 y 662 y B. F. CASTRO PÉREZ, *El delincuente...*, cit., pág. 178. Igualmente vid., en este último sentido, entre otras, las SS. de 1 marzo 1935, 28 junio 1941, 10 febrero 1945, 5 abril 1954, 20 noviembre 1969 y 24 febrero 1971.

penal de este país), en base a la cual se determina el estado de inimputabilidad o imputabilidad disminuida cuando en el momento de delinquir y por *enfermedad* el sujeto se encuentre en un estado mental tal que excluya su capacidad de entender o querer (artículo 88: «Vicio total de la mente») o simplemente la disminuya, rebajándose en este caso la pena (artículo 89: «Vicio parcial de la mente»), añadiéndose textualmente que «los estados emotivos o pasionales ni excluyen ni disminuyen la imputabilidad» (artículo 90). Quiere ello decir, y así lo entienden algunos comentaristas del texto punitivo de este país (15), que el elemento imputabilidad, por expresa disposición legal, requiere para su perturbación «un estado patológico o anormal de las facultades mentales y no una simple alteración de la psique» como la que se produce en virtud de una emoción o pasión, respecto de la que lo esencial no es tanto la *intensidad* como la *cualidad*, salvedad hecha de que el estado emotivo o pasional pudiera excepcionalmente originar una *enfermedad mental*. Sin embargo, esta normativa que desde el punto de vista legal parece estar exenta de dudas, ofrece contradicciones al menos en la forma. Así, el artículo 62, 2.º de este Código extranjero recoge entre las circunstancias atenuantes genéricas la de actuar «en estado de ira», paralela a la española de

(15) Vid. C. SALTELLI-E. ROMANO DI FALCO, *Comento teorico-pratico di Codici Penali*, 3.ª ed., Roma, 1956, págs. 25 a 34 del T. I y 452 y 453 del T. II y G. LATTANZI, *I Codici Penali con la Costituzione e leggi varie*, Milano, 1976, págs. 176 y 222 a 226. El empleo por el Código penal de este país de la expresión «enfermedad» origina, al igual que en otros ordenamientos jurídicos que utilizan también esa palabra u otra semejante —así sucedía, por ejemplo, en el Derecho alemán hasta el Proyecto de 1960—, la cuestión acerca de la necesidad o no de adopción por el jurista de un concepto «jurídico» de enfermedad mental distinto y más amplio que el concepto médico, suscitándose de esta forma críticas a la insuficiencia del sistema penal italiano de exención de la responsabilidad criminal, reducida a los casos en que la privación afecte a la capacidad de «conocer y querer» simplemente, quedando excluido de la misma cualquier otro defecto, por profundo que sea, que resida en la esfera afectiva o de la personalidad, lo que, en definitiva, supone un desconocimiento de los datos ofrecidos por la Psiquiatría actual cuando pone de manifiesto la íntima relación existente entre las tres esferas integrantes del psiquismo individual. En esta línea crítica vid. especialmente A. FERRER SAMA, en «Epílogo» a la obra de K. SCHNEIDER, *Las personalidades...*, cit., págs. 188 y 189 y B. F. CASTRO PÉREZ, *El delincuente...*, cit., pág. 174. Este último autor pone de relieve cómo los Tribunales italianos han tratado de soslayar dicha insuficiencia legal equiparando ciertos estados emotivos y pasionales a la enfermedad mental, a efectos de declarar exento de pena al agente. En lo referente al ordenamiento jurídico español, J. M.ª RODRÍGUEZ DEVESA, *El concepto bipolar de enfermedad mental*, en *Los delincuentes mentalmente anormales*, Madrid, 1961-1962, págs. 523 y ss., examina el problema a la luz del párrafo segundo del artículo 8 del Código penal concluyendo que la palabra «enajenado» ni significa ni debe emplearse en ese sentido, no teniendo en consecuencia que acudir a un concepto bipolar de «enfermedad mental», y ello pese a que incluso los médicos hayan llegado a manejar un concepto «jurídico» de la expresión al tratar de adaptar sus peritajes a las exigencias de los juristas, habida cuenta del gran riesgo que eso supone, que debe a toda costa evitarse.

arrebato u obcecación, circunstancia que de no afectar para nada a la imputabilidad —interpretan los comentaristas italianos, tratando de soslayar la contradicción formal mencionada— deberá considerarla el juez a efectos de rebajar la pena, dejando de esta forma sin aclarar cuál sea el verdadero fundamento de dicha causa de atenuación.

Volviendo a la normativa de nuestro Código penal, y sentada la premisa de que desde una perspectiva puramente *teórica* nada impide —ni la propia Ley con su incompleta fórmula— considerar que determinados estados emotivos o pasionales pueden llegar, cuando reúnan los demás requisitos, a constituir trastorno mental transitorio, sin necesidad de que en el sujeto se aprecien antecedentes o secuelas patológicas, la respuesta a la cuestión en estos términos planteada corresponde, desde una vertiente *práctica*, a los psiquiatras más que a los propios penalistas.

Entre los primeros, Alberca, partidario de la necesidad de concurrencia de una «cierta anormalidad» en el individuo que se halla en situación de trastorno mental transitorio, explica la dificultad que desde el punto de vista psiquiátrico supone admitir la existencia de reacciones patológicas debidas exclusivamente a motivos externos, sin que una cierta *disposición* opere en aquél, pues aunque dicha disposición no se considere esencial jurídicamente e incluso escape a las indagaciones psiquiátricas, en cualquier caso intervendrá siempre en la elaboración de un auténtico trastorno mental transitorio, y en consecuencia, la hipótesis de que personas rigurosamente normales, que reaccionan únicamente en base a estímulos externos, puedan presentar cuadros con las características propias de este estado mental como exigente completa, resulta tan sumamente dudosa que, seguramente, profundizando en el juego de motivos se hallaría una «cierta disposición» (16). En términos semejantes, López Ibor, tras admitir la posibilidad de un estado emocional muy intenso que produzca trastorno mental transitorio en sujetos no predispuestos a reacciones vivenciales anormales, califica sin embargo este supuesto de *excepcional*, afirmando la necesidad de constancia en ellos de una «cierta base caracteriológica anómala» que los inclina a reaccionar en «cortocircuito» (17). Por su parte, López Sáiz y Codon —jurista, el segundo autor—, aún aceptando, en pura teoría, la opinión mayoritariamente sustentada por los penalistas de oposición a la exigencia de fondo patológico en el agente situado en estado de trastorno mental transitorio, aceptan y confirman en cambio desde una perspectiva *práctica*, la interpretación mantenida al efecto por el T. S. en el sentido de proclamar requisito esencial de semejante estado «la

(16) R. ALBERCA LORENTE, *La enfermedad y la tipicidad del delito*, en *Psiquiatría y Derecho Penal*, Madrid, 1965, págs. 65 y 66.

(17) LÓPEZ IBOR, *La responsabilidad penal del enfermo mental* (Discurso de ingreso en la Real Academia de Medicina), Madrid, 1951, página 34.

existencia bien probada de una cierta anormalidad psíquica o fondo patológico» en el sujeto, pues, siendo cierto que el texto legal no hace mención expresa a dicho requisito, no es éste argumento válido en la medida en que tampoco hace referencia alguna a las restantes características que integran esta figura y que la propia jurisprudencia se ha encargado de concretar, añadiendo estos autores en defensa de su teoría la negativa a deducir de las escasas resoluciones pronunciadas por el T. S. en la línea de no exigir expresamente la condición patológica, el que esta última no concurriera en el caso concreto y, menos aún, el que no fuera necesaria. Sin embargo —concluyen—, no existe impedimento alguno en admitir, desde un punto de vista puramente psiquiátrico, que una causa física o psíquica de extraordinaria importancia pueda producir en poco tiempo una profunda alteración de la inteligencia y la voluntad, llegando incluso a anularlas totalmente (18), si bien, en cualquier caso, el fondo patológico en el agente es imprescindible a efectos de distinguir la situación de trastorno mental transitorio de aquellas otras modalidades de alteración del ánimo calificadas de «reacciones psicológicas normales» en general, las cuales, pese a operar en individuos perfectamente sanos de mente, pueden adquirir tal intensidad que hasta el propio Código penal las declara causas de responsabilidad atenuada o incluso de irresponsabilidad, entre las que se encuentran las reacciones psicológicas normales desencadenadas como consecuencia de la influencia de fuertes estímulos, resultando de esta forma que un estado emotivo o pasional intenso deberá incluirse en la atenuante 8.^a de arrebato u obcecación cuando la reacción surja de *persona normal* y guarde *proporción* adecuada a la causa o estímulo externo, de manera que aparezca lógicamente explicable a la circunstancia de trastorno mental transitorio —completo o incompleto— si la respuesta procede de *persona anormal*, como *reacción anómala*, irracional o desproporcionada en cuanto a su intensidad o cualidad, difícil de justificar y comprender por un hombre sano de mente; delimitación entre ambas figuras llevada a cabo desde la vertiente psiquiátrica en base a criterios *cualitativos* y no *cuantitativos* o de profundidad en la perturbación (19).

(18) J. A. GIBERT CALABUIG, *Medicina...*, cit., pág. 545, explica la dualidad de criterios existente en cuanto a la necesidad o no de una especial predisposición, de un cierto fondo patológico o de anormalidad, por leve que sea, en el sujeto situado en estado de trastorno mental transitorio, en base a las mismas diferencias de los procesos patológicos encuadrados en esta eximente, distinguiendo entre dos supuestos: la existencia de una predisposición psicopática puede ser necesaria en los casos de respuesta patológica ante choques *psíquicos* emocionales, pero en cambio, en la mayor parte de las infecciones, traumatismos craneales, etc., constitutivos de choques *físicos*, dicha predisposición facilita el trastorno, aunque puede darse en su ausencia (a excepción de la embriaguez patológica).

(19) Vid. I. LÓPEZ SÁIZ-J. M.^a CODÓN, *La base patológica como característica del trastorno mental transitorio*, en *A.D.P.*, 1954, págs. 270 y ss. y posteriormente en el mismo sentido en *Psiquiatría...*, cit., pági-

En esta misma línea de interpretación sustentada por cierto sector de la doctrina psiquiátrica se ha manifestado expresamente algún penalista, concretamente Córdoba Roda, al caracterizar el trastorno mental transitorio incompleto frente al arrebató u obcecación por la nota de *anormalidad*, ya se derive ésta de la propia cualidad del agente, es decir, de su *personalidad anómala*, ya se desprenda de la *anomalía de su reacción*, en razón a su duración, intensidad o cualidad, debiendo estimarse en cualquiera de los dos supuestos la eximente incompleta de trastorno mental y no la atenuante simple de arrebató u obcecación (20). Quintano Ripollés en cambio, quien ante la duda de calificar un estado emotivo o pasional, de no acreditarse el trastorno mental completo, se inclina por la atenuante simple, 8.ª del artículo 9, que concedida como muy calificada produciría los mismos efectos que la eximente incompleta origina en la normativa actual, recomienda, de otra parte, extremada prudencia y precaución ante el caso concreto a los efectos de trasladar al ámbito del trastorno mental completo un estado emotivo o pasional, habiendo de decidir en este sentido únicamente ante *muy excepcionales ocasiones* de «shock psíquico intensísimo», que no sean susceptibles de *repetición*, insistiendo en la trascendencia de este último dato de índole criminológica, ya que el individuo que se arrebató u ofusca con demasiada facilidad (el celoso, temperamental, irascible, etc.) no puede quedar acogido a la eximente, que supondría un premio a pasiones «antisociales» que la Ley está más bien llamada a reprimir (21).

nas 155 y ss. Es de observar que la diferencia fijada por los psiquiatras entre ambas circunstancias, trastorno mental transitorio y arrebató u obcecación, en base al fondo patológico responde a una interpretación amplia de este concepto, en el sentido de comprender en él *toda anormalidad*, procedente de la propia personalidad anormal del agente o de la anomalía de su reacción o respuesta, a modo de base constitucional o predisposición que no alcance otra categoría que J. A. GIBERT CALABUIG, *Medicina...*, cit., pág. 545, califica de «modo de ser» o estado psicopático, insuficiente para considerarlo dentro del concepto de «enajenación» y también para explicar por sí sólo la manifestación del trastorno mental transitorio si no interviene algún estímulo vivencial externo.

(20) Vid. J. CORDOBA RODA, *Las eximentes incompletas en el Código penal español*, Oviedo, 1966, págs. 62 y 63. En torno al concepto y problemática planteada por las llamadas «reacciones vivenciales anormales» vid. del propio autor *Las reacciones vivenciales anormales ante la Criminología*, en *Los delincuentes mentalmente anormales*, Madrid, 1961-1962, págs. 183 y ss.

(21) Vid. A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Estimativa jurisprudencial de las anomalías mentales*, en *Los delincuentes mentalmente anormales*, Madrid, 1961-1962, págs. 518 y 519. El propio autor en su obra *Comentarios...*, cit., págs. 187 y 188, recuerda cómo en una determinada época algunos penalistas como CARNELUTTI y RAWINOWITZ llegaron a postular, en contra de la atenuación y en aras de las exigencias de la defensa social, incluso la agravación de los delitos por pasión por considerarlos de más riesgo que los normales y hasta que los premeditados. Por su parte, J. ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, cit., pág. 342, se opone a la aplicación de la eximente incompleta de trastorno mental transitorio a los casos de arrebató u obcecación muy violentos, especialmente por existir una atenuante específica para los estados emotivos o pasionales.

No le falta razón a este autor cuando apunta el inminente riesgo que para la sociedad suponen los referidos individuos, respecto de los cuales no debería siquiera considerarse la atenuante de arrebatos u obcecación cuando su tendencia a delinquir se base *exclusivamente* en la naturaleza «especialmente impulsiva» de su carácter, faltando además el requisito legal de concurrencia de los estímulos poderosos, que determinaría en cada caso concreto si la reacción sufrida ha sido lógica y adecuada a la categoría de los mismos; en una palabra, explicable para cualquier persona no aquejada de ningún tipo de anormalidad. Y siendo ello así, cuanto menos procedería en tales supuestos apreciar la eximente de trastorno mental transitorio. Ahora bien, entre esta categoría de delinquentes y aquella otra constituida por individuos que excepcionalmente experimentan una reacción emotiva o pasional, proporcionada y asequible de comprender a la vista de la cualidad de los estímulos, hipótesis esta última perfectamente susceptible de ser comprendida en la esfera de la atenuante 8.^a del artículo 9, existe una tercera, integrada por determinados sujetos que manifiestan *predisposición* al delito, en virtud de la facilidad con que pueden incurrir en diversos estados pasionales (ira, celos, etc.), consecuencia de la naturaleza exhaltada de sus sentimientos, que les hace perder temporalmente la capacidad de valoración y represión de sus propios actos e impulsos, propiciando de este modo comportamientos violentos, para cuya ejecución bastaría la producción de cualquier causa o estímulo, por nimio o absurdo que sea, en relación a la categoría e intensidad de la reacción experimentada. Estos individuos, que en realidad padecen *anomalías* cerebrales o instintivas, por lo que se les ha calificado de delinquentes emocionales por defecto cerebral de las «integraciones corticodiencefálicas» (22), que poseen la nota característica de *anormalidad*, residiendo la única explicación a sus respectivas conductas precisamente en la anomalía que padecen, y que sufren un trastorno en su imputabilidad que puede llegar incluso a anularla, deben quedar encuadrados en la circunstancia de trastorno mental transitorio, completo o incompleto, según la intensidad de la alteración psíquica sobrevenida.

Cuestión distinta es la relativa a la peligrosidad —indudable— que comportan estos sujetos en particular y, en general, aquellos delinquentes pasionales «anormales» afectados de un claro fondo patológico en sentido estricto, por leve que sea, o de una simple base caracterológica anómala, los cuales pueden sentirse con frecuencia inclinados, predispuestos a situaciones similares al trastorno mental transitorio, que, sin ser constitutivas de enajenación mental, total o parcial, no originarían tampoco dicha reacción en personas totalmente normales. A este último respecto nos unimos al sentir doctrinal mayoritario —de la doctrina penalista, al me-

(22) Cfr. B. F. CASTRO PÉRE, *El delincuente...*, cit., págs. 169 y ss., quien refiere detalladamente el origen anatomofisiológico de estas anomalías, su repercusión en la imputabilidad del sujeto que las padece y sus efectos en el marco del ordenamiento jurídico-penal.

nos— que denuncia la inexplicable ausencia en la normativa del Código vigente de la previsión de una medida de seguridad curativa, aplicable, no sólo ya a los casos de trastorno mental transitorio completo e incompleto, sino también a los de enajenación mental parcial (23), abogando por su inclusión en una reforma futura, puesto que el Proyecto de Código penal español de 1980 parece haberla obviado también, y ello con independencia de la que fuera intención del legislador, avalada y confirmada por la doctrina del T. S. a través de su interpretación en torno a la característica de «transitoriedad», pues, como ha puesto de manifiesto Alberca, la frase jurisprudencial alusiva a la «terminación mediante curación sin dejar huellas» se refiere al episodio en sí y no a la anormalidad que le sirve de fondo y que puede persistir a la desaparición del trastorno mental en el estudio pericial del delincuente, lo que no desnaturalizaría la eximente, aparte de la necesidad de tomar también en cuenta la naturaleza de la perturbación y la posibilidad de que la propia causa desencadenante del trastorno lesione directamente el encéfalo, produciendo daños orgánicos que se traduzcan en situaciones psíquicas irreversibles (24).

Pues bien, este rasgo criminológico relativo a la *peligrosidad* social que encierran ciertos estados de trastorno mental transitorio, constituye otra de las notas diferenciales entre esta figura y la de arrebatu u obcecación, en el sentido de que la falta de peligrosidad del delincuente pasional «normal», susceptible de ampararse en dicha causa de atenuación, viene fundamentada por la prácticamente nula probabilidad de comisión de nuevos delitos por su parte, salvo rara coincidencia de la misma o semejante causa externa y excepcional que lo impulsó a delinquir en su día.

III. PANORAMICA DEL PROBLEMA ANTE LA NORMATIVA DEL PROYECTO DE CODIGO PENAL

La desaparición en la normativa del Proyecto de Código penal de una regulación expresa de las circunstancias 5.^a y 6.^a del artícu-

(23) En ese sentido O. PÉREZ VITORIA, *El trastorno...*, cit., pág. 31, J. ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, cit., pág. 298, A. FERRER SAMA, *Comentarios...*, cit., pág. 178, J. CÓRDOBA RODA, *Las eximentes...*, cit., págs. 53 y 54, quien recoge alguna S. del T. S. que también alude al dato de la inminente peligrosidad de ciertos sujetos que se hallan en estado de trastorno mental transitorio incompleto, y B. F. CASTRO PÉREZ, *El delincuente...*, cit., pág. 178.

(24) Vid. R. ALBERCA LORENTE, en *Comentarios...*, cit., T. I de A. FERRER SAMA, págs. 129 y ss. En el mismo sentido LÓPEZ IBOR, *El trastorno...*, cit., pág. 324 y J. A. GISBERT CALABUIG, *Medicina...*, cit., página 544. El problema entronca directamente con la debatida cuestión de si el trastorno mental transitorio es un episodio de la enajenación o constituye una simple alteración pasajera que una vez cesada no vuelve a producirse, resultando incomprensible la falta de previsión de una medida de seguridad en el primer caso. Sobre este punto concreto vid. E. CUELLO CALÓN, *Derecho...*, cit., págs. 486 y 487 y O. PÉREZ VITORIA, *El trastorno...*, cit., pág. 31.

lo 9 del vigente texto punitivo, unida a la nueva y amplia fórmula introducida en el apartado 4.º del artículo 27 de aquel texto, que recoge como atenuante genérica la producción de «cualquier estado pasional» —arrebato, obcecación u otro estado de semejante entidad— que resulte «naturalmente» de la concurrencia de «causas o estímulos poderosos», pone de manifiesto la definitiva fusión de las tres atenuantes actualmente vigentes, 5.ª, 6.ª y 8.ª del artículo 9, en una única y genérica que bien podría denominarse en el futuro, de una forma genérica también, como tradicionalmente se ha venido calificando aquel trío de circunstancias: Circunstancia atenuante de «estados emotivos o pasionales». En cualquier caso, y a los efectos que ahora nos interesan, la fórmula del apartado 4.º del artículo 27 sigue empleando el adverbio «naturalmente» como puente o nexo entre la causa o el estímulo —en este último sentido la nueva redacción tiende también a ampliar la esfera de aplicación de la atenuante frente a la regulación actual que sólo alude a los «estímulos»— y el estado pasional, de tal forma que la reacción resulte adecuada y explicable ante un sujeto «normal», es decir, mentalmente sano en una interpretación amplia de la expresión, como consecuencia de la influencia de aquella causa o estímulo. Del mismo modo, los estados de «arrebato», por una parte, y «obcecación», por otra, aparecen en el texto del Proyecto separadas mediante el empleo de una coma, todavía más claramente diferenciadas como susceptibles de operar independientemente que en la fórmula del Código vigente, que utiliza a ese respecto la conjunción disyuntiva (25).

La circunstancia de trastorno mental transitorio no ha sufrido en cambio novedad alguna en el marco del Proyecto de Código. De un lado, en lo relativo al concepto de este estado, la redacción de la fórmula empleada sigue siendo idéntica a la que incorpora la normativa actual y, por consiguiente, coincidente con el enunciado primitivo de la misma en el Código de 1932. Ello significa desde una perspectiva de futuro que, de permanecer dicha fórmula en semejantes términos incompletos como definitiva del texto que constituya nuevo Código penal español, seguirá siendo función del

(25) A favor de la recopilación de las tres circunstancias atenuantes de estados emotivos y pasionales, 5.ª, 6.ª u 8.ª del artículo 9 del Código vigente, ya se había pronunciado en su día J. F. PACHECO, *El Código penal concordado y comentado*, T. I, 5.ª ed., Madrid, 1881, págs. 197 y 208, así como reiteradas SS. del T. S. que proclaman incompatibles dichas circunstancias entre sí por gozar de la misma naturaleza y fundamento, calificando la tercera de ellas, la 8.ª, como la más genérica y completa de las tres, susceptible de albergar bajo su fórmula las de las dos restantes. Así, las SS. de 20 noviembre 1951, 12 junio 1963, 26 marzo 1976, 1 marzo 1977 y 6 noviembre 1979. En contra, a favor y en defensa de su compatibilidad, vid. las SS. de 22 mayo 1905, 25 febrero 1911, 5 octubre 1974 y 16 noviembre 1978. Acerca de la regulación de las circunstancias atenuantes en general en la normativa del Proyecto de Código penal vigente vid. E. ORTS BERENGUER, *Las circunstancias atenuantes en el Proyecto de Código penal*, en *Cuadernos de Política Criminal*, número 14, Madrid, 1981, págs. 254 a 257.

T. S. el completar y delimitar adecuadamente su concepto, conciliando su naturaleza psiquiátrica con su alcance jurídico-penal. En una palabra, toda la problemática que entre esta circunstancia y la atenuante simple de arrebató u obcecación pueden presentarse, fundamentalmente en base a la consideración de si el trastorno mental transitorio requiere fondo patológico o al menos, cierto estado de anormalidad, en el sujeto que lo padece, sigue vigente en los términos de cara al futuro, y faltando una solución concreta al respecto, serán de nuevo doctrina y jurisprudencia quienes asuman dicha labor mediante sus respectivas interpretaciones.

Así pues, el trastorno mental transitorio se recoge en la nueva normativa en su doble acepción de eximente completa, como causa de exención de la responsabilidad criminal —número 1.º del artículo 26—, junto a la enajenación mental, y eximente incompleta, como circunstancia atenuante de dicha responsabilidad —número 1.º del artículo 27—. En lo concerniente a los *efectos* que la declaración de irresponsabilidad o responsabilidad atenuada supone, en orden principalmente a la *peligrosidad* inherente a determinados sujetos comprendidos en aquel estado mental, no parece deducirse de la regulación establecida por el Proyecto sobre la materia la inclusión de un régimen especial de tratamiento consistente en la previsión de una medida de seguridad para tales sujetos. Esto es, al menos, lo que parece desprenderse de la lectura de los artículos 142 y 145 del nuevo texto, relativos a la aplicación de las medidas de seguridad para los supuestos referidos en el número 1.º de los artículos 26 y 27, respectivamente. Concretamente, el primero de aquellos preceptos prescribe la aplicación de la medida de internamiento en un establecimiento adecuado al que fuera declarado exento de responsabilidad criminal «conforme al número 1.º del artículo 26». Paralelamente, el segundo de dichos preceptos faculta al Tribunal para imponer, además de la pena correspondiente, las medidas que se establecen en el artículo 142, caso de aplicación de la circunstancia 1.ª del artículo 27, en relación con la 1.ª del 26, es decir, para los supuestos en que se apreciara cualquiera de las eximentes incompletas a las que el primero de esos preceptos alude. Hasta este punto, y puesto que los artículos 142 y 145 se refieren, en general, sin hacer distinción ni matización alguna, a los que estén exentos de responsabilidad criminal según el número 1.º del artículo 26 —enajenados mentales o individuos colocados en situación de trastorno mental transitorio completo— y a todos los que se encuentren amparados por la eximente incompleta del número 1.º del artículo 27 —entre los que se comprende el semiimputable por trastorno mental transitorio—, podría en un principio pensarse que la previsión de las medidas de seguridad que se contiene en aquellos preceptos abarcara también al estado de trastorno mental transitorio. Sin embargo, a poco que se profunde en la lectura de esos dos artículos, se comprueba la continua remisión a la expresión «enajenación mental» o «enajenado», así

como la ausencia, en cambio, de referencia directa en ningún momento al «trastorno mental transitorio», especialmente en el texto del artículo 142, observaciones que hacen presumir, bien un olvido del legislador en ese sentido, ocasionando de esta forma una incongruencia legal, bien una consciente toma de postura por su parte, encaminada a reservar la previsión de las medidas de seguridad que en el artículo 142 se establecen, única y exclusivamente para los enajenados mentales totales o parciales, pero en ningún caso para los que se hallan en estado de trastorno mental transitorio, postura esta última que creemos responde a la verdadera voluntad del legislador y que por nuestra parte no compartimos.

En consecuencia, y a la vista de la falta de inclusión en la normativa del Proyecto de Código penal de un régimen especial de tratamiento para determinados estados de inimputabilidad o semi-imputabilidad por trastorno mental transitorio, sólo nos queda concluir que en lo sucesivo, de mantenerse dicha normativa en los mismos términos en que se encuentra ahora, los efectos de la declaración judicial en ambos casos serían prácticamente los mismos que se producen hoy día al amparo de la regulación vigente: libertad absoluta en el primer supuesto y responsabilidad atenuada en el segundo, del modo en que lo dispone el artículo 81 de este nuevo texto legal.

VI. CONCLUSIONES

La cuestión aquí planteada en torno a la posibilidad de que ciertos estados emotivos y pasionales lleguen a constituir la existente completa o incompleta de trastorno mental transitorio, debe ser afrontada para su mejor y más completa comprensión desde una doble perspectiva, teórica y práctica. Desde una vertiente puramente *teórica*, con fundamento en la propia Ley, que desde 1932 viene incorporando una regulación absoluta incompleta en lo relativo a dicha circunstancia —la misma por cierto que, por su parte, introduce el Proyecto de Código penal—, no habría inconveniente en principio en mantener con la mayoría de la doctrina una posición afirmativa al respecto. Sin embargo, una visión *práctica* del problema ha conducido a la jurisprudencia del T. S., refrendada por determinado sector doctrinal, en el que se encuentran comprendidos algunos psiquiatras, quienes realmente tienen la última palabra en esta materia, a exigir cierta *base patológica o de anormalidad* como requisito integrante del trastorno mental transitorio, a su vez, diferenciador entre este último estado y los denominados «estados emotivos y pasionales», tradicionalmente incluidos en las atenuantes 5.^a, 6.^a u 8.^a del artículo 9 del Código penal, a los efectos de aplicar alguna de estas causas de atenuación cuando la alteración pueda calificarse de «reacción psicológica normal», la cual se concibe en psiquiatría como toda respuesta racional y

proporcionada a la índole y categoría de los estímulos externos concurrentes al caso concreto, resultando lógica su explicación al porvenir de una persona habitualmente «normal» es decir, carente de la nota de «anormalidad» que caracteriza al sujeto que se halla en situación de trastorno mental transitorio, reservando la aplicación de esta última circunstancia para aquellos supuestos en que la reacción se encuentre desprovista de semejantes rasgos, como respuesta desproporcionada en relación a la naturaleza y escasa entidad de la causa que la originó, encontrando su justificación únicamente en la «personalidad anormal» del agente o en la «anomalía de su reacción». Ello significa, en opinión de los psiquiatras, que la delimitación entre la circunstancia de trastorno mental transitorio y la de arrebato u obcecación, como representativa de las otras dos atenuantes basadas en estados emotivos o pasionales, no viene tanto determinada con arreglo a criterios *cuantitativos* o de intensidad de la alteración cuanto a criterios *cualitativos* relativos a la «anormalidad» o «normalidad» de la respuesta emotiva. Por eso, se oponen a la opinión sustentada por algunos penalistas de rechazar como imprescindible cierta disposición anómala en el trastorno mental transitorio, a efectos de incluir en la exigente conflictos emocionales violentos en personas sin rasgo alguno de anormalidad anterior o posterior al momento de comisión del delito, poniendo en tela de juicio el que tales individuos puedan presentar cuadros con las características e intensidad propias de aquel estado como exigente completa, admitiendo sólo en casos muy excepcionales la existencia de dichos cuadros, siempre que la alteración psíquica sea realmente muy intensa y se produzca como consecuencia de unos estímulos muy considerables también. Y si en base a estos argumentos resulta difícil admitir la traslación de ciertos estados emotivos o pasionales que operan en persona normal al ámbito de la *eximente completa*, cuyos efectos es la declaración judicial de irresponsabilidad penal, más delicada de resolver todavía se presenta esta hipótesis en relación a la *eximente incompleta*, pues en este último caso, de aceptarse dicha traslación como posible y rechazarse el criterio diferenciador de índole cualitativa antes señalado, la delimitación entre las dos figuras, atenuante privilegiada de trastorno mental transitorio y atenuante simple de arrebato u obcecación, ambas causas de imputabilidad disminuida, se hace prácticamente imposible de mantener, puesto que el elemento distintivo de una y otra no reside necesariamente en el *quantum* de la perturbación —pese a las insistencias del T. S. en sentido contrario—, dificultad que se agrava especialmente de considerarse la atenuante 8.^a como *muy calificada*, ya que los efectos atenuatorios correspondientes a este supuesto serían equivalentes a los de atenuación privilegiada que la Ley determina para el llamado «semiimputable».

Finalmente, hemos de recordar que el sistema penal vigente ignora la evidente peligrosidad social que *ciertos* estados de tras-

torno mental transitorio, completo o incompleto, pueden traer consigo, eludiendo al respecto todo tratamiento especial de previsión de medidas de seguridad, por lo que este dato criminológico de trascendental importancia, que representa otro de los rasgos diferenciadores de esta circunstancia eximente con las atenuantes basadas en estados emotivos o pasionales, carece de reflejo, no ya sólo en la normativa actual, sino también en la de futuro, como parece desprenderse de la oscura y contradictoria —al menos en la forma— regulación que sobre la materia introduce el Proyecto de Código penal, antes de cuya aprobación definitiva convendría aclarara este punto incorporando las modificaciones oportunas en la línea de reforma ya propuesta con anterioridad por un significativo sector de la doctrina penal.

La doble posición del dolo en la Ciencia del Derecho Penal española

JOSE CEREZO MIR

Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Zaragoza

La noticia de la muerte de mi querido maestro, don José Antón Oneca, me sorprendió a mi regreso de un coloquio internacional celebrado en el Instituto de Derecho Penal extranjero e internacional, de Friburgo en Br., en los días 19 al 21 de febrero. Para contribuir al fascículo que le dedica el ANUARIO, en recuerdo y homenaje a sus grandes cualidades humanas y extraordinaria valía científica, remito el texto de la comunicación que presenté en aquel coloquio internacional. A don José Antón Oneca le debo no sólo gran parte de mi formación, sino la perseverancia en mi labor docente e investigadora en un momento muy crítico de mi carrera universitaria.

La pertenencia del dolo al tipo de lo injusto de los delitos dolosos no se deriva necesariamente, según los penalistas españoles, de la estructura finalista de la acción humana. En este sentido se han manifestado tanto los adversarios —Rodríguez Devesa (1), Rodríguez Mourullo (2)— como los defensores —Córdoba Roda (3) y yo mismo— de la doctrina de la acción finalista. Por mi parte, mantuve ya esta tesis en mi artículo «La naturaleza de las cosas y su relevancia jurídica», en 1961 (4).

(1) J. M.^a RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español, Parte General*, 7.^a ed., Madrid 1979, págs. 54-5.

(2) GONZALO RODRÍGUEZ MOURULLO, *El teleologismo valorativo de Bettiol y el finalismo de Welzel*, Santiago de Compostela 1965, págs. 21 y ss., y *Derecho Penal, Parte General*, Madrid, Civitas, 1977, págs. 256-7.

(3) Véase CÓRDOBA RODA, *Una nueva concepción del delito. La doctrina finalista*, Barcelona, Ariel, 1963, págs. 59 y ss., 85 y ss., y 93 y ss.

(4) Véase J. CEREZO MIR, *La naturaleza de las cosas y su relevancia jurídica*, "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", julio-agosto 1961, págs. 3 y ss., y después en la nota 3 a mi traducción de *El nuevo sistema del Derecho penal*, de HANS WELZEL, Barcelona, Ariel, 1964, páginas 14 y ss., y en *La polémica en torno a la doctrina de la acción finalista en la Ciencia del Derecho penal española*, "Nuevo Pensamiento Penal", año 1, núm. 2, págs. 222-3.

La pertenencia del dolo al tipo de lo injusto de los delitos dolosos no depende, a mi juicio, de la estructura finalista de la acción humana, sino de otros argumentos dogmáticos: el reconocimiento de otros elementos subjetivos de lo injusto (5); la punición de la tentativa, especialmente de la tentativa inidónea, prevista en el párrafo segundo del artículo 52 del Código penal español (6); la utilización, en algunos tipos, de verbos que hacen referencia a una actividad inequívocamente finalista (7); la concepción de las normas jurídico-penales como normas de determinación (mandatos y prohibiciones) y de la antijuridicidad como infracción de una norma de determinación (8). La pertenencia del dolo al tipo de lo injusto de los delitos dolosos depende, por consiguiente, en último término, de la concepción de lo injusto que inspire cada Código penal.

En la moderna Ciencia del Derecho penal española ha encontrado cada vez una mayor aceptación la tesis de que el dolo es un elemento subjetivo de lo injusto de los delitos dolosos en nuestro Código penal (9). Ningún eco ha hallado hasta ahora, sin em-

(5) En este sentido, MAURACH, *Deutsches Strafrecht*, Allg. Teil, 4.^a ed., C. F. Müller Verlag, 1971, pág. 231; BOCKELMANN, *Über das Verhältnis von Täterschaft und Teilnahme, Strafrechtliche Untersuchungen*, Verlag Otto Schwartz, Gotinga, 1957, pág. 63; WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11.^a ed., Walter de Gruyter, Berlín 1969, pág. 61; y CÓRDOBA RODA, *Una nueva concepción del delito. La doctrina finalista*, Barcelona, Ariel, 1963, págs. 93-4.

(6) El conocido argumento de la tentativa, de Welzel, expuesto en *Das deutsche Strafrecht*, 11.^a ed., pág. 61 y *El nuevo sistema del Derecho Penal*, págs. 62 y ss. Véase un detenido análisis crítico de las objeciones de Mezger al argumento de la tentativa de Welzel, en mi artículo, *Lo injusto de los delitos dolosos en el Derecho penal español*, ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES, 1961, fasc. 1.^o, págs. 60 y ss.

(7) En este argumento basaba v. Weber, la pertenencia del dolo al tipo de lo injusto de los delitos dolosos; véase v. WEBER, *Grundriss des deutschen Strafrechts*, 2.^a ed., 1948, págs. 54 y ss., y ya antes en *Zum Aufbau des Strafrechtssystems*, 1935, págs. 11-12.

(8) Véase, en este sentido, H. H. JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 3.^a ed., Duncker-Humblot, Berlín 1978, págs. 188 y ss., y especialmente págs. 192-3; y SANTIAGO MIR PUIG, *Introducción a la Ciencia del Derecho Penal*, Barcelona, Bosch, 1976, pág. 58.

(9) Véase, por ejemplo, CÓRDOBA RODA, *El conocimiento de la antijuridicidad en la teoría del delito*, Barcelona, Bosch, 1962, págs. 79-80, notas a su traducción del *Tratado de Derecho Penal*, de MAURACH, I, Barcelona, Ariel, 1962, págs. 301 y ss. y 370 y ss., *Una nueva concepción del delito. La doctrina finalista*, págs. 93 y ss.; GIMBERNAT (que deduce la pertenencia del dolo al tipo de lo injusto de los delitos dolosos de la función de motivación de los tipos penales), *El sistema del Derecho Penal en la actualidad. Estudios de Derecho Penal*, Madrid, Civitas, 1976, págs. 93 y ss., especialmente pág. 96; R. F. SUÁREZ MONTES, *El cheque en descubierto*, Barcelona, Ariel, 1965, págs. 48 y ss. y *El delito de allanamiento de morada*, separata de la "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", Madrid, Reus, 1968, págs. 33 y ss.; MUÑOZ CONDE, *El delito de alzamiento de bienes*, Barcelona, Bosch, 1971, págs. 143 y ss. y *Derecho Penal, Parte Especial*, 2.^a ed., Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1976; y SANTIAGO MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho Penal*, pág. 58 y *Función de la pena y teoría del delito en el*

bargo, la tesis de la doble posición del dolo; es decir, de que el dolo sea por un lado un elemento subjetivo de lo injusto y por otro, una forma de la culpabilidad, en cuanto expresión de una disposición de ánimo hostil o indiferente al Derecho, como estiman Gallas, Jescheck y Wessels (10). En contra de la doble posición del dolo se ha manifestado hasta ahora únicamente, sin embargo, de un modo expreso, Muñoz Conde: «Ideas como éstas pueden conducir a una relativización peligrosa del sistema... Ciertamente puede ser un hecho, desde el punto de vista político-criminal, relevante para varias categorías delictivas, pero el encuadramiento sistemático de ese hecho debe llevarse a cabo en una categoría que pueda aprehenderlo en su totalidad. Si la categoría no puede cumplir esa misión, debe ser modificada y si, por estar dotada de un contenido preciso y determinado, no fuera esto posible, el hecho debe incluirse en otra categoría». «Volver a incluir estos elementos» (el dolo y los restantes elementos subjetivos de lo injusto) «en la culpabilidad me parece una complicación innecesaria y una falta antisistemática... Lo que no se puede hacer es querer incluir un mismo hecho en dos categorías sistemáticas distintas, pues entonces, ¿para qué sirven las clasificaciones y distinciones sistemáticas?» (11).

La doble posición del dolo no se ve impedida, a mi juicio, por obstáculo alguno en el plano ontológico. Cabe preguntarse únicamente si es necesario considerar de nuevo al dolo como forma de la culpabilidad, pues, como afirman Welzel y Hirsch, el dolo, como elemento de lo injusto es ya, en cuanto presupuesto del juicio de reproche, un elemento de la culpabilidad (12).

La respuesta depende, sobre todo, del problema político-criminal del tratamiento del error vencible sobre las circunstancias que sirven de base a las causas de justificación. De «lege lata», en el Código penal español vigente, la exclusión de la pena de los delitos dolosos resulta en estos casos imposible. En nuestro Código

Estado social y democrático de Derecho, Barcelona, Bosch, 1979, páginas 50 y ss.

(10) Véase GALLAS, *Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen*, separata de la "Z. Str. W.", tomo 67, Walter de Gruyter, Berlín 1955, pág. 46; JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 3.^a ed., págs. 194 y 347-8; y WESSELS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 7.^a ed., C. F. Müller Verlag, Heidelberg-Karlsruhe 1978, pág. 32.

(11) Véase MUÑOZ CONDE, Introducción a su traducción de *Política criminal y sistema del Derecho Penal*, Barcelona, Bosch, 1972, págs. 12 y ss. Muñoz Conde se refiere a la tesis de Roxin, que asigna también al dolo una doble función, como elemento subjetivo de lo injusto y como elemento de la culpabilidad, pero partiendo en ambos casos de un mismo concepto del dolo; véase ROXIN, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, Walter de Gruyter, Berlín-Nueva York, 2.^a ed., 1973, págs. 42-3, y *Zur Kritik der finalen Handlungslehre*, "Z. Str. W.", tomo 74, 1962, fasc. 3, pág. 554.

(12) Véase WELZEL, *El nuevo sistema del Derecho Penal*, págs. 101-2, y HIRSCH, *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, 9.^a ed., Walter de Gruyter, 1974, introducción al artículo 51, núm. 160.

penal, según el número 1.º del artículo 9.º, cuando falta alguna de las circunstancias que sirven de base a las causas de justificación, reguladas en el artículo 8.º, se aprecia una atenuante (eximente incompleta). La jurisprudencia y la doctrina exigen, para la apreciación de la eximente incompleta, que concurren los elementos esenciales de la causa de justificación respectiva (13). En la legítima defensa, por ejemplo, se consideran esenciales los requisitos de la agresión ilegítima y de la necesidad de la defensa y como inesenciales —para la apreciación de la atenuante— que la defensa no vaya más allá de lo necesario para rechazar la agresión y la falta de provocación suficiente por parte del que se defiende (14). De acuerdo con esta interpretación, si el autor cree erróneamente que concurren todas las circunstancias que sirven de base a una causa de justificación, pero en realidad falta un elemento inesencial, no queda excluida *la pena del delito doloso*, sino que se aprecia una circunstancia atenuante. La atenuación de la pena es, según el artículo 66, obligatoria —por consiguiente, no tiene un carácter meramente facultativo— y de una magnitud considerable. Se aplica la pena inferior en uno o dos grados. En el homicidio doloso (art. 407), por ejemplo, en lugar de la pena de reclusión menor (doce años y un día a veinte años), la de prisión mayor (seis años y un día a doce años) o la de prisión menor (seis meses y un día a seis años). Este es el criterio mantenido constantemente por nuestro Tribunal Supremo (15). Cuando se trata, sin embargo, de un error vencible sobre uno de los elementos esenciales de una causa de justificación, el Tribunal Supremo condena por delito culposo (16). En realidad el Tribunal Supremo debería seguir en estos casos el mismo criterio, fijado por la ley, que en los supuestos de error sobre un elemento inesencial de una causa de justificación.

(13) Véase, por ejemplo, ANTÓN ONECA, *Derecho Penal, Parte General*, 1949, págs. 325 y ss.; CUELLO CALÓN-CAMARGO, *Derecho Penal, I, Parte General*, vol. 2.º, 18.ª ed., Barcelona Bosch, 1981, págs. 575 y ss.; CÓRDOBA RODA, *Las eximentes incompletas en el Código Penal*, Oviedo, 1966, pág. 24, y *Comentarios al Código Penal, I*, Barcelona, Ariel, 1972, págs. 410 y 268 y ss., y las Sentencias del Tribunal Supremo de 24 de enero de 1934 (A. 113), 28 de octubre de 1965 (A. 4856), 23 de mayo de 1966 (A. 2536) y 20 de febrero de 1978 (A. 460).

(14) Esta es opinión unánime en la doctrina; véase, por ejemplo, ANTÓN ONECA, *Derecho Penal, Parte General*, 1949, págs. 326-7; JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal, IV*, 2.ª ed., Buenos Aires, Losada, 1961, págs. 159 y 204 y ss.; CÓRDOBA RODA, *Las eximentes incompletas en el Código Penal*, págs. 84-5 y 110-1; y las Sentencias del Tribunal Supremo de 26 de junio de 1973 (A. 2904), 2 de julio de 1973 (A. 2950) y 30 de noviembre de 1974 (A. 1487).

(15) Véase, por ejemplo, las Sentencias de 10 de noviembre de 1975 (A. 4122), 18 de junio de 1975 (A. 2893), 21 de mayo de 1975 (A. 2156), 27 de enero de 1958 (A. 107), 12 de diciembre de 1978 (A. 3948), 30 de abril de 1980 (A. 1512) y 19 de junio de 1980 (A. 2764).

(16) Véase, por ejemplo, las Sentencias de 23 de mayo de 1975 (A. 2327), 16 de junio de 1977 (A. 2747), 23 de noviembre de 1977 (A. 4401) y 21 de abril de 1980 (A. 1459).

En el Proyecto de Código penal español de 1980 (17) no se regula de un modo expreso el error sobre las circunstancias que sirven de base a las causas de justificación. Se ha confiado la solución de este problema, como en la República Federal Alemana, a la doctrina y la jurisprudencia. En los párrafos primero y segundo del artículo 20 se regula el error sobre un elemento del tipo y en el párrafo tercero del mismo artículo, el error de prohibición, de acuerdo con la teoría de la culpabilidad. Queda sin resolver la cuestión de si el error sobre las circunstancias que sirven de base a las causas de justificación es un error sobre un elemento del tipo o un error de prohibición.

Una aplicación analógica de la regulación del error sobre un elemento del tipo en los supuestos de error sobre las circunstancias que sirven de base a una causa de justificación, como ha sido sugerida en Alemania especialmente por Gallas, Stratenwerth, Baumann y Dreher (18), o una simple remisión a la regulación del error sobre un elemento del tipo para determinar la pena aplicable, de acuerdo con la opinión de Jescheck, Wessels y Zipf (19) no es posible, a mi juicio, en el futuro Código penal español. En el párrafo 1.º del artículo 27 está prevista la apreciación como atenuante, de la causas de justificación incompletas y la situación seguirá siendo, por tanto, en este sentido, la misma que en el Código penal vigente; es decir, se mantendrá la pena del delito doloso y se apreciará únicamente, aunque *de modo obligatorio*, una circunstancia atenuante. En el artículo 81 se prevé la disminución obligatoria de la pena en un grado (y no en dos, porque en el Proyecto de Código penal las penas previstas en las diversas figuras delictivas son muy inferiores a las del Código penal vigente).

En el plano de los principios soy también de la opinión de que una equiparación del error sobre un elemento del tipo y el error sobre las circunstancias que sirven de base a las causas de justificación no es justa. Si el autor tiene conocimiento de la concurrencia de todos los elementos del tipo, esto debe servirle de estímulo, como señala Welzel (20), para cerciorarse de la presencia efectiva de las circunstancias que sirven de base a las causas

(17) Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal, "Boletín Oficial de las Cortes Generales", Congreso de los Diputados, I, Serie A, 17 de enero de 1980, núm. 108-I.

(18) GALLAS, *Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen*, pág. 46, nota 89; STRATENWERTH, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, I, Die Straftat*, 2.ª ed., págs. 152 y ss., (núms. 494 y ss.); BAUMANN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 8.ª ed., Verlag E. y W. Gieseck, Bielefeld, 1975, página 433; y DREHER, *Der Irrtum über Rechtfertigungsgründe*, Festschrift für E. Heinitz, págs. 224 y ss.

(19) JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 3.ª ed., págs. 375-6; WESSELS, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 7.ª ed., págs. 85 y 89. y ss.; y Zipf, en MAURACH-ZIPF, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1, 5.ª ed., 1977, págs. 555-6.

(20) Véase WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11.ª ed., págs. 168-9, y *El nuevo sistema del Derecho Penal*, pág. 118.

de justificación. La atenuación *obligatoria* de la pena, que el Proyecto de Código penal español de 1980 prevé también en la regulación del error de prohibición, en el párrafo tercero del artículo 20, puede paliar el criticado rigor de la teoría pura de la culpabilidad. Por otra parte, con esta solución se evitan las lagunas en la punibilidad que se producen de un modo necesario con la teoría de la culpabilidad restringida en todo Código penal, como en el futuro Código penal español, en que rija el principio de la excepcionalidad del castigo de los delitos culposos.

A la regulación del error de prohibición en el Proyecto de Código penal español de 1980 se le podría objetar, sin duda, que en caso de un error de prohibición fácilmente vencible (ceguera jurídica) resultaría injusta una atenuación obligatoria de la pena del delito doloso. Hay que tener en cuenta, sin embargo, que, en definitiva, el autor actúa en estos casos sin conciencia de la antijuridicidad y que estos supuestos tienen una menor relevancia desde el punto de vista político-criminal, que los supuestos normales de error de prohibición, en los que la aplicación, aunque sólo sea facultativa, de la pena íntegra del delito doloso sería injusta.

Presupuestos para una teoría del bien jurídico protegido en Derecho penal

JOAQUIN CUELLO

Profesor interino. Universidad de Extremadura (Cáceres)

I

1. En la actualidad, se entiende que el Derecho penal tiene encomendada la tarea de proteger la coexistencia en sociedad según las directrices de la Constitución. Finalidad del Derecho penal, por tanto, no será la de indicar a los ciudadanos, conforme a un orden ético determinado, cómo ha de dirigir su conducta sino sólo garantizar la seguridad al objeto de que aquéllos puedan desarrollarse individual y socialmente según su propia libertad y responsabilidad (1). Función del Derecho penal es luchar contra comportamientos socialmente dañosos.

Para Welzel, sin embargo, el Estado debe fomentar mediante el Derecho penal los *elementales valores ético-sociales de acción* y, a través de ellos, proteger los Bienes jurídicos subyacentes (2). A Welzel se le ha objetado que el orden es el inverso, primero se protegen los Bienes jurídicos y a continuación se prohíben los comportamientos que pueden determinar su lesión; pues, de seguir aquella ordenación, se correría el peligro de castigar comportamientos que en ningún caso pueden producir lesión o peligro de Bienes jurídicos: si el Estado cayera en la tentación de prohibir conductas con la única finalidad de impulsar al ciudadano a

(1) Así, claramente, H. J. RUDOLPHI, en RUDOLPHI/HORN/SAMSON/SCHREIBER, *Systematischer Kommentar zum StGB (SK)*, Band 1, A. T., 2.^a ed., Frankfurt 1977, pg. 1. Cfr., ya con anterioridad, *Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs*, en Festschrift für Richard Honig, Göttingen 1970, pgs. 151-167.

(2) Hans WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 11.^a ed., Berlín 1969, pg. 4. Cfr. también la exposición de José CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español*, P. G., I, Introducción, Madrid, pgs. 12-13.

guardar fidelidad a sus mandatos *qua* mandatos o, simplemente, para ejercitarlos en el atemorizar característico de la prevención general (3).

En cualquier caso, el Estado no pretende la intangibilidad de los Bienes jurídicos (si así fuere, y quisiese evitar a toda costa peligros para la vida e integridad de las personas, prohibiría la circulación automovilista (con la consiguiente paralización de la vida), sino más bien que los ciudadanos se comporten de tal manera que la eventual lesión del Bien jurídico no tenga su origen en el querer deliberado del hombre (comportamiento doloso) o en la falta de cuidado debido para evitarla (comportamiento imprudente). El Estado sabe que la necesidad social del tráfico va a producir muchos accidentes al año, y pese a ello no va a prescindir del mismo —por su utilidad—. Lo que sí puede hacer es tomar medidas para reducirlos al mínimo; entre éstas estará una buena señalización, limitaciones de velocidad, etc.— en tanto que el Derecho penal sancionará conductas humanas culpables que pongan en peligro o lesionen la vida, integridad y seguridad de los demás participantes en el tráfico. En suma, *tarea del Derecho penal es evitar determinados comportamientos humanos lesivos para los Bienes jurídicos*.

Una vez retrotraído el concepto de Bien jurídico protegido en Derecho penal a la Constitución, falta por precisar su contenido y, sobre todo, su *determinación*; o sea, con qué criterios podemos dar por correcto que los Bienes jurídicos que hoy protege nuestro Código penal son acreedores de tal protección. Y, lo que es más importante, en una sociedad como la nuestra —abierta al futuro como no lo ha estado nunca—, ¿de qué criterios disponemos para saber con certeza qué nuevos Bienes jurídicos debemos llevar al Código penal?

Pese a ser el concepto de Bien jurídico de gran tradición en Derecho penal, ha adolecido siempre de una considerable imprecisión teórica en cuanto a la determinación de sus perfiles. Estudios sobre la evolución histórica del concepto y la revisión del Derecho penal sexual ante la Reforma penal en Alemania (4), determinaron un renacer del interés por el tema en los primeros años setenta, lo que ha dado lugar a una interesante discusión y, sobre todo, a la constatación de que todavía presenta muchas facetas oscuras. El entusiasmo con que muchos autores han acogido

(3) RUDOLPHI, SK, pg. 2.

(4) Al trabajo pionero de Herbert JÄGER, *Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten*, Stuttgart 1957, siguieron los de Peter SINA, *Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs "Rechtsgut"*, Basel 1962; Ernst-Walter HANACK, *Zur Revision des Sexualstrafrechts in der BRD*, Reinbeck 1968; Michael MARX, *Zur Definition des Begriffs "Rechtsgut"*, Köln 1972; Knut AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, Frankfurt, 1972; Winfried HASSEMER, *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, Frankfurt 1973; Miguel POLAINO NAVARRETE, *El Bien jurídico en el Derecho penal*, Sevilla 1974.

algunos resultados de las recientes aportaciones al tema es bastante infundado —como veremos.

Para la doctrina penal actual, la importancia del Bien jurídico presenta una doble faceta: una, que afecta a su utilidad para la interpretación de los tipos penales (*interpretación teleológica*) (5); y otra, referida a los criterios y límites con que el legislador puede crear nuevos tipos penales —o hacer desaparecer los ya existentes (6).

A simple vista, puede observarse cómo los estudios llevados a cabo sobre el Bien jurídico han ido encaminados más bien a determinar los límites que el legislador debe respetar para crear nuevos delitos que a aportar criterios que ayuden a aquél a encontrar la formulación de los *juicios de valor* que subyacen a la creación de nuevos tipos delictivos (7). En este terreno, ha ocurrido algo muy parecido a lo que sucede con el problema de la *validez del Derecho*: la doctrina no ha sabido o no ha podido proporcionar al legislador criterios concretos que garanticen la aceptación de la nueva norma recién creada por sus destinatarios por ser, tener que ser necesariamente, *correcta* (8).

2. Para Rudolphi, y con él para un amplio sector de la doctrina penal actual, consistiendo el Bien jurídico en un *juicio de valor del ordenamiento jurídico positivo*, su concreción ha de tener en cuenta las siguientes condiciones: 1.^a Que legislador no es libre en su decisión de elevar a la categoría de Bien jurídico cualquier juicio de valor, estando vinculado a las metas que para el Derecho penal se deducen de la Constitución. 2.^a Que con lo anterior sólo se ha señalado el punto de vista valorativo con que determinar el contenido material del Bien jurídico, quedando todavía por desarrollar las condiciones y funciones en que se basa esta sociedad dentro del marco constitucional. 3.^a Que un tipo penal posea un Bien jurídico claramente definido, no significa ya su legitimación; es necesario que, además, sólo sea protegido frente a acciones que puedan lesionarlo o ponerlo en peligro realmente (9).

De la vaguedad de los dos últimos puntos de vista acabados de exponer pueden dar cuenta las siguientes consideraciones: 1.^a Pese

(5) Así el ya clásico *Tratado de Derecho penal* de Edmundo MEZGER, tomo I (trad. J. A. Rodríguez Muñoz), Madrid 1935, pgs. 145 ss. y 396 ss.

(6) Es éste el problema que ha hecho posible la amplia bibliografía sobre el Bien jurídico en los últimos tiempos; sin embargo, el Bien jurídico como criterio de interpretación teleológica ha pasado a un segundo plano, lo que puede postularse en líneas generales de todos los autores citados en la nota 4.

(7) Sintomático de lo que decimos es que Santiago MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho penal*, Barcelona 1967, pgs. 128-140, estudia el Bien jurídico como "límite del Derecho penal subjetivo".

(8) Cfr. Gerhard DORNSEIFER, *Rechtstheorie und Strafrechtsdogmatik Adolf Merckels. Ein Beitrag zum Realismus in der Jurisprudenz*, Berlín 1979, pgs. 74-81.

(9) RUDOLPHI, *SK*, pgs. 2-5.

al esfuerzo realizado por la doctrina para reducir el ámbito de lo prohibido a lo socialmente dañoso —excluyéndose consideraciones éticas o trascendentales—, no han logrado desterrarse de los Códigos penales más progresivos de una serie de figuras delictivas que manifiestan una dañosidad social más que dudosa (maltrato de animales, injurias a los difuntos, escándalo público, ultrajes a los símbolos del Estado, incesto, etc.) —sin que el problema se resuelva tratando de convertir la cuestión valorativa implícita en una puramente sociológica, como ha sostenido Amelung (10). Entonces, ¿no habrá que colegir, mejor, que si conductas como la homosexualidad o el yacimiento entre prometidos y otras prácticas sexuales han desaparecido de los Códigos penales no ha sido porque éstos no deban prohibir comportamientos morales irrelevantes socialmente, sino simplemente porque han cambiado las convicciones morales de la sociedad? 2.^a Si los criterios con que aprehender el contenido del Bien jurídico son el daño social y la proximidad de la lesión o peligro del Bien jurídico, resultará muy fácil burlar esta última exigencia, importante por lo demás, creando un nuevo Bien jurídico más abstracto que sí pueda ser lesionado o puesto en peligro. Ejemplos de este último problema se repiten con frecuencia en la actualidad. Un caso característico es la protección del *medio ambiente*. Si por Bien jurídico de las conductas que se quieren castigar bajo este título entendemos la vida e integridad de las personas (la contaminación puede matar), algunos tipos quedarán a mucha distancia de la efectiva lesión o puesta en peligro —con lo que la legitimidad tendría que ser puesta en duda; cuestión distinta, sin embargo, es que se considere como Bien jurídico autónomo al propio «medio ambiente» (árboles, aguas, animales, etc.). El problema, entonces, se elude; la exigencia constitucional resulta burlada.

3. Rudolphi ha sintetizado diez años de elaboración del concepto Bien jurídico —mejor: límites del Derecho penal como medio de protección de Bienes jurídicos (12). A esta finalidad ha elaborado la doctrina los siguientes principios: 1.^o *Principio de la adecuación de los medios*, en virtud del cual la norma penal debe servir para evitar lesiones del Bien jurídico en el futuro. 2.^o *Principio del medio relativamente más suave* de entre los adecuados para la finalidad de protección. 3.^o *Principio de la subsidiariedad del Derecho penal*, en virtud del cual la pena aparece como «última ratio» cuando los medios de otras ramas del Derecho han resultado ineficaces. 4.^o *Principio del interés preponderante*: Si la finalidad perseguida con la punición lesiona otros intereses más importantes que el protegido, debe renunciarse a la misma.

No cabe duda de que los recientes intentos de volver a definir

(10) AMELUNG, *Rechtsgüterschutz*, pg. 346.

(11) Así, Armin KAUFMANN, *Juristenzeitung* 1973, pgs. 143-144.

(12) RUDOLPHI, *SK*, pg. 6.

el concepto de Bien jurídico responden a una necesidad social sentida por los penalistas de adecuar sus categorías al momento histórico actual. Ya el mismo lenguaje lo denota; no se trata de proteger con el Derecho penal valores trascendentales sino de garantizar las mínimas condiciones de convivencia. A esta misma finalidad responde también la tendencia a limitar la potestad punitiva del Estado. Ahora bien, hay que reconocer que un simple cambio de nomenclatura no resuelve el problema fundamental que nos ocupa: ¿De qué criterios disponemos para decidir si un determinado interés ha de ser elevado o desposeído de la cualidad de Bien jurídico?

Las fórmulas limitadoras del Derecho penal, por otra parte, son simples criterios heurísticos que no prejuzgan definitivamente una solución u otra. Porque, por ejemplo, conforme al principio del interés preponderante, ¿hasta qué punto está dispuesta la sociedad a renunciar a la protección de un Bien jurídico tenido por necesitado de ella, por el hecho de los efectos negativos que pueden seguirse de la punición para el autor? La argumentación del interés preponderante se ha esgrimido para la despenalización del aborto; pero, ¿no será más realista entender que detrás de ello se encuentra una distinta valoración de la expectativa de vida frente a otros Bienes que eventualmente pueden entrar en conflicto con ella? Si es así, la despenalización del aborto no se basará en dicho criterio del interés preponderante o, dicho de otra forma, que su punición implique más daño que utilidad (13). Al contrario, seguiremos estando ante el difícil problema de decidir entre distintas valoraciones para lo que criterios como los elaborados y expuestos con anterioridad no nos ofrecen una respuesta.

4. El problema que nos ocupa ha sido claramente expuesto por Stratenwerth en la segunda edición de su *Parte general* del Derecho penal (14). Mientras que hasta ahora los penalistas se habían conformado con la remisión a la *Ética social*, los elementales valores ético-sociales de acción (Welzel) o las convicciones culturales de la sociedad (Maurach); ahora, aunque el concepto ético-social de delito siga siendo un elemento crítico del Derecho vigente, sin embargo no debe ser la última instancia en la defini-

(13) Gerardo LANDROVE, *Política criminal del aborto*, Barcelona 1976 (recientemente, Estudios jurídicos en honor del Prof. A. Martínez Bernal, Murcia 1980, pgs. 327-352), riguroso y exhaustivo expositor de la polémica en torno a la desincriminación del aborto, omite, con la mayoría de los autores que se han ocupado del tema desde posiciones proabortistas, la referencia al conflicto de bienes jurídicos en juego (implícita, por supuesto, en el planteamiento sociológico que preside toda esta discusión). Tan sólo Günther BEMMANN, *Zur Frage der Strafwürdigkeit der Abtreibung*, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW) 1971 (83), pgs. 81-104, ha sostenido una posición proabortista desde posiciones valorativas. Cfr. *infra*.

(14) Günter STRATENWERTH, *Strafrecht*, A. T. I, 2.^a ed., Köln 1976, pgs. 14-18.

ción del comportamiento delictivo. Pero, ¿cuál será entonces esa última instancia que nos dé la clave de lo merecedor de punición?

A juicio de Stratenwerth, son dos las aportaciones realizadas para controlar *racionalmente* qué deba ser *objeto* del Derecho penal: la teoría del Bien jurídico, introducida por Birnbaum en 1834, que se desarrolla durante todo el siglo XIX y experimenta un nuevo renacer a partir de los años sesenta y setenta de nuestra centuria; y las modernas teorías críticas de la sociedad y de los sistemas sociales. Mientras que la teoría del Bien jurídico tiene que fracasar en un momento como el actual —cuando es imposible configurar un orden universalmente válido de donde deducir una teoría del Bien jurídico—, las teorías crítica y de los sistemas —que aciertan en intentar configurar las condiciones de vida comunitaria y la posibilidad de su seguridad mediante normas penales al margen de la teoría del Bien jurídico— se quedan muy lejos de presentar «recetas» concretas para la finalidad perseguida.

En contra del parecer de Stratenwerth, Habermas —desde el seno de la *Teoría crítica de la sociedad*—, en un trabajo donde se pregunta por la posibilidad de que sociedades complejas como la nuestra puedan formar una propia *identidad social* (15), ha proporcionado —a mi entender— una serie de criterios que ciertamente no van a liberar al legislador de tener que *decidir* qué quiere proteger penalmente, pero que efectivamente pueden ser útiles para delimitar un marco más o menos restringido de decisión necesariamente libre.

II

Una sociedad manifiesta su *identidad* de una forma peculiar: *rindiendo* si no la ha perdido (16). Hablar de *identidad racional* implica un contenido normativo: una sociedad puede perder su propia identidad. Según Hegel, recuerda Habermas, es *falsa* la identidad de una sociedad si la unidad del continuo vital de cada uno de los momentos que la componen sólo puede mantenerse por medio de la violencia. Pero, ¿podemos hablar hoy en día de *identidad social* en este sentido?

Para clarificar el concepto de *identidad social*, se ha servido Habermas del desarrollo del *yo* elaborado por la Psicología para explicar la formación de la personalidad y de las fases de la *evolución social* estudiadas por la Antropología y Sociología contemporáneas.

En Psicología sólo puede hablarse de identidad si el individuo ha tomado conciencia de su *yo*. «La identidad no es simplemente

(15) Jürgen HABERMAS, *Können komplexe Gesellschaften eine vernünftige Identität ausbilden?*, en "Zur Rekonstruktion des Historischen Materialismus", Frankfurt 1976, pgs. 92-126.

(16) HABERMAS, *Vernünftige Identität*, pg. 92.

atribuida» (17). Existe identidad del yo cuando la persona posee una capacidad subjetiva conforme a la cual aquélla permanece idéntica a sí misma pese a un eventual cambio profundo de la estructura de su personalidad —cuando ha de responder a situaciones contradictorias—. Los elementos de dicha autoidentificación, además, han de ser intersubjetivamente aceptados; «el autodiferenciarse de los demás debe ser reconocidos por éstos» (18). Este proceso tiene lugar en el seno del grupo. La autoridad del adulto se distingue de la del niño y el adolescente en su capacidad de construir nuevas identidades integrando a su vez las superadas por él, y de esa forma organizar sus interacciones en una historia vital inalterable. Es precisamente tal identidad la que posibilita su autonomía e individualidad.

En la identidad del yo se expresa ya la relación que une al individuo con otros individuos como sus iguales y a la vez le diferencia de los demás. Habermas ha caracterizado así su formación: «Sólo una moral universal que genere normas generales (e intereses también generalizables) podrá ser defendida con buenas razones como racional; y sólo el concepto *identidad del yo* —que asegure la libertad e individualidad de cada uno en nuestro complejo sistema de roles— podrá proporcionar hoy una orientación aceptable para los procesos educativos» (19).

Modernas investigaciones de Antropología y Sociología han permitido detectar los estadios de la formación histórica de identidad del yo y del grupo. En las *sociedades arcaicas*, estructuradas según el parentesco y la descendencia, la visión mítica del mundo supone una antropomorfización de la naturaleza que corre pareja con la naturalización de la vida colectiva a través de la magia, en donde todo está relacionado y tiene su lugar adecuado; por eso, en esta etapa de la historia de la Humanidad no pueden surgir problemas de identidad al no existir una «diferenciación entre lo particular, lo singular y lo general» (20).

En cambio, las *antiguas culturas desarrolladas*, al disponer de estados, monarquías y ciudades que requerían organización política, van a necesitar una justificación, que buscan en interpretaciones religiosas y rituales. De esta manera, los dioses de las religiones politeístas toman forma humana, es decir, actúan arbitrariamente, disponen sobre determinados ámbitos de la vida y sucumben ante la necesidad del destino. Es en esta fase cuando comienza una tímida desacralización de la naturaleza y una independencia formal de las instituciones políticas frente al orden cósmico —con la consiguiente necesidad de interpretar la «casualidad»—. En consecuencia, surgen nuevas formas de relación entre el hombre y la divinidad de las que aquél emerge ordenando las

(17) HABERMAS, *Vernünftige Identität*, pgs. 92-93.

(18) HABERMAS, *Vernünftige Identität*, pg. 93.

(19) HABERMAS, *Vernünftige Identität*, pg. 96.

(20) HABERMAS, *Vernünftige Identität*, pg. 98.

fuerzas de la naturaleza y desarrollando una identidad. La comunidad concreta aparece como lo especial dentro del orden cósmico y se diferencia —de otra parte— del individuo particular, evitándose así que aquella identidad centrada en el mundo político pudiese ser perturbada (21). Son las grandes religiones del mundo, especialmente el Cristianismo, las que crean la primera pretensión de validez universal —de tal manera que Dios permite la formación de una identidad del yo al margen de toda norma o rol. Este yo, concebido como ser completo individual con un alma inmortal, abre paso por primera vez en la historia de la Humanidad a la idea de libertad (Hegel, *Enzyklopädie*, § 482).

Ciertamente, las *antiguas culturas desarrolladas* están constituidas por sociedades con grandes desigualdades de poder y de riqueza; por eso, necesitaban instancias que armonizaran la pretensión de universalidad que representa la comunidad de fieles a la que todos los hombres pueden pertenecer con el orden político existente y sus grandes desigualdades, lo que será tarea de las *ideologías* —que «deben compensar la desigualdad estructural entre la *identidad colectiva* de un estado concreto y la *identidad yo* exigida en el marco de la comunidad universal»— (22). La conciencia de este grave problema de identidad sólo surge con la *modernidad*, porque hasta entonces las interpretaciones religiosas cumplían una finalidad integradora, existía el señuelo de convertir a los no creyentes a la religión verdadera y, sobre todo, la teoría de los dos reinos permitió en Occidente una tensa coalición entre la Iglesia y el poder temporal; factores todos que representaron un muro de contención al problema. Con el surgir de la *modernidad*, sin embargo, todos estos mecanismos se desmoronaron. Al final sólo queda el núcleo de una moral universal. Y, como consecuencia, la necesaria dualidad existente todavía entre la identidad del yo —orientada a estructuras universales— y la identidad colectiva representada por el pueblo o el estado.

Son estas consideraciones —el hombre se ha independizado de la naturaleza exterior, de la sociedad y de su propia naturaleza interior— las que hacen de la sociedad moderna un Estado constitucional soberano que ha encontrado su *identidad racional*. Función de la Filosofía práctica —del Derecho en nuestro caso— será entonces entender a esta identidad como una identidad fundada en la razón de los hombres libres. Habermas, sin embargo, ha aludido a los «males» que aquejan al hombre de hoy y pueden hacer aparecer como un sinsentido el presupuesto de libertad acabado de exponer: 1) Que el estado real dista mucho de ese estado constitucional descrito. 2) Que el estado no es soberano en la comunidad de naciones. 3) Que hoy por hoy es inviable una identidad dentro de la sociedad mundial. 4) Que en los últimos ciento cincuenta años, dos colectividades —la nación y el partido— han sido

(21) HABERMAS, *Vernünftige Identität*, pg. 99.

(22) HABERMAS, *Vernünftige Identität*, pg. 100.

capaces de crear la *identidad social* que no ha logrado alcanzar el Estado constitucional.

Habermas (23) se ha preguntado si ello es suficiente para «tirar por la borda» la aportación hegeliana, para concluir que si bien el modelo no sigue vigente sí lo está la pretensión de una nueva identidad que tenga validez para sociedades *complejas* y estructuras del yo *universalistas* como las actuales. Los puntos de vista conforme a los cuales proceder a su elaboración son muy ilustrativos para la política criminal del Bien jurídico protegido que aquí queremos esbozar. La *identidad universalista* propuesta puede ser caracterizada en tres grandes planos —referidos siempre a las complejas sociedades actuales.

1. La identidad colectiva se basa en la reflexión sobre la igualdad de oportunidades para todos los que participan en el proceso de comunicación social democrático en cuyo seno la formación de la propia identidad se entiende como continuo proceso de aprendizaje. Dicho proceso de comunicación adopta la forma de un discurso preciso, institucionalizado, arquetipo de lo cual es el mundo del Derecho; mientras que la realidad no lo es tal, introduciendo un momento de movilidad. Esa realidad «subcutánea» se resiste cada vez más al encorsetamiento conforme a moldes institucionalizados y aspira a influir directamente la praxis vital. Un ejemplo de esta tendencia puede constituirlo el Arte moderno; pero también la consideración de la enfermedad mental como fenómeno no patológico y del delito como categoría no moral. Y, sobre todo, la desestatalización de la política. En definitiva, de lo que se trata es de «descodificar» cada vez más sectores de realización personal del individuo. En lugar de reglamentación, comunicación.

2. Esta identidad post-convencional va acompañada de una moral también universalista, no formalizada, acuñada según la norma fundamental de comunicación racional. Tal identidad ciertamente no necesita de un contenido fijo, pero sí de un contenido. El contenido puede ser el mismo tradicional, distinguiéndose sin embargo por su *capacidad de ser revisado continuamente*. La revisión se lleva a cabo mediante la interpretación y reconstrucción filosófica, reflexiva, de la tradición, y mediante la interpretación global de las grandes ideas sobre la esencia del hombre: lucha de clases, evolución humana, inconsciente; pero también los Derechos humanos. Aquí se insertan las teorías criticadas por Stratenwerth. Ciertamente son interpretaciones globales que no permiten deducir un orden racional infalible, pero pueden servir para *detectar la formación de una identidad falsa*, de repercusiones —como se ha visto en la historia de la Humanidad— siempre dolorosas. El hom-

(23) HABERMAS, *Vernünftige Identität*, pgs. 106-111 y 115-121.

bre, en este contexto, aparece situado con un pie en la tradición y con el otro en el vacío representado por el futuro.

3. Precisamente a la hora de planificar, se ponen de relieve las limitaciones del sistema. Si todo, entonces, tuviera que partir de cero, sería imposible formar y mantener una *identidad social*. Habermas ha puesto de relieve lo difícil que es llegar al convencimiento de que lo planificado responde a la identidad ya formada, pero no ha renunciado a plantearse esta cuestión (23). Por ejemplo, los planes de estudio no pueden reducirse hoy a reproducir tradiciones, pues también hay que enseñar que todo podría ser de otra manera. Por tanto, el momento de seguridad buscado lo proporcionará la propia reflexión sobre qué debe ser modificado y qué no. Entonces, la aceptación de lo no modificado no estará basada en una transmisión acrítica sino en una revisión racional. En esa revisión no sólo deben tomar parte los burócratas de la planificación sino también padres, profesores, alumnos y otras instancias no formales. En definitiva, la argumentación actuará como «filtro» de la tradición. El cambio, de producirse, a su vez, no puede operarse ni burocrática ni violentamente, sino a través de un proceso de comunicación que elabore estructuras valorativas y normativas nuevas. Esa será, en síntesis, la identidad de una sociedad sin prejuicios.

No pretendemos ahora desarrollar una teoría completa sobre el Bien jurídico en Derecho penal. Sí, en cambio, poner de relieve cómo ordenar determinadas tendencias que pueden detectarse en la actualidad, en y fuera del Derecho penal, acerca de la pena.

Un criterio compartido por muchos penalistas en la actualidad es el de la progresiva desaparición del Derecho penal. Se ha dicho que la historia del Derecho penal es la historia de su paulatina extinción (24). Esto, que en su día pretendió ser un diagnóstico sobre la *realidad* del Derecho penal, no puede hoy ser compartido, como lo prueba la tendencia de diversos países europeos —entre ellos el nuestro— a crear nuevas figuras delictivas de tangibilidad más que dudosa.

Ahora bien, la declaración —si no quiere ser una «frase hecha»— ha de ser entendida como *aspiración*, como vía encaminada a una meta utópica: la desaparición del Derecho penal y la solución de los problemas sociales con otros medios más racionales que la pena.

Desde que el Derecho penal dejó de pretender ser titular de la justicia «absoluta» (¿lo ha sido alguna vez sino en la mente de los penalistas?), nadie parece que quiera ni pueda admitir y compartir dicha aspiración.

(24) Klaus LÜDERSSEN, *Seminar: Abweichendes Verhalten I*, Frankfurt 1975, pgs. 7-34 ("Einleitung", pgs. 27-28), ha sido el último autor en insistir sobre esta idea.

Por otra parte, si la institución de la pena únicamente se fundamenta sobre su *necesariedad* (25), por ser imprescindible en evitación de males mayores, tenemos ya dos criterios básicos sobre los que montar una política criminal *racional* del Bien jurídico protegido.

Primero. En la duda sobre la creación de nuevos Bienes jurídicos a proteger mediante la aplicación de sanciones penales, debemos inclinarnos por su rechazo. Si estamos en contra de la pena, ante nuevos problemas sociales nunca resueltos con el Derecho penal debemos prescindir de él. Esta conclusión se corresponde con el primer criterio de nueva identidad propuesto por Habermas. Se trata de «descodificar» los nuevos problemas sociales y resolverlos con medios distintos a la pena; en nuestro caso, la criminalidad y, sobre todo, el tratamiento y la asistencia social —especialmente en el ámbito de la delincuencia juvenil y respecto a los delincuentes mentalmente anormales.

Segundo. Toda pretensión de reducir lo que podríamos llamar «Derecho penal clásico», que sin negar la constancia del Bien jurídico protegido se quiere recortar por razones sociológicas —en base a criterios «cuantitativos»— implica a la totalidad del Bien jurídico al crearse inseguridad jurídica sobre los límites entre lo prohibido y lo permitido. La despenalización de sectores de un Bien jurídico deteriora la imagen social del resto de ese Bien jurídico que se quiere mantener. Los problemas, sin duda existentes, a que responde tal recorte del Bien jurídico pueden ser resueltos en otros ámbitos de la teoría del delito —antijuricidad y, sobre todo, culpabilidad—, pero nunca por medio de la desincriminación. Como Habermas ha puesto claramente de relieve con su segundo criterio de identidad, se trata de revisar continuamente los contenidos tradicionales de identidad —en nuestro caso la configuración actual del Derecho penal y su sistema de Bienes jurídicos protegidos— con los que no se puede romper si no queremos perder una identidad basada necesariamente a la vez en la tradición y el cambio.

Tercero. Con todo, el problema más grave en torno al Bien jurídico no se ha expuesto todavía. Si nos fijamos bien en las cuestiones que hoy preocupan a la doctrina penal y a la sociedad, veremos que son aquéllas que obligan a ver al Bien jurídico como algo no estático, como una realidad social que se modifica constantemente y que, a primera vista, parece no presagiar nada bueno para el futuro de esta sociedad empeñada en dirigirse hacia su desintegración. Se trata de aquellos ámbitos donde manteniéndose el fundamento de protección del Bien jurídico tradicional, sin em-

(25) Cfr. Joaquín CUELLO, *La "ideología" de los fines de la pena*, ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES (ADP) 1980, pgs. 423-440.

bargo han cambiado —no desaparecido— los contenidos de deber cuya infracción lesiona el Bien jurídico. Aquí, el cambio normativo parece consistir en la total desaparición de normas ético-sociales y, de ahí, la renuncia a la protección de Bienes jurídicos evidentemente valiosos para esta sociedad. Esto no es cierto. Detrás del cambio hay toda una mayor aproximación a la realidad concreta sobre la que el hombre tiene que actuar —siempre conforme a un código ético—; la diferencia es que ahora se intenta atender más al «detalle humano» y no a contenidos abstractos que dejaban tranquilo a quien no se iba a ver nunca ante tales problemas que podían acabar en punición pero obligaban a quienes, situados ante tales problemas, tendrían que elegir entre colocarse en contradicción con el ordenamiento jurídico o sacrificar los más elementales deberes de solidaridad humana. Este aspecto del Bien jurídico en el Derecho penal actual pone de relieve algo muy importante del esquema de Habermas. Cuando se ha experimentado un cambio de los esquemas valorativos de la sociedad que ha determinado nuevos contenidos normativos de ética social, el legislador penal no puede «cerrar los ojos» si quiere ser respetado en sus mandatos, pues nunca va a motivar mediante sanciones a quienes saben que su actuación está exigida por normas del deber ser moral anteriores a todo mandato del legislador de Derecho positivo. Es ésta la obra cara de las cotas de libertad y autonomía que el hombre de Occidente ha alcanzado a lo largo de una evolución tradicional que dura ya en Europa más de doscientos años. Como exige el tercer punto de la nueva identidad habermasiana, el nuevo sistema de normas y valoraciones debe imponerse mediante el proceso de argumentación y diálogo racional característico de una sociedad sin prejuicios valorativos —que no es lo mismo que una sociedad que careciera en absoluto de tales esquemas valorativos y normativos.

III

A continuación vamos a tratar de ejemplificar la política criminal del Bien jurídico acabada de proponer. Para ello veremos si los supuestos conflictivos constituidos por la necesidad sentida de proteger penalmente un ámbito individual de *intimidad* de ataques exteriores propiciados por las nuevas técnicas de penetración en la esfera privada de las personas (*ampliación del Derecho penal mediante la creación de nuevos Bienes jurídicos*), el deseo de excluir del CP los hurtos y estafas de pequeña cuantía (*reducción del Derecho penal mediante el mantenimiento de la protección del núcleo y exclusión de la periferia del Bien jurídico*) y las modificaciones experimentadas por la protección penal de la vida humana en los últimos años (*transformación del Derecho penal frente a Bienes jurídicos que aparentemente se mantienen inal-*

terados) admiten una interpretación conforme a los criterios que antes exponíamos derivados de la ubicación del Derecho penal como Derecho protector de Bienes jurídicos en un contexto social determinado (el actual) que quiere organizarse de una determinada forma (racionalmente atendiendo a la tradición y a la necesidad de cambio).

1. Nuestro Código penal conoce ya algunos delitos contra la intimidad (arts. 479-499). Allí, la protección aparece limitada en función de los medios comisivos (apoderamiento de papeles) y el círculo de autores (médicos, empleados, etc.) en cuanto traicionan secretos profesionales (26). La cuestión que ahora se plantea no afecta a esta regulación. De lo que se trata es de la conveniencia o no de punir los llamados *delitos de indiscreción*, es decir, el descubrimiento de circunstancias de la vida privada que no representan *secretos* en el sentido estricto de la palabra (27). El ámbito de protección de las nuevas figuras que se intentan crear es más amplio que el del capítulo séptimo del título XII Código penal.

Si realmente se quiere perfilar el concepto de *intimidad*, es necesario huir de posiciones funcionalistas (29); sólo así se evitará la relativización del individuo frente al poder del Estado. Una definición que lo reconociera salvo cuando un interés preponderante o urgente del Estado lo requiera, no sería de ningún valor. A la concepción que entiende la intimidad como ámbito no penetrable del individuo frente al Estado y la sociedad, en cambio, no se opone el hecho de que sus perfiles estén sometidos a cambios de época y cultura, no siendo —como Schunemann (29) cree— una definición absolutamente perfilada de la esfera privada ya preparada para su aplicación inmediata; se trata, mejor, de un punto de vista orientativo para delimitar la esfera privada del individuo del control estatal y social. En suma, la intimidad del individuo es el sector de vida privada bloqueado a cualquier penetración ajena.

Schunemann (30) se ha preguntado por la conveniencia político-criminal de introducir estas figuras del delito en el Código

(26) Cfr. LANDROVE DÍAZ, *Descubrimiento y revelación de secretos*, III Jornadas de profesores de Derecho penal (ed. Agustín Fernández Albor), Santiago 1976, pgs. 177-217; Miguel BAJO FERNÁNDEZ, *Derecho penal económico*, Madrid 1978, pgs. 277-307; FERNÁNDEZ ALBOR, *Estudios sobre criminalidad económica*, Barcelona 1978, págs. 110-118.

(27) Así, Bernd SCHÜNEMANN, *Des strafrechtliche Schutz von Privatgeheimnissen*, ZStW 1978 (90), pgs. 11-63, pg. 12.

(28) Cfr. SCHÜNEMANN, *Privatgeheimnissen*, pgs. 27-31 y su crítica a las teorías funcionalistas acerca del Bien jurídico.

(29) SCHÜNEMANN, *Privatgeheimnissen*, pgs. 17-26.

(30) SCHÜNEMANN, *Privatgeheimnissen*, pgs. 40-50. Gerhard SCHMIDT, *Zur Problematik des Indiskretionsdelikts*, ZStW 1967 (79), pgs. 741-773; Günther ARZT, *Der strafrechtliche Schutz der Intimsphäre*, Tübingen 1970; Hans-Joachim HIRSCH, *Zur Abgrenzung von Strafrecht und Zivilrecht*, Fests. f. Karl Engisch, Berlín 1969, pgs. 304-327.

penal alemán que, al igual que el nuestro, todavía no las incluye; resumiendo su respuesta negativa en torno a los siguientes puntos. 1) Conforme a la máxima de que el Bien jurídico que se trata de crear debe ser *capaz de protección* —especial preferencia del mismo en el ordenamiento jurídico como totalidad y experiencia de que la sociedad siente una necesidad imperiosa de sanción penal— ha de ser negativa la respuesta en cuanto, al ser más permisiva esta sociedad, la posibilidad de escándalo que realmente pueda destruir a la persona es mucho menor; y, puesto que los principales afectados por estas intromisiones van a ser casi siempre los prominentes, los «famosos», exclusivamente, la sociedad no se siente necesitada de protección. 2. Que el Derecho penal es *apropiado* para la protección de cualquier Bien jurídico requiere que la norma penal y su realización en el proceso produzcan realmente un efecto de prevención general, lo que dependerá del grado de determinación de la norma (que posea un contenido ético-social definido para que pueda motivar); nada de esto ocurre en los delitos de indiscreción, donde a la dificultad de determinación del Bien jurídico protegido se une la no motivación por la norma de su más frecuente infractor: la Prensa. Antes bien, el proceso resultante provocará un mayor aireamiento del motivo de la indiscreción. 3) La *necesidad* del Derecho penal, en fin, que depende de que no haya otros medios más adecuados por más suaves para combatir las conductas que se quieren prohibir, no concurre en nuestro caso, donde ese medio más suave y eficaz existe: la *indemnización civil*.

La responsabilidad civil por daños a la personalidad es posible en estos casos, como lo muestra su significado en el Derecho angloamericano. Entonces, ¿cuáles son los prejuicios de los juristas europeos en su contra y a favor de la responsabilidad penal? Shünemann (31) ha defendido su tesis de la no incriminación frente a G. Schmidt, G. Arzt y H. J. Hirsch. Según Schmidt, el Derecho civil es preventivamente insuficiente en los casos de incapacidad patrimonial del autor del delito y de la víctima para asumir el riesgo de las costas del proceso civil. La insolvencia del inculpaado, sin embargo, sostiene Schünemann, no será el caso en los supuestos más típicos de indiscreción; y el riesgo patrimonial de la víctima podría correr a cargo del Estado, pues en su totalidad el proceso civil es más «barato» que el penal (coste social). Para Arzt, el Estado no puede renunciar a los delitos contra la intimidad porque, si así lo hiciera, quedaría aquél en entredicho; los sustitutos civiles, por otra parte, se utilizarían para satisfacer deseos de venganza y prevención, lo que supondría un retroceso histórico. La primera objeción ha sido ya respondida por Schünemann; y la segunda, pudiendo ser correcta, ofrece la misma dificultad que todos los delitos perseguibles a instancia de parte solamente

(31) SCHÜNEMANN, *Privatgeheimnissen*, pgs. 48-50.

—ámbito donde precisamente quiere ubicar Arzst los delitos de indiscreción. Finalmente, según Hirsch, las metas a que sirve el Derecho penal —donde la propia comunidad estatal está directamente implicada— no pueden ser realizadas por medios civiles (predominantemente compensatorios); existiendo además el peligro de que, subsistiendo el problema, surja también en el ámbito civil —donde, sin embargo, no se dan las garantías del proceso penal—. Contra esta última objeción está —según Schünemann— que las garantías penales no son tan seguras que, además, no versan sólo sobre la finalidad: protección de Bienes jurídicos, sino también sobre los medios: la pena criminal, el más brutal de los medios de intervención del Estado.

Como puede verse, una amplia paleta de argumentos en favor y en contra de la incriminación. Schünemann ha respondido exhaustivamente a las razones esgrimidas por los autores en favor de la incriminación. Para él, el círculo de posibles afectados por estos ataques es tan reducido y delimitado que el resto de la sociedad no se va a ver en peligro. El argumento, así expuesto, no es válido, pues también en otras figuras delictivas aparece reducido «ab initio» el círculo de las posibles víctimas del delito y, sin embargo, nadie piensa que ello sea motivo suficiente para no incriminar. El ejemplo más claro es el de aquel grupo de delitos donde la víctima es partícipe necesario, como la inducción y el auxilio al suicidio, determinadas figuras relacionadas con el consumo de drogas e, incluso, el aborto. Por tanto, si bien el círculo de afectados en su intimidad posee ciertas características peculiares que pueden ser claves para estimar o no la incriminación, ésta no podrá ser la «insolidaridad» de los restantes grupos sociales.

Por otra parte, a nadie se le escapa la función que el «cuarto poder», como se le ha llamado, juega en las democracias occidentales; cómo su obligación es la de dar a la publicidad todo lo que pueda ser de interés para el ciudadano, aunque los poderes del Estado traten de impedirselo. Precisamente para que la Prensa pueda desarrollar su tarea, se propugna que su actuación sólo resulte limitada por la legislación común, eludiéndose cualquier estatuto que comprenda cortapisas especiales. Por eso, uno de los encantos de la profesión periodística es tener que dar cuenta a la publicidad de situaciones delicadas donde esa actividad puede desembocar en responsabilidad penal. La Prensa, en mi opinión, sí se motiva ante estos hechos; más aún, debe hacerlo si no quiere incidir en responsabilidad penal y, lo que puede ser aún peor, en el reproche de practicar un periodismo «malo». Que la Prensa no se motive no es, pues, argumento cierto ni válido. Cuestión distinta es que la «víctima» de la indiscreción sea la primera interesada en la indiscreción misma; entonces, el comportamiento de la Prensa será, por lo menos, *socialmente adecuado*.

Finalmente, por lo que se refiere al argumento de la *necesidad*

de la protección, sólo hemos de repetir lo que decíamos unas páginas más arriba. Si la necesidad sólo se basa en que existen otros medios para combatir estas conductas, no se dice nada con ello; pues esos mismos medios también están disponibles para sustituir a la incriminación de los restantes delitos del Código penal cuyo fundamento de punición, sin embargo, nadie cuestiona. Distinto es plantear el rechazo de la incriminación penal de este nuevo grupo de delitos —lo mismo que la de cualquier otra figura delictiva que se quiera instituir— por las razones de *rechazo de la pena* como fórmula de dirimir conflictos sociales. Este sí será argumento válido que, al menos, podrá tenerse en cuenta como criterio de inversión de la prueba: «in dubio pro libertate».

Ciertamente, el Derecho penal no puede ser utilizado para cubrir las insuficiencias del Derecho civil —como pretende Schmidt—, pues entonces, con la incriminación de los ataques a la intimidad, no se protegería ésta sino el proceso civil mismo. A la larga, además, como acertadamente pone de relieve Schünemann, el coste social del proceso penal sería muy superior. De ser cierto que con la renuncia a los delitos contra la intimidad quedaría en entredicho el Derecho penal mismo, no habrá duda: la incriminación será *necesaria*. Que el resarcimiento civil sería utilizado para satisfacer deseos de venganza y prevención, al igual que ocurre con la facultad que otorgan los delitos perseguibles sólo a instancia de parte, es uno de los muchos peligros de manipulación a que se presta el Derecho —lo que a nadie se le oculta—; ahora bien, si pese a ello se mantienen los delitos sólo perseguibles a instancia de parte es porque esos inconvenientes están compensados con creces por las ventajas que reportan. El argumento de Hirsch es importante, muy importante. Contra el mismo no es válido afirmar que el proceso penal tampoco ofrece garantías; sí, en cambio, que el Derecho penal no sólo implica una especial protección de Bienes jurídicos (aspecto positivo del Derecho penal) (32), sino también un reactivo especialmente severo al que esta sociedad quiere renunciar: la pena criminal, el más radical de los medios de intervención del Estado contra el individuo.

2. Los Tribunales de justicia actúan hoy bajo la influencia de una gran saturación de asuntos. El deseo de evitar esta situación, junto a la escasa cuantía del daño producido, ha hecho pensar en los últimos tiempos la conveniencia de despenalizar determinadas conductas en el ámbito de la delincuencia patrimonial (33). A esta

(32) Cfr. CUELLO, *La definición de "criminalidad". Competencias del Derecho penal y de las Ciencias sociales*, Cuadernos de Política Criminal (CPCr.) 1981 (en prensa).

(33) A esta tendencia responde el *Entwurf eines Gesetzes gegen Ladendiebstahl (AE-GLD)*, elaborado por ARZT y otros, Tübingen 1974, en la República Federal de Alemania. En la reforma del Derecho penal español en ciernes no se ha planteado esta cuestión. Diego-Manuel LUZÓN PEÑA, nota a pie de página 135 de su traducción de *Cambio en la Ciencia*

finalidad primariamente *pragmática*, de permitir que los Tribunales de la justicia penal dispongan del tiempo suficiente para dedicarlo a asuntos realmente relevantes, se han añadido voces que, dando un paso más, ven en esta política criminal una buena fórmula para eludir el Derecho penal y su sistema especialmente severo de sanciones, sustituyéndolo por sanciones administrativas o, incluso, un mero resarcimiento patrimonial civil, mucho más adecuado a la escasa gravedad de la conducta (34).

En esta ocasión no vamos a ocuparnos del último argumento expuesto: ¿En qué medida determina la cuantía de lo sustraído un cambio cualitativo si la gravedad de la conducta es la misma? Sí nos interesa ahora, sin embargo, el argumento sobre las cualidades de unas y otras sanciones —penales por un lado y administrativas y civiles por otro—, para poner de relieve que *no siempre la sanción penal es la más severa* y que el Derecho penal y sus sanciones debe ser contemplado en el contexto total del ordenamiento jurídico, única manera de comprobar qué funciones corresponden a uno y otro sector.

Antes de pedir una desincriminación de las llamadas «baga-telas», llevándolas quizá como Código de faltas al terreno de la infracciones administrativas sin más (35), hay que reflexionar sobre los efectos que se van a derivar del tratamiento de estos delitos sin las garantías del Derecho penal.

En ese Código de faltas administrativizado, por ejemplo, el principio de culpabilidad no jugaría papel alguno en un proceso sumario guiado por la idea de rapidez y simplicidad; la prueba y, por tanto, la posición del acusado se verían muy debilitadas en lo que a garantías jurídicas se refiere. El subnormal que ha subido al autobús sin pagar o se ha apoderado de algún objeto en unos grandes almacenes sería castigado con la sanción pecuniaria correspondiente, sanción que en el ámbito del Derecho penal jamás podrá recaer sobre él.

Estas son consecuencias que hay que prever antes de acometer una reforma encaminada sin más a la desincriminación, pues de otra manera no existe garantía de política criminal racional. Si se atiende al valor de lo sustraído, con criterio cuantitativo, a efectos de la administrativación, no habrá forma humana de po-

del Derecho penal, en Claus ROXIN, *Iniciación al Derecho penal de hoy* (trad. y notas de F. Muñoz Conde y D. M. Luzón Peña), Sevilla 1981, pone de relieve lo poco que ha preocupado a los autores del Proyecto de CP 1980 el problema de las «baga-telas».

(34) Este punto de vista está latente a lo largo de toda la obra de Dieter RÖSSNER, *Bagatelldiebstahl und Verbrechenskontrolle*, Frankfurt 1976, especialmente pgs. 198-215.

(35) Cfr. Wolfgang NAUCKE, *Empfiehl es sich, in bestimmten Bereichen der kleinen Eigentums —und Vermögenskriminalität, insbesondere des Ladendiebstahl, die strafrechtlichen Sanktionen durch andere, zum Beispiel zivilrechtliche Sanktionen abzulösen, gegebenenfalls durch welche?*, en Verhandlungen des einundfünfzigsten deutschen Juristentages, München 1976, pgs. 76-119.

der contemplar las peculiaridades del caso. Cuando tratamos de abandonar el sistema de sanciones de nuestro Código penal, basado en criterios rigurosamente cuantitativos para pasar de una pena a otra, sería dar un paso atrás seguir tal sistema como criterio de conversión del delito en falta o infracción administrativa (36).

Por otra parte, ya hemos visto que el Derecho penal y el civil se «tocan» por más de un punto. En este sentido, creo puede hablarse de una «Función de política criminal a través del Derecho civil». Queda por ver si tal política criminal es correcta. Esta quedaría refrendada si en el ámbito de los ataques al patrimonio de escasa cuantía constitutivos de delito se diese preferencia al Derecho civil sobre el Derecho penal a la hora de intervenir. Pero, ¿qué razones hay para ello? La razón fundamental es recusable: La privatización del individuo. El autor de la infracción se convierte en objeto de más o menos valor sobre el que su «víctima» podrá disponer según su capacidad económica. La jurisdicción penal, entonces, no desaparece sino que se privatiza; y el Derecho civil es utilizado para realizar reivindicaciones penales «individuales». En lugar del juez penal, surge el «mercader de Venecia» o el «cadí» que administraba justicia «a su manera». Un pobre balance que indudablemente no es solución al gran problema planteado. Las actuales garantías del ordenamiento penal también desaparecen con la solución civilista.

No se trata de negar el problema: es necesario evitar la inflación del Derecho penal. Tampoco de proponer aquí una solución: quizá un proceso penal que, salvando las garantías penales, permita una mayor aceleración de los asuntos (37). Pero todo ello sin desincriminar. Si no podemos establecer un límite cuantitativo entre el delito y la bagatela, no podemos destipificar. Y ello por dos razones. La primera ya la hemos examinado: el tratamiento administrativo y civil de la cuestión puede implicar un control mayor y menor diferenciado que el control propiamente penal. La sanción penal, entonces, es menos *represiva* que la administrativa o civil; el intervencionismo, por lo menos el mismo. Esta tendencia del Derecho penal no es, desde luego, una liberal (38); determinadas medidas no penales pueden ser menos liberales que las sanciones auténticamente penales.

Más importante es la segunda razón. En el fondo de toda esta cuestión está el rechazo del Derecho penal. Mientras se siga viendo en el Derecho penal el «maximum» de intervención del Estado en

(36) El sistema de determinación y medición de penas del PCP 80 sí supone una importante reforma de nuestro Derecho penal (cfr. el título III del libro I del Proyecto).

(37) En este sentido apunta la propuesta de NAUCKE. *Eigentums— und Vermögenskriminalität*, pgs. 109-118.

(38) Cfr. NAUCKE, *Tendenzen in der Strafrechtsentwicklung*, Karlsruhe 1975.

la esfera del individuo, inconscientemente quizá, estaremos abocados a aceptar indiscriminadamente cualquier alternativa no penal. Los resultados, ya hemos visto algunos, pueden ser contrarios a los deseados. Naucke (39), ha rechazado, en relación con todo este problema, el argumento del «Derecho penal nuclear», argumento que parece decisivo.

La primera objeción de Naucke a este respecto es que tal «Kernstrafrecht» no está definido con perfiles precisos. Esto no es cierto; y, aunque lo fuere, no pondría de relieve sino la necesidad de definirlo. En cualquier caso, el hurto y la estafa —que son las figuras cuya despenalización más se cuestiona— pertenecen sin duda al «Derecho penal clásico» o «nuclear». En el fondo de la cuestión, como señalábamos al principio, late el problema del Derecho penal. El error de Naucke es pensar que las sanciones penales administrativas y civiles son intercambiables en función de la finalidad resocializadora pretendida por el Derecho penal de hoy. Pero, si tales reactivos jurídicos de tan distinta naturaleza fuesen intercambiables con la facilidad que supone Naucke sobraría esta polémica. Si hay polémica es porque la cuestión no es tan simple. Y el Derecho penal, desgraciadamente, no cumple fundamentalmente en nuestra sociedad una finalidad resocializadora. Si así fuese, sobraría el Derecho penal (40).

El Derecho penal es el Derecho sancionador de los ataques más graves contra los Bienes jurídicos más importantes de la sociedad. Por eso, la pena —su consecuencia— está adornada de ciertos caracteres que permiten recordarnos que se impone a conductas muy gravemente atentatorias contra la vida colectiva. Si consta la importancia del Bien jurídico y la gravedad de la conducta, el resultado —medido con criterios cuantitativos—, por muy relevante que pueda ser, no va a alcanzar a anular el «desvalor acción lesivo del Bien jurídico» que sin duda se mantiene —al menos en lo que respecta a la función de «definición de la criminalidad» que el Derecho penal cumple— (41). De aquí se deduce también que los distintos reactivos jurídicos no pueden ser desconectados de sus presupuestos penal, administrativo o civil, pues también ellos determinan la función de definición del injusto penal, administrativo o civil que cada rama del ordenamiento jurídico debe cumplir —y no son intercambiables.

3. Con todo, todavía no hemos aludido al problema más grave en torno al Bien jurídico. Si nos fijamos bien en las cuestiones que hoy preocupan a la doctrina, veremos que son aquéllas que

(39) NAUCKE, *Eigentums- und Vermögenskriminalität*, pg. 88.

(40) Cfr. mi recensión a la obra de Armin KAUFMANN, *Teoría de las Normas. Fundamentos de la Dogmática penal moderna* (trad. E. Bacigalupo y E. Garzón Valdés), Buenos Aires 1977, en ADP 1981 (en prensa).

(41) Cfr. mi *Definición de "criminalidad"* ("Introducción").

obligan a ver al Bien jurídico como algo no estático, como una realidad social que se modifica constantemente.

Un buen ejemplo de lo que decimos nos lo ofrece la protección penal de la vida e integridad de las personas. En la despenalización del aborto o de la eutanasia, por aludir a algún supuesto de este ámbito, se ha querido ver un gran desprecio hacia la vida humana; y se formulan preguntas como las siguientes: ¿De qué sirven los grandes adelantos que la sociedad ha experimentado si se traducen en sufrimiento humano? ¿Cómo aceptar los grandes experimentos científicos de tipo médico o energético si pasan por la más despiadada manipulación del hombre en el laboratorio o a través del medio ambiente? ¿Cómo vamos a tolerar los grandes descubrimientos que llevan implícito la puesta en peligro de Bienes más inmediatos como la vida o la integridad de las personas?

O, trasladados al ámbito de lo patrimonial, ¿qué sentido tiene perseguir con instrumentos penales los pequeños ataques contra el patrimonio ajeno cuando permanecen impune conductas de los grandes monopolios económicos que realmente pueden desequilibrar gravemente el conjunto de la economía nacional? (42), etcétera, etcétera.

Pues bien, estos planteamientos no son correctos o, al menos, no lo son del todo. En primer lugar, no es cierto que pretensiones como las de desincriminar el aborto o la eutanasia signifiquen un alto desprecio hacia la vida. Así, por ejemplo, nadie ha postulado que un aborto realizado sin la voluntad de la mujer represente sólo un delito de lesiones, o que pueda practicarse la eutanasia de enfermos mentales o ancianos (no tenemos en cuenta, claro, el terror nazi). Lo que realmente está en juego es el eterno conflicto entre la *cantidad* y la *calidad* de vida (43) y, al menos, debe concederse que el hombre aspire a vivir mejor. Por eso surge el conflicto, porque entran en colisión Bienes, ambos, que interesa proteger en esta sociedad —el de la calidad y la cantidad de vida—. Y resultaría de un gran cinismo exigir al individuo que respete la cantidad de vida cuando esta sociedad le niega lo que debía ser su meta principal: una vida digna y auténticamente humana. Ello, por supuesto, no quiere hacer suponer la negación del Bien jurídico inherente a la cantidad de vida. Del mismo modo, el respeto a una muerte digna no quiere ocultar los peligros, ciertos, de ma-

(42) Así, la crítica de Angel de SOLA DUEÑAS, *Desarrollo democrático y alternativas político-criminales*, en "Sociedad y delito" (ed. por C. Viladàs Jenè), Barcelona 1980, pgs. 217-242. Si con ello apunta el autor a una política criminal encaminada a hacer cambiar las estructuras socioeconómicas, hay que decir que esa nunca podrá ser tarea del Derecho penal.

(43) Albin ESER, *Zwischen "Heiligkeit" und "Qualität" des Lebens. Zu Wandlungen im strafrechtlichen Lebensschutz*, en "Tradition und Fortschritt im Recht" (ed. J. Gernhuber), Tübingen 1977, pgs. 377-414.

nipulación a que puede prestarse una destipificación sin control de la eutanasia (44).

El problema es grave, y de difícil solución. Aquí no podemos proporcionar soluciones —sencillamente porque no las tenemos. Lo que sí está claro es que, al menos, debemos tomar conciencia del problema planteado, porque si no es así, entonces nunca podrá llegar a ser solucionado.

Sin embargo, la causa principal de la inflación del tema Bien jurídico protegido que se detecta en los últimos tiempos presenta otra fisonomía: la del descubrimiento de toda una superestructura que se superpone al núcleo de Bienes jurídicos del Derecho penal tradicional. Así, a las personas y sus bienes se superpone el medio ambiente, al patrimonio de la persona el orden socioeconómico, a la lesión o destrucción de la vida humana el peligro de lesión, etc. etc.

Esta problemática nos remite a la técnica de creación, configuración y conversión en mandatos y prohibiciones de hacer en Derecho penal, tema de cierta tradición dogmática.

Armin Kaufmann (45) ha expuesto la génesis de las normas de la mano de Binding. Lo primero es un *juicio de valor* sobre un determinado estado de cosas. Este juicio primario de valor *positivo* va acompañado, como segundo escalón, de la valoración positiva de lo que favorezca y negativo de lo que perjudique el mantenimiento de dicho estado. Por eso, todo lo que lesiona un Bien jurídico es valorado negativamente. A lo que, a su vez, se superpone un tercer y definitivo nivel, el de los ataques *dominables por el hombre* contra los Bienes jurídicos, auténticos objetos de prevención de los mandatos y prohibiciones jurídicas.

El estudio del Bien jurídico en Derecho penal, por tanto, es insuficiente si se limita al primer escalón (ni siquiera es suficiente tener en cuenta el segundo), pues lo decisivo es la protección por el Derecho penal de aquello que puede procurarse mediante el quehacer humano. Para no mezclar los planos, sin embargo, conviene que nos ocupemos en primer lugar de problemas que afectan a la descripción y valoración de los objetos en el primer escalón.

De la respuesta que demos a la pregunta sobre el objeto de la valoración en ámbitos de tanta actualidad como el medio ambiente, el orden socioeconómico o el bienestar humano, dependerá que podamos plantear o no una buena política del Bien jurídico. ¿No estamos inflando el Bien jurídico cuando estimamos que los bienes protegidos por el medio ambiente son los árboles, los cauces de los ríos, la atmósfera, etc.; y no el hombre y su integridad?

(44) Gerd GEILEN, *Euthanasie und Selbstbestimmung*, Tübingen 1975. Cfr., no obstante, Angel TORIO LÓPEZ, *Instigación y auxilio al suicidio, homicidio consentido y eutanasia como problemas legislativos*, en "Estudios penales y criminológicos IV" (ed. Fernández Albor), Santiago 1981, págs. 171-202.

(45) Armin KAUFMANN, *Teoría de las Normas*, págs. 90-97.

¿La propiedad y el patrimonio y no la infraestructura capitalista?
 ¿La vida y la integridad de las personas, y no las normas éticas que deben regir la actividad científica e investigadora?

La cuestión no es válida, como podría suponerse; pues, según la pregunta sea una u otra, la respuesta será: delitos de lesión con mandatos encaminados a preservar el estado protegido, constatación del nexo causal entre la acción y el resultado, etc.; o: delitos de peligro o desobediencia, sin necesidad de búsqueda de leyes de la naturaleza, etc. Y, sobre todo, lo que es más importante: constancia o no del Bien jurídico protegido.

Armin Kaufmann ha sostenido recientemente una idea realmente iluminadora que, sin embargo, no está exenta de ciertas reservas (46). Kaufmann se ha preguntado si podemos renunciar al dogma de la causalidad; y su respuesta afirmativa constituye para él un triunfo del Finalismo. En su contra hay que decir que no parece que debamos renunciar al dogma causal, pese a los poderosos impulsos que mueven a ello; y, por supuesto, el Finalismo no está aquí implicado. Desde Bacon, Locke y Hume hasta Russell, Ayer y Popper, la gran aportación del empirismo inglés al patrimonio intelectual universal es que todo conocimiento humano es un saber sobre *causas*. El hombre, entonces, con su saber causal domina los acontecimientos.

Ciertamente, la técnica, la industrialización y la ciencia, o la misma complejidad de la vida social, crean continuamente peligros de lesión cuyas leyes causales ignoramos (medicamentos, fuentes de energía, tráfico mercantil, etc.). La alternativa de Kaufmann es: puesto que la exigencia de una ley general no nos es asequible, renunciemos a la causalidad, prohibiendo conductas meramente peligrosas —entendidas no como delitos de peligro concreto (que también requieren de una ley de la causalidad), sino como delitos de *riesgo* (47).

La doctrina del injusto, sin embargo, como Kaufmann bien sabe, conecta con resultados a evitar. Por eso tiene buen cuidado en relacionar estos mandatos de evitar riesgos con un cuidado debido que sólo puede hacer referencia, a su vez, a «modi» ya acuñados sobre cómo comportarse en esos terrenos; es decir, con las normas que reglamentan una determinada actividad técnica, científica o investigadora. Y serán tipos de desobediencia, de peligro abstracto, donde el Bien jurídico protegido aparece a mucha distancia de lo que es auténtica *lesión del Bien jurídico*

(46) Armin KAUFMANN, *Sobre el estado de la doctrina del injusto personal* (trad. L. H. Schiffrin), *Doctrina penal* (4) 1975, pgs. 159-181, pgs. 178-181.

(47) KAUFMANN, *Injusto personal*, pg. 180.

Con lo cual estamos como al principio. Existen Bienes jurídicos, estados positivamente valorados, que interesa mantener. En torno a esos pocos Bienes jurídicos se construye un entramado de técnicas de protección donde la tangibilidad del Bien jurídico se volatiliza a medida que nos alejamos del núcleo de la protección: la consistente en procesos causales conocidos que lesionan el Bien jurídico.

Determinados abusos en el ejercicio de la función pública (Proyecto de 1980)

MARIA DOLORES FERNANDEZ RODRIGUEZ,
*Profesora Adjunta de Derecho penal
en la Universidad de Murcia*

Los artículos 464 y 465 del Proyecto de Ley Orgánica de Código penal de 1980 recogen, entre «los abusos en el ejercicio de la función pública» (sección 2.^a del capítulo IV del título X, «Delitos contra la Administración pública»), los «abusos contra la honestidad» tipificados en los artículos 383 y 384 del vigente texto punitivo.

El análisis y valoración de las modificaciones introducidas en este proyecto y su alcance es el objeto de estas notas.

En la regulación actual la ubicación de las figuras dentro «De los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos» y el epígrafe del capítulo VII que los contiene, «De los abusos contra la honestidad», iluminan ya los bienes jurídicos que en ellas se protegen: los deberes del servicio y la honestidad entendida como libertad sexual al igual que sucede en los abusos deshonestos del título IX. Un interés público y un interés individual son objeto de tutela jurídico-penal. El primero es el que tiene la Administración en que su gestión se lleve a cabo con la máxima corrección y que se traduce en la obligación que todos los funcionarios tienen de cumplir escrupulosamente los deberes del servicio. El interés individual corresponde al derecho que tiene toda persona a manifestarse libremente y sin coacciones en el desarrollo de su vida sexual (1).

En el proyecto, la colocación sistemática de los preceptos entre los «abusos en el ejercicio de la función pública» adelanta únicamente el primero de estos bienes jurídicos y es la remisión a las penas del artículo 205 (que corresponde en el proyecto al estupro de prevalimiento), estipulada en el párrafo segundo del artículo 464, la que especifica la naturaleza de la solicitud y con ella la del segundo de los intereses amparados.

(1) Vid. M.^a D. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Los abusos contra la honestidad*, en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 5, 1978, págs. 53 y ss.

Esta modificación no plantea problemas a la hora de delimitar el contenido sustancial de estas figuras ya que, incluso haciendo abstracción de la aludida remisión punitiva, un estudio histórico de los tipos iluminaría su pluriobjetividad. Si hacemos alusión a ella es, simplemente, para poner de relieve que si bien la nueva ubicación dentro «De los delitos contra la Administración pública» es plausible, por el contrario, la eliminación de la rúbrica que precisaba su esencia empaña su interpretación —siquiera sea gramatical— en una primera lectura.

Sin duda, la reforma más importante, común a ambos preceptos es la que afecta a la misma configuración de los delitos. Los «abusos contra la honestidad» se configuran en los artículos 383 y 384 del Código penal en vigor como delitos de mera actividad. En ellos la acción se colma y el delito se consuma con el mero hecho de solicitar ya que no exigen los tipos efectos posteriores. Es el desvalor del requerimiento efectuado en las circunstancias especificadas lo que origina la respuesta punitiva (2). Idénticos supuestos de consumación formal se contemplan asimismo en los artículos 464 y 465 del Proyecto de Código penal, pero en ellos adquiere también relieve la consumación material o agotamiento del delito al fundamentar las modalidades agravadas de los últimos párrafos de dichos preceptos. La evaluación de tal novedad se hará en el estudio de los tipos.

Otra modificación compartida por todas las figuras de los artículos 464 y 465 es la sustitución, en la referencia al sujeto pasivo del delito, del término «mujer» por el de «persona». Y es encomiable esta variación porque con ella se pone fin a la injusta discriminación sexual —ya denunciada por la doctrina (3)— que supone la actual exigencia biológica que permite que queden impunes los supuestos en que el destinatario de la solicitud es un varón.

El artículo 464 del Proyecto de Código penal precisa: «Será castigado con la pena de inhabilitación especial por tiempo de seis a diez años el funcionario público que solicitare a una persona que para sí misma o para su cónyuge, ascendiente, descendiente, hermano o afín en los mismos grados, tenga pretensiones pendientes de la resolución de aquél, o acerca de los cuales debiere evacuar informe o elevar consulta a su superior. Si la persona solicitada fuere menor de dieciocho años y hubiere accedido a la solicitud, se le impondrán además, las penas señaladas en el artículo 205».

El párrafo primero asume el contenido del vigente artículo 383 que únicamente se ha visto retocado por la ampliación, ya ponderada, del ámbito de sujetos pasivos y por una reducción, de doce a diez años, del tiempo máximo de la pena prevista de inhabilitación especial.

(2) En otras circunstancias o sin la cualidad personal del sujeto activo la conducta sería atípica. Vid. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Los abusos contra la honestidad*, cit., pág. 56.

(3) Vid. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Los abusos contra la honestidad*, cit., pág. 68.

Se mantiene el censurado y excesivo casuismo en la fijación del parentesco que debe existir entre la persona solicitada y la que tiene cuestiones pendientes de resolución por parte del funcionario, a pesar de que —como ya apuntó Quintano Ripollés (4)— deja fuera del tipo eventualidades no menos eficaces e inmorales en las que el vínculo con el sujeto pasivo es afectivo y no parental.

Hay que resaltar la curiosa coincidencia de que las únicas tres enmiendas que a este precepto se presentaron en el Congreso de los Diputados y que firmaron los Grupos Parlamentarios Socialista, Comunista y Centrista, se limiten exclusivamente a esta cuestión y concuerden, asimismo, en la propuesta de adición de un párrafo que amplíe el ámbito de posibles relaciones a personas allegadas afectivamente al sujeto pasivo, pero con el que no tienen ningún tipo de parentesco (5).

Todas estas puntualizaciones que desde un punto de vista técnico tienen razón de ser hechas, pierden su sentido en la práctica al ser este primer párrafo rechazable en su totalidad.

Actualmente los «abusos contra la honestidad» aparecen configurados como delitos mixtos ya que a la vez que se lesiona uno de los intereses protegidos se pone en peligro el otro. Son delitos de lesión porque el interés de la Administración en que su gestión se lleve a cabo escrupulosamente se vulnera efectivamente con el quebrantamiento de los deberes del servicio que la solicitud tipificada significa. Son delitos de peligro en cuanto la mera solicitud, al ser formulada por un funcionario público a mujer que se encuentra en la situación de dependencia tipificada, conlleva una carga intimidante que favorece la posible lesión a la libertad sexual de la solicitada, puesto que el requerimiento es apto para desencadenar

(4) Cfr. A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso de Derecho penal*, II, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1963, págs. 561 y s.

(5) El *Grupo Parlamentario Socialista* del Congreso, en la Enmienda núm. 650, propone la adición, tras la expresión “en los mismos grados”, del párrafo “u otra persona con la que tenga una relación de afectividad análoga”. La base de esta enmienda es “considerar este tipo de relaciones del mismo carácter que las contempladas por el proyecto”, incorporación propugnada también en la Enmienda núm. 651 presentada al art. 465.

La anexión defendida por el *Grupo Parlamentario Comunista* del Congreso en la Enmienda núm. 1.186 es prácticamente idéntica: “o persona con quien mantenga estrechos vínculos afectivos”. Semejante, aunque más explícita, es la motivación: “Parece conveniente —razona este Grupo Parlamentario— aumentar el círculo de posibles relaciones a aquellas personas que, aunque no tengan una relación parental (en sentido legal) con el solicitado, sí mantengan unos vínculos afectivos que en determinados momentos pueden ser más estrechos que los derivados por el parentesco”.

La Enmienda núm. 1.382, presentada por el *Grupo Parlamentario Centrista* del Congreso, incide en el mismo criterio y añade al círculo parental la referencia a “persona íntimamente allegada”. Esta adición —argumenta— “soluciona los problemas derivados de relaciones tales como noviazgo, amistad íntima o relaciones amorosas estables y continuadas”.

el efecto lesivo. «Precisamente por la especial situación de la víctima que mediatiza su libertad sexual, la frontera de la tutela penal se adelanta a la tentativa proporcionando mayor protección a quien es más vulnerable» (6). Ahora bien, la anticipación de la barrera punitiva en la protección de la libertad sexual es precisamente —como ya puse de relieve en otro trabajo (7)— la causa de que la operatividad de los actuales preceptos sea nula. La extraordinaria dificultad probatoria de estas infracciones, derivada de su peculiar naturaleza, ha sido el motivo de que estos delitos no hayan tenido reflejo jurisprudencial durante más de siglo y medio de tipificación legal (8).

¿Por qué se ha reproducido, pues, en este primer párrafo la actual configuración en idénticos términos de constatada ineficacia? ¿Acaso el nuevo párrafo añadido supone una tan trascendental mejora que puede paliar semejante torpeza legislativa? Veamos:

Recordemos que el segundo y último párrafo de este artículo 464 dispone que «si la persona solicitada fuere menor de dieciocho años y hubiere accedido a la solicitud, se le impondrán, además, las penas señaladas en el artículo 205». Ya hemos señalado que es ésta la novedad de mayor alcance introducida en el Proyecto de Código penal relativa a los actualmente denominados «abusos contra la honestidad». Contempla el supuesto en el que el delito se agota con la consecución de los fines perseguidos por el autor con su acción; es decir, la obtención de la actividad sexual requerida. Se prevén para esta hipótesis, con carácter complementario, las penas señaladas en el artículo 205 que en el Proyecto de Código penal corresponden al delito de estupro de prevalimiento.

Con esta remisión se limita el contenido de la solicitud a la de yacimiento carnal en contra del criterio doctrinal mayoritario que le otorga un mayor alcance, comprensivo tanto de los requerimientos dirigidos al ayuntamiento carnal como de los encaminados a cualquier otra acción de naturaleza sexual.

El criterio restrictivo no tiene —como ya puso de relieve Ferrer Sama (9)— suficiente apoyo. El Código de 1822 equiparaba a efectos punitivos la solicitud y la seducción. A partir del Código de 1848 la conducta que persiste en el tipo es la de «solicitar». Entendiendo que el término «seducir» equivale a yacer, sostiene Puig Peña que

(6) Cfr. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Los abusos contra la honestidad*, cit., pág. 61.

(7) Vid. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Los abusos contra la honestidad*, cit., págs. 72 y s.

(8) Al tratar los delitos de «abusos contra la honestidad» tres sentencias del Tribunal Supremo se citan fundamentalmente: Sentencia de 15 de junio de 1923, Sentencia de 19 de noviembre de 1956 y Sentencia de 1 de julio de 1963. En mi trabajo, ya citado, *Los abusos contra la honestidad*, págs. 70 y ss., he puesto de relieve cómo ninguno de estos fallos de nuestro más alto Tribunal recae exactamente sobre la conducta típica, es decir, la mera solicitud de favores sexuales.

(9) Cfr. A. FERRER SAMA, *Comentarios al Código penal*, IV, Estades, Madrid 1956, pág. 57.

la expresión «solicitar» debe ser interpretada en idéntico sentido, o sea, en el de requerir yacimiento (10). Ahora bien, el hecho de que el Código de 1822 hiciera referencia al que «seduzca o solicite» no obliga, ni siquiera en la interpretación de aquel texto, a llegar a tal conclusión, pues «seducir» significa, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, «engañar con arte y maña» y aunque es cierto que usualmente se utiliza referido a actividades sexuales no necesariamente a la específica de la cópula carnal.

Otro de los argumentos esgrimidos por autores como Rodríguez Devesa y Muñoz Conde para defender la tesis de que «solicitar» supone en estas figuras delictivas proponer exclusivamente el acceso carnal es que los actuales artículos 383 y 384 aluden exclusivamente a la mujer como sujeto pasivo de los delitos en ellos descritos (11). Que la redacción actual de los tipos limite su estimación a los supuestos en que el destinatario de la solicitud sea una mujer, no abona, según mi criterio, ya expuesto en otra ocasión (12), la interpretación restrictiva, pues el hecho de que se solicite a una mujer no implica forzosamente que el requerimiento sea precisamente yacer, es más, ello sería imposible cuando el funcionario solicitante no fuera varón. Pero es que, además, es éste un argumento que decae automáticamente en la redacción de los artículos 464 y 465 del Proyecto, pues en ella, como ya subrayamos, se alude como sujeto pasivo del delito a «una persona» en vez de «a una mujer».

Es grave esta restricción del contenido de la solicitud porque deja fuera del tipo básico, y por ello impunes, demandas sexuales tanto o más reprochables que la de yacer.

En el supuesto agravado, por exigencias del tipo, el sujeto pasivo ha de ser menor de dieciocho años. Se supone que el legislador ha considerado coherente el mismo tope de edad que el del estupro de prevalimiento a cuyas penas se remite. Sin embargo, no creo que esté justificada tal hilación. En estas figuras, la edad del sujeto pasivo debe ser irrelevante porque lo que coarta la libertad sexual no es la falta de madurez o inexperiencia debida a los pocos años del sujeto pasivo, como sucede en el estupro, sino que el requerimiento típico de los «abusos contra la honestidad» atenta contra dicha libertad por la presión intimidante que tal solicitud conlleva al provenir de un funcionario público que, por su cargo, detenta poderes decisorios que afectan al sujeto pasivo. Y precisamente porque la persona solicitada es perfectamente consciente del al-

(10) Como ya tuve ocasión de poner de relieve (*Los abusos contra la honestidad*, cit., pág. 57, nota 25), la tesis restringida mantenida por este autor se basa en un error del penalista acerca de la fórmula alternativa de nuestro primer Texto punitivo.

(11) Cfr. J. M.^a RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español*, Parte especial, 8.^a edición, Madrid 1980, pág. 1116; F. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal*, Parte especial, 2.^a edición, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1976, pág. 678.

(12) Cfr. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Los abusos contra la honestidad*, cit., pág. 58.

cance de su decisión se verá obligada, por lo menos, a plantearse la alternativa de ejercer o no su derecho a la libertad sexual y, por tanto, de rechazar o acceder a la solicitud. Derecho que no dudaría en ejercitar sin tales condicionamientos.

Se admita o no esta tesis otra cuestión sorprende aún más la atención y es que en el tipo básico no se hace referencia a edad alguna. ¿Cómo se puede justificar tan grave incongruencia? Por una parte se considera que la libertad sexual es un bien jurídico que, en las situaciones tipificadas, puede peligrar a cualquier edad y por otra se estima que la lesión del mismo bien sólo es posible mientras el sujeto pasivo no rebase la edad de dieciocho años. Es decir, se admite la idoneidad de la acción para hacer peligrar un bien jurídico, con una presunción —además— *iuris et de iure*, y cuando este peligro se llega a plasmar en un efectivo perjuicio —que pone de manifiesto que la presunción de peligro estaba justificada— el legislador inexplicablemente expulsa del ámbito de protección a los titulares del mismo bien jurídico o que sobrepasen un tope de edad inexistente en el tipo básico. Y es incuestionable que si las personas solicitadas mayores de dieciocho años pueden sentirse atacadas por una conducta que arriesga un bien jurídico del que son titulares, son susceptibles también de llegar a ser verdaderamente lesionadas por ella.

¿Qué solución podría arbitrarse entonces para evitar la impunidad de estos supuestos en los que la persona solicitada que accede a la petición del funcionario —que, como ya he señalado, por la obligada remisión al artículo 205 ha de ser de yacimiento— es mayor de dieciocho años?

En otro lugar (13) he mantenido la tesis de que la redacción actual de los artículos 383 y 384 permite apreciar en algunos supuestos el delito de violación. Naturalmente el planteamiento no era si una solicitud, del tenor de las tipificadas en dichos preceptos, cuando es explícitamente amenazadora y causa del yacimiento constituye el delito de violación intimidante, lo cual es evidente siempre que el mal con que se amenace sea grave y eficaz. Lo que se cuestionaba era si es posible apreciar violación por considerar que el requerimiento, al efectuarse por un funcionario respecto del cual la persona solicitada depende directa o indirectamente, genera la intimidación propia de la violación del artículo 429-1.º. Subrayaba allí que, sin pensar en supuestos límite, como sería la hipótesis en la que el sujeto activo fuera el juez de cuya decisión dependiera la libertad o incluso la vida de la persona solicitada o de sus parientes, no había que olvidar que «es reiterada jurisprudencia que la intimidación propia del delito de violación no precisa ser de naturaleza invencible, sino simplemente eficaz en la ocasión concreta».

¿Se podría acudir a esta figura delictiva para corregir el impu-

(13) Cfr. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Los abusos contra la honestidad*, cit., págs. 64 y s.

nismo determinado por la incorrecta configuración del tipo agravado del artículo 464?

Esta solución no es viable desde el momento en que el artículo 464-2.º es obligada la remisión a las penas del estupro de prevalimiento y con ella se veta la posibilidad de apreciar violación en los supuestos en que el sujeto pasivo es menor de dieciocho años. Y no pretendemos imitar la incongruencia legislativa que criticamos admitiendo la posibilidad de apreciar violación en los supuestos en los que el sujeto pasivo es mayor de dieciocho años, y rechazándola si no los ha cumplido.

El artículo 465 del Proyecto recoge supuestos cualificados en los que el sujeto activo es un funcionario penitenciario. Dispone este precepto: «El funcionario penitenciario que solicitare a una persona sujeta a su guarda será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años e inhabilitación especial por tiempo de ocho a doce años. En las mismas penas incurrirá cuando la persona solicitada fuere cónyuge, ascendiente, descendiente, hermano o afín en los mismos grados de personas que tuviera bajo su guarda. Estas penas se impondrán en su mitad superior si aquélla fuere menor de dieciocho años y hubiere accedido a la solicitud».

Como en el artículo precedente se configura también un tipo básico, que corresponde al supuesto de consumación formal y que hoy se contempla en el artículo 384 del Código penal, y un tipo cualificado que implica el agotamiento del delito.

El tipo básico ha sufrido dos pequeñas modificaciones respecto al actual artículo 384: una que afecta a la pena que se agrava lentamente por el incremento de los límites mínimos de duración de las sanciones previstas y otra por la que se vuelve a incluir en la enumeración parental a los ascendientes de la persona solicitada (14).

El tipo agravado lo constituye, como sucede en el artículo 464, el supuesto de consumación material del delito. La agravación de las penas se lleva a cabo sobre las previstas en el tipo básico, estimulándose una elevación de las mismas en su mitad superior.

Son reproducibles con relación a este precepto las críticas dirigidas al artículo precedente, tanto las que se refieren a la reproducción del tipo básico en su inoperante configuración como las dirigidas al injustificable tope cronológico del tipo agravado.

¿A qué conclusión hemos de llegar después de este sucinto análisis de los tipos recogidos en los artículos 464 y 465 del Proyecto de Código penal de 1980? Lamentablemente hay que afirmar que el texto del Proyecto, haciendo excepción de la ampliación de los

(14) Ya GROIZARD y LANGLE habían denunciado la ausencia en el Código de 1870 de la referencia a la madre de la solicitada (Cfr. A. GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, *El Código penal de 1870, concordado y comentado*. IV, Esteban Hermanos, Salamanca 1891, pág. 223; E. LANGLE RUBIO, *Código penal de 17 de junio de 1870*, Reus, Madrid 1915, página 445). El Código de 1928 corrigió tal omisión que volvió a patentizarse a partir del Código de 1932.

sujetos pasivos y del ámbito parental, es sensiblemente peor que el vigente, pues no sólo no consigue remediar la inoperatividad de los tipos actuales, sino que crea, además, como ya he subrayado, nuevas situaciones de injusticia material al incorporar los supuestos agravados. Nos encontramos, en mi opinión, ante otra de las previsibles torpezas legislativas deslizadas en el Derecho positivo español, en el supuesto de que ante nuestras Cámaras legislativas prospere, en la materia, la mediocre solución ofrecida por el Proyecto de Código penal de 1980.

El delito de aborto consentido, a la luz de las legislaciones actuales

Por AURORA GARCIA VITORIA,
Profesora de Derecho penal, Granada

Un tema tan candente como es el aborto, del que tanto se ha hablado, bien merece, a ojos del investigador, ser examinado desde una perspectiva comparatista; y esto, porque actualmente el Derecho comparado es un instrumento del que no puede prescindir quien emprenda seriamente la tarea de estudiar alguna materia científica, ya que las respuestas ofrecidas por los ordenamientos extranjeros, sirven para ampliar el horizonte del tratamiento que deben recibir los problemas suscitados; y porque estas mismas respuestas suelen significar unas veces los puntos de partida para orientar la búsqueda de resultados exactos, y en otras, vienen a ofrecernos dichas soluciones, ya acordadas con las metas que pretendía la investigación.

Por ello, suscribimos plenamente las atinadas palabras del profesor Sáinz Cantero: «el conocimiento de la legislación penal comparada es un poderoso instrumento para el conocimiento, interpretación y sistematización del ordenamiento jurídico vigente» (1).

Considerando estas premisas y acuciados por la necesidad de emplear un método asequible en la realización de la tarea que nos hemos propuesto, distinguiremos varios grupos de diferentes ordenamientos jurídicos penales que regulen este delito, con el mayor número posible de trazos comunes entre sí.

Con tal motivo, y comenzando por los más cercanos a nuestro ámbito cultural, examinaremos en primer lugar los sistemas romanistas.

I.—SISTEMAS ROMANISTAS

Según Fernández Albor son aquéllos que rigen actualmente en Europa, y que presentan como característica más importante su ensamblamiento en la técnica de la codificación (2), lo que simplifica el trasvase de elementos jurídicos de unos Códigos a otros, ya que la

(1) SÁINZ CANTERO, José Antonio, *Memoria sobre el concepto, método y fuentes del Derecho penal*, Granada, 1959, inédita, pág. 128.

(2) FERNÁNDEZ ALBOR, Agustín, *Aportación al estudio comparado de los sistemas penales europeos*, A.D.P., 1966, pág. 44

disparidad que puedan ofrecer, según su carácter social, religioso, político, etc., es exigua en comparación con la similitud que los hace afines.

Bajo tales directrices vamos a estudiar:

A) Los *Códigos europeos* más interesantes, bien sea por la extensión de su radio de incidencia positiva, o por haber servido de modelo a otros ordenamientos jurídico-penales.

1. *Código penal de Alemania*: Recientemente, y con respecto al delito que tratamos, su legislación ha quedado sustancialmente modificada por la llamada Quinta Ley de Reforma, de 18 de junio de 1974, en que cristalizó el Proyecto presentado por el Gobierno para la supresión del castigo del aborto en los tres primeros meses de embarazo en 5 de junio de 1974. Su aprobación suscitó encendidas polémicas, por entender que atentaba indiscriminadamente contra el derecho del feto a la vida, lo que motivó un recurso ante el Tribunal Supremo para declararla anticonstitucional, que fue aceptado, según dictamen de 28 de febrero de 1975. Por lo que, y mientras se prepara un nuevo texto, vuelve a castigarse su comisión, fuera de las indicaciones médica, ética, social y eugenésica, contempladas con bastante amplitud, según disposición de 18 de mayo de 1976, cuyo principal párrafo, el 218, castiga a quienes procedan en la forma antes señalada, y en especial si se actúa contra la voluntad de la embarazada, o se pone su vida en peligro por causa de una intervención imperita. La tentativa, excepto la de la propia mujer, es punible (3).

Este Código presenta grandes diferencias con el español, siendo a nuestro juicio más destacables, el reconocimiento de las mencionadas indicaciones, la suavidad de las penas y el hecho de que no se sancione la tentativa de autoaborto.

2. *Código penal de Francia*: Antes de su actual redacción, el artículo 317, del que los textos punitivos de Mónaco, Haití y El Salvador son una transcripción literal, castigaba con severidad el aborto, exceptuando el terapéutico.

Pero la Ley de 17 de enero de 1975, a la que previamente la Sentencia 15 de enero de 1975 había declarado conforme a la Constitución (4), dejó en suspenso la vigencia de este artículo, por un período de cinco años.

Dicha regulación fue definitivamente consolidada, por 271 votos a favor y 201 en contra, en la Asamblea de Diputados, el 1 de enero

(3) Ver contenido de la 5.^a Ley de Reforma del Código penal alemán, en: *L'aborto nelle sentenze delle Corti Costituzionali*, Milano, 1976, págs. 182 y ss. (en alemán) y 250 y ss. (en italiano); asimismo puede consultarse el texto de la Sentencia 28 de febrero de 1975, págs. 315 y ss. (alemán) y 320 y ss. (italiano).

Ver comentarios a esta Ley en ROXIN, Klaus, *Problemas básicos del Derecho penal*, Madrid, 1976, págs. 71 y ss.; ARTZ, Günter, *Strafgesetzbuch*, B. T. En el libro "Delikte gegen die Person", Bielefeld, 1977, páginas 116 y ss.; BLEI, Hermann, *Strafrecht II*. B. T., 10.^a Auflage, München, 1976, págs. 30 y ss.

(4) Ver texto de la Sentencia de 15 de enero de 1975, en *L'aborto nelle...*, cit. págs. 117 y 118.

de 1979. En ella se otorga el derecho a abortar a la mujer que, antes de la décima semana de embarazo, o en cualquier momento, si una causa grave surgiera posteriormente, encuentre su vida o salud en peligro; o exista un serio riesgo de que el feto sufra una enfermedad reconocida como incurable, en el momento del diagnóstico.

Antes de que esta facultad le sea concedida, la madre debe acudir a un médico y exponerle su caso, y el facultativo debe informarla de cuantas posibilidades haya de evitar la interrupción del embarazo y de recibir ayuda. Caso de que la mujer persista en su decisión, el médico, si procede, debe autorizar la intervención. Incluso puede él realizarla, siempre que haya otro informe previo de dos facultativos distintos, y la operación se efectúe en un hospital autorizado y cumpliéndose los requisitos legales.

Con referencia a nuestro Código, la mayor disparidad reside en el reconocimiento expreso de las indicaciones médica y eugenésica, y en la escasa rigurosidad de las sanciones para quienes contravengan las disposiciones legales, y practiquen indebidamente abortos. En cuanto a las semejanzas, es de señalar la incriminación de la tentativa, y la agravación de las penas para los médicos culpables de aborto (5).

3. *Código penal de Italia*: En términos semejantes sobre las similitudes y desigualdades con nuestro Código, puede hablarse de la nueva regulación que otorga el derecho al aborto, por Ley 22 de mayo de 1978, número 194, la cual modifica y deroga los antiguos artículos 545 a 551, que también punían con rigor este delito, salvo el practicado por indicación médica, ya que entonces no se consideraba como tal.

Su necesidad se vio evidenciada por la tragedia ocurrida en Seveso, a causa de las emanaciones venenosas de un gas, que la fábrica «Icme-sa» dejó escapar accidentalmente.

La mencionada Ley, y tras algunas vicisitudes que incluso suspendieron su vigencia, pasó a convertirse en la nueva regulación del aborto, con fecha 22 de mayo de 1978; y que tras previo referéndum, celebrado el 24 de mayo de 1981, ha sido nuevamente mantenida con la misma redacción (6).

Con relación a nuestro texto punitivo, destacamos como de mayor interés el reconocimiento expreso de las indicaciones médica, eugenésica, ética y social; la cuidadosa reglamentación de la objeción de conciencia por parte del personal sanitario; el castigo del aborto ilegal, aunque sea consentido, y especialmente si de resultas, la madre muere o queda lesionada.

4. *Código penal de Suiza*: Castiga cualquier aborto que no sea

(5) Entre los comentaristas a la moderna legislación francesa: LARGUIER, Jean, *Droit Pénal Spécial*, París, 1975, págs. 13 y ss.; VERON, Michel, *Droit Pénal Spécial*, París, 1976, págs. 16 y ss.; VOUIIN, Robert y RASSAT, Michel-Laure, *Droit Pénal Spécial*, tomo I, 4.^a ed., París, 1976, págs. 217 y ss.

(6) Puede consultarse al respecto: CASINI, Carlo y CIERI, Francesco, *La nuova disciplina dell'aborto*, Padova, 1978, que recoge y comenta dicha ley italiana.

el terapéutico, en los artículos 118 y 119, regulando éste en términos que aparentan una mayor circunscripción que el estado de necesidad, recogido en su artículo 34; sin embargo, en la praxis su aplicación es muy flexible, a causa de la ambigüedad del vocablo «peligro» para la salud física o psíquica», lo que ha posibilitado que otros abortos no estrictamente médicos se acepten también. De cualquier forma, está prevista una cláusula de libre atenuación de la pena para cuando el juez estime que las circunstancias lo aconsejan, artículo 120, contribuyendo esto a evitar el peligro de sanciones rigurosas en este delito (7).

Los principales puntos de contacto con nuestra legislación residen en el castigo de la madre que realiza su propio aborto, artículo 118, según nuestro artículo 413; y en el aumento de la penalidad establecida para quienes se dediquen habitualmente a estas prácticas, si bien en condiciones que encontramos más restringidas que nuestro artículo 415, puesto que aquí se sanciona la habitualidad, sin que resulte imprescindible que el causante sea un profesional de estas prácticas, mientras que en el Código suizo se castiga solamente cuando se presenta dicha situación, según artículo 119.

5. *Código penal de Dinamarca*: Según Ley de 23 de mayo de 1973 ha quedado destipificado el aborto voluntario, en las primeras doce semanas de gestación (8).

(7) Entre los comentaristas suizos, la mayoría de los cuales señalan estas características, y para tener un mejor conocimiento de la actual situación en Suiza y de los resultados obtenidos hasta el presente, ver: GEISENDORF, William, *Le problème de l'avortement légal à Genève dès 1953*, "Rev. Int. de Crim. et Polc. Techn", 1973, págs. 203 y ss.; SEGOND, Guy-Olivier, *Vers un nouveau droit de l'avortement en Suisse*. En el mismo número págs. 388 y ss.; KELLERHALLS, Jean, "Rev. Int. de Crim. et Polc. Tecn", 1974, págs. 331 y ss., *L'avortement dans la société d'abondance: essai de sociologie du droit*; HAGMANN, Hermann-Michel, *Avortement et démographie*. En el mismo número, págs. 385 y ss.; SCHULTZ, Hans, *La réforme du droit pénal suisse en matière d'interruption de la grossesse. Méthode législative et résultats*, "Rev. de Sc. Crim. et Dr. Pen. Comp.", 1974, págs. 249 y ss.; GRAVEN, Jean, *El problema jurídico del aborto y su solución en el Código penal suizo*, A.D.P., 1954, págs. 20 y ss.; SCHWANDER, Vital, *Les infractions contre la famille et la moralité sexuelle en droit suisse*, "Rev. Int. de Droit Pen.". IX Congreso Internacional de Derecho Penal, del 28 de agosto, celebrado en La Haya, París, 1965, pág. 979; HAFTER, Ernst, *Sweizerisches Strafrecht*. B.T., Bern., 1937, pág. 82; STRATENWERTH, Günter, *Schweizerisches Strafrecht*, B. T., Bern., 1973, págs. 45 y ss.

(8) Datos extraídos de: HUERTA TOCILDO, Susana, *Aborto con resultado de muerte o lesiones graves*, Madrid, 1977, pág. 13; SCHROEDER, Friedrich-Christian, *Abtreibung. Reform des 218*, Berlín, 1972, pág. 143; HEISS, Herbert, *Die Abortsituation in Europa und aussereuropäischen Ländern*, Stuttgart, 1967, págs. 43 y ss.; STRAHL, Yvar, *Les infractions*, en el libro "Droit Pénal des Pays Scandinaves", París, 1969, págs. 73 y ss.; LANDROVE Dfáz, Gerardo, *Política criminal del aborto*, Barcelona, 1976, pág. 52; del mismo autor, *Voluntaria interrupción del embarazo y Derecho penal*. "Cuadernos de Política Criminal", 1980, núm. 10, página 77.

6. *Código penal de Finlandia*: Legaliza también el aborto voluntario dentro de las dieciséis primeras semanas de ambarazo, a partir del año 1970 (9).

7. *Código penal de Islandia*: Determina por Ley 12 de febrero de 1940, el castigo para la mujer que cause su aborto o lo consienta, a menos que concurren circunstancias particularmente atenuantes, que pueden suponer la absolución.

La mayor sanción se prevé para quienes causan el aborto ilícitamente, con ánimo de lucrarse por ello, y si la vida de la madre se pone en peligro por causa de maniobras imperitas; o si se practica contra o sin su consentimiento, según el artículo 216. El aborto legal se regula con amplios límites, ya que se recogen, bajo la fórmula genérica del aborto terapéutico, las conocidas cuatro indicaciones (10).

8. *Código penal de Noruega*: Regula el aborto por Ley 11 de noviembre de 1960, castigando a quienes realicen abortos ilegales; y especialmente si son reincidentes; si poseen ánimo de beneficiarse ilícitamente al realizar tales prácticas; o si se efectúa contra o sin el consentimiento materno. La pena es severísima si la madre muere.

También es sancionada la embarazada que cometa su propio aborto o lo permita, aunque puede verse libre de pena si concurren circunstancias particularmente atenuantes, según el artículo 245. Se considera legal el aborto practicado para salvar la vida o salud maternas; cuando la mujer ha quedado encinta por un atentado sexual; en caso de anomalías fetales; y en algunos casos, aunque más bien se incluye en el aborto médico, cuando las circunstancias económicas y sociales sean tan difíciles, que pongan en peligro su salud física o psíquica (11).

9. *Código penal de Suecia*: Ha destipificado por Ley de enero de 1975 el aborto voluntario, permitiéndose antes de los tres primeros meses de embarazo (12).

A la vista de tales regulaciones cabe destacar, a grandes rasgos, y como elemento común entre ellas, la escasa rigurosidad con que se castiga este delito.

De manera más concreta advertimos que el Código de Noruega presenta una, a nuestro juicio indebida, equiparación entre autoría y

(9) Datos tomados de: HUERTA TOCILDO, Susana, *Obra cit.*, pág. 13; SCHROEDER, FC., *Obra cit.*, págs. 143 y 144; HEISS, H., *Die Abort situation...*, cit., págs. 94 y ss.

(10) Señalan estos datos: DALSACE, Jean y DOURLEN-ROLLIER, Anne-Marie, *Por y contra el aborto*, Argentina, 1971, págs. 107 y ss.; CALLAHAN, Daniel, *Abortion: Law, Morality and Choice*, EE.UU., 1971, págs. 108 y ss.; SIMSON, Gerhard y GEERDS, Friedrich, *Straftaten gegen die Person und Sittlichkeitsdelikte in rechtvergleichender Sicht*, München, pág. 110, 1969; SCHROEDER, FC., *Ob. cit.*, págs. 142 y 143; HEISS, H., *Die Abort...*, cit., págs. 93 y ss.

(11) Ofrecen estos datos: HUERTA TOCILDO, S., *Ob. cit.*, pág. 12; HEISS, H., *Die Abort...*, cit., pág. 119; STRAHL, Yvar, *Ob. cit.*, págs. 74 y ss.

(12) Cfr. HUERTA TOCILDO, S., *Ob. cit.*, pág. 12; HEISS, H., *Die Abort...*, cit., págs. 144 y ss.; SCHROEDER, FC., *Ob. cit.*, págs. 141 y 142; LANDROVE DÍAZ, G., *Política...*, cit., pág. 52.

complicidad en la comisión del aborto; a la par que ostenta el tiempo máximo de penas privativas de libertad contra los culpables.

En cuanto a nuestra legislación, presentan como sustancial diferencia, además de las citadas, como el reconocimiento de las indicaciones desincriminadoras, cuando no la libertad total, la escasa gravedad de las sanciones, etc.; la previsión de los Códigos de Islandia y Noruega, de que en casos de concurrencia de ciertas atenuantes, la pena puede suprimirse, mientras que nuestro Código solamente la disminuye en mayor o menor grado.

10. *Consideraciones de Derecho comparado:* Para finalizar con los distintos ordenamientos integrantes del perímetro europeo que hemos comentado, señalamos como resumen los puntos de diferencia más notables con nuestra legislación, y que sin embargo son comunes a todos ellos:

— Se advierte la ausencia de rigor excesivo en las penas con que se conminan estos delitos.

— Se reconocen expresamente, aunque con distinta amplitud, las cuatro indicaciones desincriminadoras más comunes.

Hasta aquí el contraste con la regulación española es neta.

En cambio nuestra proximidad es mayor, cuando:

— Las sanciones se ven aumentadas porque se realizan estas actividades con ánimo de lucro ilícito, o de manera habitual.

— También se incrementan las sanciones, si a consecuencia del aborto, o por maniobras imperitamente ejecutadas, muere la madre o resulta dañada. Sin embargo, esta previsión no se halla tan defectuosamente establecida como en nuestro Código, ya que normalmente se tiene en cuenta la culpabilidad del sujeto, y la reflexión o ligereza con que éste se condujo durante las maniobras que tuvieron dicho desenlace. En este sentido, el Código penal de Suiza precisa: «y si el delincuente había podido preverlo»; el Código penal de Suecia: «o si lleva consigo un peligro particular para la vida de la madre», etc. Tampoco se prevé el supuesto de embarazo inexistente, como taxativamente hace nuestro Código.

— La tentativa suele castigarse, con excepción de Islandia y Alemania, quien deja impune a la mujer y castiga la de terceros.

— Con respecto al enlave sistemático de estos delitos, no presenta entre los mencionados ordenamientos, grandes diferencias, ya que el título genérico es «Delitos contra la vida», a excepción de Italia que lo regula entre los «Delitos contra la integridad y sanidad de la estirpe». Los demás países y junto al señalado «contra la vida», añaden otros términos, como «... e integridad corporal» (Suiza); «... y la salud» (Suecia, Noruega).

— Sí resulta patente su desigualdad, por el contrario, con el Código español, que los contempla bajo el epígrafe «Delitos contra las personas», al igual que Francia.

Islandia y Noruega también incluyen el vocablo «personas», pero dentro de una denominación global que afecta a distintas clases de infracciones y de circunstancias: «Delitos contra la vida, la persona y

la salud» (Noruega), «Delitos contra la vida y la persona» (Islandia).

Subsumidos también en la influencia romanista, aunque con rasgos distintivos especiales.

B) *Los Códigos penales de América Latina:*

1. *Código penal de Argentina*, de 29 de abril de 1922, castiga el aborto cometido con el consentimiento de la mujer, elevándose la pena si por consecuencia de las prácticas muere, en el artículo 85.

En el artículo 86 se castiga con un aumento de las sanciones a los facultativos que causen el aborto o cooperen a él, ilícitamente. Se considera legal el practicado para salvar la vida o salud de la madre en el número 1; y un híbrido de eugenésico y ético, en el número 2. Este último párrafo ha suscitado una viva controversia, ya que su redacción inspiraba en unos autores el pensamiento de que se legalizaba el aborto eugenésico, pero no el ético (13), mientras que otros razonaban en sentido opuesto (14).

Haciéndose eco de esta polémica, Fontán Balestra mantiene una postura que reputamos más lógica y acertada, en el sentido de reconocer que la indicación humanitaria es la verdaderamente consagrada por el precepto, y por incidencia, lo es también la eugenésica, cuando se trate de circunstancias en que la víctima del abuso sexual sea una mujer mentalmente débil; quedando entonces la indicación eugenésica para las situaciones en que se entremezcla con un atentado al pudor, descartándose por tanto, y a la vista de cómo está configurado el artículo, otros supuestos de eugenesia, tales como la enfermedad mental del violador (15).

2. *Código penal de Brasil*, de 21 de octubre de 1969; castiga en el artículo 124 el aborto provocado con el consentimiento de la gestante, tanto a la madre como a la tercera persona; en el artículo 126 se eleva la pena cuando la mujer muere por consecuencia de las maniobras abortivas; y en el artículo 127 se declara expresamente desinfrimado el aborto terapéutico.

3. *Código penal de Colombia*, que entró en vigor el 1.º de julio de 1938, sanciona en su artículo 386 a la mujer que consiente su aborto o se lo causa a sí misma, y a la persona que se lo produzca contando con su anuencia.

4. *Código penal de Cuba*, cuya reforma última se ha producido en 1 de marzo de 1979, incrimina en su artículo 320 a quienes contraviniendo las regulaciones de salud establecidas, y con autorización de la madre, cause el aborto; o fuera de las instituciones oficiales; o por

(13) En este sentido: GÓMEZ, Eusebio, *Tratado de Derecho penal argentino*, tomo II, Buenos Aires, 1939, págs. 146 y ss.; NÚÑEZ, Ricardo, *Derecho penal argentino*, tomo I, P.G., Buenos Aires, 1959, págs. 390 y ss.; PINTOS, C. A., *El delito de aborto. A raíz de un caso jurisprudencial*, "Rev. Der. Pen. y Crim.", 1969.

(14) Así: SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino*, tomo III, Buenos Aires, 1973, pág. 107; ROURA MORENO, Edgardo, *Derecho Penal*, P.E., Buenos Aires, 1955, pág. 64; JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Libertad de amar y derecho a morir*, Madrid, 1928, págs. 349 y ss.

(15) FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Tratado de Derecho Penal*, P.E., tomo IV, Buenos Aires, 1969, pág. 239.

persona que no es médico. El artículo 322 eleva las penas si muere la mujer. Las indicaciones médica, eugenésica y ética son admitidas (16.)

5. *Código penal de Chile*, de 12 de noviembre de 1874, y que es, con sucesivas reformas, una refundición del español de 1848-1850, aunque concebido en términos más liberales.

El artículo 342 castiga el aborto producido con la aquiescencia de la madre.

6. *Código penal de Honduras*, de 8 de febrero de 1906, pertenece a la familia de los Códigos emparentados con el español, pero éste en un grado tal, que la mayor parte de sus artículos son una transcripción literal de los contenidos en nuestro texto punitivo.

El artículo 409 castiga el aborto causado con el consentimiento de la mujer encinta.

7. *Código penal de Méjico*, de 14 de octubre de 1931, sanciona en el artículo 330 el aborto causado con el consentimiento materno; el artículo 333 desincrimina expresamente el aborto imprudente de la mujer o cuando el embarazo proviene de violación; en el artículo 334 se prevé el aborto terapéutico (17).

8. *Código penal de Panamá*, de 17 de noviembre de 1922, castiga, en su artículo 327, a quien provoque un aborto con el consentimiento de la madre; agravándose la pena si ésta muere. El artículo 329 eleva las sanciones para los facultativos, y más si fallece la mujer.

9. *Código penal de Paraguay*, de 22 de febrero de 1910, con una última refundición de 18 de junio de 1914.

En el artículo 349 se castiga a la mujer que causa su aborto o lo consienta y a la persona que se lo produzca. La pena disminuye si lo hace para salvaguardar la honra. En el artículo 350 se elevan las penas si la mujer muere. El artículo 352 establece un aumento de la penalidad cuando el autor del aborto es el marido, o cuando sean personas con título sanitario. Y se desincrimina el aborto terapéutico.

10. *Código penal de Perú*, de 10 de enero de 1924, reprime el aborto producido con el consentimiento de la mujer, o la asistencia prestada con tal fin, elevándose la pena si muere aquélla, en el artículo 160. El aborto terapéutico se desincrimina en el artículo 163.

11. *Código penal de Uruguay*, de 4 de diciembre de 1933. Se castiga en el artículo 325 bis la colaboración principal o secundaria en un delito de aborto consentido; el artículo 326 eleva las penas si la mujer fallece o se le causan lesiones graves; y el artículo 328 ofrece un catálogo de circunstancias atenuantes y eximentes, como son la «causa honoris»; que el embarazo provenga de violación; que se practique con fines terapéuticos, o por motivos de angustia económi-

(16) En este sentido: LANDROVE DÍAZ, G., *Política...*, cit., págs. 69 y 84; SIMSON/GEERDS, *Ob. cit.*, págs. 121 y 125.

(17) Entre los comentaristas mejicanos pueden consultarse: CARRANCA TRUJILLO, Raúl y CARRANCA RIVAS, Raúl, *Código Penal anotado, Méjico*, 1976, págs. 64 y ss.; DE LA VEGA, Francisco, *Derecho Penal mejicano*, 14.^a ed., Méjico, págs. 127 y ss., 1977; JIMÉNEZ DE HUERTA, Mariano, *Derecho Penal mejicano*, 3.^a ed., Méjico, 1975, tomo II, págs. 189 y ss.

ca, y siempre que lo practique un médico en los tres primeros meses de embarazo.

12. *Código penal de Venezuela*, de 4 de julio de 1926, castiga en el artículo 433 el aborto practicado con el consentimiento materno, aumentándose las penas si ella fallece. El artículo 435-3.º desincrimina al facultativo que provoque un aborto para salvar la vida de la pariturienta (18).

13. *Consideraciones de Derecho comparado*:

Como se desprende de la lectura de estos ordenamientos, resulta palpable el que presentan entre sí ciertas diferencias, unas veces más acusadas que otras, y también que no son menos evidentes sus semejanzas, y las que ofrecen con arreglo a nuestra legislación.

En base a esta última, podemos señalar cuatro líneas fundamentales de *igualación*, unas atinentes a las concordancias con el delito básico que estudiamos, y otras, que aún no referidas concretamente a él, guardan un cierto vínculo, y que nos parece interesante el destacarlas, como muestra de una similitud que ya hemos reseñado:

— Con respecto al encuadramiento legal, se hallan comprendidos, casi en su totalidad, entre los «Delitos contra las personas». Así, los Códigos de Argentina, Brasil, Honduras, Panamá y Paraguay. Como excepciones, Chile los incluye entre los delitos «Contra el orden de las familias y contra la moralidad pública», como hacen Bélgica y Luxemburgo; Colombia y Méjico, «Contra la vida, integridad corporal y la salud»; Uruguay, «Contra la personalidad física y moral».

— Existe también un delito cualificado por el resultado, en el que no se tiene en cuenta la culpabilidad del agente, a excepción del Código de Perú, que utiliza la fórmula «y si el delincuente pudo prever el resultado»; aunque no incluyen, como hace el Código español, los supuestos de embarazo inexistente. En este sentido, los Códigos de Argentina, Brasil, Colombia, Panamá, Paraguay, Uruguay y Venezuela.

— En la misma línea de nuestro artículo 412, que prevé un supuesto de aborto no intencionalmente querido ni provocado. aunque resulta por consecuencia de violencia sobre la mujer, se encuentran casi todos los códigos mencionados. Ej.: Argentina, artículo 87. En el mismo sentido, los Códigos de Chile, artículo 343; Brasil, artículo 128; Cuba, artículo 323, y Perú, artículo 164. Semejante, aunque peor es la redacción del Código de Honduras, artículo 410, porque no exige el requisito del embarazo notorio o que le conste al culpable.

— La idea de salvaguardar la honra es otra constante en casi todos los Códigos mencionados, como motivación para conceder una rebaja en la pena, según hace nuestro artículo 414. En el mismo sentido, Chile, Brasil, Colombia, Honduras, Panamá, Paraguay y Venezuela. Uruguay concede una atenuación que incluso puede convertirse en exención total, si el aborto es consentido, y en circunstancias es-

(18) Entre los comentaristas venezolanos, ver: CHIOSSONE, Tulio, *Manual de Derecho Penal venezolano*, Caracas, 1972, págs. 455 y ss.; GRISANTI AVELEDO, Hernando, *Manual de Derecho Penal venezolano*, Valencia, 1972, págs. 63 y ss.

peciales. Pero a excepción de unos pocos que sólo conceden este privilegio a la mujer, como Chile y Honduras, la mayoría extienden el número de sujetos beneficiados. Así, por ejemplo, Colombia comprende el honor propio de la mujer, del marido, descendientes, hija adoptiva y hermana, si el autor es el esposo de la gestante; igualmente hace Venezuela; Paraguay, el de la madre y familiares íntimos; Uruguay, el honor del marido, esposa o un pariente próximo. El Código que más requisitos exige para conceder esta atenuación es el mejicano, ya que se requiere no tener mala fama, haber logrado ocultar el embarazo y que éste no sea fruto de una unión legítima.

— Otro punto de afinidad con la legislación hispana es la similitud con nuestro artículo 415, que prevé un agravamiento de la pena para los facultativos que causen o cooperen al aborto. Así, Honduras, Argentina, Colombia, Chile, Méjico, Panamá, Perú y Venezuela.

— Igualmente sucede, dentro del mismo artículo, con los farmacéuticos que expendan abortivos sin las debidas formalidades legales. Ejemplo: Honduras, cuyo artículo 412 es de una similitud casi absoluta con el nuestro; Argentina, Colombia, Paraguay y Perú.

— El último punto de conexión con el delito de aborto consentido en nuestro Código y los hispanoamericanos, es la sanción de la mujer que se provoca a sí misma el aborto o consiente que otro se lo cause, artículo 413. En el mismo sentido: Chile, Argentina, Brasil, Colombia, Honduras, Méjico, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela.

En cuanto a los principales trazos de *desigualdad* con la legislación española:

— Con respecto a la tentativa de la embarazada, se declara su impunidad en el Código de Argentina.

— Se agrava la sanción para el marido que realice estas actividades. Así, Panamá, Paraguay y Uruguay.

— La referencia expresa que se hace a los medios de comisión abortiva: «Medicinas, drogas o sustancias», Méjico y Venezuela; «Cualquier medio»: Perú, Colombia y Panamá.

— Se desincriminan en algunos países ciertas indicaciones. Médica: Argentina, Brasil, Cuba, Méjico, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela; Eugénica: Argentina, parcialmente, y Cuba; Ética: Argentina, Cuba y Uruguay; Social: Uruguay.

Finalizado el estudio de los sistemas romanistas, pasamos al examen del sistema legal imperante en los países llamados «socialistas», y cuya forma de gobierno se inspira en la «democracia popular».

II.—SISTEMAS SOCIALISTAS

El motivo por el que se utiliza el Código ruso como prototipo es el hecho de que su política incide altamente en el Derecho penal, repercutiendo a su vez en los demás países que le están vinculados. Es esta sustancial correlación entre política y derecho, quizá, la característica más destacada de este grupo de países, y a pesar de que dicho

rasgo le desvía de los romanistas, no deja de advertirse un cada vez mayor acercamiento.

1. *Código penal de Rusia*: Es imprescindible, en el área concreta del Derecho penal soviético, diferenciar tres períodos claramente delimitados:

— El primero, abarca desde 1917 a 1926, fecha en que se inicia la industrialización de este país, antes eminentemente agrícola y ganadero, al estallar la revolución socialista.

Antes de esta etapa el aborto estaba prohibido, incluso el terapéutico, por influencia de la Iglesia.

Después de la Revolución, su práctica alcanzó grandes proporciones, como resultado de los difíciles años que se sucedían. Por ello, el 18 de noviembre de 1920 se promulgó un decreto legalizando su ejecución y para evitar las perniciosas prácticas clandestinas, por lo que debía efectuarse en hospitales y por médicos autorizados, con carácter gratuito. Cuando no se cumplían tales requisitos, era duramente sancionado.

Posteriormente, estas disposiciones cristalizaron en el artículo 153 del Código de 1922, que pretendió, además de lo anterior, reducir el elevado e inoportuno número de nacimientos, y contribuir también a una nueva apariencia de liberación femenina.

Estas facilidades dieron lugar a un rápido incremento de la cifra abortiva, lo que ocasionó grandes problemas. Para remediarlos, a partir de 1924 comenzaron nuevamente las restricciones legales y económicas para su comisión.

— En el segundo período, que abarca desde 1926 a 1953, se promulga el Código de 1926, que comienza a regir el 1.º de enero de 1927, y que en su artículo 140 b, declara el aborto libre, castigando sólo el no consentido, y la muerte de la gestante causada por tales maniobras.

Con el advenimiento al poder de Stalin, y las restricciones económicas que impuso, las dificultades se acrecentaron, y con ellas la comisión abortiva, por lo que nuevamente se pusieron trabas a su ejecución, promulgándose un decreto que «combatía las actitudes ligeras sobre la familia y las obligaciones familiares», prohibiéndose el aborto, excepto el terapéutico.

El 8 de julio de 1944 se promulgó otro decreto que asumía estas restricciones, y trataba de hacer frente a las pérdidas humanas de la guerra y a las necesidades demográficas de la postguerra, ya que cada vez se precisaba mayor cantidad de brazos para los vastos planes económicos del Gobierno, intentando, por ello, preservar la natalidad.

— El tercer período se inicia con la muerte de Stalin, y en él se emite el Decreto de 5 de agosto de 1954, que abolió la pena relativa a la mujer culpable de aborto.

Otro Decreto, de 23 de noviembre de 1955, para la «Revocación de la prohibición de abortos», dispuso que éste no sería castigado, salvo cuando se practicase clandestinamente o en establecimientos no autorizados. Las motivaciones eran las mismas que otras ya mencio-

nadas: social y económicamente ya no eran necesarios tantos nacimientos, y además se contribuía a una imagen de liberalización femenina.

El actual Código, de 1960, cuyas directrices son las del de 1958, castiga la comisión del aborto cuando es realizado por un médico o persona no facultada, o sin cumplir los requisitos legales, según el artículo 116. En este mismo artículo se castigan con pena agravada, cuando tales conductas se cometan con reiteración, o cuando hayan ocasionado muerte o consecuencias graves a la madre (19).

2. *Código penal de Bulgaria*: el artículo 126 del Código penal de 16 de marzo de 1968 sanciona este delito cuando es cometido por alguien que, aun actuando con el consentimiento de la gestante, infringe las disposiciones legales al respecto. La pena se agrava si el culpable no es facultativo, o si opera en condiciones antisaneitarias, o si lo practica sin el consentimiento de la madre, o si ella muere a consecuencia de tales prácticas, o si es reiterante. La mujer está exenta de castigo.

El aborto sólo puede otorgarse por libre petición de la mujer, y a fin de evitar un descenso alarmante en la demografía, y sin necesidad de que una comisión lo apruebe, cuando ella ha cumplido cuarenta y cinco años, o tres hijos viven en su casa. A la mujer sin hijos no se le concede, excepto por razones terapéuticas, éticas o sociales.

La madre con uno o dos hijos solamente, debe remitir su caso a una comisión, quien decidirá sobre éste (20).

3. *Código penal de Checoslovaquia*, de 29 de noviembre de 1961, castiga en su artículo 227 a quien haya incitado a la mujer a perder el feto, aumentándose la pena si el culpable provoca él mismo el aborto y a consecuencia la madre muere o queda lesionada.

El artículo 228 sanciona a quien provoque un aborto, con el consentimiento de la mujer encinta, fuera de las prescripciones legales. Las penas se elevan si concurre ánimo de lucro, o cuando se causa la muerte de la madre o una lesión grave. En el mismo artículo se cas-

(19) Con referencia a las alternativas que el Derecho penal y el delito de aborto tuvo en los tres periodos mencionados, pueden consultarse: BELLON, Jacques, *Droit Pénal Soviétique et Droit Pénal Occidental. Leur evolution. Leurs tendances*, París, 1961, págs. 55 y ss.; del mismo autor, *Marxismo y democracia*, Madrid, 1975, págs. 8 y ss.; GRISZ, Germain, *El aborto: Mito, realidades y argumentos*, 1972, págs. 298 y ss.; CALLAHAN, D., *Ob. cit.*, págs. 221 y ss.; LANDROVE DÍAZ, G., *Política...*, cit., págs. 65 y ss.; SIMSON/GEERDS, *Ob. cit.*, págs. 95 y ss.; HEISS, H., *Die Abort...*, cit., págs. 211 y ss.; BROCKHAUS, Andreas, en el libro *Abtreibung und Schwangerschaftsunterbrechung in den Osteuropäischen Ländern*, München, Berlín, 1962, Herausgegeben von Prof. Dr. Reinhart Maurach und Walter Rosenthal, págs. 45 y ss.; PIONTKOWSKY, A., *Les infractions contre la famille d'après la législation de l'U.R.S.S.*, Colloque de La Haya, "Rev. Int. de Droit Pen. Comp.", 1965, págs. 1004 y ss.

(20) Datos tomados de: HUERTA TOCILDO, S., *Ob. cit.*, pág. 10; DALSACE/DOURLEN-ROLLIER, *Ob. cit.*, pág. 115; CALLAHAN, D., *Ob. cit.*, págs. 237 y 238; SIMSON/GEERDS, *Ob. cit.*, págs. 107 y 108; NENOV, Iván, *Les infractions contra la famille selon le Droit Pénal bulgare*, Colloque de La Haya, "Rev. Int. de Droit Pen.", 1965, págs. 572 y ss.

tiga a quien practique el aborto sin el consentimiento de la mujer, y aún más, si ésta muere.

El artículo 229 despenaliza a la mujer que se causa el aborto a sí misma o lo solicita o permite a otro.

En la praxis, y sobre todo a partir de 1973, y por razones demográficas, se ponen grandes restricciones, llegando incluso a ser denegado el aborto a las mujeres sin hijos o con uno sólo. Aparte de esto, la operación suele concederse por razón de la edad avanzada de la gestante; la presencia de tres hijos o más vivos; la invalidez del cónyuge; que la mujer, cuando ésta sostiene la familia, sea soltera, viuda o divorciada; embarazo por violación; o situación social difícil de la madre (21).

4. *Código penal de Hungría*, de 1961. En su artículo 256 sanciona a quien realice un aborto sin cumplir las formalidades legales; la pena se aumenta cuando el autor es reincidente, o se dedica a producir abortos habitualmente; o se causan lesiones graves a la madre o la muerte. Se castiga también a la mujer que practique su aborto o lo consienta a otro.

La interrupción del embarazo se permite por razones médica, eugénica, ética y social, aunque contempladas con tanta liberalidad, que prácticamente puede considerarse libre. Actualmente, parece que se intenta restringir esta libertad, ya que su demografía es una de las más bajas de los países europeos (22).

5. *Código penal de Polonia*, de 19 de abril de 1969. Castiga el artículo 154 a quien practique un aborto con el consentimiento de la madre, pero contraviniendo las disposiciones legales; y a quien en este mismo supuesto preste asistencia a una mujer encinta para causarse el aborto. La madre está exenta de pena.

Se considera legal el aborto cuando la mujer declara previamente a un profesional médico que se encuentra en situación económico-social difícil, lo que confiere a estas prácticas una gran flexibilidad, hasta el punto de que el aborto se considera libre (23).

6. *Código penal de la República Democrática Alemana*. Desde 1973 se permite el aborto libre en los tres primeros meses de emba-

(21) Ver al respecto: LANDROVE DÍAZ, G., *Interrupción voluntaria...*, cit., pág. 77; DOLENSKY, Adolf, *Les délits contre la famille et contre la morale sexuelle en droit tchécoslovaque*, Colloque de La Haya, "Rev. Int. de Droit Pen.", 1965, pág. 993; HUERTA TOCILDO, S., *Ob. cit.*, páginas 10 y 11; CALLAHAN, Daniel, *Ob. cit.*, págs. 231 y ss.; SIMSON/GEERDS, *Ob. cit.*, págs. 101 y 102; SCHROEDER, FC., *Ob. cit.*, pág. 139.

(22) En este sentido: HUERTA TOCILDO, S., *Ob. cit.*, págs. 10 y 11; SCHWEISSGUTH, Edmund, en el libro *Abtreibung und Schwangerschafts...*, cit., págs. 156 y ss.; HEISS, H., *Die Abort...*, cit., págs. 202 y ss.; CALLAHAN, D., *Ob. cit.*, págs. 227 y ss.; DALSACE/DOURLLEN-ROLLIER, *Ob. cit.*, pág. 115; SCHROEDER, FC., *Ob. cit.*, pág. 139; SIMSON/GEERDS, *Ob. cit.*, págs. 104 y ss.

(23) Pueden consultarse al respecto: ANDREJEW, Igor, *Les délits contre la famille dans le droit pénal polonais*, Colloque de La Haya, "Rev. Int. de Droit Pen.", 1965, pág. 950; HEISS, H., *Die Abort...*, cit., págs. 135 y ss.; CALLAHAN, D., *Ob. cit.*, pág. 234; DALSACE/DOURLLEN-ROLLIER, *Ob. cit.*, pág. 112.

razo, siempre que lo efectúe un médico. Se toma en consideración para otorgarlo, con mayor facilidad, factores como el hecho de que la madre tenga más de cuarenta años y menos de dieciséis; la presencia de cinco hijos vivos en el hogar; una serie de embarazos muy próximos entre sí; que el embarazo provenga de violación; y que el futuro ser pueda tener graves taras. Si se sobrepasan los tres primeros meses de gestación, sólo se admite la interrupción por razones médicas o cualquier otra de gran importancia, debiendo en estos casos pronunciarse un comité médico sobre su procedencia (24).

7. *Código penal de Rumania*, de 21 de julio de 1968. Prohíbe el aborto salvo por indicación médica, ética y eugenésica. La económico-social no suele tenerse en cuenta, salvo que la mujer tenga más de cuarenta y cinco años, o tenga ya cuatro hijos vivos. El aborto sólo se autoriza en los tres primeros meses de embarazo, salvo por razones extraordinarias (25).

El artículo 185 castiga a quien practique el aborto fuera de los casos permitidos por la Ley, aunque sea con el consentimiento de la mujer. Las penas aumentan si se realiza sin consentimiento, si se causa una lesión grave o la muerte de la gestante, o se lleva ánimo de lucro. Si el culpable es médico, puede aplicársele la interdicción para ejercer la profesión. La tentativa se considera punible.

El artículo 186 sanciona a la madre que se provoca el aborto o lo consiente a otro.

El artículo 187 castiga el hecho de tener instrumental adecuado para producir abortos, fuera de las instituciones médicas permitidas.

El artículo 188 castiga la omisión de declarar la interrupción del embarazo a las autoridades competentes, cuando se haya efectuado sin autorización legal, pero por razones de extrema urgencia.

8. *Código penal de Yugoslavia*, de 30 de junio de 1959, que modificó el artículo 140 del Código penal de 2 de marzo de 1951. Castiga, en el artículo 140, de nueva redacción, únicamente los abortos que no sean expresamente permitidos. En consecuencia, el aborto practicado por la mujer es despenalizado, y si lo practica un tercero, solamente si se efectúa clandestinamente o sin cumplir las formalidades legales.

Se estiman legales los realizados por indicación médica, ética, eugenésica y social; si se considera que el nacimiento puede perturbar la vida familiar de la mujer; y practicase en los tres primeros meses de

(24) Datos extraídos de: HUERTA TOCILDO, S., *Ob. cit.*, pág. 18; DALSACE/DOURLLEN-ROLLIER, *Ob. cit.*, pág. 113; SCHROEDER, FC., *Ob. cit.*, página 141; LANDROVE DÍAZ, G., *Política...*, cit., pág. 67; del mismo autor: *Interrupción...*, cit., pág. 76.

(25) En este sentido: SIMSON/GEERDS, *Ob. cit.*, págs. 107 y 108; DALSACE/DOURLLEN-ROLLIER, *Ob. cit.*, pág. 113; HUERTA TOCILDO, S., *Ob. cit.*, págs. 11 y 12; CALLAHAN, D., *Ob. cit.*, pág. 136.

embarazo, ya que pasado este plazo una comisión debe informar al respecto (26).

Sobre las líneas comunes que presentan estos Códigos entre sí, podemos citar como más características:

— La semejanza del título en que viene recogido este delito: «Infracciones contra la vida, la salud, la libertad y la dignidad de las personas» (Rusia); «Delitos contra la vida y la salud» (Checoslovaquia y Polonia); «Delitos contra la vida, la integridad corporal y la salud» (Hungría); «Infracciones contra la vida y la integridad corporal» (Yugoslavia).

— Las penas no suelen ser muy severas, y éstas más bien se imponen por contravenir las normas de seguridad establecidas al efecto, o cuando se realizan por personas indoctas.

— Las sanciones se elevan cuando por causa del aborto se produce una lesión grave a la mujer, o la muerte.

— Los castigos se incrementan cuando estas maniobras se producen con reiteración (Rusia, Bulgaria, Hungría).

— Las penas aumentan cuando se realizan estas conductas con fines lucrativos (Checoslovaquia, Hungría, Rumania).

— La embarazada que se provoca el aborto o consiente que otra persona lo cause, no es castigada, excepto en Hungría y Rumania.

— Las indicaciones desincriminadoras se acogen con una gran amplitud.

Las escasas diferencias que presentan entre sí, y aparte de la cuantía de las penas, son que Rumania sanciona expresamente la omisión en poner en conocimiento de las autoridades, por parte del médico, que ha practicado un aborto, contravinendo las normas legales por razón de urgencia; y el penalizar la tenencia de instrumental abortivo por quienes no pertenecen a instituciones médicas especializadas.

9. *Consideraciones de Derecho comparado:* En cuanto a las similitudes con la legislación española, podemos mencionar:

— El que estas infracciones se hallen comprendidas entre los delitos «contra las personas» (Bulgaria, Hungría, Rumania, Rusia).

— Las sanciones se elevan cuando se causa la muerte de la madre o lesiones graves, como nuestro artículo 411-4.º.

— Cuando se practica el aborto ilegalmente con reiteración, aumentan las penas. En el artículo 415-2.º español sucede lo mismo.

— Cuando se realizan estas conductas con ánimo de lucro, las sanciones se acrecientan. Nosotros no tenemos una tipificación expresa para esta finalidad, pero se aplica la agravante 2.ª del artículo 10.º: «cometer el delito mediante precio, recompensa o promesa».

(26) Ver al respecto: ZLATARIC, Bogdan, *Etude des incriminations dans le droit pénal yougoslave*, en el libro "Le Droit Pénal de la Yougoslavie", publicado bajo la dirección de Marc Ancel y Niko'a Srezenic, París, 1962, págs. 105 y 106; HUERTA TORCUDO, S., *Ob. cit.*, pág. 12; SIMSON/GEERDS, *Ob. cit.*, págs. 103 y 104; HEISS, H., *Die Abort...*, cit., págs. 113 y ss.; CALLAHAN, D., *Ob. cit.*, págs. 226 y 227; SCHWEISSGUTH, E., *Ob. cit.*, págs. 130 y ss.; DOURLIN-ROLLIER, *Ob. cit.*, pág. 112; SCHROEDER, FC., *Ob. cit.*, págs. 139 y 140; LANDROVE DÍAZ, G., *Interrupción...*, cit., pág. 77.

— Se castiga a la embarazada que se provoca el aborto o lo consiente, fuera de los casos permitidos por la Ley, como en nuestro artículo 413, según las legislaciones de Hungría y Rumania.

— Tener instrumental para producir abortos, fuera de las instituciones especializadas, según la legislación de Rumania, emparentada con nuestro artículo 416, aunque nosotros no castigamos la tenencia, por muy sospechosa que resulte, si no va acompañada de otra serie de conductas y de requisitos que el Código especifica.

Sobre las diferencias con nuestra regulación, podemos mencionar como más destacadas:

— El que alguno de estos Códigos, y de manera más acertada, no incluye este delito entre los cometidos contra las personas, ya que el feto no lo es, sino entre las infracciones «contra la vida y la salud» (Checoslovaquia, Polonia) y «contra la vida y la integridad corporal» (Yugoslavia).

— El castigo de este delito no suele ser muy severo, excepto en condiciones especiales.

— Se reconocen con gran amplitud las cuatro conocidas indicaciones desincriminadoras.

— No se castiga a la embarazada que se provoca el aborto o lo consiente, a excepción de Hungría y Rumania.

— Existe obligación, penalmente sancionada, de poner en conocimiento de las autoridades, que se ha causado un aborto ilegal, por razones de extrema urgencia, según la legislación de Rumania.

III. SISTEMA JURIDICO DEL COMMON LAW

Analizamos finalmente el tercer y más peculiar sistema que se ofrece en el ámbito del Derecho comparado, y que comprende las legislaciones de Inglaterra y también de Estados Unidos, como antiguas colonias que eran del país inglés, y que si bien en la actualidad se hallan independizadas, conservan las raíces y estilo del Derecho anglosajón, que en otro tiempo fue el suyo.

1. *Legislación penal de Inglaterra*: Una de sus notas características es la ausencia de un código sistematizado, a la manera de los nuestros, aunque no puede ignorarse la existencia de un importante movimiento en favor de la codificación de su derecho, que es eminentemente consuetudinario y jurisprudencial.

En cuanto al aborto, un diputado liberal, en 1966, llamado David Steel, presentó un Proyecto de Ley en la Cámara de los Comunes, y después de arduas discusiones en el Parlamento, fue aprobada por la Reina, convirtiéndose en oficial el 27 de octubre de 1967. Su texto prevé que pueda realizarse el aborto por motivos terapéuticos, eugénicos y sociales, relativos al bienestar familiar y al ambiente en que la madre se desenvuelve, siempre que se efectúe en un hospital autorizado, y antes de las veintiocho primeras semanas de embarazo.

Contiene también una «cláusula de conciencia», para los facultativos que no quieran provocar abortos, siempre que de su rechazo no

se siga peligro para la madre, y en los procedimientos legales, pruebe esta objeción quien la manifiesta.

Prevezer estima que cuando el aborto se realiza con fines ilegales, o se ejecuta con notoria imprudencia, muriendo la gestante en ambos casos, habrá responsabilidad por «manslaughter» (homicidio no premeditado o involuntario, o en el que concurren circunstancias atenuantes), incluido entre los «felonies» (delitos) (27).

También es delictivo dar o procurar, ilícitamente, medios abortivos, y más a quienes suelen provocar abortos («statutory crime») (28), según Williams.

2. *Legislación penal de los Estados Unidos*: Siguiendo el modelo inglés tampoco está codificado, y las decisiones jurisprudenciales suelen basarse en los antecedentes que han fijado la doctrina y la costumbre establecida.

Con referencia al aborto, el 5 de septiembre de 1969 la Corte Suprema de California tomó una decisión de extraordinaria importancia, al declarar anticonstitucional la legislación anterior a 1967, que sólo permitía el aborto terapéutico. Como fundamento se adujo que la ley violaba el derecho de la madre a decidir su maternidad libremente, lo que atentaba contra el respeto debido a la vida privada de cada individuo, e igual sucedía con el derecho de los médicos a ejercer su profesión de acuerdo con normas generalmente aceptadas.

En consecuencia, quedaba admitido el aborto en cualquier momento de la preñez, cuando era practicado por razones médicas, éticas y eugenésicas. Ejemplo que fue seguido por numerosos Estados.

Posteriormente, y en el 22 de enero de 1973, la Corte Suprema de los Estados Unidos, merced a los conocidos dictámenes «Roe v. Wade» y «Doe. v. Bolton», admitió también la indicación económico-social; resolución de gran resonancia en casi todos los Estados americanos, que la asimilaron en sus legislaciones (29).

De hecho, prácticamente en todos ellos se admite el aborto bajo estas indicaciones; e incluso algunos, como Alaska, Haway, Nueva York y Washington, entre otros, lo han despenalizado completamente,

(27) PREVEZER, S., *Les récents développements du droit relatifs aux attentats contre les personnes*, en el libro "Introduction au Droit Criminel de l'Angleterre", bajo la dirección de Marc Ancel y León Radzinowicz. París, 1959, págs. 125 y ss.

(28) WILLIAMS, *Glanville, Textbook of Criminal Law*, London, 1978, pág. 389.

(29) Ver textos íntegros de dichas sentencias y los fundamentos aducidos, en *L'aborto nelle sentenze...*, cit., págs. 1 y ss. (en inglés) y 75 y ss. (en italiano) para Roe v. Wade; y págs. 44 y ss. (en inglés) y 115 y ss. (en italiano) para Doe, v. Bolton.

Sobre comentarios a las mismas: HERRMANN, Joachim y MARTY, Dick, *L'avortement aux Etats Unis: Un crime de moins?*, "Rev. Int. de Crim. et Pol. Techm.", vol. XXVI, fasc. IV, oct.-dic., 1973, págs. 379 y ss.; HERRMAN, J., *La Suprema Corte degli Stati Uniti e la liberalizzazione dell'aborto*, "Rev. Ital. di Dtto. e Proc. Pen.", fasc. II, 1974, págs. 379 y ss.; en la misma revista: BOGNETTI, Giovanni, *Esperienze straniere: la libertà di abortire, diritto della donna costituzionalmente garantito*, fasc. I, enero-marzo, págs. 8 y ss.; HEISS, H., *Die Abort...*, Ob. cit., páginas 235 y ss.

cuando el aborto es autorizado por dos facultativos y se efectúa en las condiciones legales establecidas (30).

No obstante, debe tenerse en cuenta que no existe una ley genérica al respecto, pues cada Estado tiene sus propias normas, lo que no impide establecer el hecho de que raramente se castiga esta infracción, o se hace con penas suaves, si se pone la diligencia debida, y si es realizado con el consentimiento de la gestante, aunque sea ilegalmente, lo que también viene a suceder en Inglaterra.

3. *Consideraciones de Derecho comparado.* Con respecto a nuestro Derecho se hace difícil un análisis comparativo, pues ambos sistemas legales son esencialmente diferentes, según pusimos ya de relieve.

— A pesar de esto, y a grandes rasgos, podemos señalar en cuanto a las semejanzas, que el aborto, fuera de los casos permitidos por la Ley, es delictivo, con la excepción de algunos Estados americanos, que lo admiten libremente.

— Es ilegal el suministro de medios abortivos, a menos que se haga con los fines y a las personas autorizados, como establece nuestro artículo 416.

— Se castiga al culpable del fallecimiento de la madre, por consecuencia de la intervención abortiva, con mayor pena, y especialmente si el perjuicio ocasionado era presumible que ocurriera, por no atender a la necesaria precaución.

Sobre las diferencias más notables, observamos que éstas son las siguientes:

— El escaso rigor de las sanciones para el aborto ilegal.

— La gran amplitud con que se admiten las cuatro principales razones desincriminadoras, llegándose incluso a la permisibilidad total, como en algunos Estados americanos.

— La graduación de la culpabilidad para el agente, en el caso de que ocasione la muerte de la gestante por maniobras abortivas, ya que la calificación legal y la pena aplicable en consecuencia, depende de la mayor o menor imprudencia, según el Derecho anglo-americano; mientras que en el nuestro sólo se atiende al resultado objetivamente causado, con independencia de la forma en que actuó el reo.

— El establecimiento de una «cláusula de conciencia», para los profesionales sanitarios que no deseen practicar abortos por motivos morales.

Con estas notas finalizamos el estudio comparatista de los sistemas imperantes en el ámbito legal penalista, y con el que hemos intentado, aunque conscientes de nuestras limitaciones, poner de manifiesto las principales similitudes y diferencias de los códigos extranjeros con el español en lo relativo al delito de aborto consentido.

(30) Datos tomados de: BOGNETTI, Giovanni, *Ob. cit.*, págs. 8 y ss.

La prevención general en la determinación de la pena

MERCEDES GARCIA ARAN

Profesora Ayudante de Derecho penal

La cuestión de los criterios a considerar por el juez al decidir la pena concreta que debe ser aplicada ante un hecho y un autor concretos, esto es, los problemas de la determinación judicial de la pena, lleva camino de convertirse casi en una disciplina autónoma y, en todo caso, se ha convertido ya en un tema de actualidad acerca del cual existen en nuestro país varios trabajos (1), suficientes como para considerarlo problema digno de atención. La ocasión de este homenaje póstumo a don José Antón Oneca, cuya dedicación a importantes problemas jurídico penales nos proporcionó una fuente imprescindible de conocimientos, es idónea para abordar una cuestión tan importante como ésta en el intento de contribuir, siguiendo su ejemplo, al desarrollo de la ciencia jurídico-penal española.

Se ha puesto suficientemente de manifiesto que uno de los atractivos del tema reside en su idoneidad para colocar irremisiblemente sobre el tapete la cuestión del fin y la fundamentación de la pena en un intento, casi siempre logrado, de superar el tradicional tratamiento de la cuestión como un puro problema de métrica y/o de exégesis de las complicadas reglas que al respecto proporciona nuestro Código. Por el contrario, hoy la cuestión de la determinación de la pena proporciona el ámbito idóneo o al menos, necesario, para derivar importantes consecuencias de la postura que se mantenga respecto a problemas como el contenido

(1) QUINTERO OLIVARES, G., *Determinación de la pena y política criminal*, en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 4, 1978, págs. 52 ss.; LUZÓN PEÑA, D. M., *Medición de la pena y sustitutivos penales*, Madrid, 1979; GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., *Racionalidad e irracionalidad en la medición de la pena: estudio sobre las ideas de prevención general y culpabilidad en la reforma penal española*. "Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid", núm. 3, 1980, págs. 129 ss. y en este mismo número, BACIGALUPO, E., *La individualización de la pena en la reforma penal*, págs. 55 ss.

y la graduabilidad del injusto y la culpabilidad, papel y valor de las finalidades tradicionalmente atribuidas a la pena, etc. Sin embargo, entre la multiplicidad de temas que surgen de todo ello existe uno que parece va a trazar una línea divisoria entre los partidarios de dos posturas irreconciliables, lo cual venga quizá condicionado por los términos tajantes en que se plantea: la necesidad preventiva general, ¿debe considerarse en la determinación de la pena concreta? y más particularmente, ¿es lícito imponer pena superior a la que aconseje la gravedad del hecho, la culpabilidad del autor o la necesidad preventivo especial porque así lo aconsejen las necesidades preventivo generales? El tema, como puede verse, se presta a la respuesta radical y en ocasiones, apriorística, para buscar luego la justificación teórica.

1. Ante ello, es necesario formular algunas advertencias y la primera de ellas hace referencia precisamente al carácter diametralmente opuesto de los bloques de opiniones: si en general la búsqueda de orientaciones a la determinación de la pena se sitúa en el terreno político criminal (2), la cuestión que se acaba de plantear obliga como ninguna otra a la toma de posición en ese sentido, acentuándose muy especialmente el carácter político de la decisión. En realidad, el mantenimiento o rechazo del criterio preventivo general en la determinación judicial de la pena, lleva consigo una opción claramente política respecto a la actuación del juez: o ésta debe consistir simplemente en un paso de la concreción de la norma o además debe *perseguir* por sí misma efectos sobre la colectividad, atribuyéndosele un determinado grado de competencia reguladora de la conducta general. Con ello quiero adelantar que el centro del problema radica precisamente en la defensa de esa opción previa e insisto, política, antes que en el cuestionamiento del rigor de los trabajos que han optado por uno u otro sentido, todos ellos pertenecientes a autores más que autorizados y de reconocido prestigio.

Otro punto que merece la pena aclarar antes de seguir adelante es la utilización de los términos «prevención general», «alarma social» o «repercusión del hecho concreto». Evidentemente, no son conceptos equiparables, entre otras cosas, porque el primero se refiere a una orientación general del sistema penal y de las penas y los otros dos a situaciones de hecho que pueden o no producirse en un momento histórico determinado, pero interesa destacar que

(2) Vid. QUINTERO, *op. cit.*, págs. 64 ss. Sin embargo, no creo que sea necesario llegar a un enfrentamiento entre la atribución del tema a la política criminal o a la dogmática, en tanto en cuanto no es necesario tampoco adscribirlo con exclusividad a uno u otro terreno. Lo importante es perfilar la decisión político criminal sobre la necesidad de una u otra sanción, pero ello debe contar con las características de lo cometido y las categorías dogmáticas, que por otra parte no tienen por qué ser elaboradas exclusivamente con la ya superada obsesión conceptualizadora y sistemática. En este sentido, LUZÓN PEÑA, *op. cit.*, página 17, nota 24.

si se acepta que el juez tome en consideración la necesidad preventivo general en la determinación de la pena, deberán introducirse o, al menos, será muy difícil evitar factores de medición, datos de hecho como los que se acaban de apuntar, pues cuesta imaginar una estimación judicial sobre la prevención general que no se base en la repercusión que el hecho haya supuesto o en la repetición de otros de la misma clase. Por ello, frecuentemente será inevitable la referencia conjunta a prevención general y alarma social en tanto en cuanto, de producirse la segunda se tiende, consciente o inconscientemente, a considerar aumentada la necesidad de la primera.

Todavía dentro de las consideraciones previas orientadas a la delimitación del problema, una última cuestión: al tratar de la prevención general suele distinguirse entre la fase de conminación y la de aplicación, de modo que en la primera se atiende a la necesidad intimidatoria con respecto a los hechos que se quieren evitar desde el punto de vista del legislador y en la segunda, se concretan por el juez esas exigencias conminativas ante el hecho ya producido, dándose cumplimiento a la amenaza (3). Lo que nadie pretende discutir es que para la eficacia de la prevención general sea necesaria la aplicación de la pena ni tampoco que ésta produzca —al menos en principio— efectos preventivo generales. Pero una cosa es que la decisión judicial tenga efectos preventivo generales y otra muy distinta, que *el juez deba perseguirlos como objetivo específico y considerarlo como materia propia de su contenido*. Esta es precisamente la cuestión en torno a la que hay que pronunciarse y ahí es donde se produce la opción política a que me refería antes. Centrado el tema en estos términos, conozcamos los argumentos esgrimidos en defensa de cada una de las posiciones.

2. Entre las opiniones que introducen la consideración de la prevención general en la determinación de la pena, merecen tratamiento aparte las mantenidas por autores alemanes, puesto que se encuentran condicionadas por la especial regulación de su país en esta materia. Al establecer el parágrafo 46 StGB que la «culpabilidad es el fundamento de la determinación de la pena», fórmula que recibe críticas por su falta de concreción (4), se busca establecer los criterios de determinación de la magnitud de pena adecuada a la culpabilidad y el valor de las estimaciones preventivas sobre la misma, con el consabido reflejo en la llamada «antinomía de los fines de la pena» y los intentos por solucionar!a acudiendo a una gradación de los mismos (5). Pero lo que interesa en este punto

(3) En contra, CAVALLA, F., *La pena come problema*, Padua, 1979, pág. 33, negando la distinción entre la prevención general en la conminación y la ejecución.

(4) Entre otros, STRATENWERTH, G., *Culpabilidad por el hecho y medida de la pena*. (Trad. Bacigalupo y Zugaldía), Madrid, 1979.

(5) Tal es el caso de la Stellenwert-Theorie o teoría del valor de empleo. Vid. HORN, E., en *Systematischer Kommentar*, 1977, parágrafo 47.

de la exposición es el modo en que al intentar superar la explicación tradicional de la culpabilidad se procura explicarla con arreglo a criterios preventivos y de este modo aparece la prevención general en la adecuación de la pena a la magnitud de la culpabilidad.

Roxin aplica a su teoría de la determinación de la pena el concepto de «prevención general integradora» (6) entendida como reafirmación de la confianza en el ordenamiento jurídico y afirma que sólo la pena adecuada a la culpabilidad es capaz de lograr tal efecto (7). Noll, en un plano general, establece una cierta relación entre culpabilidad y prevención general al afirmar que «culpabilidad es decisión contra la norma penal a pesar de poseer capacidad para reaccionar ante las exigencias normativas» (8). Por otra parte, aparece en distintas opiniones la referencia genérica a la presencia de la prevención general en la determinación de la pena (9), pero el arraigo de la idea «culpabilidad-expiación» en Alemania y la propia atribución de carácter fundamental a la misma parece impedir que aparezcan opiniones tajantes a favor de la superación del máximo de pena adecuada a la culpabilidad por motivos de prevención general (10), los cuales actúan en cambio inequívocamente como

(6) ROXIN, C., *Zur jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht*. Fes. f. Bockelmann, 1979, págs. 282 ss. y 307 ss. Hay traducción española de F. Muñoz Conde en "Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal", Madrid, 1981, págs. 147 ss. La prevención general integradora se consigue cuando mediante una pena que es considerada como justa por la comunidad, se logra el consenso de ésta y se reafirma el ordenamiento jurídico; tal concepto es utilizado igualmente por HASSEMER, W., *Generalprävention und Strafzumessung*, en HASSEMER-LUDERSSEN-NAUCKE, *Hauptprobleme der Generalprävention*, Frankfurt, 1979, págs. 29 ss.

(7) Con ello, en principio, no se obliga a considerar la prevención general para tal medición, pero previamente Roxin ha establecido la vinculación entre culpabilidad y prevención general al explicar las causas de exclusión de la primera como casos de ausencia de necesidad de la segunda, *loc. cit.*

(8) NOLL, P., *Schuld und Prävention unter dem Gesichtspunkt der Rationalisierung des Strafrechts*. Fest. f. Mayer, Berlín, 1966, pág. 223. Vid. también JACKOBS, G., *Schuld und Prävention*, Recht und Staat 425/53 1976, pág. 9; BRUNS, H. J., *Strafzumessungsrecht*, Köln-Berlín-Bonn-München, 1974, págs. 324 ss.

(9) Así, JESCHECK, H.-H., *Lehrbuch des Strafrechts*, A. T., 3.ª ed., 1978, pág. 702; ZIFF, H., *Introducción a la política criminal*. (Trad. M. Izquierdo), Madrid, 1979, p. 140.

(10) Sin embargo, lleva razón ROXIN al afirmar que los partidarios de la pena exacta (Punktstrafe) deben admitir desviaciones por encima y por debajo de la pena adecuada a la culpabilidad, que sólo pueden estar basadas en criterios preventivos; *Prävention und Strafzumessung* en Fest. f. Bruns, 1978, pág. 183. (Trad. española de F. Muñoz Conde en "Culpabilidad y Prevención...", *cit.*). Ver también, admitiendo la posibilidad de agravación por motivos de prevención general, el ejemplo de JESCHECK, *op. cit.*, pág. 703: "Si el reo, bajo la impresión de los frecuentes casos de robo de bolsos de mujeres, 'lo intenta por una vez', merece indulgencia desde el punto de vista del principio de culpabilidad, pero desde el punto de vista preventivo general, por el contrario, una pena grave".

límite inferior de contención a través de la formulación legal que obliga a imponer las penas inferiores a seis meses cuando ello sea imprescindible para la defensa del ordenamiento jurídico (11).

El panorama fuera de Alemania es distinto: no se trata tanto de explicar la presencia de criterios preventivo generales en la magnitud de la culpabilidad, sino de proponer genéricamente la atención a las necesidades intimidatorias como un dato más a tener en cuenta junto a la consideración del hecho y de la culpabilidad del autor; así lo reclaman Bettiol (12), Cavalla (13) y más recientemente Pagliaro, quien aporta tres argumentos básicos: 1) La actuación judicial debe adecuarse al programa de acción preventivo general establecido por el legislador; 2) La adaptación al criterio preventivo general supone perfeccionar la proporcionalidad de la pena con la gravedad del hecho, puesto que en dicha «gravedad» debe considerarse también lo «externo» al propio hecho, y 3) Los criterios restantes, como la retribución de la culpabilidad, son insuficientes (14).

Entre nosotros, Luzón Peña ha realizado un importante esfuerzo por solucionar la antinomia de los fines de la pena decidiéndose en opción de principio por la primacía de los intereses de prevención general sobre los de prevención especial en caso de conflicto irresoluble entre ellos, afirmando que en caso de contradicción total, si fracasa la prevención especial se crearán conflictos «pero únicamente respecto a una persona delincuente, no respecto a muchos potenciales delincuentes que podrían pasar a serlo si lo que se sacrificase fuese la eficacia de la prevención general y se relajaran las barreras inhibitoras frente a la colectividad» (15). En opinión de Luzón, es posible una interpretación progresista y limitadora a partir de la prevención general vinculada a las ideas de necesidad y eficacia de la pena, que obliga a comprobar en la fase de determinación hasta qué punto es necesaria una mayor gravedad de la sanción (16).

De este razonamiento se deducen algunos datos clave: la posibilidad de que sea necesaria una determinada cantidad de pena para que se produzcan efectos preventivo generales sobre el resto de la colectividad y la posibilidad, también, de que esa cantidad de pena sea superior a la que se considera adecuada estimando aisladamente las circunstancias del sujeto. A ello hay que añadir

(11) Es habitual interpretar esta expresión en sentido preventivo general como el mantenimiento de la confianza de la generalidad en el ordenamiento jurídico; vid., entre otros, STREE, W., en SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch*, Kommentar, München, 1980, par. 47, pág. 563.

(12) BETTIOL, G., *Diritto penale*, I., Padua, 1966, págs. 683 ss.

(13) CAVALLA, *op. cit.*, pág. 307.

(14) PAGLIARO, A., *Commisurazione della pena e prevenzione generale*, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, enero-marzo, 1981, págs. 30-31.

(15) LUZÓN PEÑA, D. M., *op. cit.*, pág. 64.

(16) LUZÓN PEÑA, *op. cit.*, págs. 61 ss.

que la situación de mayor necesidad intimidatoria vendrá dada por fenómenos como los arriba apuntados: alarma social creada, repercusión del hecho, repetición de otros de la misma clase, que dependen de circunstancias que, en ocasiones, poco o nada tienen que ver con el autor.

Ante ello, pero también ante la importancia de los argumentos reseñados, es necesario sopesar cuidadosamente las consecuencias del planteamiento.

3. Empecemos por analizar en un plano concreto las posibilidades y la eficacia de la estimación preventivo general por el juez. La primera cuestión viene planteada por el tipo de mecanismos que conforman la valoración judicial en este terreno: si en todo el tema de la determinación concreta de la pena la tendencia al irracionalismo preocupa sobremanera a quienes se ocupan de él, la cuestión de la prevención general es quizá la que mayores riesgos ofrece en este sentido; los motivos por los que se tiende a incrementar la pena con finalidad intimidatoria son los que más expuestos están a la valoración parcial e irracional. Con acierto destaca Dolcini, que el fenómeno de la alarma social se asienta en la mayoría de los casos sobre una identificación de determinados sectores sociales con las víctimas de algunos delitos (17) y no supone gran esfuerzo recordar casos en los que un espectacular despliegue informativo, la especial resonancia periodística de un hecho o incluso una prensa sensacionalista, han empujado a la reclamación de penas severísimas por parte de la población, sin que ello suponga negar la gravedad de los hechos que suelen originar tales reacciones (18), pero lo que sí es cierto es que tales fenómenos deben estudiarse en profundidad y sin menospreciar el efecto que pueden producir sobre la valoración del hecho; en cualquier caso éste presenta una «gravedad», sobre cuyo contenido no puedo extenderme aquí, pero en principio no me parece conveniente que en la valoración del injusto cometido se incluyan datos posteriores a su realización como es el caso de la difusión social del mismo (19).

En segundo lugar, la propuesta de la consideración preventivo general por parte del juez parece confiar en la eficacia de una determinada medida de pena sobre la tasa preocupante de criminalidad. A tal respecto hay que hacer algunas consideraciones,

(17) DOLCINI, E., *La commisurazione della pena*, Padua, 1979, página 232. Cfr. también STRATENWERTH, *op. cit.*, pág. 62, sobre los fenómenos no reflexivos de prevención general y especial y la conclusión de GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., *op. cit.*

(18) Baste recordar las reacciones abiertamente talionares producidas frente a atentados contra la libertad sexual que llegan a solicitar la castración de sus autores.

(19) Sin embargo, hay que establecer la salvedad de los casos en que esa difusión ha sido buscada por el autor para aumentar el perjuicio ocasionado a la víctima, incrementándose la entidad del injusto, puesto que con ello estamos completando la estimación del devalor "desde dentro" y no yuxtaponiéndole factores externos como propone PAGLIARO.

teniendo en cuenta que los estudios empíricos de que disponemos sobre el tema no son muy amplios y que quizá no puedan ser nunca definitivos dada la dificultad de comprobar el número de personas que dejan de delinquir gracias a la intensidad de la intimidación. Sin embargo, existen opiniones autorizadas y algunos estudios ya realizados que ponen en duda tal eficacia: Para Haag, los factores que presentan posibilidades y peligro de difusión del delito son la posición social del agente, la amplitud del ámbito en que se difunde la noticia, las características de las personas entre las que se difunde y la precedente frecuencia de la comisión (20), entre los que como puede verse, no se encuentra la menor severidad de la sentencia que se dicte; Hassemer destaca que para confiar en el valor preventivo general de la sentencia sería necesario que ésta fuera comunicada a los sujetos sobre los que se pretende influir, que éstos fueran motivables y que el juez estuviera en condiciones de realizar una prognosis preventivo general con base empírica (21); Dolcini recoge estudios realizados en el mundo anglosajón que ponen de manifiesto la irrelevancia de la mayor severidad judicial en cuanto a la tasa de criminalidad, destacando que sólo se aprecia una cierta influencia en el caso del homicidio, lo cual parece depender de la mayor certeza de la aplicación del castigo (22). Esta última cuestión se inscribe en la distinción planteada al principio entre la *producción* y la *búsqueda* del efecto preventivo general por parte de la sentencia: si ésta produce efectos preventivo generales es antes por la demostración de la persecución de los hechos y del funcionamiento de la Administración de justicia que por la mayor severidad de las decisiones (23). La desconfianza que a veces produce la ineficacia de los aparatos policial y judicial, la conciencia de que muchos actos auténticamente lesivos quedan impunes produce mayores perjuicios a la intención intimidatoria del Estado que la adopción de una pena que pueda parecer excesivamente leve. Y no parece justo intentar paliar tales defectos de fondo con la imposición de penas más graves en casos «espectaculares», atribuyendo a la sentencia un papel «tranquilizador» de la opinión pública que no debe tener.

Sin embargo, no es mi intención reducir el tema al terreno de la eficacia de la pena en que se corre el riesgo de criticar las actitudes político criminales sólo a partir del grado de beneficio que aportan al sistema y ello, con ser un aspecto del problema

(20) HAAG, K., *Rationale Strafzumessung*, Köln-Berlín-Bonn-München, 1969, pág. 154.

(21) HASSEMER, W., *Prevenzione generale e commisurazione della pena*, en *Teoría e prassi della prevenzione generale dei reati*, Bolonia, 1980, pág. 137.

(22) DOLCINI, *op. cit.*, págs. 250 ss.

(23) En este sentido, CÓRDOBA RODA, J., *Culpabilidad y pena*, Barcelona, 1977, pág. 64, y ANDENAES, J., *La prevenzione generale nella fase della minaccia, dell'irrogazione e dell'esecuzione della pena*, en *Teoría e prassi...*, *cit.*, pág. 35.

—posiciones ideológicas aparte— no deja de constituir una visión parcial del mismo que además puede llevar a considerar que las instituciones penales son mejores *sólo* porque son más eficaces (24).

Por el contrario y volviendo a uno de los puntos de partida, de lo que se trata es de delimitar el ámbito de lo que debe ser o no ser competencia judicial, apoyándonos en la consideración de las penas como un mecanismo más dentro del aparato coercitivo estatal en el que la Administración de Justicia es una pieza importante, pero no la única. A ello dedicamos el siguiente apartado.

4. La atribución expresa de la finalidad preventivo general al Derecho penal es algo tan antiguo como la propia reforma penal liberal. Desde los planteamientos utilitaristas hasta las actuales orientaciones político criminales, esta función estatal ha sido formulada como pura ejemplaridad, «coacción psicológica», simple intimidación o bien se ha primado su carácter de regulación social y creación de convicciones culturales a través de la llamada función motivadora de la norma. En el planteamiento de Mir Puig aparece perfectamente clara la fundamentación de esa función motivadora de la prevención general que además se apoya, para este autor, en la declaración constitucional española por la que se configura el Estado como Social y Democrático de Derecho (25). De este modo, la función preventivo general se dota de un nuevo contenido de orientación político criminal directamente entroncado con la protección de bienes jurídicos.

Independientemente de las críticas que se formulan al concepto de prevención general, tanto por lo que se refiere a los peligros del desmesurado afán intimidatorio como en lo concerniente a su dudosa eficacia (26), lo que sí es cierto es que el establecimiento de un tipo penal en el Código supone la intención preventivo general del legislador, quien describe la conducta que se quiere evitar e intentar crear la conciencia jurídica general que la imposición de la pena persigue fortalecer. El problema para quienes han desarrollado el concepto de motivación radica en el modo en que se seleccionan tales conductas y en el establecimiento de penas proporcionadas, condicionantes de la eficacia de dicha función motivadora (27). De esta manera se patentiza la interrelación producida entre derecho y convicción cultural, desde el momento en que las

(24) Por las mismas razones inspiran prevención las explicaciones funcionalistas que pueden conducir a justificar el sistema por su coherencia interna, o sus elementos por su funcionalidad. Aunque acogiendo la terminología, expresa tales reparos LUZÓN, *op. cit.*, nota 23.

(25) MIR PUIG, S., *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho*, Barcelona, 1979, págs. 25 ss.

(26) Como resumen de las críticas, vid. BUSTOS, J.-HORMAZÁBAL, H., *Pena y Estado*, en *Revista Papers* (Universidad Autónoma de Barcelona), núm. 13, 1980, pág. 25.

(27) Vid. por todos MUÑOZ CONDE, F., *Introducción al Derecho Penal*, Barcelona, 1975, págs. 50 ss.

normas jurídicas tienden a crear normas culturales, pero encuentran sus propios límites en lo que éstas representan.

Sin desarrollar en profundidad tal razonamiento, tomémosle como enlace válido con otro plano más general que afecta a la interpretación del Estado como organizador del consentimiento social: la necesidad de mantenimiento de la hegemonía —desde una interpretación que, desde luego, puede no ser compartida— supone la utilización de modos de dominación entre los que se incluye la organización del consentimiento social por parte del Estado, enunciado cuyo esquematismo quedaría de manifiesto con un análisis más detenido dada la heterogeneidad de fuerzas e intereses que aparecen en el seno tanto de las clases hegemónicas como del propio Estado y que hacen que éste no sea un mero instrumento de aquéllas, pero lo que sí es cierto es que en esa tarea organizadora del consenso sobre los intereses estatales, el derecho penal ayuda a una fundamental tarea de creación de convicciones, constituyéndose así la base de la ideología tanto de la prevención general como de la prevención especial. Esquematismo supondría igualmente concebir el Derecho penal sólo como instrumento organizador del consentimiento, dado su innegable componente coactivo, pero en este momento interesa destacar fundamentalmente su aspecto disuasorio.

Todas estas consideraciones nos conducen a estimar que con el momento legislativo «tipicidad-conminación» se persigue la evitación de conductas perjudiciales para intereses que se ha decidido proteger, esto es la prevención general, en un sentido que va más allá de la declaración programática y de un modo que afecta sustancialmente a la argumentación siguiente: en el momento conminativo el Estado establece una cantidad de sanción que considera suficiente para ejercer la función organizadora del consentimiento social, llámesele coacción, intimidación, prevención general o motivación según los estudios y el modo en que lo haga. Ello permite avanzar una conclusión: si dentro de los límites del marco penal genérico, el legislador considera satisfecha la prevención general, este criterio deberá preocupar escasamente al juzgador mientras se mueva dentro de ellos, puesto que estará tomando en consideración magnitudes de pena adecuadas al fin preventivo general, es decir, «se está adecuando al programa preventivo general establecido por el legislador», cometido que según Pagliaro debe realizarse en la fase judicial; lo que ocurre es que para este autor, ello debe hacerse tomando nuevamente en consideración las necesidades intimidatorias que existan en este momento, es decir, «renovando» el cumplimiento de lo que había sido ya una función propia del momento legislativo y asumiéndola en parte.

Sentado este punto de partida, sigamos con otro de los argumentos esgrimidos por Pagliaro. Dice este autor que yerran quienes afirman que la estimación de la prevención general en la determinación de la pena supone que el sujeto responde por potenciales

hechos de otros y afirma que si tal argumento fuera válido «debería excluirse no sólo la posibilidad de que la prevención general opere en la determinación de la pena entre un mínimo y un máximo, sino también, la posibilidad de que *el mínimo legal sea fijado en base a exigencias de prevención general*» (28). Me parece evidente una confusión entre el cometido del legislador y el del juez: la ley penal *debe* prever los potenciales hechos delictivos y fijar el mínimo de pena que considera suficiente para evitarlos, atendiendo a criterios de proporcionalidad (29), pero al juez no debe preocuparle la actuación posterior de ciudadanos que no están —por el momento— sometidos a juicio y mucho menos «preocuparse» incrementando la sanción del que en ese momento se juzga. Ello, creo, sería instrumentalizar al reo con fines de prevención general; supone instrumentalización el utilizar la fase judicial de determinación de la pena para perseguir fines a los que se consagra la conminación penal y que incluso deben formar parte de otros sectores distintos de la política estatal ajenos al Derecho penal. El que instancias anteriores de control hayan fallado no es motivo suficiente para que se recurra a una mayor severidad de la pena en ese momento.

El tema de la instrumentalización del reo con fines de prevención general sirve de entrada a la toma en consideración de las implicaciones constitucionales del problema que contemplamos. A tal respecto, Andenaes (30) plantea reparos a la operatividad de la prevención general en la determinación judicial de la pena en tanto en cuanto puede suponer una violación del principio de igualdad ante la ley: dos supuestos de similar gravedad pueden verse sancionados con penas diferentes en uno de los casos si así lo aconsejan las necesidades de prevención general, de las cuales no tiene por qué responder el sujeto.

Pero además del principio de igualdad ante la ley, frente al que no puede prevalecer ninguna «circunstancia personal ni social» según el artículo 14 de la Constitución española, el hacer recaer sobre el reo consecuencias derivadas de un interés estatal, supone un olvido de su dignidad personal cuyo reconocimiento constitucional es igualmente claro a partir del artículo 10 de nuestra Constitución.

Por último no puede olvidarse, aunque su tratamiento merece un trabajo aparte (31), la proclamación de la prevención especial como orientación de las penas privativas de libertad y medidas de

(28) PAGLIARO, A., *op. cit.*, pág. 26, subr. mío.

(29) Vid. MIR PUIG, S., *Función...*, cit., pág. 22, remitiéndose a su *Introducción a las bases del Derecho penal*, Barcelona, 1976, págs. 128 ss. y págs. 151 ss.

(30) ANDENAES, *op. cit.*, pág. 38.

(31) Entre otros, vid. CÓRDOBA RODA, J., *La pena y sus fines en la Constitución*, "Doctrina Penal", núm. 7 (Separata), 1979, págs. 561 ss. y MUÑOZ CONDE, F., *La resocialización del delincuente*, en ese mismo número, págs. 325 ss.

seguridad realizada por el artículo 25. Tal declaración, es obvio recordarlo, plantea una serie de cuestiones de fondo que abarcan desde el propio concepto de prevención especial hasta el alcance del enunciado constitucional según se entienda que éste viene referido sólo a la fase de ejecución de la pena o bien a todo el proceso de aplicación de la misma. El tratamiento de tales problemas en profundidad desbordaría los límites de este trabajo, pero sí merece la pena plantear aquí la cuestión del rango de las finalidades de la pena desde el punto de vista constitucional.

Con acierto ha destacado Mir Puig, que la configuración del Estado español como Social y Democrático de Derecho consagra la finalidad preventiva del Derecho penal sobre la meramente retributiva o expiatoria (32), pero el problema aparece cuando se trata de otorgar primacía a uno u otro aspecto de la finalidad preventiva en el momento de la decisión judicial. Hemos aceptado ya la finalidad preventivo general en el estadio de la conminación a partir del mandato dirigido a la colectividad estableciendo obligaciones de hacer y no hacer, pero es algo más arduo delimitar el sentido que ese mandato tiene ante el juez. Me parece dudoso que tal «imperativo» se resuelva en una obligación dirigida a él, de conseguir que los ciudadanos se abstengan de cometer hechos punibles (33); las normas penales obligan al juez en general como ciudadano y en particular, como funcionario, aquellas que le están especialmente dirigidas en tanto que constituyen ciertos delitos especiales (prevaricación, etc.) y a partir de aquí, la Constitución le obliga tan sólo a «juzgar y hacer ejecutar lo juzgado» (art. 117. 3), estableciendo taxativamente a continuación que «los Juzgados y Tribunales no ejercerán más funciones que las señaladas en el apartado anterior y las que expresamente les sean atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho» (art. 117.4). Entiendo que juzgar» y «ejecutar lo juzgado» se refiere a una valoración y una actividad recayentes sobre el caso concreto y limitadas por éste, sin que en ello quepa incluir la necesidad de evitar otros del mismo calibre. Ello no niega la finalidad preventivo general de las penas, pero sí la cuestiona como objetivo prepotente en el enjuiciamiento: la instancia en la que deben decidirse las necesidades que afectan a toda la colectividad, aquella en la que ha de mirarse el interés general y plasmarse el carácter de generalidad de la norma penal

(32) MIR PUIG, S., *Función...*, cit. No entramos ahora en las dificultades que para la ciencia política supone la definición de lo que es el Estado Social y Democrático de Derecho. En el caso español, la declaración constitucional parece antes fruto de la negociación política que de la elaboración teórica. Vid. APARICIO, M. A., *Introducción al sistema político y constitucional español*, Barcelona, 1980, pág. 62.

(33) En contra, MIR, S., *Función...*, cit., pág. 30: "El mandato dirigido al juez deberá, entonces, tener el sentido de establecer una amenaza penal dirigida a la colectividad que crea una expectativa social tendente a motivar en los ciudadanos (a 'normar') un comportamiento adecuado a Derecho".

queda reservada a un sector concreto del Estado, cuyo poder de decisión se asienta sobre la representación popular, esto es, el poder legislativo y creo honradamente que ese poder de decisión sobre lo que en cada momento exige el interés general no debe dejarse a los miembros de la Administración de Justicia.

En cuanto a la proclamación de la prevención especial puede decirse además que la orientación señalada se refiere al estadio penitenciario, habida cuenta que los términos empleados —«reeducación y reinserción social»— son habitualmente referidos a ese ámbito, pero me parece claro que difícilmente pueden perseguirse tales fines en la etapa ejecutiva si no se han tenido en cuenta o han sido relegados al elegir la cantidad y clase de pena a imponer, puesto que de ahí pueden resultar penas inadecuadas a la finalidad última. Por tanto, mientras que la Constitución no obliga al Juez a perseguir el efecto preventivo general, sí le impone tener en cuenta la finalidad preventivo especial, con lo cual, en mi opinión, ésta pasa a un primer plano.

No es ningún descubrimiento que la bondad o maldad, los perjuicios o beneficios —si es que cabe esperar alguno— de la ejecución penal para el individuo, no dependen del grado de respeto que se mantenga en la fase judicial hacia la finalidad «reeducadora», pero igualmente el logro de la prevención general tampoco dependa ni puede depender de ese momento y si se trata de establecer prioridades en algo tan duro como el enfrentamiento entre Estado e individuo, la opción que apunté al principio, creo que debe situarse en la limitación del poder del primero mediante la colocación en primer plano de la consideración del segundo.

Italia: Cinco referéndum afectantes a materias penales

JUAN JOSE GONZALEZ RUS
Profesor Adjunto Interino de Derecho Penal
Granada

SUMARIO: I) Introducción.—II) Aborto.—III) Pena de privación perpetua de libertad (“Ergastolo”).—IV) Medidas urgentes para la tutela del orden democrático y de la seguridad pública (“Ley Cossiga”).—V) Porte de armas.—VI) El terrorismo como elemento condicionador de las consultas.

I

El pasado día 17 de mayo de 1981 se celebraban en Italia cinco referéndum sobre materias afectantes al ordenamiento penal (1), de importancia relevante por cuanto ponen de manifiesto la concepción de la sociedad italiana sobre determinados puntos clave de nuestra disciplina. Aborto, pena de privación perpetua de libertad («ergastolo»), medidas de orden penal y procesal adoptadas en relación al orden público y porte de armas fueron las cuestiones sometidas al juicio popular. Convocado estuvo asimismo el referéndum sobre los Tribunales Militares, planteado, como los anteriores, por el Partido Radical y en el que se proponía la derogación de las normas relativas a la jurisdicción militar en tiempo de paz, aunque

(1) Ante la Corte Constitucional Italiana se plantearon en realidad diez. De ellos fue declarado inadmisibile el llamado “referendum massimale”, propuesto por el “Movimiento per la vita”. Asimismo, se rechazaron los planteados por el Partido Radical Italiano sobre la caza (por considerarlo dependiente de la decisión que se adoptara sobre el porte de armas), centrales nucleares y legalización de las “drogas blandas” (por tratarse de materias vinculadas a disposiciones de carácter internacional) y modificación del Código penal en materia de delitos de expresión y opinión (que se declaró inadmisibile porque el contenido tan heterogéneo de las normas sometidas a referéndum no permitía la simple alternativa entre el “sí” y el “no”).

no fuera directamente este tema sometido a refrendo (2). No llegó a celebrarse, sin embargo, dado que la Ley de 7 de mayo de 1981, de modificación al ordenamiento judicial militar en tiempo de paz (3), vendría a derogar (en su art. 16) la casi totalidad del Decreto que debía someterse a referéndum, acogiendo básicamente las propuestas hechas por los radicales (4).

Todas las propuestas de modificación planteadas fueron ampliamente rechazadas, afirmándose el mantenimiento de la regulación vigente en las respectivas materias. Las perspectivas de análisis que ofrece tan interesante experiencia son, no es preciso insistir en ello, muy variadas. Todas ellas de notable importancia, por lo que revelan de las concepciones políticas, culturales, religiosas e ideológicas imperantes en una sociedad perteneciente a nuestra área de cultura y por tantas razones tan próxima a la española en algunos aspectos y problemas. Como estudiosos del Derecho penal hemos de limitarnos nosotros, sin embargo, y de manera ciertamente sumaria, a los aspectos jurídico-penales que se veían sometidos a la votación refrendaria. En las páginas que siguen, por tanto, nos limitaremos a dar noticia de cuál era la regulación sometida a consulta, cuáles las propuestas de modificación planteadas y el resultado final de cada una de ellas, añadiendo alguna consideración de orden estadístico o circunstancial cuando se estime que su conocimiento puede contribuir a centrar mejor algunos aspectos de los respectivos referéndum. Se prescindirá, por el contrario, de cualesquiera otras valoraciones, que aún de sumo interés, desbordarían el cometido de este trabajo.

II

En el centro de la consulta se encontraba el tema del aborto. Con gran diferencia, fue éste el aspecto que suscitó mayor expectación e interés entre los que eran objeto de consideración, hasta el punto de hacer que las demás cuestiones, sin quedar oscurecidas, perdieran una buena parte del relieve que por su importancia y trascendencia les correspondía.

(2) Contenidas en el Decreto núm. 1022, de 9 de septiembre de 1941. En un primer momento lo que se pretendía era la derogación total de la norma citada. La Corte Constitucional declaró, sin embargo, anticonstitucional el intento dado que en la norma fundamental italiana se admite la existencia de la jurisdicción militar tanto en tiempo de paz como de guerra (artículo 103, párr. 3.º). Lo que propondrán, entonces, es derogar las normas que determinan cómo y por quiénes deben constituirse los Tribunales militares.

(3) Vid. *Gazzetta Ufficiale*, núm. 127, de 8 de mayo de 1981.

(4) Aunque fue aprobada con su abstención (Vid *Corriere della Sera* del 8 de mayo de 1981). En la nueva normativa se dispone también, como en el orden civil, un Tribunal de Apelación y se admite el recurso ante la Corte de Casación. Del mismo modo, se modifica la estructura de los Tribunales militares, dando entrada a Magistrados civiles a los que únicamente se exige haber sido al menos oficial de complemento.

Dos propuestas de modificación, de sentido absolutamente opuesto, se presentaban a la aprobación popular. De signo limitativo de la legislación vigente, la auspiciada por el «Movimiento per la vita», de inspiración católica. Liberalizadora del aborto, la postulada por el Partido Radical Italiano. Ambas, en suma, pretendiendo la alteración de la regulación establecida por la Ley de 22 de mayo de 1978, número 194, conteniendo «Normas para la tutela social de la maternidad y sobre la interrupción voluntaria del embarazo» (5).

La regulación que establecía el Código penal italiano en tema de aborto antes de la referida Ley 194/1978 era en esencia similar a la normativa que se contiene en el artículo 411 y ss. del Código penal español vigente. Se castigan allí, en ocasiones con una formulación legal casi idéntica a la española, las mismas figuras, incluso con iguales agravaciones, que hoy integran las modalidades de aborto del Código patrio (6). La Ley 194/1978, vendría a derogar tal normativa y a inscribir a la legislación italiana en el elenco de las que admiten, dentro de ciertos plazos y con determinadas condiciones, la interrupción del embarazo a través del reconocimiento de amplias indicaciones (7).

La Ley se abre con la afirmación de que «El Estado garantiza el derecho a la procreación consciente y responsable, reconoce el valor social de la maternidad y tutela la vida humana desde su inicio» (art. 1, párr. 1.º), sin que la interrupción voluntaria del embarazo pueda entenderse como «medio para el control social de los nacimientos» o la limitación de los mismos (art. 1, párrafos 2.º y 3.º). Se prevén, por eso, órganos y actividades tendentes a orientar la planificación familiar y el uso de medios anticonceptivos (art. 2, párrafo último y 15); así como medidas dirigidas a superar los inconvenientes de orden social o laboral que pudieran derivarse para la mujer del hecho de la maternidad (arts. 2 y 5).

Durante los primeros noventa días, la interrupción del embarazo depende prácticamente de la libre voluntad de la mujer. Dentro de este plazo, el aborto está previsto para los casos en que la

(5) Vid. *Codice Penale e norme complementari*, a cura di Giovanni Conso, Milano, 1979 (aggiornato al 15 febbraio de 1980). De la Ley 194/1978 hay traducción española de Miguel Angel Soto Lamadrid, en ANUARIO, 1980, págs. 749 y ss.

(6) En efecto, se castigaba el aborto no consentido (art. 545), consentido (art. 546), autoaborto (art. 547), aborto con resultado de muerte (art. 549), muerte o lesiones de la mujer causadas como consecuencia de prácticas abortivas realizadas en ella creyéndola embarazada (artículo 550), aborto "honoris causa" (art. 551), facilitación de abortivos (art. 548) y propaganda o prácticas anticonceptivas (art. 553). Se agravaban también los supuestos en que quien realizaba el aborto fuera un sanitario (art. 555).

(7) Sobre la nueva regulación puede verse: GALLI, ITALIA, REALMONTE, SPINA, TRAVERSO, *Commento alla legge 22 maggio 1978, núm. 194*, Milano, 1978. Colectivo, *L'Aborto. Aspetti medico-legali della nuova disciplina dell'aborto (commento alla legge 22 maggio 1978, núm. 194)*, Padova, 1978.

mujer «acuse circunstancias por las cuales la continuación del embarazo, el parto o la maternidad, comportarían un serio peligro para su salud física o psíquica, en relación a su estado de salud, a sus condiciones económicas, sociales o laborales, a las circunstancias en las que se produjo la concepción, o a previsiones de anomalías o malformaciones del concebido» (art. 4). Para que la intervención pueda realizarse debe dirigirse a un consultorio público, a una estructura socio-sanitaria habilitada a ese objeto por la región o a un médico de su confianza, quienes examinarán la situación tratando de ayudar a la mujer a remover todas las causas que la impulsan a abortar, determinando, si fuera preciso, la urgencia del mismo (en cuyo caso el certificado que se le facilita es suficiente para practicarlo inmediatamente), o, si no lo fuera, extendiendo un documento «firmado también por la mujer, certificando el estado de embarazo y la petición efectuada», invitándola a reflexionar durante siete días, transcurridos los cuales puede presentarse en cualquier establecimiento autorizado para que le sea practicado el aborto (art. 5), como si fuese urgente (art. 8, in fine).

Después de los primeros noventa días, el aborto puede ser practicado en los siguientes casos: «a) cuando el embarazo o el parto comporten un grave peligro para la vida de la mujer; b) cuando sean descubiertos procesos patológicos, entre ellos los relativos a anomalías relevantes o malformaciones del nascituro, que determinen un grave peligro para la salud física o psíquica de la mujer» (art. 6). En este último supuesto, «cuando subsiste la posibilidad de vida de autónoma del feto, la interrupción del embarazo puede ser practicada sólo en el caso previsto en el apartado a) del artículo 6 (grave peligro para la vida de la mujer) y el médico que asiste a la intervención debe adoptar cualquier medida idónea para salvaguardar la vida del feto (art. 7, párrafo último).

Para los casos de mujer menor de dieciocho años, la solicitud hecha por la mujer debe contar con el consentimiento de quien detenta la patria potestad o la tutela. Si tal consulta no fuera conveniente, o el consentimiento fuera negado, el Juez tutelar, sobre la base del informe hecho por el médico o la institución sanitaria que recibió la petición de aborto, oída la mujer y valoradas las razones que aduce, puede autorizar la intervención. La autorización no es necesaria si se trata de uno de los supuestos que permiten la interrupción del embarazo después de los noventa días (art. 12). Si la mujer, en cambio, es incapaz, por enfermedad mental, la petición puede ser presentada por ella misma, junto con el tutor o el marido que no esté legalmente separado. El Juez tutelar, también sobre la base de la relación médica, decidirá la pertinencia de la intervención (art. 13).

En cualquier caso, el aborto sólo puede ser practicado en y por un médico del servicio obstétrico-ginecológico de los centros sanitarios autorizados para ello (art. 8), reconociéndose al personal sanitario el derecho a no participar directamente en los mismos

cuando hayan formulado la oportuna «objeción de conciencia»; que no les exonera, en cambio, de la asistencia sanitaria antes y después de la intervención o de ella misma si su concurso es indispensable para salvar la vida de la mujer en inminente peligro (art. 9) (8). En todo caso, el aborto es gratuito (art. 10).

Es punible el aborto realizado sin el consentimiento de la mujer o cuando ha sido obtenido con violencia, amenaza o engaño, así como el causado con acciones dirigidas a causar lesiones a la mujer (cuatro a ocho años de reclusión); agravándose la pena si se deriva de la muerte, lesiones gravísimas o graves, o la mujer es menor de dieciocho años (art. 18). Se castiga también el causado culposamente (tres meses a dos años de reclusión) y el parto prematuro ocasionado de la misma manera (mitad de la pena anterior). Se agrava, en cambio, dentro todavía de las hipótesis culposas, si el hecho fue cometido con infracción de las normas que tutelan el trabajo (art. 17). La realización del aborto voluntario, dentro de los primeros noventa días, sin acudir a las instituciones o personas señaladas, fuera de los centros autorizados o por personal no destinado al efecto es castigada con la pena de hasta tres años de reclusión, para quien lo realiza, y multa de hasta cien mil liras para la mujer. Si es después de los noventa días, fuera naturalmente de los casos autorizados por la Ley, la pena es de uno a cuatro años para quien lo provoca y de hasta seis meses de reclusión para la mujer. Si esta es menor de dieciocho años o incapaz y no se sigue el procedimiento previsto, la pena se verá agravada, mientras que la mujer no será castigada. Previstas están también las hipótesis de muerte o lesiones causadas a la mujer como consecuencia del aborto (art. 19).

La pena que corresponda, en los respectivos casos, será elevada asimismo si el delito ha sido realizado por personal sanitario que se acogió a la «objeción de conciencia» (art. 20). Castigado está también el revelar la identidad, o facilitar noticias idóneas para descubrirla, de la mujer que se haya servido de las intervenciones previstas en la ley (art. 21).

El objetivo fundamental de la Ley 194/1978, tendente a eliminar el aborto clandestino, no parece, sin embargo, que se haya logrado, por razones de muy diversa índole que van desde lo cultural a la propia estructura sanitaria (9). La verdad, no obstante, es que la razón de las propuestas de modificación planteadas no está rela-

(8) La mayor parte de los médicos que podían verse afectados por la Ley se han declarado «objetores». Así, de 3.350 médicos de servicio en los departamentos obstétrico-ginecológicos, 2.386 se acogieron a la excepción, según datos del propio Ministerio de Sanidad. Cfr. *Guida ai referendum*, Suplemento all'Europeo, núm. 19/1981, pág. 10.

(9) Según datos del "Istituto Centrale di Statistica", *Bollettino Mensile di Statistica*, núm. 3, marzo de 1981, pág. 164, en el año 1979 se realizaron en Italia 187.752 abortos acogidos a la Ley 194/1978, con un total de 670.078 nacidos vivos, lo que supone 282 abortos por cada mil nacimientos viables. Aún así, en diversas fuentes se estima que

cionada con el funcionamiento de la ley, sino con planteamientos del tema absolutamente diversos. Por una parte, la presión de los sectores contrarios a cualquier concesión en tema de aborto no cesaría ni aún después de la aprobación de la Ley. Junto al casi continuo planteamiento de cuestiones de legitimidad constitucional, se intentarían otros caminos que acabarían en las propuestas de referéndum presentadas por el «Movimiento per la vita» (10). Desde el lado contrario, tachándola de insuficiente y de instaurar el «aborto de Estado», se ha planteado asimismo su modificación, como ya se dijo, por el Partido Radical Italiano. Ambos referéndum fueron declarados admisibles por el Tribunal Constitucional italiano, en Sentencia número 26, de 10 de febrero de 1981 (11), con lo que quedó abierta la vía a su celebración.

El del «Movimiento per la vita» pretendía la derogación de

estas cifras equivalen a un tercio de los abortos reales. En el primer trimestre de 1980, se ha producido un aumento respecto al mismo período del año anterior, tanto absoluto como relativo, pues al tiempo que disminuyen los nacimientos (340.701 en el primer trimestre de 1979, por 321.652 en 1980) aumentó el número de abortos (de 93.917 se pasó a 113.345) lo que supone un incremento de 275/1.000 nac. a 352/1.000 nac. Indicativas son, asimismo, las cifras relativas a las regiones de Italia donde es mayor el número de los mismos. En la parte Norte y Central, las más ricas e industriales, se realizaron el 73,95 por 100 del total de abortos (138.835 sobre 187.752), mientras que el número de nacimientos supuso sólo el 53,80 por 100 del total de Italia (360.450 sobre 670.078). En la parte Meridional e Insular, fueron del 26 por 100 para los abortos y el 46,20 por 100 para los nacimientos. En resumen, 385 abortos por cada 1.000 nacimientos en la Italia rica y 158/1.000 nac. en la parte Sur e Islas. También aquí las cifras habían aumentado con respecto al año anterior (474/1.000 nac. y 213/1.000 nac., respectivamente). Por regiones las cifras más altas corresponden a esa división geográfica. Las relaciones más altas se producen en Liguria (Génova, 645 abortos/1.000 nac.), Emilia-Romagna (Bologna, 640/1.000), Valle d'Aosta (500/1.000) y Piemonte (Turín, 484/1.000). Las más bajas se producen en Calabria (extremos Sur, 92/1.000), La Campania (Nápoles, 112/1.000), y Sicilia (136/1.000). Aparte las diferencias demográficas, la diversa eficacia de las estructuras sanitarias y las peculiaridades culturales de cada zona explican mucho de las abultadas diferencias. El mayor rechazo social hace que en la Italia Meridional el aborto clandestino siga siendo la vía que ofrece a la mujer mayores garantías de que el hecho pasará ignorado. Significativos son, en este sentido, de una parte, el que sean las mujeres casadas las que han recurrido en mayor medida a la Ley 194/1978 (en 1979 la proporción fue de 82.898 casadas por 27.344 solteras); de otra, el que sólo el 4,2 por 100 de todas ellas son menores. Cfr., últimos datos estadísticos, *Guida ai referendum*, cit., pág. 11.

(10) Actualmente hay planteadas diecinueve cuestiones de inconstitucionalidad en relación a la Ley 194/1978: Como ya se dijo, el «Movimiento per la vita» había presentado también una propuesta «massimale» de referéndum, con criterios aún más restrictivos, que fue rechazada por el Tribunal Constitucional italiano.

(11) Publicada en la *Gazzetta Ufficiale*, núm. 44, del 13 de febrero de 1981 (edición especial). El texto, con las modificaciones planteadas en cada propuesta de referéndum, puede verse en los respectivos. Decretos de convocatoria, de 24 de marzo de 1981, núm. 87, el del «Movimiento per la vita» (*Gazzetta Ufficiale*, de 26 de marzo de 1981, núm. 85) y de la misma fecha, el Decreto núm. 89 (loc. últ. cit.).

todos aquellos artículos de la ley que permitían el libre aborto de la mujer. En concreto, deban desaparecer, para la interrupción producida en los primeros noventa días, las indicaciones humanitaria, eugénica y ético-social. Para el tiempo sucesivo, se postulaba la derogación de las hipótesis de aborto autorizado a causa de anomalías o malformaciones del nasciturus o grave peligro para la salud psíquica de la mujer. En definitiva, por tanto, se pretendía que sólo fueran posibles los casos de aborto, cualquiera que fuera el momento en que se produjera, cuando el embarazo o el parto pudieran determinar grave peligro para la vida de la mujer o se apreciara la existencia de procesos patológicos que pudieran determinar grave peligro para la salud física de la misma; en resumen, las hipótesis de aborto terapéutico.

La intervención, sin embargo, podría ser realizada en cualquier centro o institución, aunque se seguía reconociendo la posibilidad de interponer la «objeción de conciencia». En cuanto a las modalidades legales constitutivas de delito, aparte el aborto o parto prematuro culposo, aborto contra la voluntad de la mujer y preterintencionalidad y difusión de noticias idóneas para revelar la identidad de la mujer, en todos los casos con las agravaciones ya señaladas al comentar la Ley 194/1978, y respecto de las que no se pedía modificación alguna, se solicitaba, de forma coherente con el planteamiento básico propuesto, la desaparición de la modalidad delictiva que castiga la no realización de la intervención en los centros, por el procedimiento, y por el personal autorizado, así como las agravaciones correspondientes. Debería sancionarse, en cambio, la simple interrupción voluntaria del embarazo, fuera de los casos de aborto terapéutico, con la pena de hasta tres años para quien lo realiza y hasta cien mil liras de multa para la mujer. Se propugnaba también la desaparición de las agravaciones previstas para los casos de mujer menor de dieciocho años o incapaz y aborto con resultado de muerte (12).

El referéndum radical proponía la liberalización total del aborto en los primeros noventa días y, en los sucesivos, la admisión cuando la gravedad o el parto entrañaran grave peligro para la vida de la mujer o apareciesen procesos patológicos que determinaran grave peligro para su salud física o psíquica, mención que se entendía hacía innecesaria la referencia a las malformaciones o anomalías del concebido. En los tres primeros meses, la mujer sería absolutamente libre para decidir sobre la conveniencia del aborto, sin que debiera acudir a ningún consultorio a exponer su situación, ni fuera preciso ningún título autorizante. Después de ese tiempo sería admitido en los casos antes señalados. El aborto y las prue-

(12) Contaba con el apoyo de la Democracia Cristiana (DC) y el "Movimiento Social Italiano-Derecha Nacional" (MSI). En contra se manifestaron el resto de los partidos: comunista (PCI), socialista (PSI), socialdemócrata (PSDI), republicano (PRI), liberal (PLI), radical (PRI) y el de unidad proletaria (PDUP).

bas médicas oportunas podrían realizarse en cualquier centro sanitario o clínica, pública o privada, aunque se seguiría reconociendo el derecho a la «objeción de conciencia». Al no ser obligatorio acudir a centros autorizados por el Estado, la intervención no tenía por qué ser siempre gratuita. El mismo régimen valdría para las menores o incapaces, que no precisarían consentimiento o autorización de nadie.

En cuanto a las modalidades de aborto constitutivas de delito, debería desaparecer cualquier punición para el realizado en los tres primeros meses; aunque sí debía mantenerse para el realizado después de ese período fuera de los casos autorizados. Desaparecía también, coincidiendo con la propuesta del «movimiento per la vita», la agravación prevista para los casos de menores de dieciocho años o incapaces o con resultado de muerte o lesiones. Por lo demás habrían de mantener las mismas figuras legales establecidas por la ley cuya modificación se solicitaba (13).

Como anticipamos, ambas propuestas de modificación fueron mayoritariamente rechazadas. La sostenida por el «Movimiento per la vita», que contaba con el respaldo de la jerarquía eclesial y los sectores de inspiración católica, movilizados de manera decisiva en su apoyo, obtuvo, como hubieron de reconocer sus propios líderes, un resultado sensiblemente inferior a lo que en un principio se había estimado (14). Aún más abultada fue la derrota de la propuesta radical, que desde el principio fue acogida con muchas reservas (15).

(13) Era apoyado únicamente por los proponentes. En contra se pronunciaron todos los demás, que sostenían el mantenimiento de la Ley tal y como había sido aprobada por el Parlamento.

(14) En la campaña hubo intervenciones a favor del voto afirmativo para esta propuesta por parte de las más importantes dignidades de la Iglesia, que llegaron a enfrentar entre sí a los propios partidos políticos italianos, sobre todo a partir de la inequívoca toma de postura de Juan Pablo II una semana antes del referéndum. (Vid. *Corriere della Sera* del 11 de mayo). A favor de la modificación pedida votó el 32,1 por 100, y en contra el 67,9 por 100. Con excepción de Calabria (92 abortos/1.000 nacimientos y 37,4 por 100 de votos afirmativos) en que podría, sin gran decisión, establecerse un paralelismo entre el bajo número de abortos y el resultado del referéndum, en ambos casos en relación a la media nacional, en el resto de los casos no puede establecerse una relación clara entre ambos datos. Sí es cierto que donde mayor es el porcentaje de abortos mayor fue el resultado adverso (Umbria, 76,9 por 100, Emilia-Romagna, 76,8 por 100, Liguria, 76,1 por 100), pero no lo es, en cambio, que donde menor es el número de interrupciones voluntarias el número de votos afirmativos se diferencie sustancialmente de la media nacional (Sicilia, 136/1.000 y 32,9 por 100 de escrutinios afirmativos, Nápoles, 112/1.000 y 32,5 por 100, por sólo citar dos casos). Ello podría corroborar las consideraciones que antes se hacían en la nota 9.

(15) Los resultados de la propuesta radical fueron aún más adversos. Afirmativamente votó el 11,5 por 100, haciéndolo en contra el 88,5 restante. Los datos en esta ocasión fueron muy uniformes. Quizá pudiera destacarse únicamente el hecho de que donde mayor fue el éxito del referéndum del «Movimiento per la vita», más alto fue también el porcentaje de los radicales, y viceversa, lo que no deja de ser paradójico.

Se mantiene, por tanto, en tema de aborto, la regulación establecida por la citada Ley 194/1978, de la que se ha anunciado la reforma de algunos aspectos, sobre todo de estructura organizativa y eficacia, en base a la experiencia adquirida en los tres años de aplicación (16).

III

El «ergastolo» (17), según dispone el Código penal italiano, es una pena principal (art. 17), que tiene carácter perpetuo y que debe cumplirse en una de las instituciones destinadas a este efecto, con obligación de trabajar y con aislamiento nocturno (18). Su aplicación comporta la inhabilitación perpetua del condenado para cargo público (19) (art. 29) y la interdicción legal, con pérdida de la patria potestad y la capacidad para hacer testamento, convirtiendo en nulo el localizado antes de la condena (art. 32) (20). A partir de la Ley de 25 de noviembre de 1962, núm. 1.634, la pena de «ergastolo», que sólo quedaba extinguida por la muerte del reo (art. 171) o la concesión de amnistía, indulto o una medida de gracia (art. 184), ha sido admitida dentro de las que pueden beneficiarse de la libertad condicional (21). Es preciso para ello haber cumplido al menos

(16) Que sepamos, hay una propuesta presentada por el Partido Socialista, pretendiendo la eliminación del consentimiento de quien ostenta la patria potestad o del tutor, para las mujeres menores de dieciocho años. Se pretende acabar con ello con lo que sigue siendo una de las fuentes principales de que se nutre el aborto clandestino.

(17) Vid. MESSINA, *Il problema dell'ergastolo*, en *Scritti De Marsico*, II, Milano, 1960, págs. 153 y ss (publicado también en *La Scuola Positiva*, 1959, págs. 183 y ss.). PEDIO, *Ergastolo (dir. pen.)*, en *Enciclopedia del Diritto*, XV, Milano, 1966, págs. 225 y ss. VITTORE DEL ROSO, *L'ergastolo nella moderna teoria della esecuzione penale*, en *Rassegna di Studi penitenziari*, 1964, págs. 146 y ss. y 249 y ss. BETTIOL, *Sulle massime pene*, en *Scritti Giuridici*, II, Padova, 1966, págs. 885 y ss.

(18) Salvo que el sujeto haya sido condenado por varios delitos cada uno de los cuales comportaría la pena del ergastolo, en cuyo caso se aplicará aislamiento diurno por un tiempo comprendido entre seis meses y tres años. Si junto al delito castigado con el «ergastolo» concurre otro u otros que entrañarían penas en conjunto superiores a cinco años, el aislamiento diurno estará comprendido entre dos y dieciocho meses. En todo caso el condenado participará en la actividad laboral (artículo 72 Código penal italiano).

(19) En los términos precisados en el artículo 28 del C. p. italiano, que incluye los cargos de tutor, curador, condecoraciones, títulos académicos, pensiones del Estado, etc.

(20) Vid. también artículos 20 (sobre publicidad de la sentencia en donde se contiene la condena), 184 (extinción), 210 (extinción del ergastolo y medidas de seguridad conexas), 219 (sobre medidas de seguridad eventualmente aplicables) y 224 (cuando el hecho al que viene señalada la pena del ergastolo ha sido cometido por un menor de catorce años).

(21) Vid. GREVI, *Riduzione di pena e liberazione condizionale per i condannati all'ergastolo*, en *Rivista italiana di Diritto e procedura penale*, 1978, págs. 60 y ss.

veintiocho años de condena (22) y haber mantenido una conducta que permita considerar seguro su arrepentimiento (art. 176). Pasados cinco años desde la concesión de la libertad condicional sin que se produzca ninguna causa de revocación de la misma, la pena se considera extinguida, así como las medidas de seguridad personales que le hubieran sido señaladas (art. 177). También a raíz de esa misma disposición el condenado a «ergastolo» puede ser admitido en trabajos fuera del establecimiento.

La pena viene señalada por el Código italiano para numerosas figuras delictivas, fundamentalmente para delitos contra la «personalidad internacional del Estado» (23), la «personalidad interna del Estado» (24), atentados contra Jefes de Estado extranjeros si se les causa la muerte (art. 295), estragos (art. 422), ocasionamiento de epidemia (art. 438), envenenamiento de aguas o sustancias alimenticias (art. 439), supuestos de homicidio agravado (arts. 576 y 577), secuestro con fines de extorsión del que se deriva la muerte del secuestrado (art. 630) y siempre que haya concurso de delitos a cada uno de los cuales les sea aplicable pena no inferior a veinticuatro años (art. 73).

Desde antiguo ha sido discutida la constitucionalidad de la privación perpetua de libertad (25), afirmada, sin embargo, por la Corte Constitucional italiana en Sentencia de 22 de noviembre de 1974, número 264 (26), entendiéndose que la reeducación, finalidad última de la pena, no es incompatible con los propósitos de prevención general o defensa social, como muestra el hecho de que constitucionalmente quede excluida sólo la pena de muerte. Recogiendo la polémica, y fundamentalmente por razones de sensibilidad jurídica y cultural, el Partido Radical Italiano propuso asimismo la desaparición de tal pena mediante la vía refrendaria (27).

(22) O veinticinco, si fue condenado antes de 1944, en que se incorporaron nuevas atenuantes al Código penal italiano.

(23) Vid. arts. 241, 242, 243, 244, 247, 253, 255, 256, 257, 258, 261 y 265, la mayoría de ellos para conductas realizadas en tiempo de guerra.

(24) Vid. arts. 276, 284, 285, 286, 287 y, para delitos de naturaleza terrorista, 280 y 289-bis.

(25) En relación al artículo 27, 3.º de la Constitución italiana, en donde se dispone que "Las penas no pueden consistir en tratamientos contrarios al sentido de humanidad y deben tender a la reeducación del condenado". Sobre el tema puede verse: CARNELUTTI, *La pena dell'ergastolo e principi costituzionali*, en *Rivista di Diritto Processuale*, 1956, I, 1 y ss. NUVOLONE, *Norma penale e principi costituzionali*, en *Trent'anni di Diritto e Procedura Penale*, Padova, 1969, págs. 681 y ss. ROSSI, *Abolizione e commutazione dell'ergastolo*, en *La Giustizia Penale*, 1959, I, págs. 16 y ss. DAL'ORA, *L'ergastolo e la Costituzione*, en *Rivista Italiana di Diritto Penale*, 1956, págs. 485 y ss., y CIGOLINI, *Sull'abolizione della pena dell'ergastolo*, en *Rivista Penale*, 1958, págs. 297 y ss.

(26) Puede verse, con nota de PAVARINI, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1976, págs. 262 y ss.

(27) La abolición del mismo ha sido uno de los temas repetidamente discutidos por las diferentes legislaturas del Senado italiano. En dos ocasiones (5.ª y 6.ª legislatura) ha sido aprobada su abolición, aunque la disolución anticipada de las Cámaras hizo que no llegara a ser ley

A pesar de que parte de las fuerzas políticas italianas se empeñaron en favor de la propuesta (28), esta fue rechazada popularmente por un considerable margen de votos (29), por lo que se mantiene en el derecho penal italiano la pena de privación perpetua de libertad, en los términos que quedaron expuestos (30).

IV

Junto a las cuestiones anteriormente expuestas, debieron pronunciarse asimismo los italianos sobre la derogación de la llamada «Ley Cossiga» (D. L. de 15 de diciembre de 1979, núm. 625, convertida en Ley con modificaciones por ley de 6 de febrero de 1980, número 15, de «Medidas urgentes para la tutela del orden democrático y de la seguridad pública» (31). Fue también el Partido Radical el promotor de esta consulta pública, continuando así la actitud que en relación a este tipo de medidas había mantenido ya en 1978, respecto a la «Legge Reale», también objeto de referéndum y, después, en este mismo, prolongando hasta el máximo posible las intervenciones parlamentarias cuando se trataba de prorrogar el plazo de un año para el que estaban previstas algunas de las medidas especiales contenidas en la legislación en cuestión, en la esperanza de que se cumpliera el tiempo sin que fuera posible la renovación.

Los argumentos en que se fundamentaba el rechazo eran básica-

aplicable. (Cfr. *Guida ai referendum*, cit., pág. 29). Muy criticado fue el recurso a la vía del referéndum para la abolición del mismo, pues se era bastante escéptico, aún antes de realizarse, sobre los resultados del mismo. Por la abolición a través de ley se pronunciaron la mayor parte de las instituciones jurídicas del país. Vid. *Corriere della Sera*, del 1 de mayo.

(28) A favor de su abolición hicieron campaña el Partido Comunista (PCI), Socialista (PSI), De Unidad Proletaria (PDUP), y naturalmente el Radical (PRI) que lo suscitó. En contra se pronunciaron la Democrazia Cristiana (DC), el Movimiento Social Italiano (MSI), el Socialdemócrata (PSDI) y el Republicano (PRI). El Liberal (PLI) mantuvo la libertad de conciencia en el voto.

(29) Los resultados globales fueron los siguientes: a favor de la abolición ("sí") 22,7 por 100, en contra ("no") 77,3 por 100. La uniformidad fue la característica dominante en este punto, alcanzándose un porcentaje contrario que superó en mucho a las previsiones menos optimistas. Evidentemente, la presión terrorista (incluso el inmediato atentado a Juan Pablo II, tres días antes del referéndum) fueron elementos decisivos del resultado. Igualmente, la campaña que por la restauración de la pena de muerte se desarrolla desde hace algún tiempo por diversas corrientes políticas, ha mostrado al ergástolo como el mal menor, aumentando el número de sus partidarios.

(30) Según datos oficiales, en agosto de 1980, en las cárceles italianas había 316 condenados al ergástolo, sobre un total de 31.589 reclusos. Vid. *Notiziario ISTAT, Statistiche Giudiziarie*, anno 1, núm. 7, luglio 1980. Según datos de prensa, en el momento del referéndum eran 311 (Cfr. *Corriere della Sera* del 1 de mayo).

(31) *Gazzetta Ufficiale* de 17 de diciembre de 1979, núm. 349 (decreto) y de 7 de febrero de 1980, núm. 37 (ley).

mente dos: la excesiva discrecionalidad otorgada a la policía y la inutilidad de las medidas dispuestas, sobre todo en comparación con el peligro que su aplicación podía suponer para las libertades y derechos individuales. Tal actitud encierra una especial sensibilización en el tema, por cuanto, como se verá, las medidas contenidas en la ley impugnada (utilizadas de manera prudente por las fuerzas de seguridad italianas), podrían casi ser calificadas de garantistas si se las compara con las que, también al socaire del fenómeno terrorista, han visto la luz en España en los últimos tiempos.

En la disposición debatida hay normas de carácter penal y procesal. Entre las primeras, unas se dedican a la creación de nuevas figuras delictivas, otras establecen previsiones de agravación, y otras, en fin, de atenuación para los terroristas «arrepentidos». Entre las segundas, las relativas a la detención policial («fermo di polizia»), prolongación de los plazos de presión preventiva y registros domiciliarios, son las más notables.

Figuras delictivas nuevas se crean en los artículos 2, 3 y 13 de la Ley. En el primero de ellos, que será el artículo 280 del Código penal italiano, se castiga al que «con finalidad terrorista o de subversión del orden democrático, atenta a la vida o a la integridad de una persona», señalando la pena de reclusión no inferior a veinte años, para el primer caso, y reclusión no inferior a seis para el segundo. Las penas se ven agravadas si del atentado se derivan lesiones gravísimas (no inferior a dieciocho años), graves (no inferior a doce años), si se trata de personas que ejercen funciones judiciales, penitenciarias o de seguridad pública, en el ejercicio o a causa de las mismas (aumento de un tercio de la pena que corresponda) o si se deriva la muerte de la persona («ergastolo», si se trataba de un atentado contra la vida, y treinta años de reclusión si era a la integridad de la persona).

En el artículo 3 se contiene el que habría de ser artículo 270 bis, castigando con la reclusión de siete a quince años a quien «promueva, constituya, organice o dirija asociaciones que se propongan la realización de actos de violencia con fines de subversión del orden democrático» y de cuatro a ocho años a quien participe en las mismas. En el artículo 13, en fin, se castiga con la pena de hasta seis meses de arresto o multa de doscientas mil a dos millones de liras al funcionario de oficinas públicas, postales o bancarias que hagan pagos o admitan depósitos por cantidad no inferior a veinte millones de liras sin identificar adecuadamente a la persona que efectúa la operación. Previsión cuya finalidad se orienta a un mejor control de eventuales rescates obtenidos como consecuencia de secuestros.

Para todos los delitos cometidos con finalidad terrorista o de subversión del orden democrático, que no estén castigados con «ergastolo», la pena será aumentada en la mitad, salvo que esa circunstancia sea elemento constitutivo del delito. Si concurriese

otra agravante, se aplicará primero el aumento antes indicado. Atenuaciones especiales se contienen, asimismo, para los terroristas «arrepentidos», en la línea establecida ya por el artículo 289 bis del Código penal italiano (32). Se aplican las mismas a quien, en los delitos cometidos con finalidad terrorista o de subversión del orden democrático, disociándose de los otros, se presta a colaborar para evitar que la actividad delictiva sea llevada a consecuencias ulteriores, o ayuda concretamente a la autoridad policial o judicial o a la captura de los partícipes. Tampoco les será aplicable la agravante establecida con carácter general para todos los delitos de terrorismo, prevista en la misma ley y que antes referíamos. Si, en los mismos delitos, impide voluntariamente el resultado y facilita elementos de prueba determinantes para la exacta reconstrucción del hecho o la individualización de los autores, no será castigado.

Entre las medidas procesales, las más debatidas han sido las relativas a las detenciones que se permite realizar a la policía —tachadas incluso de anticonstitucionales por los postulantes del referéndum—, en los casos de absoluta necesidad y urgencia, cuando por las circunstancias de tiempo y lugar y por la actitud del sujeto se imponga la verificación de la subsistencia de comportamientos y actos que, incluso no integrando los extremos del delito tentado, puedan estar dirigidos a la comisión de delitos específicamente señalados (básicamente contra la personalidad exterior e interior del Estado y asociaciones para delinquir). La detención no puede extenderse en todo caso más allá de las cuarenta y ocho horas, debiendo ser comunicada inmediatamente al Procurador de la República, que podrá confirmarla, decretar el pase a la autoridad judicial o la libertad del detenido, siempre dentro del plazo señalado. Semejante facultad se reconoce asimismo para los casos en que haya suficientes indicios de delito sancionado con pena no inferior a seis años de reclusión o relacionado con armas o explosivos y exista la fundada sospecha de fuga. El plazo, de la misma manera, no puede ser superior a las cuarenta y ocho horas, procediéndose en términos parecidos a los del caso anterior.

Se dispone también la obligatoriedad de la prisión preventiva y la prohibición de conceder la libertad provisional para los delitos realizados con fines terroristas o de subversión del orden democrático, castigados con pena superior a cuatro años. Tampoco es posible otorgarla cuando se trate de asociaciones para delinquir. Las únicas excepciones vienen dadas por aquellos casos en que el sujeto

(32) Según la redacción dada por el D. 1 de 21 de marzo de 1978, núm. 59, convertido en ley, con modificaciones en 18 de mayo de 1978 (*Gazzetta Ufficiale* de 22 de mayo de 1978, núm. 80 y de 19 de mayo de 1978, núm. 137). En él se aplican importantes reducciones de pena al partícipe que disociándose de los otros se presta a colaborar de manera que el sujeto pasivo recobre la libertad.

(33) Disposición a la que se le reconocen efectos aún en “los procedimientos en curso en la fecha de entrada en vigor del presente decreto” (art. 11).

se encuentre en condiciones de salud particularmente graves y no pueda ser atendido en el lugar de detención o el Juez estime que la posible pena a imponer entra dentro de los límites de la suspensión condicional o pueda concurrir una causa de extinción de la pena. Se prevé igualmente, para los mismos delitos, la prolongación, hasta un tercio más, del período de prisión preventiva señalada para el resto de los delitos y la autorización para que la policía proceda a registros y pesquisas domiciliarias, incluso en edificios enteros o bloques de ellos, donde haya fundado motivo para pensar que se haya refugiado una persona buscada o se encuentren cosas objeto de secuestro judicial o trazas que puedan ser canceladas (34).

Los argumentos en que se apoyaba la crítica a la disposición que sucintamente acabamos de exponer eran en síntesis los siguientes: 1.º, excesiva discrecionalidad en el ejercicio de los poderes reconocidos a las fuerzas de seguridad con el establecimiento del «fermo di polizia»; 2.º, que se trataba de medidas inútiles y peligrosas, particularmente las relativas a la prisión preventiva (que viene a ser una pena sin proceso), las agravaciones establecidas (por depender de valoraciones políticamente influenciables) y las atenuantes para los «arrepentidos» (por favorecer las autoacusaciones y las declaraciones interesadas e insinceras) (35). En la eficacia de la ley, particularmente en las medidas respecto a los terroristas «arrepentidos», se apoyarían los partidarios del mantenimiento de la Ley Cossiga, no sin manifestar sus reservas respecto a algunos puntos concretos de la misma (36). Como ya se ha repe-

(34) Sobre el tema puede verse: *Commento alla legge Cossiga*, por CHIAVARO, Mario (Premessa), DE FRANCESCO, Giovannangelo (arts. 1, 2, 3), PADOVANI, Tulio (arts. 4 y 5), BERNARDI, Alberto (arts. 6, 7, 9 y 14), MARZADURI, Enrico (arts. 8, 10, 11 y 12) y CHITI, Mario (art. 13), en *La legislazione penale*, núm. 1, 1981, págs. 26 y ss. y la Colección sobre el tema *La legislazione dell'emergenza. Commenti ed atti ufficiali riuniti da Giovanni Conso* (Giuffrè), Milano 1979/1980, de la que han aparecido siete números dedicados al estudio monográfico de diversos aspectos de esta legislación.

(35) Además del propio Partido Radical, propugnaban también la derogación el Movimento Social Italiano-Derecha Nacional (MSI), y el Partido de Unidad Proletaria (PDUP).

(36) Sin embargo, parece haber coincidencia en que no se ha hecho un uso abusivo de las medidas allí contenidas. En relación al «fermo di polizia», puede verse CHIAVARO, *Un anno di fermo di polizia nelle relazioni del ministro dell'interno*, en *La legislazione penale*, núm. 2, 1981, págs. 296 y ss. Después de aparecer la disposición han sido estimadas en contadas ocasiones las previsiones relativas a los terroristas «arrepentidos», aunque parece que fueron tenidas en cuenta a otros, aun antes de su aprobación definitiva. La medida, sin embargo, está sujeta a fuertes polémicas, sobre todo en lo que se refiere a su ámbito de aplicación, habiéndose planteado ya su apreciación en relación a grupos mafiosos y otros de criminalidad organizada. A tenor de las informaciones de prensa, en relación a varios procesos que actualmente se siguen a miembros de diversas organizaciones terroristas, las declaraciones de algunos de ellos han permitido realizar con éxito determinadas operaciones policiales. A nivel oficial y científico, que sepamos, no hay una valoración global del tema, dada la inmediatez de los hechos.

tido, también esta propuesta de derogación obtuvo un resultado abrumadoramente negativo (37).

V

Según la legislación vigente en Italia (38), confirmada tras el referéndum, está permitida la tenencia, dentro del propio domicilio, de hasta dos armas comunes de fuego (pistolas, fusiles, carabinas, etc.) y hasta seis de caza, sin necesidad de ninguna autorización especial, bastando la simple comunicación de que se poseen (artículos 10, 1, 1975 y 38, 1, 1931). Están excluidas desde luego las armas consideradas de guerra y la tenencia superior a ese número, sin autorización especial, aunque sea con fines coleccionísticos. Absolutamente prohibido está, sin embargo, el portarlas consigo fuera del domicilio o sus dependencias sin la correspondiente licencia y, aún con ella, si se trata de asistencia a una reunión pública (art. 4, 1 de 1975). Tal autorización debe darla, si se cumplen los requisitos subjetivos legalmente especificados, el equivalente a nuestro Jefe Superior de Policía (art. 42, 3.º, 1, 1931).

En virtud de Sentencia de 9 de febrero de 1981 (39), la Corte Constitucional italiana admitió la propuesta de referéndum planteada por el Partido Radical, postulando la derogación del artículo 42, 3.º de la ley de 1931, en donde se recoge la facultad de otorgar licencia para portar armas. Con ello, podrían tenerse dentro de la propia casa, pero estaría prohibido llevarlas consigo fuera de la misma. Las razones alegadas en apoyo de un tratamiento semejante se basaban fundamentalmente en la potencial peligrosidad que entraña el que un buen número de personas circule provisto de armas de fuego (40), siendo por lo demás bastante dudoso que sirvieran verdaderamente como instrumento de defensa, para una per-

(37) Por el "no" (es decir, a favor del mantenimiento de la Ley Cossiga) se pronunció el 85,2 por 100 de los votantes; en contra lo hizo el 14,8 por 100. También aquí los resultados fueron uniformes en toda Italia.

(38) Fundamentalmente las leyes de seguridad pública, de 18 de junio de 1931, núm. 773, y la de 18 de abril de 1975, núm. 110. (Vid. *Codice penale e di procedura penale e leggi complementari*, a cura di F. Carnelutti e A. Crespi, Padova, 1978). El referéndum fue convocado por D. del Presidente de la República de 24 de marzo de 1981, núm. 86 (*Gazzetta Ufficiale* de 26 de marzo, núm. 85), en donde se contiene el texto de la propuesta de modificación.

(39) Puede verse en *Gazzetta Ufficiale*, de 13 de febrero de 1981, núm. 44 (edición especial).

(40) Según datos oficiales, entre 1970 y 1979, en Italia fueron autorizadas 250.665 nuevas licencias para portar pistola, renovándose otras 971.486. A ello deben añadirse las 790.541 nuevas licencias relativas a fusiles y los 2.982.513 de renovaciones. (Cfr. *Guida ai referendum*, cit., pág. 38). Ello supone un total de 1.222.151 pistolas y 3.773.054 fusiles. Naturalmente deben considerarse además las que se poseen clandestinamente y las que no precisan licencia.

sona que no está habituada a su uso, en una hipotética agresión (41).

La proposición radical no afectaba ni a las fuerzas de policía o cuerpos militares, ni a otras personas autorizadas a llevar armas sin necesidad de esta licencia, que seguirían rigiéndose por su normativa particular. Quienes realmente resultaban afectados eran los vigilantes pertenecientes a entidades privadas (42), que se verían impedidos para portar armas de fuego (o cualquier otro objeto contundente, que precisa la misma licencia, art. 4. ley 1975) y quienes las dedicaban a la caza, que pasaría a ser una actividad indirectamente casi imposibilitada, dada la prohibición absoluta de portar armas fuera del domicilio (43). Todo ello desató una intensa campaña adversa, promovida directamente por los fabricantes y vendedores de armas, en la que junto a razones de seguridad personal se mezclaban argumentos económicos y culturales. Junto a ello, las propias circunstancias de una sociedad que, como la nuestra, se ve acosada por el terrorismo y se siente insegura, posiblemente expliquen la contundencia del rechazo de la abolición pedida (44).

IV

Salvado el tema del aborto, que tiene sus características peculiares, a nadie se le escapa que entre las otras tres propuestas sometidas al voto popular («ergastolo», «Ley Cossiga» y porte de armas) hay un hilo conductor que las hace de alguna manera complementarias y que desde luego da mayor coherencia a los resultados obtenidos en cada uno de esos temas. Me refiero, es innecesario decirlo, al fenómeno terrorista, que en Italia, como en España, si bien con particularidades diferentes, constituye la terrible pesadilla de casi todos los días. Los efectos que, desde la estricta valoración penal, del mismo se derivan viene a poner de manifiesto otra vez lo que es una realidad ya sabida: de una parte, que constituye el medio más adecuado, en ocasiones el pretexto, para inter-

(41) Además de los proponentes, el referéndum era apoyado también por el Partido de Unidad Proletaria (PDUP). En contra se expresaron el resto de las fuerzas políticas: DC, PCI, PSI, PSDI, MSI, PRI y PLI.

(42) Actualmente se calcula una cifra que oscila entre los setenta o noventa mil guardias de este tipo, lo que supone el equivalente a la mitad de todas las fuerzas de seguridad italianas, comprendidos los Carabinieri, Policía y Policía de fronteras. (Cfr. *Guida ai referendum*, cit., pág. 41).

(43) De hecho, también el Partido Radical había presentado otra propuesta de referéndum sobre derogación de la Ley de Caza, que pasaría a ser una actividad prohibida. El Tribunal Constitucional italiano, como ya se dijo, lo consideró innecesario, por depender de la cuestión del porte de armas.

(44) Los resultados hablan por sí mismos: a favor del mantenimiento del porte de armas se decidió el 86 por 100 de los votantes; en contra el 14 por 100 restante.

venciones penales que suponen un peligro potencial, pero no menos real, para los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos y cuya introducción en el sistema hubiera sido difícilmente explicable en circunstancias normales; de otra, que constituye un factor «corrosivo» del resto del ordenamiento penal y procesal, en cuanto que a pesar de que el proceso siempre se inicia en relación estricta a las actividades calificadas de terroristas, los principios «excepcionales» recogidos en esa legislación especial progresivamente van «normalizándose» e influenciando e invadiendo todo el resto del sistema, cuyos principios básicos se ven asimismo modificados. La última legislación que en esta materia ha visto la luz en España y que es prueba más que evidente de ello. La norma penal, por otra parte, ve progresivamente desnaturalizada su propia función, convirtiéndose poco a poco en un medio tendente más que otra cosa a «tranquilizar» la ansiedad social y alentar la esperanza de que acabará dominándose el fenómeno terrorista introduciéndose en un «espiral de dureza» difícilmente controlable y desde luego casi irreversible. Fomenta, además, la conciencia retributiva, casi talonial, en la sociedad. El continuado aumento de las medidas de intervención penal, cada vez más severas, al tiempo que van deteriorando la intangibilidad de los derechos y libertades fundamentales, llevan al individuo al convencimiento de que el rigor es el único camino, al menos el más eficaz, para afrontar no sólo la criminalidad terrorista, sino la delincuencia en general. Y la experiencia de los referéndum italianos es definitiva en este punto. El resultado de la votación sobre el «ergastolo» lo muestra de manera evidente. Los altos porcentajes a favor de su mantenimiento adquieren todavía mayor relieve si se recuerda que su abolición era auspiciada por un sector de las fuerzas políticas italianas que representa una parte muy significativa, cuantitativa y cualitativamente, del total de votantes, que, a pesar de ello, se decidieron en contra de las orientaciones de voto. Otro tanto puede decirse de la «Ley Cossiga» y del porte de armas, cuyo mantenimiento era, sin embargo, casi unánimemente propuesto, como se vio, por todos los partidos, de las más opuestas tendencias; lo que no deja de ser, asimismo, verdaderamente significativo.

Por lo demás, el servir de coartada y propiciar una regresión en la protección de las libertades públicas forma parte consustancial de la dinámica terrorista, que a la larga puede recoger los frutos de un mecanismo que ella misma desencadena de manera tan sangrienta y dolorosa en el convencimiento de que sólo el repliegue del Estado en posturas cada vez menos respetuosas de la libertad y derechos fundamentales puede asegurar su subsistencia como fenómeno con arraigo social, siquiera sea mínimo. De cualquier forma, objetivo directo o no en todo caso es una realidad. Y lo que es peor, como acaban de mostrar los «referéndum» italianos (por referirnos al caso sobre el que escribimos), si bien es verdad que todavía en grados tolerables, aunque significativos, el terrorismo es el medio

más adecuado para hacer que una sociedad se dirija voluntariamente, con el mayoritario apoyo popular, por el camino que lleva al sacrificio de la libertad ante las legítimas exigencias de seguridad, planteando como contradictorios conceptos que son, que deben ser, complementarios, e iniciando el itinerario, tantas veces recorrido a lo largo de la historia, que convierte a la seguridad, peculiarmente entendida, en el objetivo prioritario, para cuyo logro no se duda en sacrificar cualesquiera otras exigencias individuales y sociales.

¿Existe un elemento subjetivo de lo injusto en el delito de allanamiento de morada? (*)

ALFONSO GUALLART Y DE VIALA,
Profesor adjunto numerario de Derecho penal
en la Universidad de Zaragoza

SUMARIO: I. Planteamiento del problema.—II. Los elementos subjetivos de lo injusto.—III. Los elementos subjetivos y lo injusto específico del delito de allanamiento de morada a la luz de la dogmática.—IV. Postura jurisprudencial.—V. El Proyecto de Ley Orgánica del Código penal de 1980.

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Según reza el párrafo primero del artículo 490 de nuestro vigente Código penal, «El particular que entrare en morada ajena, o sin habitar en ella se mantuviere en la misma contra la voluntad de su morador, será castigado con arresto mayor y multa de 20.000 a 100.000 pesetas». En idéntico sentido se expresa el Proyecto de Ley Orgánica de Código penal de 1980 pues que al definir el allanamiento de morada en su artículo 186, tan sólo se limita a que el inciso «sin habitar en ella», haya venido a preceder a sus dos posibles formas de comisión (1).

He aquí un precepto cuya aplicación plantea múltiples problemas. La existencia o inexistencia en el mismo de un «dolo específico» —como en terminología anticuada suele decirse— o, mejor, de un elemento subjetivo de lo injusto, ha de plantearlos en torno a su apreciación y, consecuentemente, a su admisión en forma culposa (2) y concursal.

Han propiciado todo ello otros preceptos de nuestro Código

(*) Trabajo expresamente escrito para tomar parte en las oposiciones a la Cátedra de Derecho penal de la Universidad de La Laguna («BOE» 26 enero 1981). Se publica respetando los correspondientes plazos y demás trámites legales. Lo dedicamos con todo afecto, como homenaje póstumo, al profesor Antón Oneca.

(1) «El particular que, sin habitar en ella, entrare en morada ajena o se mantuviere en la misma contra la voluntad de su morador...» («Boletín Oficial de las Cortes Generales», Congreso de los Diputados, Serie A, Proyectos de Ley, 17 de enero de 1980).

(2) No pretendo afirmar con ello, a priori, la imposibilidad de comisión culposa cuando en un precepto aparezca un elemento subjetivo de lo injusto, pues, aunque excepcionalmente, ambos pueden coexistir (Cfr. BAJO FERNÁN-

penal. Por un lado, la apriorística incriminación genérica de los delitos culposos —singularidad de nuestro sistema punitivo vigente (3)—, ha inclinado a buscar y defender en tipos delictivos como el presente, elementos subjetivos de lo injusto muchas veces imaginarios, como solución restrictiva a tan desmesurada concepción de la infracción imprudente. Y por otro, la existencia de la circunstancia agravante genérica de morada, decimosexta del artículo 10, que teóricamente permitiría cubrir sin problema alguno la casi totalidad de los supuestos de allanamiento (4).

Ahora bien, con ello no pretendemos afirmar que la cuestión se haya suscitado tan sólo en nuestra dogmática. Que la autonomía del delito de allanamiento y la exigencia o no de un animus específico en el mismo, ha sido cuestionada también aunque no con tanta crudeza en Alemania, Francia e Italia (5).

DEZ, *Derecho Penal Económico. Aplicado a la actividad empresarial*, Madrid, Civitas, 1978, pág. 189; COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN, *Derecho penal*, Parte General, II, Universidad de Valencia, 1981, pág. 169; CÓRDOBA RODA, *Die Regelung der Fahrlässigkeit im spanischen Strafrecht*, en la ZStW, tomo 81 (1969), págs. 425-440, y concretamente pág. 437; y TORIO LÓPEZ, *Sobre los límites de la ejecución por imprudencia*, en el ADP, 1972, I, págs. 53-88, y concretamente págs. 54-55). Pero en nuestro caso evidentemente se daría su imposibilidad.

(3) Vid. exposición y crítica de semejanza peculiaridad generalizadora en mi artículo, *La significación del resultado en los delitos culposos en el Derecho penal español*, ADP, 1979, III, págs. 617-643, y concretamente páginas 635-37.

(4) Intima relación entre ambas resaltada ya por FERRER SAMA (*Comentarios al Código penal*, I, Murcia, Sucesores de Nogués, 1946, pág. 435), QUINTANO RIPOLLÉS (*Comentarios al Código penal*, 2.ª edic., renovada por el autor y puesta al día en textos jurisprudenciales y bibliográficos por GIMBERNAT ORDEIG, Madrid, Ed. Rev. de Derecho privado, 1966, págs. 246 y 897, y *Tratado de la Parte Especial del Derecho penal*, I (2), 2.ª edic. puesta al día por GIMBERNAT ORDEIG, Madrid, Ed. Rev. de Derecho privado, 1972, págs. 992-94, y RODRÍGUEZ MOURULLO (*Comentarios al Código penal de Córdoba Roda, Rodríguez Mourullo, Casabo Ruz y Del Toro Marzal*, I, Barcelona, Ariel, 1972, págs. 770-73).

(5) Cfr. QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la Parte Especial...*, ya cit., página 985.

No obstante, la más moderna doctrina de los citados países exige para la afirmación del delito de allanamiento el dolo, pero prescinde por completo de los animi o móviles que guíen al sujeto. Por lo que Alemania respecta, vid. LENCKNER, en *Strafgesetzbuch Kommentar*, de SCHÖNKE-SCHRÖDER, 20, neubearbeitete Auflage von LENCKNER, CRAMER, ESER y STREE, München, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1980, pág. 990; MAURACH-SCHRÖDER, *Strafrecht*, Besonderer Teil, Teilband I, 6; völlig neubearbeitete Auflage, Heidelberg-Karlsruhe, C. F. Müller Juristischer Verlag, 1977, pág. 253; SCHMIDHAUSER, *Strafrecht*, Besonderer Teil, Tübingen, J. C. B. Mohr, 1980, pág. 61, y WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, Besonderer Teil, 11.ª edc. Berlin, Walter de Gruyter, 1969, pág. 334. Para Francia, vid. GOYET, *Droit pénal Spécial*, 8.ª édition entièrement refondue et mise à jour par M. ROUSSELET, P. ARPAILLANGE y J. PATIN, Paris, Sirey, 1972, pág. 70, y M. VERON, *Droit pénal spécial*, Paris-New York-Barcelona-Milán, Masson, 1976, pág. 147. Y para Italia, vid. ANTOLISEI, *Manuale di Diritto Penale*, Parte Speciale 1, 7.ª edic. (a cura di L. CONTI), Milano, Dott. A. Giuffrè, 1977, pág. 177, y MANZINI, *Trattato di Diritto Penale Italiano*, 4.ª edic., aggiornata dai professori P. NUVOLONE e G. D. PISAPIA, vol. VIII (a cura de PISAPIA), Torino, UTET, 1964, págs. 844-45.

Nada mejor, pues, que una previa determinación del concepto de los elementos subjetivos de lo injusto, a poner en relación más tarde con el transcrito precepto legal.

II. LOS ELEMENTOS SUBJETIVOS DE LO INJUSTO

Ante todo, debemos aclarar previamente no es nuestra pretensión hacer aquí, pues estaría fuera de lugar, un estudio minucioso sobre el desarrollo histórico y dogmático de los elementos subjetivos de lo injusto (6). Nos limitaremos a un somero jalonamiento de su breve historia y a una precisión de su existencia y concepto.

Es a principios de este siglo (1911), cuando, desde el campo del Derecho privado, Hans Albrecht Fischer (7) en Alemania insinúa la cuestión. Su promoción y asentamiento en la dogmática jurídico-penal será debida principalmente, y pocos años más tarde, a Hegler (8), M. E. Mayer (9) y Mezger (10).

A la luz de la descripción típica de determinadas figuras delictivas, se afirma la existencia de unos elementos anímicos o subjetivos, necesarios para concretar lo injusto de aquéllas. Es decir, el juicio desvalorativo objetivo en que la antijuridicidad consiste, necesita, en estos supuestos, algo más que el aspecto externo u objetivo de la acción. Haciendo traslación a nuestro Derecho punitivo, ejemplo evidente podemos encontrar en la configuración del delito de hurto en el artículo 514, 1.º; no sólo han de tomarse las cosas muebles ajenas sin la voluntad de su dueño («y sin violencia o intimidación en las personas ni fuerza en las cosas»), sino que es necesario el «ánimo de lucrarse». No bastará, pues, con tomar las cosas muebles ajenas sin la voluntad de su dueño, sino que será preciso también, para su afirmación como semejante injusto penal, el ánimo de lucro; el artículo 1902 de nuestro Código civil podrá

(6) Vid. para ello el logrado estudio de POLAINO NAVARRETE, *Los elementos subjetivos del injusto en el Código penal español*, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Gráfica Salesiana, 1972.

(7) *Die Rechtswidrigkeit mit besonderer Berücksichtigung des Privatrechts*, Nachdruck der Ausgabe München 1911 por la Verlag Sauer-Auerman, Frankfurt-Main, 1966.

(8) *Die Merkmale des Verbrechens*, en la ZStW, tomo 36 (1915), páginas 19-44, y *Subjektive Rechtswidrigkeitsmomente im Rahmen des allgemeinen Verbrechensbegriffs*, en el Festgabe für R. von Frank, 1930, Neudruck por Scientia Verlag Aalen, 1969, I, págs. 251-338.

(9) *Der Allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts*, Heidelberg, Carl Winters Universitätsbuchhandlung, 1915, págs. 10 y ss. y 185 y ss.

(10) *Die subjektiven Unrechtselemente*, en Gerichtssaal, tomo 89 (1924), págs. 207-314; *Von Sinn der strafrechtlichen Tatbestände*, en el Festschrift für L. Traeger, Berlín, 1926, págs. 187 y ss.; *Tratado de Derecho penal*, traducción y notas por RODRÍGUEZ MUÑOZ, I, Madrid, Ed. Rev. de Derecho privado, 1955, págs. 346 y ss.; *Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik*, Berlín-München, Duncker-Humblot, 1950, págs. 21 y ss.; y *Strafrecht*, I, Allgemeiner Teil, Ein Studienbuch, 8.ª edic. München-Berlín, C. H. Beck'schen Verlagsbuchhandlung, 1958, págs. 86 y ss.

cubrir, en su caso, los supuestos en que no se dé la citada finalidad (11).

Cierto que el nacimiento o la afirmación inicial de estos elementos subjetivos de lo injusto no dejó de ser controvertida. El esquema hasta entonces imperante atributivo de todo lo objetivo de la acción a la antijuricidad y de lo subjetivo a la culpabilidad, venía a chocar con la construcción (12). La consideración de que la causación del resultado típico agotaba el área de la antijuricidad (13) había quedado desbordada.

Como ha escrito Welzel (14) la equivocidad del término «objetivo» con referencia y calificación al juicio de valor en que la antijuricidad consiste —juicio objetivo por utilizar un criterio general: el ordenamiento jurídico—, había propiciado la limitación de éste a tan sólo lo externo u objetivo de la acción. La objetividad del juicio había venido a confundirse con el objeto del mismo.

Pues bien, la base real del aserto —existencia en los distintos ordenamientos jurídicos de figuras delictivas necesitadas de elementos subjetivos, para su determinación como injusto específico— hace que la citada confusión dogmática quede en gran parte desvelada y que la construcción sea progresiva y casi unánimemente aceptada.

En este sentido, han sido y son hoy minoritarias las posturas doctrinales contrarias. En Alemania, paladín contrario a su admisión, por situar todo lo subjetivo en la culpabilidad, lo fue E. Belling (15); hoy Hellmuth Mayer (16) y D. Oehler (17) siguen por estos derroteros en la dogmática jurídico-penal germánica. La corriente dogmática más reticente lo ha sido la austríaca (18) y ha

(11) Cfr. CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español*. Parte General, I, Introducción. Teoría jurídica del delito, 1, 2.ª edic. Madrid, Tecnos, 1981, pág. 407.

(12) En este aspecto, significativa postura contraria a su admisión lo es la de E. BELLING, quien llega a calificar la novedad de —«methodischen Abweg»— absurdo sistemático (*Die Lehre von Tatbestand*, Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag dargebracht, Tübingen, J. C. B. Mohr, 1930, páginas 10 y ss.).

(13) Vid. mi artículo *La significación del resultado...*, ya cit., pág. 625 y nota (31), y CEREZO MIR, el ya cit., pág. 407.

(14) *El nuevo sistema del Derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, versión castellana y notas por CEREZO MIR, Barcelona, Ariel, págs. 47-48 y 61-62; y *Das deutsche Strafrecht*, 11.ª edic., Berlín, Walter de Gruyter, 1969, págs. 51 y 59-60. En idéntico sentido, CEREZO MIR, *Lo injusto de los delitos dolosos en el Derecho penal español*, en ADP, I, páginas 55-68, y concretamente págs. 55-56, y *Curso de Derecho penal español*, ya cit., pág. 407.

(15) Vid. supra, nota (12).

(16) *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, Stuttgart-Köln, Kohlhammer Verlag, págs. 104 y ss., y *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, Stuttgart-Berlín-Köln-Mains, Kohlhammer Verlag, 1967, pág. 64.

(17) *Das objektive Zweckmoment in der rechtswidrigen Handlung*, Berlín, Duncker-Humblot, 1959.

(18) Negadora de la existencia de algo subjetivo en la antijuricidad. Vid. KADECKA, *Willenstrafrecht und Verbrechensbegriff*, en la ZStW, tomo 59 (1939), págs. 1-22, W. MALANIUK, *Lehrbuch des Strafrechts*, Erster Band, Wien,

podido hablarse así de una «objektivistischen österreichischen Schule» (19), aunque, al parecer, autores como Nowakowski y Platzgummer han venido a admitir la construcción (20).

Por lo que a España se refiere, tan sólo Quintano Ripollés (21) prefiere mantener los citados elementos subjetivos en el área de la culpabilidad y no en lo injusto. El resto de la doctrina (22) han venido a reconocerlos ampliamente.

Nuestra jurisprudencia ha aceptado, indudablemente también, la existencia de estos elementos subjetivos de lo injusto en abundantes figuras delictivas de nuestro Código penal. Inicialmente utilizó para designarlos la terminología de «dolos específicos», que ha venido a hacerse tradicional en nuestra praxis. Pero esta inadecuada denominación va siendo poco a poco abandonada «Antiguamente llamado dolo específico, y ahora con más técnica, elemento subjetivo del injusto» (Sentencia de 8 de mayo de 1973) (R. Ar. 1969) (23).

Manzsche Verlagsbuchhandlung, 1974, págs. 105-06, Nowakowski, *Das österreichische Strafrecht in seinen Grundzügen*, 1955, págs. 47 y 54 y ss., y Rittler, *Lehrbuch des österreichischen Strafrechts*, 2.ª edic. Erster Band, Allgemeiner Teil, Wien, Springer-Verlag, 1954, págs. 121-25.

(19) ENGISCH, *Bemerkungen Zur Theodor Rittler Kritik der Lehre von der subjektiven Tatbestands- und Unrechtselemente*, en Rittler *Festschrift*, Wien, 1957, pág. 165.

(20) Cfr. JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, Allgemeiner Teil, 3.ª edic. Berlín, Duncker-Humblot, 1978, pág. 255, nota 11.

(21) *Curso de Derecho penal*, I, Madrid, Ed. Rev. de Derecho privado, 1963, págs. 357-58.

(22) Ya en 1931 —ha señalado POLAINO NAVARRETE (*Los elementos subjetivos...*, ya cit., págs. 228-29)— GUALLART y LÓPEZ DE GOICOECHEA «lleva a cabo una detallada revisión del proceso evolutivo experimentado por el concepto de la antijuricidad en el ámbito estructural del concepto técnico del delito, y de sus determinados componentes anímicos» (Cfr., en este sentido, GUALLART y LÓPEZ DE GOICOECHEA, *La antijuricidad como elemento del delito*, en Rev. Universidad», Zaragoza, año VIII, números 3 y 4 (1931), págs. 601-633, y *Los elementos subjetivos de la antijuricidad*, en Rev. «Universidad», Zaragoza, año VIII, número 5 (1931), págs. 847-885). Aparte de éste y otros inicios, vid. su reconocimiento en ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, I, Parte General, Madrid, Gráfica Administrativa, 1949, págs. 179-80; CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español*, ya cit., págs. 407-10; COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN, *Derecho penal*, ya cit., págs. 165-72; CUELLO CALÓN-CAMARGO, *Derecho penal*, I, Parte General (vol. 1.º), 18.ª edic., Barcelona, Bosch, 1980, págs. 362-63; JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho penal*, III, 3.ª edic. actualizada, Buenos Aires, Losada, 1965, págs. 840 y ss.; POLAINO NAVARRETE, *Los elementos subjetivos...*, ya cit., págs. 247 y ss.; RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español*, Parte General, 8.ª edic. Madrid, Gráficas Carasa, 1981, págs. 391-93; RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho penal*, Parte General, 1.ª reimpresión, Madrid, Civitas, 1978, págs. 254-56 y 327-31; RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Notas a la traducción del Tratado de Derecho penal*, de E. MEZGER, I, Madrid, Ed. Rev. de Derecho privado, 1955, págs. 357-58 y 388; y RODRÍGUEZ RAMOS, *Apuntes de Derecho penal* (Parte General), II, Universidad Complutense, Madrid, 1978-79, págs. 275 y 323.

(23) Prescindiendo de la denominación —de «dolo específico» habla la Sentencia de 22 de mayo de 1979 (Rep. Ar. 2144)—, nuestra jurisprudencia ha aceptado la exigencia de elementos subjetivos de lo injusto en determinadas figuras de nuestro Código penal. En este sentido, vid. las siguientes alusiones explícitas: ánimo de lucro en el robo (Sentencias de 7 de abril

Efectivamente, a la luz de nuestro vigente Código penal, pueden señalarse múltiples ejemplos confirmadores de la citada construcción. En este sentido, las figuras delictivas de robo y hurto (artículos 500, 504, 3.º y 514), injurias (art. 457), raptó (art. 440), abusos deshonestos (art. 430), falsedad u omisión de la placa de matrícula legítima de un vehículo automóvil (art. 279 bis 2.º), adquisición de títulos al portador falsos (art. 292), construcción o acondicionamiento de lugares para las detenciones ilegales (art. 481 bis 1.º y 2.º), descubrimiento y revelación de secretos (art. 497, 2.º), falsificación de un documento privado (art. 306, 2.ª posibilidad), falsos rumores con referencia al precio de las cosas (art. 540), tráfico de sustancias medicinales alteradas (art. 344 bis 4.º), etc., pueden servir perfectamente (24) como tales. La determinación de lo injusto específico de cada una de ellas requiere la inexcusable concurrencia de determinadas condiciones internas, anímicas o tendenciales: ánimo de lucro, ánimo de perjudicar, intención posterior, tendencia lasciva...

Nos movemos en el área de lo injusto, pues que la antijuricidad penal no podrá manifestarse ni demostrarse en modo alguno sin referencia concreta a esas exigencias legales. ¿Puede afirmarse, por ejemplo, lo injusto específico del delito de raptó (art. 440) sin que se dé la finalidad de atentar contra la libertad sexual de la persona raptada? ¿Puede afirmarse, igualmente, que quienes adquieren títulos al portador falsos, a sabiendas de su falsedad, satisfacen ya sin más las exigencias de lo injusto del artículo 292? Evidentemente que no. En el primer caso, la falta del fin exigido nos obligará a negar la antijuridicidad propia del raptó (cierto que las detenciones ilegales podrán cubrir el supuesto, pero lo injusto específico del raptó habrá quedado desechado); en el segundo, si el adquirente de los títulos falsos lo hace tan sólo con meros afanes coleccionistas y no «para ponerlos en circulación» como exige expresamente el artículo 292 de nuestro Código penal, habremos de rechazar rotundamente la antijuridicidad de dicha conducta.

Hemos de reconocer, pues, desde un punto de vista dogmático, que lo injusto de ciertas figuras delictivas de nuestro vigente

y 3 de octubre de 1978 y 3 de marzo de 1979 —Rep. Ar. 1296, 3029 y 1041, respectivamente—), en el hurto (Sentencias de 7 de abril y 3 de octubre de 1978 y 26 de febrero de 1979 —Rep. Ar. 1296, 3029 y 733, respectivamente—) y en la estafa (Sentencia de 2 de octubre de 1976 y 3 de octubre de 1978 —Rep. Ar. 3883 y 3029, respectivamente—); animus iniuriandi o inflamandi en la injuria (Sentencias de 19 de febrero de 1973, 29 enero de 1979 y 2 de junio de 1980 —Rep. Ar. 764, 197 y 2755, respectivamente—) y en el descató (Sentencia de 7 de marzo de 1980 —Rep. Ar. 1033—); ánimo lascivo en los abusos deshonestos (Sentencias de 28 de abril de 1978 y 9 de octubre de 1979 —Rep. Ar. 1494 y 3491, respectivamente—), etc.

(24) RODRÍGUEZ DE VESA, en postura aislada, viene a poner en tela de juicio la exigencia del «animus iniuriandi» en el delito de injuria; la preposición «en» utilizada por el legislador en la descripción típica del artículo 457, es calificada por él de endeble argumento para una defensa de semejante elemento subjetivo de lo injusto (*Derecho penal español*, Parte Especial, 8.ª edición, Madrid, Gráficas Carasa, 1980, págs. 230 y 231-32).

Código penal exige, como «conditio sine qua non», un determinado elemento interno o subjetivo. La variedad de éstos —antes señalada—, ha propiciado una clasificación doctrinal de los citados tipos delictivos. Y se habla así, como indudable base en Mezger (25), de delitos de intención (delitos mutilados de dos actos y delitos de resultado cortado), delitos de tendencia y delitos de expresión (26).

En conclusión, los llamados elementos subjetivos de lo injusto pueden ser conceptuados como condiciones internas o anímicas necesarias para fundamentar la antijuridicidad penal en determinadas figuras delictivas.

Veamos, pues, si lo injusto del delito de allanamiento de morada requiere para su afirmación algún elemento o condición de semejante carácter.

III. LOS ELEMENTOS SUBJETIVOS Y LO INJUSTO ESPECÍFICO DEL DELITO DE ALLANAMIENTO DE MORADA A LA LUZ DE LA DOGMÁTICA

De la transcripción que hemos hecho del artículo 490 de nuestro vigente Código penal, configurador del delito en estudio, evidentemente que no puede deducirse la exigencia expresa de un condicionamiento en tal sentido. Que la descripción legal —como ha escrito Suárez Montes— «aparece hecha a base de elementos objetivos, sin referencia alguna a elementos subjetivos» (27).

Efectivamente, la descripción típica exige tan sólo entrar o mantenerse en morada ajena, contra la voluntad del morador. De tal suerte, lo injusto de la figura quedará constituido sin necesidad de aquellos animus, tendencia o intención específicos en los que, como ya vimos, los citados elementos subjetivos consisten. La conciencia y voluntad de realización de la descripción típica por parte del sujeto, es decir, el dolo, cubrirá perfectamente el tipo subjetivo de la figura delictiva; siendo indiferente que aquél quiera el delito como fin en sí mismo —supuesto evidentemente ilógico en la práctica— o represente tan sólo un medio en la consecución de un objetivo ulterior (28).

(25) Cfr. *Strafrecht*, I, Allgemeiner Teil, Ein Studienbuch, 8.^a edic., ya cit., pág. 87.

(26) La índole de nuestro estudio nos obliga a no detenernos más sobre el particular. Vid. para ello, POLAINO NAVARRETE, *Los elementos subjetivos del injusto...*, ya cit., págs. 251 y ss.; CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español*, ya cit., págs. 409-10; RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español*, Parte General, ya cit., pág. 392; y RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho penal*, Parte General, ya cit., págs. 254-55 y 329. En la dogmática alemana, vid., por todos, la minuciosa clasificación de JESCHECK (*Lehrbuch des Strafrechts*, Allgemeiner Teil, ya cit., págs. 256-57).

(27) *El delito de allanamiento de morada*, separata de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia (diciembre 1968), Madrid, Reus, pág. 33.

(28) SUÁREZ MONTES, *El delito de allanamiento...*, ya cit., págs. 33-34. En idéntico sentido se expresa la opinión dominante en nuestra doctrina: CUE-

Ahora bien, cabría pensar ya que no en una exigencia expresa del precepto —que como hemos visto, no existe—, en una exigencia tácita; que los citados elementos subjetivos pueden concurrir sin necesidad de referencia expresa en la descripción legal (29). Y con la afirmativa, habríamos conseguido salvar dos escollos singulares de nuestra legislación punitiva: evitar la punición de la comisión culposa —a todas luces innecesaria— de esta figura delictiva y el deslinde claro entre ella y la circunstancia agravante genérica de morada del artículo 10, 16.^a (30).

Cierto que algún autor ha negado la posibilidad de comisión culposa del allanamiento de morada, por entender «que el sentido no lo permite, tanto si se entiende éste como menosprecio de la voluntad de disposición o de la inviolabilidad del domicilio» (31). Sin embargo, los argumentos en que se basa la citada negativa carecen, a mi juicio, de solidez suficiente: ¡naturalmente no se puede menospreciar la voluntad de disposición o quebrantar la inviolabilidad del domicilio por mera imprudencia o negligencia! (32). Otra cosa es que nos inclinemos por la inoportunidad de su punición —y en ello estoy de acuerdo—, pero no podemos desconocer la peculiar configuración generalizadora de los delitos culposos en nuestro Código penal vigente a través de las cláusulas de los artículos 565, 586, 3.º y 600. Es precisamente esta criticable

LLO CALÓN-CAMARGO, *Derecho penal*, II, Parte Especial (vol. 2.º), 14 edic., Barcelona, Bosch, 1975, págs. 783-84 y 790; GROIZARD, *El Código penal de 1870 concordado y comentado*, tomo V, Salamanca, Esteban-Hermanos, 1893, página 657; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal*, Parte Especial, 2.ª edic., Sevilla, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1976, pág. 126; PELLISÉ PRATS, *Allanamiento de morada*, Publicado en la Nueva Enciclopedia Jurídica, tomo II, Barcelona, Seix, 1950, págs. 616-622 y concretamente pág. 618, y RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español*, Parte Especial, ya cit., pág. 323. Esta es también la opinión unánime en la moderna doctrina alemana, francesa e italiana. Vid supra, nota 5.

(29) Vid., por ejemplo, JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho penal*; tomo III, ya cit., pág. 826.

(30) Vid. supra, pág. 4.

(31) PELLISÉ PRATS, *Allanamiento de morada*, ya cit., pág. 621. Dice seguir con esta negativa el criterio de Antón Oneca y Rodríguez Muñoz (no refrenda en nota dónde han expuesto éstos semejante criterio), y dichos autores o, mejor, Jaso Roldán no mantiene una postura tan radical de no permitirlo el sentido del delito: «... no creemos que este delito deba, conforme a su sentido, ser castigado en la forma culposa bien se entienda aquél como menosprecio de la voluntad de disposición, bien como asegurador de la inviolabilidad del domicilio. Aceptar la posición contraria llevaría a castigar por allanamiento de morada los frecuentísimos casos de confusión de pisos» (ANTÓN ONECA-RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Derecho penal*, II, Parte Especial—redactado por Jaso Roldán y Rodríguez Devesa—, Madrid, Gráfica Administrativa, 1949, pág. 323).

(32) Posibilidad a todas luces existente, resaltada por CEREZO MIR (*Notas a la traducción de El nuevo sistema del Derecho penal*, ya cit., págs. 110-11, nota 29). En el mismo sentido, aun reconociendo la declaración generalizada de la irrelevancia jurídico-penal de estas conductas, de evidente califica su posibilidad conceptual TORFO LÓPEZ (*Sobre los límites de la ejecución por imprudencia*, ya cit., pág. 58).

peculiaridad —como ya dijimos (33)—, la que ha motivado la búsqueda y aun la aseveración por parte de la doctrina y de la Jurisprudencia de elementos subjetivos de lo injusto en aquellos tipos delictivos, como el presente, cuya configuración culposa podía resultar socialmente desmesurada.

De tal suerte, y en postura singular por lo que a la moderna doctrina española se refiere, Quintano Ripollés ha venido a afirmar la existencia, en el delito de allanamiento, de un «dolo específico de vulnerar el bien ideal de la morada misma» y su inmediata consecuencia de exclusión en forma culposa (34).

En cuanto a la realidad legal del delito de allanamiento por un lado y de la agravante de morada por otro, hemos de reconocer su paralelismo fáctico (35). Sería desconocer la realidad si afirmáramos que el delito de allanamiento de morada no aparece. la casi totalidad de las veces, como conducta preordenada a un fin. Como ha escrito Rodríguez Mourullo, lo anómalo es que el sujeto «allane únicamente por allanar» (36); la violación del domicilio, como fin en sí habría de decir B. Alimena (37) sólo la cometen los niños y los locos. Y si esto es así cuando la finalidad perseguida sea delictiva la disyuntiva ha de plantearse de inmediato: «¿Cuándo deberá apreciarse en relación de concurso del delito de allanamiento y cuándo estimarse la morada como simple circunstancia de agravación?» (38) (39).

La concepción de Carrara de la violación del domicilio a través del llamado criterio negativo vino a solucionar en parte para Groizard el problema. En este sentido, Carrara habla de determinación negativa en cuanto que para afirmar la existencia autónoma del allanamiento, ha de negarse el que éste haya sido cometido como medio para la realización de otra infracción; es decir, la violación del domicilio no existe como tal si ha servido como medio a otros fines delictivos (40). Y Groizard, descendiendo a mayores

(33) Vid. supra, pág. 4.

(34) *Tratado de la Parte especial*, I (2), ya cit., págs. 984-988.

(35) Vid. supra, pág. 4 y nota (4).

(36) *Comentarios...*, ya cit., págs. 772. En idéntico sentido QUINTANO RIPOLLES. *Tratado de la Parte Especial*, I (2), ya cit., pág. 992, y SUÁREZ MONTES, *El delito de allanamiento...*, ya cit., pág. 41.

(37) *Del concorso di reati e di pene*, en Enciclopedia Pessina (Enciclopedia del Diritto Penal Italiano, a cura di E. Pessina), V. Milano, Società Editrice Libreria, 1904, pág. 611. Es por ello que, en la misma línea, se ha podido resaltar la influencia del alcohol en la comisión del delito de allanamiento (Vid. CÖPPINGER, *Kriminologie*, 4, *neubearbeitete und erweiterte Auflage*, München, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1980, págs. 224 y 226; y ARZT, *Strafrecht*, *Besondere Teil -Delikte gegen die Person-*, Bielefeld, Gieseking Verlag, 1977, pág. 153).

(38) RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios...*, ya cit., pág. 771.

(39) Evidentemente, que tal disyuntiva no ha de plantearse con relación a aquellas figuras delictivas, cuya descripción típica exija su realización en morada ajena (por ejemplo, el robo en casa habitada del artículo 506, 2.º).

(40) *Programma del Corso di Diritto Criminale*, Parte Speciale, vols. II y III, 9.ª edic., Firenze, Fratelli Cammelli, sin fecha el primero y 1923 el

matizaciones admite como perfecta la construcción de Carrara para el supuesto en que el allanamiento sirva de medio necesario a un delito de mayor gravedad pero no en caso contrario: «Cuando el delito fin es superior a la justicia no sufre porque se prescinda del allanamiento... Pero cuando (delito fin) es menor que el delito medio la sociedad quedaría indefensa si el atentado mayor contra el derecho protegido por la Ley Penal quedase impune...» (41).

Tan singular criterio ha sido aceptado en parte por el Código penal argentino en su artículo 150: «Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, si no resultare otro delito más severamente penado el que entrare en morada o casa de negocio ajena, en sus dependencias o en el recinto habitado por otro, contra la voluntad expresa o presunta de quien tenga derecho de excluirlo» (42). Y si he dicho aceptado en parte, lo es porque existe un pequeño matiz: el término «resultare» utilizado, evidentemente que no puede ser equiparado con la anterior construcción basada en el delito medio-delito fin (43).

Volviendo a la doctrina española, a principios de este siglo se afirma por algunos autores que el concepto de allanamiento comprende a los que entran en morada ajena «sin proponerse ningún otro objeto» (44). Pero en la moderna doctrina, tan sólo Quintano Ripollés ha acudido para resolver el problema concursal —como ya hiciera para negar la forma culposa— al «ánimo concreto de vulnerar el bien ideal de la morada ajena» (45).

Evidentemente, que la afirmación de un tal ánimo específico resultaría harto provechosa para la delimitación y autonomía del delito en estudio como puede deducirse de las líneas precedentes. Pero, aparte de que dejaríamos reducido su campo de aplicación prácticamente a la nada (46), si ya negamos su existencia expresa en el texto legal, lo mismo creo ha de hacerse en cuanto a su posible existencia tácita. El argumento nos lo brinda agudamente Suá-

segundo, parágrafos 1633 y 1752, nota in fine, págs. 647-50 y 97-99, respectivamente.

(41) *El Código penal de 1870 concordado y comentado*, tomo V, ya cit., páginas 656-57. Ciertamente que GROIZARD intenta precisar, a continuación, cuándo el allanamiento es medio necesario del delito fin y cuándo de libre elección por el agente —pudiendo injuriar en la calle hacerlo en la propia morada de la víctima—, pero, aún tendiendo a rebajar sus afirmaciones reflejadas en el texto, no logra sino complicar la cuestión (Ibídem, págs. 657-58).

(42) Código Penal Argentino en *Códigos Penales Latino-Americanos*, por Ricardo LEVENE (H.) y Eugenio Raúl ZAFFARONI, tomo I, Buenos Aires, La Ley, 1978, págs. 47-193; concretamente, pág. 150 (el subrayado del texto es nuestro).

(43) Vid. en este sentido, Sebastián SOLER, *Derecho Penal Argentino*, IV, 7.ª reimpresión, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1976, págs. 87-91, y Ricardo C. NÚÑEZ, *Tratado de Derecho Penal*, T. IV, Parte Especial, Buenos Aires, Lerner, 1978, págs. 82-84.

(44) José ALVAREZ CID y Teófilo ALVAREZ CID, *El Código Penal de 1870*, tomo II Córdoba, Librería de Juan Font, 1908, pág. 300.

(45) *Tratado de la Parte Especial*, I (2), ya cit., págs. 992-94.

(46) RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios...*, ya cit., pág. 772.

rez Montes (47), en torno al estado de necesidad específico que el legislador ha previsto para el allanamiento de morada.

Efectivamente, nuestro legislador a renglón seguido de castigar aquél en el artículo 490, en el artículo 491 establece lo siguiente: «La disposición del artículo anterior no es aplicable al que entra en la morada ajena para evitar un mal grave a sí mismo, a los moradores o a un tercero, ni al que lo hace para prestar algún servicio humanitario o a la justicia».

He aquí un precepto consagrador de un estado de necesidad específico y que ha sido calificado a menudo de superfluo (48), en base a la amplia fórmula del estado de necesidad genérico de nuestro Código penal. Tanto es así, que el mismo Suárez Montes, siguiendo a Quintano, requiere para su aplicación «que concurren los demás requisitos propios de la eximente general previstos en el número 7.º del artículo 8.º» (49). Pero, ¿hasta qué punto no es esto una *petitio principii*...? Ciertamente que este precepto del artículo 491 aparece en el Código penal de 1848 (artículo 415); Código genérico (50). Ciertamente también que los Códigos de 1932 y 1944 dan amplia y generosa redacción a este último, y que la citada redacción se mantiene en nuestros días. Pero una cosa es que consideremos suficientemente amplio este estado de necesidad genérico y otra muy distinta que con él queden cubiertos todos los supuestos comprendidos en el estado de necesidad específico del allanamiento de morada. Que éste es todavía más generoso: aparte de comprender cualquier servicio humanitario o justo, ni exige que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar, ni que la situación no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto, ni la ausencia del deber de sacrificio por oficio o cargo; exigencias que sí condicionan el estado de necesidad genérico. Por tanto, ni cabe hablar de superfluidad (51) —el artículo 8, 7.º no cubre todos los supuestos del artículo 491—, ni menos exigir los requisitos que condicionan la eximente general. Otra cosa es, como ya apuntábamos, que dada la amplitud de esta última, pueda proponerse de lege ferenda la supresión del estado de necesidad específico por considerarlo sobradamente generoso (52).

(47) *El delito de allanamiento...*, ya cit., págs. 36-37.

(48) Vid., por ejemplo, MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal, Parte Especial*, ya cit., pág. 126; QUINTANO RIPOLLES, *Tratado de la Parte Especial*, I (2), ya cit., páginas 990-91; RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español, Parte Especial*, ya cit., pág. 321, y SUÁREZ MONTES, *El delito de allanamiento...*, ya cit., página 39. De superfluo lo ha calificado también el Tribunal Supremo en sentencia de 5 de octubre de 1974 (Rep. Ar. 3910).

(49) *El delito de allanamiento...*, ya cit., pág. 39.

(50) «El que para evitar un mal ejecute un hecho que produzca daño en la propiedad ajena; siempre que concurren...» (art. 8, 7.º en el *Código Penal concordado y comentado* de PACHECO, 2.ª edic., I, Madrid, Viuda de Perinat y Cía., 1856, pág. 161).

(51) Reconocido como posibilidad por QUINTANO RIPOLLES (*Tratado de la Parte Especial*, I (2), ya cit., pág. 991).

(52) Vid. infra, nota (68).

Pues bien, prescindiendo de estos matices y por lo que a nosotros ahora interesa, decisiva me parece la deducción que la antes transcrita disposición del artículo 491 extrae con gran acierto Suárez Montes: «Si el delito exigiese la finalidad de atentar contra la inviolabilidad del domicilio, no hubiera hecho falta alguna esta disposición ya que, como es obvio, en todos los casos por ella mencionados falta tal finalidad» (53). Ahora sí que cabría afirmar la superfluidad del precepto. El que entra en morada ajena para evitar un mal grave o para prestar algún servicio humanitario o a la justicia, evidentemente que no lo hace para violar la paz del hogar ajeno.

Queda clara, con ello, la voluntad del legislador, pues que si «consideró necesario establecer este caso particular del estado de necesidad, es porque los supuestos por él contemplados representan hechos típicos del allanamiento, pese a no darse en ellos la finalidad de atentar contra la inviolabilidad del domicilio» (54); estado de necesidad específico cuya formulación de 1848, viene siendo reproducida casi literalmente hasta nuestros días. La voluntad objetiva de la Ley no creemos pueda ser interpretada en sentido distinto.

En conclusión, el allanamiento de morada no requiere, pues, elemento subjetivo alguno, pues que ni expresa ni tácitamente aparece tal exigencia en la Ley (55). Ciertamente que con ello, no podremos evitar la comisión culposa de esta figura delictiva. Pero las soluciones habrán de buscarse en propuestas de «lege ferenda» y no en interpretaciones forzadas del precepto legal. En cuanto a su posible superposición con la agravante de morada, creemos que, a pesar de la ventajosa situación que en su acotamiento supondría el citado elemento subjetivo, la plena existencia del llamamiento debe excluir, en puridad dogmática, la aplicación de aquélla.

IV. POSTURA JURISPRUDENCIAL

Creo merece mención aparte la postura o, mejor, posturas de nuestra jurisprudencia en torno al allanamiento de morada, por cuanto ya desde antiguo los criterios adoptados resultan a menudo contradictorios.

Se ha podido hablar así de un «auténtico caos jurisprudencial» (56) o de que las dificultades que la figura entraña «suelen resolverse un tanto empíricamente sin atenerse a criterios generales» (57). Efectivamente, no puede señalarse una línea uniforme

(53) *El delito de allanamiento...*, ya cit., págs. 36-37. En el mismo sentido, MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal*, Parte Especial, ya cit., pág. 126.

(54) SUÁREZ MONTES, *El delito de allanamiento...*, ya cit., págs. 36-37.

(55) En igual sentido, SUÁREZ MONTES, *El delito de allanamiento...*, ya cit., pág. 36.

(56) RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios...*, ya cit., pág. 772.

(57) QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la Parte Especial*, I (2), ya cit., página 993.

a la luz de las decisiones de nuestro Tribunal Supremo; tan pronto el «dolo específico» o elemento subjetivo de lo injusto aparece como algo esencial a la figura —ánimo específico de atentar contra «la paz o santidad del hogar»—, como es desconocido o incluso negado. Nosotros nos limitaremos al estudio de aquéllas en las dos últimas décadas —resoluciones más antiguas pueden verse perfectamente en otros autores (58)—, así como también de las sentencias en apelación de las Audiencias Provinciales, por poder constituir —desde la Ley de 8 de abril de 1967 (reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal)— la última instancia cuando del tipo básico de allanamiento se trate (59).

En este sentido, la más clara exigencia del elemento subjetivo, consistente en vulnerar el bien ideal de la morada, la tenemos en las sentencias de 27 de mayo de 1968 (Rep. Ar. 2666) y 23 de octubre de 1969 (Rep. Ar. 5144). Se habla en ellas de dolo específico, ánimo específico y dolo especial, «encaminado a la finalidad de violar estrictamente el domicilio ajeno». Ciertamente que la primera de las sentencias citadas —tres sujetos intentaron penetrar en un remolque en que se encontraban unas señoras—, el llamado «dolo específico» viene a desempeñar una función un tanto «sui generis», pues, según dice uno de sus considerandos, cuando una finalidad ulterior quedara demostrada «la lesión de la santidad del hogar operaría como mero accidente material absorbido por aquéllas»; sin embargo, «cuando el delito-fin anterior no haya sido justificado debidamente o no se hubiere cometido ni siquiera en fase imperfecta» —los agentes alegaron una finalidad sexual—, «y conste en cambio la vulneración intencionada o lograda de la morada, entonces ha de estarse a esta real infracción, por ausencia del conocimiento del dolo finalista distinto al del allanamiento, operando éste por su material y objetiva presencia». Como vemos, presunción o incluso desplazamiento a la postre del elemento subjetivo, cuando no pueden acreditarse los fines que guiaban al autor, pero sí la materialidad de la violación de la morada. El criterio, defendido también por Quintano Ripollés (60), no puede ser, a mi juicio, más oportunista. Comprendo que la imprecisión del propósito que guiaba al autor puede hacer difícil su subsunción en una figura determinada, pero si se exige el elemento subjetivo ha de hacerse con todas sus consecuencias y en todo caso.

Igualmente, el Tribunal Supremo ha exigido el ánimo especí-

(58) Vid., preferentemente, SUÁREZ MONTES, *El delito de allanamiento...*, ya cit., págs. 34-36. Vid también QUINTANO RIPOLLES, *Tratado de la Parte Especial*, I (2), ya cit., págs. 985-88 y 993-94, y RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios...*, ya cit., págs. 771-73. A mayor abundamiento, vid., *Diccionario de Jurisprudencia Penal*, I, Pamplona, Aranzadi, 1972, págs. 377-394.

(59) Sentencias en apelación de las Audiencias Provinciales en materia civil y penal, publicadas por el Ministerio de Justicia y el «B. O. E.» desde 1968.

(60) Califica así de procedente el criterio en glosa a la sentencia de 18 de noviembre de 1895 (*Tratado de la Parte Especial* I (2), ya cit., págs. 986-87).

fico de violar o menospreciar la inviolabilidad del domicilio en sentencias de 24 de enero de 1961 (Rep. Ar. 222), 20 de febrero de 1965 (Rep. Ar. 640), 11 de noviembre de 1965 (Rep. Ar. 5028), 20 de abril de 1966 (Rep. Ar. 1849), etc.

Reflejo ha tenido la anterior doctrina en nuestras Audiencias Provinciales que han venido a exigir también en algunos casos el citado elemento subjetivo. Así la sentencia de la Audiencia de Segovia de 18 de noviembre de 1968 (Rep. 535) negó el allanamiento en un hurto, previa entrada en vivienda cuya puerta estaba abierta, por estar el delincuente «exclusivamente guiado por el ánimo de lucro»; la sentencia de la Audiencia de Almería de 4 de julio de 1969 (Rep. 2.º semestre, número 33), considera «que para que surja a la vida jurídica el delito de allanamiento de morada se precisa la concurrencia de un elemento intencional encaminado a atentar contra la inviolabilidad del domicilio..., requisito subjetivo que lo caracteriza»; la sentencia de la Audiencia de Sevilla de 27 de febrero de 1971 (Rep. 1.º semestre, 411), que estima «no basta que conste de manera cierta» que el agente penetra en morada ajena, ni que la entrada en ella «sea contra la voluntad expresa o tácita del morador, sino también que ello responda al menosprecio del respeto debido a la inviolabilidad del domicilio», «por cuanto es elemento integrante de este delito el dolo específico de lesionar la libertad de la morada ajena...»; y la sentencia de la Audiencia de Tarragona de 6 de febrero de 1975 (Rep. 1.º semestre, 449), que exige «un propósito directamente encaminado a «atentar» contra la santidad del hogar. La sentencia de 9 de noviembre de 1976 (Rep. 2.º semestre, 2) de la Audiencia de Albacete parece seguir el criterio negativo de Carrara: «El delito aflora desde que se dan los elementos fácticos esenciales para que adquiera tipicidad, la introducción del sujeto en morada ajena clandestina, subrepticia y fraudulentamente contra la voluntad de su morador sin proponerse ningún otro objeto que modifique dicho concepto y sea determinante de otra figura delictiva en el domicilio de aquél». Finalmente, las sentencias de la Audiencia de Pontevedra de 12 de enero de 1979 y de la Audiencia de Lérida de 30 de junio del mismo año (Rep. 1.º semestre, 4 y 5, respectivamente) vienen a requerir el citado «dolo específico».

He aquí, pues, múltiples ejemplos de exigencia, en forma afirmativa o negativa, de un elemento subjetivo que, como ya viéramos no creemos exista. Ciertamente que nuestros Tribunales han venido a rechazar también en abundantes ocasiones la citada exigencia, obrando así con evidente discrecionalidad: la oportunidad o inoportunidad de la apreciación del allanamiento viene a depender de tal forma de muy diversos factores.

En este sentido, exigentes tan sólo de un dolo genérico pueden citarse las sentencias de nuestro Tribunal Supremo de 17 de abril, 8, 14 y 19 de mayo de 1970 (Rep. Ar. 1.844, 2.091, 2.129 y 2.140, respectivamente), 5 de octubre de 1974 (Rep. Ar. 3.910), 29 de enero

de 1975 (Rep. Ar.º 235), 15 de enero de 1976 (Rep. Ar. 104), 15 de noviembre de 1976 (Rep. Ar. 4.740), 22 de abril de 1978 (Rep. Ar. 1.475), 22 de junio de 1979 (Rep. Ar. 2.763), etc. Igualmente, en nuestras Audiencias Provinciales, la sentencia de la Audiencia de Cuenca de 19 de diciembre de 1968 (Rep. 179), 21 de junio de 1969 de la Audiencia de Santa Cruz de Tenerife (Rep. 1.º semestre, 638), 18 de febrero de 1970 de la Audiencia de Lugo (Rep. 1.º semestre, 445), 31 octubre de 1974 de la Audiencia de Cáceres (Rep. 2.º semestre, 119), 6 de febrero de 1976 de la Audiencia de Madrid (Rep. 1.º semestre, 2), 1 de abril de 1978 de la Audiencia de Murcia (Rep. 1.º semestre, 2), etc.

La cuestión aparece íntimamente ligada al problema concursal y razones de justicia aparecen a menudo, aludidas por nuestros tribunales. Sumamente interesante e instructiva sobre el proceder del Tribunal Supremo lo es la sentencia de 8 de mayo de 1973: «CDO.: Que para resolver el problema atinente a la culpabilidad, ampliamente discutido en la doctrina, de si es suficiente, en el delito de allanamiento de morada, con la presencia del dolo genérico, de conocer o tener voluntad de entrar o mantenerse, en vivienda ajena, contra la voluntad de su moderador, o si requiere la presencia, del antiguamente llamado dolo específico, y ahora con más técnica, elemento subjetivo del injusto, de sólo violar el bien ideal de la morada ajena y la «santidad del hogar», no teniendo relieve en el primer supuesto, por estar ya consumado el acto con la realización del acceso, las finalidades subsiguientes, que operarían en concurso delictual, mientras que en el segundo caso, la constatación de otros objetivos distintos al de violar la morada, evitarían la acción dolosa del allanamiento, que quedaría absorbida, por el deseo teleológicamente buscado, del delito-fin, es evidente, que aun reconociendo las fluctuaciones de la doctrina de esta Sala, entre ambas posiciones, resulta más fundada, la que declara, con la mayoría abrumadora de la doctrina científica patria, que sólo debe exigirse tal dolo genérico, de tener conocimiento y voluntad de realizar el hecho típico —entrar o permanecer, contra la voluntad del morador—, porque el artículo 490 estructura tal infracción, únicamente con base en elementos objetivos, sin constancia expresa de elementos subjetivos, al no exigir normativamente, ningún propósito, ni intención especial determinada, como sería menester para la apreciación de los elementos subjetivos del injusto, máxime cuando se trata de un delito instrumental, que se pone en relación, por lo general, según denota la experiencia, con otras finalidades, por ser la entrada, el comienzo de un proceso con objetivo más distante, por lo que el dolo de violar el domicilio ajeno, más que de propósito, es de consecuencias necesarias, en que tal acto, se representa en la mente del inculpado, como medio indispensable para conseguir la meta finalmente pretendida, que no se podría lograr de manera distinta, por lo que resulta indiferente el propósito que guíe al autor, ya quiera el allanamiento

como fin, o como medio de ulterior logro, salvo el especial supuesto de que el delito-fin, exija expresa y típicamente, la ejecución en morada ajena, en tipos básicos o subtipos agravados, dándose de esta manera, concurso de delitos y no absorción; derivándose a su vez el reforzamiento de la posición sostenida del artículo 491, que regula la exigente de estado de necesidad, justificando la entrada en morada ajena, con fines de evitar un mal grave, o prestar servicios humanitarios o a la justicia, pues si el delito de allanamiento exigiera tendencia de atentar contra la inviolabilidad del domicilio, esta disposición sería superflua, ya que en sus supuestos se halla ausente tal finalidad, y sería, de antemano atípica la conducta, e innecesaria tal exigente.»

«CDO.: Que por la efectividad de esta doctrina, si el hecho proclama, que el inculpado, creyendo caían desde piso superior objetos y desperdicios en el suyo, subió a él, decidido a pedir explicaciones a su morador, y entró en él, a pesar de la decidida oposición del hijo de éste, que salió a la puerta, y le negó la entrada, que consiguió luego de pegarle, para ya dentro romper un cristal con un banco, y lesional también al padre, levemente, es de toda evidencia, que concurría en el ánimo del procesado el dolo general indicado, y suficiente para cometer el delito de allanamiento de morada, e incluso el denominado dolo de consecuencia necesaria al querer entrar en la morada ajena contra la voluntad contraria, como medio ineludible de alcanzar los objetivos finales de dañar y lesionar, que sin tal voluntad y conocimiento, no se lograrían, y que incluso por constituir meras faltas —una de daños y dos de lesiones— se subordinan al delito, de superior entidad, pues resultaría injusto, que estos fines inferiores, desplazaran el allanamiento superior penalmente, no siendo requerible, como antes se argumentó, el elemento subjetivo del injusto, de sólo tener intención de violar la morada ajena, y no otras finalidades que la absorberían, dándose un concurso de dicho delito y las faltas indicadas, aunque éstas no se penaran por encajar en el indulto; debiendo por ello, desestimarse el primer motivo del recurso, que negaba sea suficiente para la existencia de tal allanamiento, el dolo genérico, o conocimiento y voluntad de entrar en morada ajena, contra la voluntad del morador, que es bastante para engendrar, porque los fines ulteriores, no lo hacen desaparecer, tipificándose y penándose también» (Rep. Ar. 1.969).

Hemos reproducido íntegros dos considerandos anteriores, pues creo pueden centrarnos perfectamente la situación en la praxis. Se reconocen honesta y expresamente las fluctuaciones de la Sala 2.^a, en torno a la exigencia del «dolo específico» o elemento subjetivo de lo injusto. Hemos de advertir además a este respecto, que el ponente de la presente sentencia lo fue el Magistrado Escudero del Corral; ponente también en las sentencias de 27 de mayo de 1963 y 23 de octubre de 1969 en las que, como ya vimos y al contrario que ésta, venía a exigirse claramente un «dolo específico, ánimo espe-

cífico o dolo especial». Se reconoce igualmente el carácter generalmente instrumental de la figura de allanamiento y se declara indiferente el fin que guíe al agente acudiendo para reforzar la tesis al estado de necesidad específico del artículo 491 (61).

Ahora bien, ¿hasta qué punto no está latiendo también en toda la construcción, la justicia o injusticia de la situación concreta? Al igual que Groizard (62), se afirma sería injusto que unos fines inferiores penalmente desplazaran al allanamiento. Y según se desprende de los transcritos considerandos, lo que el agente pretendía era pedir explicaciones, que airadamente pidió, causando dos faltas de lesiones y una de daños. Pues bien, de exigirse el elemento subjetivo, el allanamiento debía desaparecer, reduciéndose la responsabilidad criminal, además, inexigible al amparo de un indulto. Por el contrario, rechazando el discutido ánimo específico, pudo confirmarse —en base a la violencia ejercida— la apreciación del tipo agravado de allanamiento del artículo 490, 2.º.

En fin, el no dejar la conducta sin castigo ha propiciado, probablemente una de las más expresivas y razonadas negativas del elemento subjetivo en el delito de allanamiento por parte del Tribunal Supremo.

En este mismo orden de cosas, la problemática del concurso y la agravante genérica de morada han inclinado también a nuestra Jurisprudencia a negar, afirmar o desconocer el citado elemento subjetivo de lo injusto. Ciertamente que, como han escrito Quintano Ripollés (63) y Rodríguez Mourullo (64), la aplicación de uno u otra puede beneficiarse o perjudicar al reo, pero en ello han obrado nuestros tribunales con total libertad de criterio.

Claramente inclinada por el concurso lo es la sentencia de 9 de abril de 1964 de nuestro Tribunal Supremo pues, según se dice en la misma, «la doctrina de esta Sala, sin perjuicio de alguna particular excepción», según los hechos, tiene afirmado, en términos generales, que cuando el allanamiento de morada se comete con el fin de realizar otro hecho delictivo (aquí el de coacción), debe calificarse la existencia de ambos» (Rep. Ar. 1.865). Igualmente, el Tribunal Supremo ha admitido el concurso de delitos en abundantes ocasiones: con lesiones, Sentencias de 11 de marzo de 1964 (Rep. Ar. 1.411), 29 de septiembre de 1967 (Rep. Ar. 3.590) y 18 de mayo de 1979 (Rep. Ar. 2.093); con tentativa de violación, sentencia 13 de mayo de 1964 (Rep. Ar. 2.506); con abusos deshonestos, sentencias de 2 de noviembre de 1964 (Rep. Ar. 4.606) y 19 de mayo de 1970 (Rep. Ar. 2.140); con escándalo público, sentencia de 27 de octubre de 1967 (Rep. Ar. 4.737); con amenazas, sentencia de 15 de diciembre de 1970 (Rep. Ar. 5.295); con realización arbitraria del propio derecho, sentencia de 22 de abril de 1978 (Rep. Ar. 1.475); etc.

(61) Argumento debido a SUÁREZ MONTES, como ya vimos (vid. supra, páginas 13-15).

(62) Vid. supra, pág. 12.

(63) *Tratado de la Parte Especial*, I (2), ya cit., pág. 993.

(64) *Comentarios...*, ya cit., pág. 772.

Sin embargo, el Tribunal Supremo ha considerado también la entrada indebida en morada ajena con circunstancia agravante del delito perseguido como fin. De tal suerte y en base a la afirmación del elemento subjetivo, la sentencia de 11 de noviembre de 1965, sentando doctrina general, afirma que si el allanamiento «presupone una acción dirigida a vulnerar un determinado interés o valor, que en dicha infracción no es otro que el de la libertad y seguridad a que obliga el epígrafe del título XII en que está inserta; los delitos que tuviesen otras finalidades específicas extrañas a la aludida no producen concurrencia con el allanamiento, a no ser que se acrediten plurales propósitos, sino que el extremo de desarrollarse en morada ajena sólo se refleja eventualmente en la agravante decimosexta del artículo 10, o en las tipicidades que la incorporan» (Rep. Ar. 5028). Por otro lado, sin alusión alguna al posible allanamiento, apreciación de la citada agravante es la que hace la interesante y reciente sentencia de 20 de diciembre de 1978 en un caso de asesinato: «Haber penetrado el procesado en la morada de la ofendida subrepticamente y realizando en ella, donde se escondió, la cobarde agresión que le ocasionó la muerte, permaneciendo en ella hasta cerciorarse de que podía salir, sin ser visto, de donde se infiere que la morada de la ofendida fue buscada deliberadamente para la comisión del hecho, dándose así la concurrencia de los elementos objetivo y subjetivo que la apreciación del agravante requiere» (Rep. Ar. 114). En idéntico sentido las sentencias de 15 de enero de 1965 (Rep. Ar. 125), 25 de abril de 1975 (Rep. Ar. 1764), 5 de mayo de 1976 (Rep. Ar. 2135), 26 de abril de 1977 (Rep. Ar. 1831), etc.

De las líneas precedentes puede deducirse que la afirmación con que iniciábamos este apartado no era incorrecta. ¿Puede señalarse una línea uniforme en las decisiones jurisprudenciales? Evidentemente que no.

Cierto que como hemos podido apreciar, van siendo cada vez más numerosas las resoluciones en que, rechazando el elemento subjetivo, se acude al concurso allanamiento-delito fin. Pero no es menos cierto que la ruptura de semejante criterio no es tampoco infrecuente. Debemos constatar, eso sí, no conocemos resolución alguna admitiendo en forma imprudente la figura en estudio.

En conclusión, dada la configuración que el Código penal hace del delito de allanamiento, no creemos correcta la corriente jurisprudencial que exige el citado elemento subjetivo. Como ya indicamos, la estructura de la figura es claramente objetiva. Y en base a ello, si el allanamiento aparece como conducta preordenada a un fin delictivo, lo correcto dogmáticamente ha de ser el concurso de delitos en todo caso. La agravante genérica de morada no debe utilizarse con fines oportunistas, sino sólo en el supuesto en que no pueda afirmarse la existencia del delito de allanamiento.

V. EL PROYECTO DE LEY ORGANICA DE CODIGO PENAL DE 1980

El delito de allanamiento de morada aparece configurado en el capítulo II del título II del libro II del proyecto de Ley Orgánica de Código Penal (65).

Prescindiendo de la supresión del actual artículo 492 bis (protección de lugares religiosos u otros inmuebles especialmente protegidos) y de la reducción del engorroso casuismo del 492 (66), la descripción típica del allanamiento viene a ser prácticamente idéntica a la vigente. Como ya vimos (67), la única novedad introducida—aparte de las penas, claro está—, lo es que el inciso «sin habitar en ella» haya venido a preceder y, por tanto, a cubrir a sus dos posibles formas de comisión: entrar o mantenerse. Y el estado de necesidad específico del actual artículo 491 es reproducido literalmente en el artículo 187 del Proyecto (68).

En principio, pues, la situación es la misma. Ahora bien, desde otros ángulos, el Proyecto ha venido a recoger al fin la deseable y deseada excepcionalidad en el castigo de los delitos culposos (69) y evidentemente, que el allanamiento de morada no aparece entre esas excepciones dignas del castigo. Con ello, viene a solucionarse un aspecto del problema.

Por lo que a la agravante genérica de morada se refiere, no creemos pueda decirse lo mismo. Ciertamente no aparece expresamente mencionada en el elenco que de las circunstancias agravantes nos presenta el artículo 28 del Proyecto. Pero indudablemente que puede afirmarse implícita en la amplísima fórmula de la circunstancia agravante número 2.ª: «Ejecutar el hecho con abuso de superioridad o aprovechando las circunstancias de lu-

(65) Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados Serie A, Proyectos de Lev. 17 de enero de 1980, págs. 700-01.

(66) El artículo 188 del Proyecto ha dejado reducido a los términos «establecimientos públicos», los hoy utilizados de «cafés, tabernas, posadas y demás casas públicas».

(67) Vid. supra, pág. 4.

(68) Precepto cuya permanencia ha sido considerada como innecesaria por RUIZ VADILLO (*Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal*, Cuadernos de Documentación, 13, Madrid, Instituto Nacional de Prospectiva, 1980) y cuya supresión ha sido propuesta en enmienda (núm. 1.383) presentada al Proyecto por García Romanillos, del Grupo Parlamentario centrista. Por el contrario, y partiendo de la permanencia del citado precepto en el Proyecto, muy acertada me parece la enmienda (núm. 455) del Grupo Socialista en el sentido de comprender en el mismo las dos formas de comisión del delito: entrar o mantenerse. Cerezo Mir, en propuesta alternativa, se muestra partidario de la supresión del precepto por considerarlo «excesivamente generoso», pero, para el caso de no triunfar aquélla, estima debería aceptarse la enmienda Socialista (en *Dictamen para el Ministerio para la Coordinación Legislativa, sobre las enmiendas presentadas al Congreso de los Diputados al Proyecto de Ley Orgánica de Código penal*) y concretamente dictamen a la enmienda núm. 455 del Grupo Socialista).

(69) Vid. supra, nota (3).

gar, tiempo o auxilio de otras personas que debiliten la defensa del ofendido (*sic*) o faciliten la impunidad del delincuente». ¿Aca-so el ejecutar el hecho en la morada del ofendido, no podrá subsumirse en «las circunstancias del lugar» aludidas? Evidentemen-te que sí.

En conclusión, el concepto de allanamiento, que el Proyecto nos da, sigue estructurado en base a elementos objetivos y, consecuentemente, ha de negarse la exigencia de un elemento subje-tivo de lo injusto. Por si cupiera alguna duda el mantenimiento del estado de necesidad específico viene a disiparla. El problema del delito culposo, que de no exigirse el citado elemento subjetivo podría plantearse, ha quedado resuelto por no encontrarse el alla-namiento de morada entre las particulares figuras imprudentes.

Ahora bien, la superposición agravante de morada-allanamien-to podrá seguir planteándose en múltiples supuestos. Pero esta su-perposición, que no identificación, habrá de ser resuelta, como ya dijimos (70), huyendo de todo oportunismo. Existente la figura de allanamiento en todo su contenido lo procedente ha de ser su aplicación independientemente de que constituya tan sólo un me-dio de un fin ulterior. Y reservemos para la agravante de morada aquellas conductas que no cumplen el concepto legal de aquél.

(70) Vid. *supra*, págs. 15 y 24.

El sistema de fuentes del Derecho penal en el Principado de Andorra

DR. JUAN FELIPE HIGUERA GUIMERA

Profesor de Derecho penal en la Facultad de Derecho

1. *La costumbre. Los precedentes judiciales. Las fuentes escritas. El Manual Digest. El Politar. La reciente tipificación de delitos. El Principio de legalidad.*

Las fuentes del Derecho penal en el Principado son variadas como luego señalaré. En las sentencias del Tribunal de Corts se invoca *el Derecho Romano* (el Digesto), exponiéndose incluso el parecer de los jurisconsultos romanos que daban respuestas concretas a casos concretos —la equidad— y que hacían referencia a la «bonna fides», cuando querían aludir a la apreciación por el Juez de las circunstancias particulares de cada caso, pues la idea de justicia es siempre igual a sí misma, mientras que la *equidad* sufre la influencia del medio en que se desenvuelve.

Los precedentes judiciales tienen una gran importancia, se observa cómo las sentencias invocan a otras sentencias para fundamentar algún delito. Sin embargo, aunque los precedentes judiciales tienen una *gran autoridad*, éstos no son decisivos a la hora de fallar.

Los precedentes judiciales no son vinculantes para los órganos jurisdiccionales, no se sigue en el Principado el «common law» inglés, pues las sentencias no vinculan al órgano jurisdiccional de una forma total y absoluta.

El Decreto de 21 de febrero de 1979 sobre delitos y contravenciones penales o faltas cometidas en relación con las tasas de entrada de mercaderías al Principado, en el artículo 6, se dice que «se aplicarán, cuando proceda, las circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes admitidas por la Jurisprudencia del Tribunal de Corts...», esta norma parece establecer de una forma clara, precisa y contundente la importancia de las sentencias del Tribunal de Corts, como fuente del Derecho, pero si bien esto es cierto, es preciso añadir que el Tribunal tiene amplio arbitrio para no quedar vinculado y seguir sus propios precedentes, porque por encima de todo está la aplicación *del libre arbitrio judicial y la aplicación* de la idea de «*Equidad*».

Por consiguiente, *el Principio de legalidad* de los delitos y de las penas, principio fundamental del Derecho penal moderno en los países del Continente europeo (1), no rige en el Principado de Andorra, pues no se ha llevado a cabo el proceso de codificación.

El Principado carece, efectivamente, de un Código u Ordenamiento que tipifique las distintas figuras delictivas y establezca las correspondientes penas, que regule la posible concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad, que precise las personas criminalmente responsables, etc.

Se advierte la falta de un repertorio jurisprudencial con las distintas sentencias.

Las sentencias en el Principado se notifican únicamente a los interesados y no se publican. Sería conveniente y muy necesario se efectuara la recopilación de sentencias en materia penal, pues únicamente Obiols i Taberner ha recopilado la jurisprudencia civil (2). Próximamente se va a proceder a recopilar, de forma sistemática, las sentencias del Tribunal de Corts (1975 a 1980), lo que será de una gran utilidad.

El arbitrio judicial es muy amplio, Las diversas sentencias estudiadas revelan un alto e inteligente sentido de la Justicia. Los Tribunales de los Batlles y el de Corts, al administrar justicia, se han basado en el «*seny natural*», y en la «*bona rao*», es decir, en el sentido común, pero sobre todo en la idea de «*equidad*».

El concepto de *equidad* está muy enraizado en todas las sentencias del Tribunal de Corts. La equidad, como dice Legaz y Lacambra, no es lo distinto de la justicia, sino un *cierto modo de ser lo justo*, una dimensión ontológica de la propia justicia. La equidad es la justicia al caso concreto (3).

(1) CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español*, Parte General, I. Introducción. Ed. Técnos, Madrid 1976, pág. 154.

(2) OBIOLS I TABERNER, C., *Jurisprudencia civil andorrana*, Monumenta Andorrana, 2, Editorial Casl i Vall, Andorra, 1969. Esta recopilación corresponde a los años 1945 y 1966. También OURLIAC, P., ha publicado *Jurisprudence Civile d'Andorre. Arrêts du Tribunal Supérieur de Pergignan*. 1947-1970. Ed. Casal i Vall. Col. L. "Monumenta Andorrana", vol. 3, Andorra 1972.

(3) LEGAZ Y LACAMBRA, L., *Filosofía del Derecho*, Bosch Casa Editorial, Barcelona 1972, págs. 362 y sigs. Según CASTÁN TOBEÑAS, C., véase *La idea de equidad y su relación con otras ideas afines*, Ed. Reus, 1950, pág. 55, la equidad es una idea polifacética; las escuelas subjetivistas la conceptúan como un sentimiento: las positivistas como un ideal; las direcciones ius-naturalistas, como una virtud, principio o exigencia ética, y es que la equidad, dice Castán, tiene diversos aspectos, fundamentales unos y accidentales o secundarios otros; puede distinguirse entre una equidad interpretativa o más propiamente correctora, que opera con relación al Derecho prefijado —normas determinadas—, una equidad arbitral (arbitrio de equidad), que opera en el Derecho discrecional (normas indeterminadas), y una equidad supletoria o integradora, que opera en el caso de la laguna legal. STAMMLER, en su *Filosofía del Derecho*, Ed. Española, pág. 383, establece una distinción entre las ideas de Justicia y de Equidad; la primera alude a la aspiración del legislador a formar y proclamar normas fundamentales legítimas, mientras que por equidad se entiende la norma elegida por el Juez como justa para tratar

El Tribunal de Corts del Principado, cuando enjuicia un caso concreto, atiende sobre todo a ese caso individual para dar una solución proporcionada a esa naturaleza. Antes del gran movimiento codificador era frecuente recurrir a las disposiciones de los «Usatges» (4), de tendencia germánica y gran personalidad. Es preciso añadir, que en las sentencias del Tribunal de Corts, ejerce cierta influencia el Código penal español y la jurisprudencia del Tribunal Supremo español, influencia, por otra parte, *plenamente justificada, y que no debe extrañar a nadie* (5).

El Derecho consuetudinario (6), surgido de la desigual aportación de los siguientes elementos (7): romano, canónico, catalán, castellano y francés, ha quedado reflejado en dos libros: «*El Manual Digest*» y «*El Politar*».

«*El Manual Digest*», escrito en 1748, consta de seis libros subdivididos en Capítulos; se titula «*Manual Digest de les Valls neutrals de Andorra en lo qual se tracta de sa antiquitat, govern y deligió, de sos privilegis, usos, preheminiencias y prerogativas*. Escrit a petició del Común general de ellas, per lo Dr. en drts. *Antón Fiter y Rosell*, del poble de Ordino, per lo millor govern y regimen des sus patricis».

«*El Politar*» se titula: «*Politar Andorra. De la Antiquitat, govern y religió, dels privilegis, usos, preheminiencias, consuetuds y prerogativas de la Vall de Andorra. Tret molta part de les sublims obres del Molt Ylbre. Dr. Anton Fiter y Rosell de Ordino, y part dels Arxivs del Ylbre. Consell de la Vall, lo any 1763, per «lo Reverent Antón Puigt*».

Estos textos son de muy *distinto valor intrínseco y oficial*. «*El Manual Digest*», puede considerarse como una recopilación original, bastante más cuidada y exacta que «*El Politar*»; éste es a veces, según Obiols i Taberner, una copia no siempre fidedigna de aquél (8).

«*El Manual Digest*» y «*El Politar*» tienen un contenido muy variado, y hasta abigarrado, con un estilo en general muy difuso, y lleno de detalles mucho más «*El Politar*» que el «*Manual Digest*». En relación al Derecho penal material, prácticamente no se hace referencia,

un caso concreto. Por su parte, RADBRUCH establece la distinción entre ambos conceptos desde el punto de vista metodológico: entre un desarrollo *deductivo* de preceptos fundamentales universales y un conocimiento inductivo de ese Derecho justo, según la naturaleza de las cosas. Vid. su curso de *Filosofía del Derecho*, pág. 47.

(4) OBIOLS I TABERNER, C., *La justicia penal en Andorra*, "Revista de Estudios Penitenciarios", Madrid 1945, pág. 6.

(5) Debido a que los Jueces de Apelación tienen una formación jurídico-penal española.

(6) *Un Derecho es consuetudinario* cuando las normas jurídicas que lo integran no están fijadas en ningún "cuerpo legal" y viven, en cambio como proposiciones ideales dotadas de fuera obligatoria actual en la conciencia de una sociedad que las acepta como forma de vida, ya por medio de un uso espontáneamente practicado, ya recibido de los órganos encargados de la aplicación del Derecho, principalmente de los Tribunales (usus For). Véase a LEGAZ Y LACAMBRA, *loc. cit.*, pág. 585.

(7) OBIOLS I TABERNER, C., *La justicia penal...*, pág. 6.

(8) OBIOLS I TABERNER, C., *La justicia penal...*, pág. 6.

en cambio contienen normas sobre procedimientos judiciales. En el capítulo primero del «Manual Digest» —Máximas y comentarios—, Libro VI, cap. único, que trata de las *Máximas cristianas de verdadera política y sólida prudencia, las más útiles para la conservación del Estado de los Valles de Andorra*, en alguna de estas máximas podemos observar algunas de *carácter penal*, muy amplias y genéricas; así, en la *Máxima 17*, se dice: «Cuidar e interesarse no tan sólo para que se castiguen las faltas y crímenes graves, sino también los más leves y ligeros, a fin de prevenir aquéllos».

En la *Máxima 16*, se dice: «No permitir ni tolerar desenfrenos, sino cuidar que sean debidamente castigados». La *Máxima 18* recomienda evitar disputas de Jurisdicciones. La *Máxima 19* señala como principios fundamentales de la convivencia, la paz y la concordia de los pueblos.

Finalmente, la *Máxima 31* establece como norma de conducta la moderación, alternando la blandura con la severidad.

Como se observa, el contenido de estas Máximas es mucho más de *carácter ético y moral* que jurídico, pero el M. I. Tribunal de Corts distingue y no confunde lo ético con lo jurídico, como veremos más adelante.

Los órganos legislativos en materia penal son:

a) *Los Copríncipes* (Obispo de la Seo de Urgel y Presidente de la República Francesa), que han de actuar de común acuerdo.

b) *Los Delegados Permanentes* (Delegado Permanente de la Mitra y Delegado Permanente del Presidente de la República Francesa) que asimismo han de actuar de común acuerdo. Sin embargo, es preciso decir que los Delegados Permanentes, en materia penal, rara vez han dado alguna disposición, por lo que podemos decir que es un órgano de carácter *excepcional*.

c) *Los Vegueres* (episcopal y francés), que han de actuar también de común acuerdo.

Todos estos órganos han de actuar de común acuerdo, esto tiene una gran importancia. Lo repito nuevamente.

Los Copríncipes han dado alguna disposición de carácter penal con el fin de reprimir ciertos abusos, como ha puesto de manifiesto recientemente Mons. Marques en su importante obra «Lleis i Resolucions dels Co-Prínceps i dels seus Delegats». Así, entre otras disposiciones, el 22 de marzo del año 1305, el Conde Gasto I concedió un privilegio en virtud del cual el menor de doce años estaba exento de responsabilidad criminal. En la actualidad, la minoría de edad penal se sitúa en los dieciséis años. Asimismo, en el año 1433 una disposición de los Copríncipes prohibía la extorsión sobre los acusados de delito, y también se establecía el principio de *proporción entre la culpa y la pena*.

Los Delegados Permanentes (episcopal y francés), nombrados, respectivamente, por ambos Jefes de Estado, aparecen como institución a fines del siglo pasado. Aunque tienen facultades para dictar disposiciones de carácter penal, en pocas ocasiones lo han hecho. Es un órgano de carácter *excepcional*.

Los Vegueres (episcopal y francés), nombrados, respectivamente, por ambos Jefes de Estado, aparecen como institución a fines del siglo pasado. Aunque tienen facultades para dictar disposiciones de carácter penal, en pocas ocasiones lo han hecho. Es un órgano de carácter *excepcional*.

Los Vegueres (episcopal y francés), nombrados, respectivamente, por ambos Jefes de Estado, han sido quienes han dictado más disposiciones de carácter penal. En algunas ocasiones estas disposiciones las han dictado por propia iniciativa. En otros casos las disposiciones penales han sido dictadas siguiendo *expresas instrucciones de ambos Copríncipes*, como el Decreto de 30 de diciembre de 1975, instituyendo el Ministerio Fiscal en el Principado y la intervención de los abogados ante los Tribunales penales; es decir, cuando se trata de introducir alguna modificación de importancia que afecte a la organización institucional del Principado.

En otras ocasiones han dictado las disposiciones de carácter penal estando «especialmente facultados» por ambos Copríncipes, cuando, asimismo se trata de introducir alguna renovación de gran importancia.

Lo normal es que los propios Vegueres dicten las disposiciones de carácter penal reunidos en Corts, y a propuesta del Juez de Apelaciones.

Las disposiciones de carácter penal van precedidas de una *Exposición de Motivos* muy documentada y justificativa de la nueva disposición penal que se introduce. Desde un punto de vista formal, hemos observado que estas disposiciones no van numeradas, ni tampoco están extractadas, de tal manera que se hace un poco difícil la localización. También es preciso añadir que en el Principado no existe periódico ni Boletín Oficial en que se publiquen estas disposiciones. Creemos que es de gran importancia su existencia para dar publicidad a estas disposiciones. Este Boletín Oficial, dada las características del Principado, y al igual que en Mónaco, debería ser de aparición semanal.

Las disposiciones de carácter penal que se han dictado en los últimos años son: El Decreto de 4 de junio de 1977, sobre reformas del registro de antecedentes penales, cancelación de los antecedentes penales y rehabilitación de los delincuentes. El Decreto de 21 de febrero de 1979 sobre delitos y contravenciones penales cometidos en relación con las tasas de entradas de mercaderías al Principado. Estas disposiciones han sido dictadas por los dos Vegueres de común acuerdo. El Decreto de 19 de octubre de 1978 tuvo por finalidad la concesión de indulto, y fue concedido por ambos Copríncipes con motivo de su «encuentro» en los Valles.

Recientemente se han tipificado algunos delitos, como el delito de conducción de vehículos de motor bajo la influencia de bebidas alcohólicas, estupefacientes o drogas tóxicas, o el delito de conducir un vehículo de motor sin permiso (Decreto de 29 de marzo de 1979). Asimismo, se ha tipificado el delito de cheque en descubierto (Decreto de 25 de abril de 1979). En otro Decreto de la misma fecha, que establece la competencia entre el Tribunal de Corte y el Tribunal

de los Batlles, sin hacer técnicamente una tipificación de figuras delictivas, se han establecido diferencias entre delitos y faltas.

Estos Decretos han sido sancionados por los dos Vegueres —episcopal y francés—, a propuesta del Juez de Apelaciones que conjuntamente forman parte del Tribunal de Corts que enjuicia los delitos, por lo que no cabe hablar de una estricta separación de poderes. Por otra parte, al no existir en el Principado un boletín o periódico oficial en donde se inserten las disposiciones normativas, se hace difícil su conocimiento y difusión. Actualmente las publicaciones se llevan a cabo a través de edictos.

Podemos decir que la tipificación de los delitos y de las faltas es actualmente una excepción. La admisión o no del principio de legalidad es una de las grandes opciones, de incalculable repercusión, ante las que se encuentra el jurista, como manifiesta Rodríguez Devesa (9). Al decidirse por «*L'arbitraire legal*», para huir de la arbitrariedad judicial en busca de seguridad, se «relativiza» de un golpe toda la problemática del delito y de la pena (10). Esos delitos y las penas están acuñados por la ley. Todo lo que cae fuera de la ley penal no puede ser delito ni pena.

El origen del principio de legalidad —que es de muy difícil realización— se halla en los anhelos de seguridad jurídica que ha llevado a los pueblos a una lucha multiseccular con los detentadores del poder para excluir la arbitrariedad, como señala Rodríguez Devesa (11), que toca a los bienes más preciados de los hombres: vida, libertad, honor, etcétera. Este no es el caso del Principado de Andorra, en donde los Copríncipes han ejercido su poder otorgando siempre protección a los habitantes de los Valles, existiendo una recíproca y profunda identidad, por encima de cualquier vicisitud y ejerciendo, sobre todo, el poder en base al prestigio y a la autoridad moral (12).

La seguridad jurídica, en mi opinión, queda asegurada fundamentalmente en base *al gran prestigio y autoridad* que tiene el Tribunal de Corts. Así se reconoce actualmente por los habitantes de los Valles de Andorra.

En una encuesta realizada por mí, en el año 1980, en Andorra, y entre los profesionales del Derecho, todos reconocen de forma unánime el gran prestigio del Tribunal (13).

(9) RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.^a, *loc. cit.*, pág. 141.

(10) RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.^a, *loc. cit.*, págs. 141 y 142.

(11) RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.^a, *loc. cit.*, pág. 134. El principio de legalidad se desconoce en el Derecho romano. Al final de la República las “*leges iudiciorum publicorum*” establecen “*crimina legitima*” y penas determinadas “*poena legitima*”.

(12) Lo que decimos queda reflejado en la última estrofa del himno nacional del Principado de Andorra:

*“Creient i lliure onse regles,
creient i lliure vull ser.
¡Siguien e's furs mos tutors
i mos Prínceps defensors!”*

(13) Encuesta realizada entre 100 personas, Andorra la Vella, julio-octubre de 1980.

El Tribunal de Corts, sigue el principio de libre valoración de la prueba, absolviendo cuando los datos son equívocos, o más o menos verosímiles, no pudiéndose condenar por meras presunciones o conjeturas (S. 6 de junio de 1979).

Hemos podido observar que *las sentencias de los últimos años tienen una mejor construcción técnica.*

2. *La acentuada personalidad de los jueces de apelación en la formación del Derecho penal del Principado de los Valles de Andorra: don José María de Porcioles y Colomer, don Carlos Obiols i Taberner y don Antonio Sabater Tomás.*

El Magnífico Juez de Apelaciones, junto a los dos Vegueres, tienen la función de juzgar y la potestad resolutoria en el Tribunal de Corts (14). *El Juez de Apelaciones es el ponente en todas las sentencias.*

El Juez de Apelaciones es nombrado alternativamente por el Copríncipe episcopal y el Copríncipe francés, y era vitalicio. Por defunción de monsieur Gastón Baby, Juez de Apelación, fue nombrado el eminente abogado y jurista español, don José María de Porcioles y Colomer, en el año 1944, que es el actual Juez de Apelaciones, pero, como veremos, éste ha delegado en varias ocasiones de forma permanente.

Si la figura de Juez de Apelaciones ha sido vitalicia, en la actualidad se va a renovar cada cinco años, siendo Juez, alternativamente, una persona nombrada por el Copríncipe francés, o una persona nombrada por el Copríncipe episcopal (Decreto de 30 de diciembre de 1975), de tal manera que cuando el Juez de Apelaciones sea francés, el Fiscal General sea episcopal, y viceversa.

Por delegación del juez titular y con la venia del Copríncipe episcopal, se ha nombrado Juez Delegado de Apelaciones a don Carlos Obiols i Taberner, ilustre jurista catalán, que ha ejercido sus funciones como magistrado del Tribunal Supremo español, y ha sido también Presidente de la Audiencia Provincial de Gerona y de la Territorial de Barcelona hasta su jubilación. Obiols i Taberner fue Juez Delegado de Apelaciones durante quince años, y actualmente es el Presidente del Tribunal Superior de la Mitra, de Andorra. Ha recopilado la Jurisprudencia civil andorrana, y ha sido uno de los pocos autores que han escrito y se ha preocupado por el Derecho penal de Andorra, en un

(14) El importante cargo de el Juez de Apelaciones antiguamente era elegido por los propios Vegueres. Al surgir desavenencias entre los Vegueres y el Juez de Apelaciones, fueron los co-señores quienes de forma alternativa nombrarían al Juez de Apelaciones. Según el decir de VIDAL I GUITART (*loc. cit.*, pág. 197): “*Cuando le toca el turno al Obispo de Urgel, suele tener en cuenta las cualidades del futuro magistrado, en el sentido de procurar que ya conozca el país por razón de poseer bienes en él o por estudios especiales que haya realizado, bien por otras causas*”.

artículo publicado en el año 1945 en la «Revista de Estudios Penitenciarios».

Actualmente, el Magistrado español don Antonio Sabater Tomás, es el Juez Delegado de Apelaciones del Principado de Andorra, que desde el día 17 de mayo de 1967, hasta la actualidad, ha desempeñado este importante cargo judicial ininterrumpidamente. Juntamente con don Antonio Sabater Tomás se nombró al magistrado español don José María Saura Bastida, pero este último falleció en el año 1970. El actual Juez Delegado de Apelaciones ha publicado diversos trabajos sobre delincuencia juvenil, y sobre la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social, habiendo intervenido en numerosos congresos; ingresó en la carrera judicial española en el año 1944.

Han sido, efectivamente, de manera principal estas personas, junto con los Vegueres, quienes al ejercer la jurisdicción han ido conformando el Derecho penal andorrano, habiendo ejercido cierta influencia en las Sentencias del Tribunal de Corts, el Derecho positivo español, así como la Jurisprudencia y la Ciencia penal española.

Próximamente este cargo judicial lo va a desempeñar un francés, con lo que posiblemente el Código penal francés y la ciencia del Derecho penal francesa ejerzan influencia en las decisiones del Tribunal de Corts, rompiéndose la unidad jurisprudencial existente en la actualidad, ya que desde el año 1944 este cargo judicial ha venido desempeñándose por los juristas españoles mencionados anteriormente.

3. *La eficacia extraterritorial de la responsabilidad civil declarada en una sentencia penal española.*

La Institución del Juez de Apelaciones es también muy importante en el procedimiento civil, actuando como órgano jurisdiccional unipersonal de segunda instancia. Su titular actúa, por consiguiente, como miembro relevante del Tribunal de Corts en materia penal, pues es el ponente siempre, y como Juez unipersonal en materia civil.

En la Sentencia de 20 de marzo de 1962 (15), el Juzgado de Apelaciones, como órgano jurisdiccional civil, reconoció *la eficacia extraterritorial de las declaraciones civiles contenidas en una sentencia penal extranjera*. El supuesto de hecho era el siguiente: Una Audiencia Provincial española condena por los delitos de amancebamiento y hurto, y se pretende hacer efectiva la responsabilidad civil en el Principado, lo que efectivamente reconoce la sentencia citada del Juzgado de Apelación.

4. *La «Common Law» y la jurisprudencia del muy ilustre Tribunal de Corts: similitud y diferencias.*

Los países anglosajones tienen una dualidad de fuentes, armoniosamente conjugadas, en el Derecho penal: una fuente de carácter ju-

(15) Véase el Repertorio de Jurisprudencia Civil Andorrana de OBOLS I TABERNER, C., "Monumenta Andorrana", 2, Editorial Casal i Vall, Andorra la Vella, 1969.

dicial (la «Common Law») y una fuente de carácter legal («statutory law») (16).

En estos países es tradición el prestar una mayor atención e interés a los problemas de tipo procesal al régimen penitenciario y al sistema de ejecución de las penas, quedando un poco relegado el Derecho penal material.

La «Common Law», es la actuación constante y repetida de los propios órganos jurisdiccionales del Estado.

Es importante hacer una diferenciación entre la costumbre y la «Common Law». La *costumbre*, como pone de relieve De Castro y Bravo (17), es la norma creada e impuesta por el uso social, dejando fuera de sus límites la propia actuación continuada y repetida de los órganos jurisdiccionales, por muy grande que sea su fuerza vinculante como los precedentes judiciales y la propia Jurisprudencia. La «Common Law» está fuera del ámbito de la costumbre, aunque en cierto momento histórico pudo tener carácter consuetudinario como originada por los nobles y los juristas frente al rey y al Parlamento, y puede conservarlo cuando los Tribunales son órganos de estas clases, pero cambian de naturaleza en cuanto sea creación de los jueces, órganos del Estado y que como tales actúan. Por eso la «Common Law», para mantener su propia jerarquía, reduce a un rango cada vez más inferior y hasta insignificante a la costumbre (*customs*) (18).

El origen de la *costumbre anglosajona* no se halla en los influjos y en las enseñanzas de los juristas romanos, sino en las prácticas repetidas y continuadas de ámbito local.

El origen de la *costumbre en el Principado de los Valles de Andorra* se halla, por el contrario, en el influjo de los jurisconsultos romanos principalmente. Por tanto, existe ya una gran diferencia en los orígenes de ambas costumbres.

La «Common Law», que no es la costumbre, por ser de creación judicial, tiene una mayor similitud con la Jurisprudencia del Muy Ilustre Tribunal de Corts del Principado; sin embargo, en los países anglosajones los precedentes judiciales tienen un valor más vinculante, decisivo y obligatorio.

En los Estados Unidos de Norteamérica, la fuerza del precedente judicial es menor; el Tribunal inferior debe seguir el precedente establecido por el Tribunal superior, pero ningún tribunal se considera ligado por sus propios precedentes (19).

La Jurisprudencia del Tribunal de Corts tiene una gran importancia en la formación del Derecho penal de los Valles de Andorra, pero, a mi juicio, *no tiene una fuerza vinculante absoluta*.

Las sentencias de los últimos años son técnicamente mejores.

Las decisiones judiciales son siempre una actividad mental inde-

(16) Véase RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.^a, *loc. cit.*, pág. 245.

(17) Véase DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho Civil de España*, Parte General, Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1949, págs. 376 y sigs. y nota 3.

(18) Vid., DE CASTRO Y BRAVO, F., *loc. cit.*, pág. 499.

(19) Vid., DE CASTRO Y BRAVO, F., *loc. cit.*, pág. 499.

pendiente a realizar por quien ha de decidir, y normalmente, incluso, una notable tarea intelectual (20). En mi opinión la sentencia judicial es, «además», un acto de intuición.

5. *El problema de las lagunas del Ordenamiento jurídico*

Hemos hecho referencia en este trabajo a las fuentes del Derecho penal del Principado de Andorra, y nos surge el importante problema de la posibilidad de las *lagunas en el Ordenamiento jurídico tan peculiar en el Principado*. ¿Cabe hablar de lagunas en este Ordenamiento? Comparto la opinión de Rodríguez Paniagua (21), cuando manifiesta que no tiene sentido hablar de lagunas con referencia al ordenamiento jurídico en cuanto éste *comprendiera también* como medio de decisión, «la equidad», o algo por el estilo, porque entonces está claro que el ordenamiento habría de ser necesariamente completo, sin lagunas, ya que esos recursos o procedimientos taponarían automáticamente cualquier posible hueco. Hemos visto que las fuentes del Derecho penal en el Principado son variadas: así se invoca al Derecho romano, a la costumbre, a los Decretos dictados por ambos Vegueres, pero tiene una gran importancia la idea de *equidad*, fundamentalmente.

6. *La doctrina de los autores: su relevancia*

La doctrina de los autores no es fuente, desde luego, en el Derecho penal del Principado, pero dadas las *características del sistema de fuentes*, el Tribunal de Corts, sin hacer una cita expresa a los autores modernos más prestigiosos, españoles o franceses, la tiene en cuenta y no prescinde de ella. En múltiples ocasiones las sentencias invocan, solamente a jurisconsultos romanos, de una forma precisa, clara y expresa, con citas comprobables.

7. *El ámbito temporal*

Dado el sistema de fuentes en el Principado de Andorra, los problemas relativos a la eficacia de la ley penal en el tiempo, prácticamente son inexistentes. Sin embargo, con la reciente tipificación de algunos delitos, bien pudiera plantearse algún problema. La Sentencia de 10 de julio de 1979, en la causa núm. 106 EP/77, reconoce el principio de la *retroactividad de la ley penal más favorable*.

(20) Véase ENGISCH, K., *La idea de concreción en el Derecho y en la Ciencia Jurídica actuales*, traducción y estudio preliminar de Juan José Gil Cremades, Ediciones Universidad de Navarra, 1968, págs. 341 y sigs.

(21) RODRÍGUEZ PANIAGUA, J. M.^a, *Ley y Derecho. Interpretación e integración de la ley*, Ed. Tecnos, Madrid 1976, págs. 77 y sigs.

8. *El ámbito espacial.*

El Decreto de procedimiento penal de 10 de abril de 1976, establece el principio de la Territorialidad en su artículo 1.º.

La Sentencia de 11 de julio de 1979, en la causa número 23 E/77, reconoce de forma expresa el principio *de territorialidad*, que es una consecuencia de la soberanía del Principado.

El principio de la personalidad, como complementario del de territorialidad, también se recoge en el artículo 1.º del citado Decreto de procedimiento penal.

La publicidad en Derecho penal: Una aproximación conceptual e histórica

CARMEN LAMARCA PEREZ
Profesora Ayudante de Derecho penal

Escribía el profesor Legaz que «la bilateralidad o alteridad pertenece a la esencia del Derecho y tiene la siguiente importante consecuencia: que, de modo principal, sólo se tome en cuenta el aspecto externo del hecho» (1). Ciertamente, la vieja distinción entre acciones interiores y exteriores, mejor diríamos hoy exteriorizadas, que, desde Thomasiaus a Kant, ha sido utilizada como criterio para la definición del Derecho y consiguientemente para su diferenciación de la moral, sufre hoy un relativo abandono por parte de la Ciencia jurídica moderna, más atenta a otros elementos de identificación y, en especial, a la naturaleza externa e institucionalizada que caracteriza a la sanción jurídica frente a las sanciones propias de otros órdenes normativos (2); pero que valoremos en su justa medida el criterio de la sanción no supone que la exterioridad de la conducta humana haya dejado de ser un elemento de gran utilidad para delimitar el ámbito de la normatividad jurídica, pues si bien el Derecho toma en consideración circunstancias subjetivas como la premeditación o el «animus», parece cierto que lo hace en la medida en que se hayan exteriorizado, es decir, cuando no permanecen en ese recinto imposible de fiscalizar que es la conciencia: «cogitationis poenam nemo patitur».

Así, pues, en las conductas humanas y en las mismas intenciones es posible hallar ciertos grados o condiciones de exteriorización que, por suponer esa relación intersubjetiva en que consiste la alteridad propia del Derecho (3), se transforman en objetos

(1) LEGAZ LACAMBRA, L., *Filosofía del Derecho*, Boch, 2.^a ed., Barcelona, 1961, p. 409.

(2) Ya KELSEN indicaba que «la reacción del Derecho consiste en una medida coactiva impuesta por el orden y socialmente organizada, mientras que la reacción moral contra la conducta contraria a las normas éticas no esté establecida por el orden moral, ni en caso de existir, se halla socialmente organizada», *Teoría General del Derecho y del Estado*, trad. de E. García Maynez, UNAM, 3.^a ed., Méjico, 1949, pp. 22 y 23.

(3) Señalaba KANT que «la noción del Derecho, respecto de una obligación correspondiente..., en primer lugar no concierne más que a

relevantes para la norma jurídica. Lo que implica que la nota de juridicidad no deriva siempre de la naturaleza intrínseca de la acción, sino precisamente del hecho de formar parte de una relación, es decir, de que en alguna medida se haya exteriorizado. La exterioridad de la acción constituye así un elemento importante para delimitar el ámbito de lo jurídico y, en concreto, de lo jurídico-penal, pues si, como es obvio, algunas conductas sólo son concebibles cuando adquieren un cierto grado de exteriorización y merecen a partir de ese instante un mismo reproche, otras, en cambio, se cualifican jurídicamente en atención a su carácter externo y provocan, cuando ese carácter resulta especialmente vigoroso, una reacción distinta por parte del ordenamiento jurídico. La afirmación de que el pensamiento no delinque expresa una imposibilidad material o física, pues, mientras no se exterioriza su relevancia jurídica ni siquiera es concebible. Sin embargo, una vez exteriorizado, las consecuencias jurídicas no son siempre uniformes, sino que dependen en gran parte del grado o condiciones de esa exteriorización, de su publicidad, entendida esta expresión en un sentido amplio; así la última voluntad sólo es jurídicamente válida cuando reúne ciertos requisitos de exteriorización y, a su vez, la eficacia de su contenido puede depender del grado de publicidad, de que se haya otorgado testamento ante notario, etc..., hasta el punto de que una buena parte de la teoría de las sucesiones se dirige a constatar la exactitud de esa última manifestación de voluntad mediante la comprobación de los requisitos y formas de exteriorización. Consideraciones análogas pueden formularse acerca del negocio jurídico en general.

Exteriorizar una conducta no equivale a hacerla pública. Matar, herir o envenenar las fuentes públicas son sin duda acciones exteriorizables, pero no necesariamente públicas; es más, la publicidad en muchos supuestos no añade ningún «plus» en el reproche jurídico. Aunque nociones distintas, la publicidad se configura como uno de los modos de exteriorización, pues publicar supone hacer notoria o patente una cosa, manifestarla al público y, en este aspecto constituye la forma más vigorosa de exteriorización. La publicidad, dice Cuesta «no es una simple información, sino que, por definición tendenciosamente se ordena a un fin concreto: que el mayor número posible de destinatarios, convertidos en receptores de la misma, declaren o manifiesten su voluntad de modo capaz de transformar el mundo externo» (4). Esta noción, tal vez certera desde una perspectiva iusprivatista, sólo es asumible parcialmente

la relación exterior y aun práctica de una persona con otra en cuanto sus acciones como hechos pueden tener una influencia (mediata o inmediata) sobre otras acciones...; es decir, que sólo hace falta saber si la acción de uno de ellos es o no un obstáculo a la libertad del otro según una ley general", *Principios Metafísicos del Derecho*, Ed. Americana, 2.^a ed., Buenos Aires, 1974, p. 39.

(4) CUESTA RUTE, José M.^a de la, *Régimen jurídico de la Publicidad*, Tecnos, Madrid 1974, p. 16.

en el ámbito penal, pues no siempre la publicidad se endereza a lograr que los destinatarios adopten una determinada aptitud; ello sucederá, por ejemplo, en algunas conductas contra la seguridad interior, que mediante la publicidad pretenden ganar adeptos en favor de cierta causa, pero no en otros delitos como el escándalo público o los escarnios a la religión, en los que sólo cabe apreciar un ánimo de ofender los sentimientos morales del público o, al menos, ese es el motivo que justifica su tipificación.

Como luego veremos, es más que probable que de nuestra ley penal no sea posible obtener un concepto unívoco de publicidad, no ya porque en su evolución histórica el sentido agravatorio de la circunstancia se haya combinado con una acepción mixta, nunca suficientemente explicada, sino porque aún hoy el legislador vacila entre una noción puramente instrumental y otra que pudiéramos calificar de constitutiva; vacilación que, por otra parte, es comprensible habida cuenta que se halla recogida en el propio Diccionario de la Lengua. Publicidad es «calidad o estado público», pero también se define como «conjunto de medios que se emplean para divulgar o extender la noticia de las cosas o de los hechos» (5). No obstante, parece necesario en estas reflexiones preliminares intentar una primera aproximación al concepto penal de publicidad o, al menos, delimitar los supuestos y condiciones en los que la publicidad representa un elemento trascendente para establecer el reproche penal por una determinada conducta.

A nuestro juicio, la publicidad o bien constituye la forma típica de exteriorización de la conducta delictiva o bien representa una circunstancia, en el sentido riguroso del término, que eventualmente puede acompañar a cualquier acción humana. En cierto modo la distinción recoge la ya establecida por Quintano (6) entre una publicidad mínima, «determinada por el simple hecho de exteriorizar una actividad delictiva ante testigos...» y otra publicidad máxima, «por los medios previstos en la circunstancia genérica, u otros análogos», si bien creemos que pueden señalarse algunas matizaciones. En primer lugar, la publicidad mínima, entendida como forma típica de manifestación del delito no consiste en exteriorizar una actividad ante testigos, sino en exteriorizar una conducta que, por verificarse ante testigos, es delictiva: hacer patente o notorio constituye en estos supuestos el fundamento del reproche penal, en ocasiones porque sin esa publicidad, siquiera ínfima, los órganos encargados de aplicar el Derecho se hallarían ante una imposibilidad material o física de imponer el castigo y en otros supuestos porque además la publicidad tiene la virtud de transformar una

(5) *Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia Española, Decimonovena edición, Madrid 1970, pág. 1078.

(6) QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Comentarios al Código Penal*, "Revista de Derecho Privado", 2.^a ed. renovada por el autor y puesta al día en textos jurisprudenciales y bibliografía por E. GIMBERNAT ORDEIG, Madrid 1966, pág. 214.

conducta moral y jurídicamente inocua en una acción relevante para el Derecho penal. Si la blasfemia simplemente pensada no se tipifica como delito es, ante todo y en primer lugar, por una imposibilidad material, pues en un ordenamiento absolutamente confesional, hoy impensable, el motivo del reproche sería, bien es cierto, la ofensa a los sentimientos religiosos de las gentes, lo que en verdad se frustra cuando la blasfemia sólo es pensada, pero expresaría también el propósito del legislador de traducir como delito las conductas pecaminosas o moralmente condenables y, en este segundo aspecto, la publicidad no resultaría esencial de no ser por esa imposibilidad material antes aludida. En cambio, en el escándalo público la publicidad suele jugar como único motivo del reproche moral y jurídico en el sentido de que conductas lícitas y hasta habituales se convierten en delictivas por el único motivo de realizarse en presencia de un número mayor o menor de personas. Así pues, esa forma de exteriorización que, siguiendo la terminología de Quintano, hemos denominado publicidad mínima constituye en unos casos el elemento de cualificación jurídico-penal de conductas en sí mismas reprochables, mientras que en otros supuestos, además de satisfacer esa función, representa el motivo esencial de que la conducta sea reprochable, tanto en el plano moral como en el jurídico.

Ciertas conductas consisten en hacer patente alguna cosa, en cuyo caso hablamos de la publicidad como forma típica de exteriorización, pero a su vez todas las conductas pueden realizarse en público o con publicidad, es decir, pueden verse acompañadas eventualmente de la mencionada circunstancia. Tratándose de la publicidad como forma típica de exteriorización la labor del jurista no plantea excesivas dificultades, ya que es el propio legislador quien, implícita o explícitamente, configura en cada caso el alcance y características de la publicidad; así sucede con la provocación para delinquir, con el escarnio público de dogmas o ceremonias del culto, etc... Pero cuando la publicidad es una circunstancia (lo que no sólo sucede cuando es aplicable la agravante genérica, sino también cuando el legislador ha previsto figuras calificadas de una conducta delictiva) el problema se complica ya que su relevancia penal no deriva de la mera existencia de publicidad, cualquiera que sea la noción que de ella tengamos, sino de que la conducta a la que se refiere sea idónea, es decir, susceptible de recibir el añadido de la publicidad, no en el plano fáctico, sino en el jurídico. Se puede matar y robar en público pero, según opinión unánime dicha circunstancia es por completo irrelevante.

Señala la doctrina que la circunstancia de publicidad «agrava la responsabilidad criminal, en atención a haber recurrido el agente, para realizar el delito, a un medio que aumente el daño producido por aquel, que incremente la lesión del bien jurídico» (7).

(7) CORDOBA RODA, J., *Comentarios al Código Penal*, tomo I, Ariel, Barcelona 1972, p. 575. Vid. también PUIG PEÑA, F., *Derecho Penal*,

Se ofrece así un criterio para delimitar el alcance de la publicidad: ésta ha de aumentar la lesión del bien jurídico, precisamente del mismo bien jurídico atacado por la conducta delictiva, por lo que ni al homicidio ni al robo conviene esta circunstancia que no lesiona la vida ni los bienes. Cabe pensar por ello que, en líneas generales, la circunstancia de publicidad sólo adquiere relevancia jurídico-penal en relación con aquellas conductas cuya forma de exteriorización consiste en una cierta publicidad.

No obstante, el criterio del bien jurídico cuya lesión se incrementa por la publicidad no parece suficiente para delimitar esta circunstancia. De ser así pudiera discutirse la no aplicación de la agravante a delitos como la violación que, en lo que tienen de injuria, resultan más ofensivos cuando se realizan en público. A nuestro modo de ver, el Derecho punitivo ofrece una noción más bien instrumental de esta circunstancia, de manera que por publicidad no se entiende realización de cualquier conducta en presencia de un grupo mayor o menor de personas, sino el empleo de determinados medios o procedimientos en la comisión del delito. Los efectos de la publicidad, entendida como circunstancia, deben aumentar la lesión del bien jurídico, pero además la publicidad en sí misma suele constituir el modo de exteriorización de la conducta, razón por la cual se vincula a aquellos delitos cuyas figuras básicas incorporan una mínima publicidad.

Esta progresiva delimitación del alcance penal de la publicidad responde en el fondo a las características de su propia evolución histórica. La tensión entre la noción constitutiva e instrumental, que representa a nuestro juicio el núcleo central de la polémica moderna, tiene mucho que ver con la generalización de la imprenta y, más adelante, de los otros grandes medios de comunicación de masas. En ocasiones, el legislador no tiene más remedio que adoptar el concepto que hemos llamado constitutivo, como sucede casi siempre en aquellos delitos en los que «hacer patente o notorio» constituye la forma típica de exteriorización. Pero, al mismo tiempo, con el propósito de castigar las «infracciones inmateriales» con mayor severidad cuando se valen de la imprenta, incorpora una segunda noción de publicidad que calificamos de instrumental. Lo que sucede es que al operar esta circunstancia sobre conductas que suponen en sí mismas un cierto grado de publicidad, el problema se complica ya que finalmente en algún caso no se sabe si la utilización del medio sin lograr una publicidad de hecho resulta punible y, a la inversa, si conseguida la publicidad por procedimientos no previstos puede sumirse en el supuesto de la norma penal.

En cualquier caso, y tal vez por la influencia de esa noción instrumental de publicidad, sin duda vigorosa en nuestra ley, el alcance material de la circunstancia se halla bastante limitado. No

basta con que el conocimiento público provoque un determinado daño o perjuicio, ni siquiera, creemos nosotros, con que incremente la lesión del bien jurídico atacado. Es necesario además que la naturaleza del medio utilizado para lograr la publicidad sea idóneo como forma de exteriorización del delito. Gráficamente, la publicidad conviene de modo principal cuando la palabra o el gesto constituyen la forma de delinquir.

II. ANTECEDENTES HISTORICOS

Como es sabido, la circunstancia de publicidad figuraba ya en nuestra primera codificación penal, si bien lógicamente en el sentido de la agravante todavía no se resaltaba la utilización de la imprenta, como sucederá más tarde cuando la generalización de la prensa provoque un empequeñecimiento social y jurídico de las demás formas de publicidad. Decía en su artículo 106, 7.º el Código de 1822 que «se tendría como circunstancia agravante... la mayor publicidad o autoridad del sitio del delito: la mayor solemnidad del acto en que se cometa». Posteriormente, ni el Código de 1848 ni la reforma de 1850 recogieron esta circunstancia; sí lo hizo, en cambio, el texto de 1870, aunque entonces, transcurrido medio siglo desde la promulgación del viejo Código liberal, la publicidad aparecerá configurada ya en términos modernos, con una redacción análoga a la del actual artículo 10, 4.º (8). Sin embargo, y este es el punto de partida en la polémica sobre el carácter mixto de la circunstancia de publicidad, facultando a los Tribunales para su apreciación como agravante o atenuante «según la naturaleza y los efectos del delito».

Aunque, como veremos, la facultad concedida a los Tribunales no dio lugar a una doctrina legal suficientemente clara que ofreciese un criterio seguro en orden a la determinación de los supuestos atenuatorios de esta circunstancia, lo cierto es que su caracterización como mixta obtuvo éxito en nuestra legislación decimonónica, siendo recogida en todos los Códigos posteriores. Así, el Código penal de la Marina de Guerra de 1888 mantiene la opción en su artículo 16, mientras que el texto de 1928 incluye la publicidad entre las circunstancias mixtas, bajo la rúbrica «por las circunstancias de la infracción»; con este mismo carácter, y junto a la de parentesco, reaparece en el Código de la II República. Finalmente, y recogiendo los criterios de nuestra primera codificación, la refundición de 1944 confirmará el carácter exclusivamente agravatorio de la publicidad, al menos en el fuero común. En esta decisión innovadora de nuestro legislador parece que tuvo importancia

(8) Según la circunstancia quinta del artículo 10 del Código penal de 1870 constituía motivo de agravación o atenuación de la responsabilidad criminal el "Realizar el delito por medio de la imprenta, litografía, fotografía u otro medio análogo que facilite la publicidad".

decisiva el criterio mantenido por la Fiscalía del Tribunal Supremo, que en su Memoria de 1944 aconsejaba circunscribir la relevancia penal de la publicidad a la de una simple circunstancia de agravación, rompiendo así con la tradición iniciada en 1870; los argumentos de la Fiscalía no parece, sin embargo, que lograsen extender su influencia también al fuero castrense, pues el Código de Justicia Militar de 1945, más atento quizá a la tradición y al criterio del Código penal de la Marina de Guerra, mantiene en su artículo 188 la publicidad como circunstancia mixta, que atenúa o agrava la responsabilidad «según los casos».

La facultad atribuida a los Tribunales por el Código de 1870, generalmente criticada por la doctrina moderna posterior a la citada Memoria de la Fiscalía (9), mereció en cambio el elogio de los comentaristas de la época, que aun aceptando que la prensa y los demás medios de difusión y publicidad constituían habitualmente un medio idóneo para aumentar el mal, consideraban necesaria también la existencia alternativa de la atenuante, que habría de jugar en aquellos supuestos en que el medio no resultase eficaz para producir el aumento de daño causado, existiera una falta de intención o un actuar irreflexivo o negligente (10).

Sin embargo, y tal vez porque era consciente de la misma excepcionalidad de la hipótesis atenuatoria, la doctrina de la época pasa con rapidez sobre estas cuestiones, sin delimitar con un mínimo de precisión las circunstancias o requisitos que legitimaban la apreciación de esta circunstancia como atenuante; ni siquiera pueden hallarse descripciones casuísticas y en muy pocas ocasiones se alude a supuestos concretos en que pudiera basarse la facultad concedida a los jueces. Así, por ejemplo, Groizard, en sus Comentarios al Código penal de 1870, señala, apoyándose en una muy discutible interpretación de la doctrina jurisprudencial (11), que «cuando la naturaleza y efectos del delito en vez de acreditar que de propósito se buscara y utilizara la publicidad mediante el periódico para agrandar los efectos de las ofensas, demuestran que el origen y causas del exceso fue la viveza de un debate político» (12). Apuntando hacia una base de justificación diferente, otros autores pre-

(9) Las únicas excepciones que hemos podido registrar son las de RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español*, Parte General, 7.^a ed., Madrid 1979, p. 687, y SÁNCHEZ-TEJERINA, I., *Código Penal Anotado*, Reus, Madrid 1948, p. 44.

(10) En este sentido vid. GROIZARD y GÓMEZ DE LA SERNA, A., *El Código Penal de 1870 concordado y comentado*, tomo I, Burgos 1870, páginas 393 y ss.; LANGLE RUBIO, E., *Código Penal de 17 de junio de 1870*, Reus, Madrid 1915, p. 83; P. JERÓNIMO MONTES, *Derecho Penal Español*, Parte General, vol. I, Madrid 1917, pp. 442-443; ARAMBURU, citado por JARAMILLO GARCÍA, A., *Novísimo Código Penal comentado y cotejado con el de 1870*, vol. I, libro I, Salamanca 1928, p. 173, y NÚÑEZ DE CEPEDA, H., *1870-Código Penal-1932*, Comentarios, Jurisprudencia y Tablas de Penas, La Coruña 1932, p. 60.

(11) Sentencias de 6 de octubre de 1885 y 22 de febrero de 1894.

(12) GROIZARD y GÓMEZ DE LA SERNA, *ob. cit.*, pp. 450-453.

fieren aludir a supuestos concretos que a su juicio constituyen fundamento suficiente para mantener el carácter mixto de la circunstancia de publicidad. En este sentido se dirá que «la publicidad... revela menor perversidad cuando sirve para impedir o entorpecer el desarrollo de la acción criminal o sus consecuencias más bien que para facilitarlas. Entre la amenaza proferida por medio de la imprenta, que da al amenazado ocasión de aprestarse a la defensa y al poder social medios de poder evitar la ejecución de mal con que se conmina, y la amenaza que se profiere sigilosamente ante el ofendido, sin que nadie lo sepa y acaso en paraje inseguro y solitario, hay una diferencia inmensa capaz de justificar las más opuestas aplicaciones de la circunstancia mixta de publicidad» (13). Parece, en consecuencia, que la doctrina de la época trata de buscar y explicar, aunque con una cierta imprecisión, los supuestos y causas que legitiman la atenuante de publicidad, sin que al parecer llegasen a una delimitación unánime de los mismos, pues, como hemos visto en los ejemplos señalados, si para unos la atenuación se basaba en una falta de intencionalidad que aparecía justificada por la viveza del debate político, para otros se legitimaba en la ausencia total de alevosía que suponía la utilización de la prensa, en el sentido de que la publicidad de la ofensa o de la amenaza ofrecía oportunidades de defensa, tanto al individuo como a la sociedad.

La ambigua caracterización de la publicidad como atenuante que nos dejaron los comentaristas de la época, lamentablemente no fue precisada por la jurisprudencia, que a lo largo de más de setenta años se mostró incapaz de ofrecer un criterio seguro, no ya para definir la naturaleza de la atenuante de publicidad, sino incluso para reunir un catálogo más o menos casuístico de supuestos en los que procediese hacer uso de la facultad atenuatoria concedida por la Ley. Y, sin embargo, a pesar de esta ausencia de una verdadera doctrina legal, ya hemos visto cómo Groizard, y tras él numerosos comentaristas, trataron de buscar apoyo en la jurisprudencia, y concretamente en la sentencia de 6 de octubre de 1885, para explicar la naturaleza mixta de la circunstancia. Lo cierto es que, como señalaba acertadamente la Memoria de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 1944 (14), no ha existido nunca una apoyatura jurisprudencial firme, pues, entre otras cosas, el sentido de la sentencia citada, y literalmente recogida por Groizard, no era precisamente el de apreciar el carácter atenuatorio de la circunstancia, sino, por el contrario, señalar aquellos casos en que la publicidad carece de

(13) ALCUBILLA, *Código Penal de 8 de septiembre de 1928 ajustado a las rectificaciones por Real Decreto de 30 de octubre y Real Decreto-Ley de 10 de noviembre de 1928, con notas y concordancias*, Madrid, febrero de 1928, p. 24, cita 89 dup.

(14) *Memoria elevada al Gobierno Nacional en la solemne apertura de los Tribunales el día 15 de septiembre de 1944 por el Teniente Fiscal del Tribunal Supremo D. Ramón García del Valle y Salas*, Reus, Madrid 1944, pp. 21 y ss.

relevancia como agravante. En efecto, tras estimar el recurso de casación interpuesto contra el fallo de la Audiencia de lo Criminal de Badajoz en causa seguida por el delito de injurias con la agravante de realización por medio de la imprenta, la sentencia del Tribunal Supremo venía a establecer la doctrina de que «el hecho de realizar un delito por medio de la imprenta... es en general agravante cuando se aprovecha para aumentar el daño o la trascendencia del acto culpable, de menor gravedad legal a falta de ese accidente, y que en el caso actual no debe estimarse con este carácter, porque la naturaleza y la ocasión del delito, en vez de acreditar que de propósito se buscara y utilizara la publicidad mediante el periódico, para agrandar los efectos de la ofensa, demuestran el origen y causa del exceso evidente y criminal de la consignación de las frases injuriosas en la viveza del debate político mantenido en la prensa, en el que quiso tomar parte el escritor, que fue sin duda principal objeto del artículo denunciado». A la vista de estas consideraciones, resulta patente la errónea interpretación formulada por Groizard, pues en ningún caso se hace referencia a la posibilidad de conceder carácter atenuante a la circunstancia de publicidad ni, en consecuencia, a las reglas que deben observarse en tal supuesto. El T. S. se limitaba pues a fijar las condiciones de hecho requeridas para la apreciación de la agravante, para, una vez constatada su no concurrencia, aplicar la pena prevista pura y simplemente, sin tomar en consideración ninguna circunstancia modificativa de la responsabilidad.

Al parecer, en este tema han sido habituales los equívocos en la interpretación jurisprudencial, porque si el sentido de la sentencia de 1885 era muy distinto al que atribuía Groizard, otro fallo, citado como apoyo jurisprudencial de la atenuante de publicidad, resulta, según creemos, inexistente. Dicha sentencia fue supuestamente dictada el 27 de septiembre de 1888 y, según la citada Memoria de la Fiscalía de 1944, constituiría la única excepción a la general aplicación de la publicidad como agravante, apareciendo citada por primera vez en las «Leyes Penales» tituladas CYLE y posteriormente en las de Medina y Marañón de 1941, así como en el «Derecho penal» de F. Puig Peña de 1955 y sucesivas ediciones, pero no así en los autores de la época que omitieron todo comentario sobre la misma (15). Existe, efectivamente, un fallo de 27 de diciembre (no de septiembre) de 1888, pero que precisamente viene a sentar una

(15) La Fiscalía del Tribunal Supremo, en la Memoria citada, página 23, ya señaló en su día que este fallo no se había pronunciado nunca y, ciertamente, nuestra búsqueda también resultó infructuosa. Pensando en que tal vez existiese una simple confusión de fechas, hemos visto la jurisprudencia del T. S. sobre ésta o colindantes materias en un prudente período, sin haber obtenido tampoco un resultado satisfactorio. Las Sentencias de 22 de septiembre y 4 de octubre de 1888, por ejemplo, se limitan a declarar la inexistencia de un delito de injurias, si bien en la primera se hace alusión a una crítica política apasionada, lo que tal vez pudo, aunque nos parece difícil, originar el error.

doctrina contraria a la que supuestamente establecía la sentencia dictada el 27 de septiembre de 1888 al declarar que «nunca puede estimarse como atenuante en un delito de injurias el inferirlas por medio de la imprenta, puesto que la publicidad implica siempre mayor y más grave trascendencia en daño de la persona ofendida» (16).

Según creemos, sólo existe un fallo del Tribunal Supremo en el que se hayan reconocido efectos atenuantes a la utilización de la imprenta en el delito de injurias, abandonando así la práctica reiterada de apreciar la publicidad como circunstancia agravante. Se trata de una sentencia de 11 de enero de 1936, que no aparece comentada en la Memoria de la Fiscalía (17), y de la que únicamente tenemos dos referencias; la primera de ellas, con un comentario parcial que transforma el sentido y alcance del fallo, destaca únicamente la regla general que posteriormente la misma sentencia vulnera, sin aludir a los requisitos exigidos por el Tribunal para apreciar excepcionalmente la circunstancia en su sentido atenuante (18); la segunda referencia puede hallarse en los Comentarios al Código Penal del profesor Córdoba (19), con un certero estudio acerca de la circunstancia de publicidad y la exigencia de intencionalidad.

En definitiva, la sentencia comentada cerraba un proceso sobre injurias incoado por un artículo aparecido en el periódico de Bilbao «El Liberal», en el que al parecer se vertían conceptos injuriosos contra Hitler, habiendo apreciado en su fallo la Audiencia Provincial la existencia de una circunstancia atenuante de publicidad; disconforme con esta opinión, el Ministerio Fiscal interpuso el correspondiente recurso ante el Tribunal Supremo. La importancia de la doctrina sentada por nuestro más alto Tribunal, así como su propia excepcionalidad en el panorama jurisprudencial, merece que reproduzcamos alguna de sus consideraciones.

Se reitera en el primer considerando la doctrina, seguida por la jurisprudencia, de que es regla general la apreciación de la circunstancia de publicidad como agravante; y así dice «Que en los delitos de injurias y calumnias es principio general que la ley penal acepta... que la circunstancia de cometerse con publicidad las

(16) El sentido de este fallo aparece fielmente comentado en HIDALGO GARCÍA, J. A., *El Código Penal*, conforme a la doctrina establecida por el Tribunal Supremo. tomo I, Madrid 1908, p. 193; LANGLE RUBIO, E., *ob. cit.*, p. 83; P. MONTES, J., *ob. cit.*, p. 443; LÓPEZ-REY Y ARROJO, M., y ALVAREZ-VALDÉS, F., *El nuevo Código Penal, Notas, Jurisprudencia, Tablas y Referencias*, "Revista de Derecho Privado", Madrid 1933, p. 73 y *Memoria de la Fiscalía del Tribunal Supremo*, *ob. cit.*, pp. 23 y 24.

(17) Esta omisión resulta explicable ya que en dicha Memoria se advierte de manera expresa que el análisis de la jurisprudencia objeto de estudio no se extiende más allá del año 1934, sin que, por otra parte, se señalen ni nosotros comprendamos los motivos de esta autolimitación.

(18) RODRÍGUEZ NAVARRO, M., *Doctrina Penal del Tribunal Supremo*, tomo I, 2.^a ed., Madrid 1959, p. 1250 y ARANZADI, "Legislación Penal", ed. ARANZADI, Pamplona 1961, p. 587.

(19) CÓRDOBA RODA, J., *ob. cit.*, p. 576.

califica sentenciándolas en forma más grave que aquellas en que no intervenga tal modalidad; y si esto ocurre cuando el ofendido es un particular, no se concibe, en términos generales, cuando la ofensa va dirigida a persona constituida en autoridad, motivo para modificar en sentido atenuatorio, el mencionado principio, sin que a esta apreciación obste el lugar en que este supuesto figura colocado el tipo punitivo en el Código penal».

Sin embargo, en el Segundo Considerando la sentencia justifica la excepcionalidad del supuesto contemplado y la necesidad de apreciar la circunstancia de publicidad en su sentido atenuante, ya que «tal regla general, cuando la persona ofendida fuere una autoridad y la figura penal resultante se halla, por tanto, comprendida entre los delitos contra el orden público, en los que la publicidad no obra como circunstancia específica, puede no ser de aplicación en determinados casos en los que, atendiendo a la naturaleza, los motivos y los efectos del delito, elementos a que alude el artículo 11 del Código sustantivo, aconseje un criterio sereno y ponderado decidir en sentido atenuatorio la disyuntiva que dicho precepto establece, y esto sentado, se ofrece el caso actual en el que no aparece afirmado en los hechos declarados probados, ni puede de los mismos deducirse, que se haya buscado el medio de la prensa periódica para agravar los efectos del delito y es, por otra parte, evidente que éste, aunque de indudable existencia por concurrir el «animus injuriandi» y el elemento objetivo, surgió en el calor y apasionamiento de una crítica de orden político y los efectos de la publicidad en país distinto de aquel a que el ofendido pertenece, no son, en el concepto en que se estudia en el presente caso, apreciables para una agravación de la responsabilidad, razones que obligan a desestimar el recurso interpuesto por el señor fiscal, ya que la sentencia impugnada no incurrió en el error de derecho que el mismo le atribuye» (20).

Así pues, la caracterización de la publicidad como circunstancia mixta, recogida en nuestro Derecho penal común desde 1870 hasta 1944, parece que contó con un cierto apoyo en la jurisprudencia, aunque aislado y excepcional. Aislado porque, según creemos, la sentencia de 1936 es la única que a lo largo de setenta años utilizó la facultad concedida por el legislador en sentido atenuatorio; excepcional, por la naturaleza misma del supuesto de hecho: delito de injurias, vertidas en el contexto de una crítica política en el año 1935, contra un personaje extranjero como era el fundador del nacionalsocialismo, etc. Todo ello hace pensar, a nuestro juicio, que la sentencia comentada es poco significativa y, por tanto, insuficiente para desvirtuar la opinión antes señalada de que la publicidad como circunstancia mixta careció de apoyo jurisprudencial durante los años en que estuvo recogida por nuestros Códigos (21).

(20) ARANZADI, *Repertorio de Jurisprudencia*, tomo V, 1936, p. 18.

(21) Por el contrario, existen reiteradas declaraciones del Tribunal

Esta práctica jurisprudencial parece muy razonable ya que, en definitiva, y sin perjuicio de que los motivos señalados por los comentaristas desde 1870 o las razones aducidas por la sentencia de 1936 puedan estimarse como causa suficiente de atenuación de la responsabilidad criminal, lo cierto es que la circunstancia de publicidad no es la más idónea para otorgar relevancia jurídica a estos hechos o situaciones, que quizá estuviesen mejor encuadrados en el ámbito de otras circunstancias modificativas como pudiera ser la actualmente denominada de «arrebato u obcecación», la de «obrar por motivos morales, altruistas o patrióticos» u otras similares previstas en nuestra legislación histórica y cuya concurrencia en debates de naturaleza política no es difícil de imaginar.

Supremo sobre su carácter agravatorio. En este sentido, las Sentencias de 4 de enero de 1881; 6 de octubre de 1885; 16 de febrero de 1888; 13 de abril de 1888; 27 de diciembre de 1888; 23 de febrero de 1894; 31 de octubre de 1894; 23 de noviembre de 1894; 22 de mayo de 1895; 10 y 16 de noviembre de 1897; 21 de diciembre de 1903; 30 de marzo de 1904; 7 de diciembre de 1907; 29 de abril de 1908; 23 de octubre de 1920, y 7 de mayo de 1934, entre otras muchas.

Las formas periféricas de usura en el proyecto de Código penal

GERARDO LANDROVE DÍAZ

Catedrático de Derecho penal en la Universidad de Murcia

I.—DETERMINACIONES PREVIAS

En el *Proyecto de Ley Orgánica de Código penal* de 1980, y entre los «Delitos contra el patrimonio» (Título V del Libro II), se ubica el Capítulo VIII, etiquetado «De la usura y casas de préstamos sobre prendas». De los tipos allí contenidos (arts. 271 a 275) me interesan ahora especialmente los relativos a las casas de préstamos sobre prendas, es decir, aquéllos que la doctrina española califica de modalidades periféricas de usura: artículos 274 y 275.

El Capítulo —en su conjunto— es reproducción casi literal de la tipología hoy vigente (1). Con relación a los tres primeros delitos que describe y sanciona, se mantiene el criterio de criminalizar, exclusivamente, formas cualificadas de usura, que se consideran más intolerables: la dedicación a préstamos usurarios, en el artículo 271, que permite —incluso—, si la habitualidad se convierte en profesionalidad, la aplicación, además de la pena, de determinadas medidas de seguridad; la usura encubierta, en el artículo 272; y la realizada con abuso de la impericia o pasiones de un menor, en el artículo 273 (2). El contrato usurario que no revista alguna de estas características es, simplemente, un *ilícito civil*, a perseguir en este ámbito a tenor de las precisiones de la Ley Azcárate de 23 de julio de 1908. Con este tradicional sistema de punición de la usura —de origen francés— se respeta, evidentemente, la exigencia político-criminal moderna que alude al carácter fragmentario del Derecho penal. Ninguna objeción de carácter sustancial cabe hacer a este criterio de criminalización, vigente en España desde la promulgación del Código penal de 1932.

(1) En la materia, vid. G. LANDROVE DÍAZ, *El delito de usura*, Casa Editorial Bosch, Barcelona, 1968.

(2) El art. 273 del Proyecto salva en su texto la errata que en la reforma de 1963 se había deslizado en el paralelo art. 544 del Código vigente. Al respecto, vid. G. LANDROVE DÍAZ, *Sobre una inadvertida modificación del artículo 544 del Código penal*, en ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES, 1967, págs. 387 y ss.

Quizá pueda suscitar encontradas opiniones la afirmación que se contiene en la *Memoria explicativa* que acompaña al Proyecto de Código: la usura es regulada en el Capítulo VIII del Título V (*Delitos contra el patrimonio*), «pero se podría trasladar al Título VIII» (*Delitos contra el orden socio-económico*). No es mi intención, sin embargo, abordar una cuestión que indefectiblemente supone el planteamiento de uno de los grandes temas de la Parte Especial del Proyecto. Quizá fuere conveniente que antes se alcanzasen pacíficos criterios estructurales y de contenido que hoy son objeto de encendida polémica (3).

Ello sentado, centraré mi atención en una problemática, quizá de menor relevancia, pero que no debiera ser minimizada en un momento de especial trascendencia para el Derecho penal español, habida cuenta de que, por primera vez en muchos años, se intenta la promulgación de un código realmente nuevo.

«Será castigado —precisa el artículo 274 del Proyecto— con multa de tres a doce meses, «el que, hallándose dedicado a la industria de préstamos sobre prendas, sueldos o salarios, no llevare libros o no asentare en ellos, sin claros ni entrerrenglonados, las cantidades prestadas, los plazos o intereses, los nombres y domicilios de los que las reciban, la naturaleza; calidad y valor de los objetos dados en prenda y las demás circunstancias que exijan los Reglamentos».

A tenor del artículo 275, «el prestamista que no diere resguardo de la prenda o seguridad recibida será castigado con la multa de tres a seis meses».

En definitiva, los dos preceptos son reproducción literal de los tipos que hoy encuentran acogida en los artículos 545 y 546 del Texto punitivo, procedentes ambos del viejo Código de 1848. La única —y lógica— diferencia viene determinada por la nueva fisonomía que se otorga en el Proyecto a la pena de multa. Así, y en el primer supuesto, se sustituye la multa de 20.000 a 400.000 pesetas por la «de tres a doce meses»; en el segundo, la multa del duplo al quintuplo del valor de la prenda o seguridad recibida, sin que pueda bajar de 20.000 pesetas, por la «multa de tres a seis meses».

II.—UN PROBLEMA DE FIJACION DE TEXTO

Prescindiendo —por ahora— de toda alusión al discutible rango delictivo de ambas infracciones, quizá resulte conveniente replantear un problema de fijación de texto del que ya me he ocupado hace una docena de años (4). La oportunidad del tema viene suscitada por la

(3) Sobre las características del Título VIII, Libro II, del Proyecto de Código penal de 1980, vid. la lúcida exposición acometida por M. BAJO FERNÁNDEZ en su trabajo *El Proyecto de Código penal y el artículo 38 de la Constitución*, en «La reforma penal y penitenciaria», Universidad de Santiago de Compostela, 1980, fundamentalmente págs. 441 y ss.

(4) Vid. G. LANDROVE DÍAZ, *Delitos relativos a las casas de presta-*

reproducción literal que el artículo 274 del Proyecto hace del artículo 545 hoy vigente. Concretamente, de los términos utilizados en referencia a la obligación del prestamista de asentar en los libros, y entre otras precisiones, «los plazos o intereses».

Tal redacción aparece —como ya se indicó— en el Código de 1848 y, precisamente, el más cualificado comentarista de aquel cuerpo legal fue el primero en plantear la cuestión. En efecto, al reproducir Pacheco (5) los términos de referencia lo hace con la siguiente fisonomía: «los plazos o (e) intereses».

Más explícito se muestra Groizard (6). En su opinión, se trata de un error de imprenta, no corregido en el Código de 1870, que insiste en los términos «plazos o intereses». Por ello —concluye— el prestamista que escudándose en el texto erróneo no anotase en sus libros cuando prestare a plazos y con interés una y otra circunstancia, sino sólo una de las dos, «no debería ser declarado irresponsable».

Resulta sintomático que en el *Diccionario de la Administración española* (7), y al reproducirse el texto del artículo del Código penal de 1870, que hoy se contiene en el 545, se recoge como texto oficial la expresión «plazos o intereses», manifestándose en nota el criterio de que *habrá querido decirse* «e intereses».

La cuestión reviste su importancia, habida cuenta que se plantea la fijación del texto legal verdadero: el que exige la consignación de plazos e intereses o el que impone, simplemente, la de alguno de estos extremos.

Ya en el siglo xx, parte de la doctrina española defiende —más o menos explícitamente— la tesis de la errata de imprenta. Otro sector, que ni siquiera llega a plantear la cuestión antes apuntada, parece aceptar como bueno el texto pretendidamente adulterado.

Para Cuello Calón el texto del artículo 545 contiene un error que del Código de 1848 pasó al de 1870, a los de 1932 y 1944 y al vigente. Por ello —afirma— debe entenderse «plazos e intereses» e incurrirá en este delito el prestamista que amparándose en el texto inadvertidamente modificado no anotase en sus libros una y otra circunstancia, sino una sola de las dos, cuando prestare a plazos y con interés (8). Esta solución es la que implícitamente acepta Puig Peña al integrar, sin aclaración alguna, en el texto del artículo 545 la expresión «plazos e intereses» (9).

mos sobre prendas, en "Revista de Estudios Penitenciarios", 1969, fundamentalmente págs. 355 y ss.

(5) Cfr. J. F. PACHECO, *El Código penal concordado y comentado*, segunda edición, Madrid, III, 1856, pág. 389.

(6) Cfr. A. GROIZARD, *El Código penal de 1870 concordado y comentado*, VII, Salamanca, 1897, págs. 404 y s.

(7) Sexta edición, III, Madrid, 1915, pág. 773.

(8) Cfr. E. CUELLO CALÓN, *Derecho penal*, tomo II, Parte especial, volumen segundo, revisado y puesto al día por C. CAMARGO, Casa Editorial Bosch, Barcelona, decimocuarta edición, reimpresión de 1980, páginas 979 y s., en nota.

(9) Cfr. F. PUIG PEÑA, *Derecho penal*, Parte especial, IV, sexta edición, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969, pág. 393.

Por el contrario, y sin hacer referencia alguna a la exactitud y corrección de la norma, reproduce Rodríguez Devesa los términos «plazos o intereses». Solución por la que opta también Muñoz Conde (10).

Una inexorable fatalidad parece ensañarse con el texto del artículo 545, habida cuenta que en el *Tratado de la Parte especial del Derecho penal* de Quintano Ripollés una inoportuna errata de imprenta nos priva, precisamente, de la expresión aludida (11). Sin embargo, en otras obras del mismo autor se acepta también la tesis de aludir alternativamente a plazos o intereses (12).

De todo lo tan esquemáticamente expuesto, cabe deducir la falta de un criterio uniforme en la doctrina española acerca del texto real del artículo 545. Lo que, obviamente, supone un insalvable freno para la más pedestre de las interpretaciones gramaticales. Con toda lógica, el confusionismo se ve acrecentado por la sorprendente circulación de diferentes ediciones del Código penal en las que tienen cabida una y otra redacción (13).

La afirmación de que nos encontramos ante una errata deslizada en el texto del precepto puede defenderse con base en las siguientes argumentaciones:

1) En el artículo 8 del *Reglamento de las Casas de préstamos y establecimientos similares*, de 12 de junio de 1909, se especifican las anotaciones que el prestamista debe realizar en el libro-registro: «en dicho libro se anotarán, según se vayan efectuando, todas las operaciones, señalándolas con número correlativo, expresando las fechas en que tienen lugar y detallando en cada asiento el nombre y apellidos del empeñante, domicilio, datos de la cédula personal, en su caso, importe prestado, *plazo, tanto por ciento de interés*, descripción de los objetos dados en prenda e importe en que los tasa el establecimiento».

Se trata, evidentemente, de una reproducción de los requisitos a que se refiere el artículo 545 del Código penal, con la única diferencia de que el texto reglamentario salvó en 1909 la errata que el Código español sufre desde 1848.

2) Por otro lado, y teniendo en cuenta que entre las razones que en su día determinaron la redacción del precepto se encontraba la de prevenir la realización de préstamos usurarios, parece lógico que en el mismo se exija la constancia de ambos datos (plazos e intereses),

(10) Vid. J. M.^a RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español*, Parte especial, octava edición, Madrid 1980, pág. 570; F. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal*, Parte especial, tercera edición, Sevilla, 1979, pág. 293.

(11) Cfr. A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la Parte especial del Derecho penal*, III, segunda edición puesta al día por C. GARCÍA VALDÉS, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1978, pág. 337.

(12) Cfr. QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios al Código penal*, segunda edición por E. GIMBERNAT ORDEIG, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1966, pág. 1030.

(13) Por ejemplo: los términos «plazos o intereses» encuentran acogida en la decimosexta edición del *Código penal* del «BOE» (diciembre de 1980); por el contrario, en el *Código penal y legislación de Peligrosidad social* de Civitas, S. A., cuarta edición de 1979, se alude a «plazos e intereses».

cuya conjugación revelará el contenido usurario o no del contrato en cuestión.

En efecto, nació el artículo de referencia a la vida jurídica nacional con la finalidad de sancionar indirectamente la usura. Por ello, ya los comentaristas del siglo pasado pusieron de relieve que el artículo hoy 545 constituía, en realidad, el *reglamento* de las casas de préstamos sobre prendas. De ahí, precisamente, que figurase en los antiguos códigos —aun antes de la criminalización de la usura— a título precautorio y de seguridad en operaciones susceptibles de disfrazar no sólo pactos usurarios, sino también estafas y apropiaciones indebidas. En este sentido es perfectamente clara la *Circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo*, de 4 de junio de 1934, al afirmar que las omisiones antes apuntadas se declaran punibles por la ley para evitar que los préstamos sobre prendas, sueldos o salarios se desnaturalicen convirtiéndose en inicuas expoliaciones.

3) Finalmente, no son de difícil localización en el ámbito del Derecho comparado preceptos que siendo prácticamente reproducción literal del artículo 545 del Código español imponen al prestamista la obligación de asentar en los libros «los plazos e intereses». En este sentido se pronuncian, por ejemplo, los Códigos penales de Chile (artículo 281), Nicaragua (art. 305) y Ecuador (art. 586).

Justo es reconocer, sin embargo, que en la realidad fáctica la conducta del prestamista a sancionar a tenor de las precisiones del artículo 545 será, en la mayoría de los casos, omisiva de la llevanza de libros o de no asentamiento en absoluto de los extremos legalmente exigidos, que no de consignación de plazos con silencio del interés o viceversa. Pero, si efectivamente se trata de una errata, y en el supuesto de que sólidas razones político-criminales abonasen la permanencia en nuestro Código del precepto en cuestión, parece evidente que es ahora el momento más oportuno —por imperativos de técnica legislativa— para subsanar esta posible errata de imprenta deslizada hace más de cien años en el texto punitivo, y sorprendentemente reproducida en el Proyecto de 1980, a pesar de su denuncia por algún sector de la doctrina española.

III.—PLANTEAMIENTO POLITICO-CRIMINAL

Planteado, al menos, el problema de la fijación del texto del artículo 545 del Código penal y expuesta la sospecha de que en el mismo sobrevive una inoportuna errata que amenaza con alcanzar al futuro texto punitivo español, si prospera la actual redacción del artículo 274 del Proyecto de 1980 que, como ya se indicó, utiliza la expresión objeto de controversia «los plazos o intereses», cabe suscitarse una cuestión de más largo alcance y que afecta a los delitos relativos a las casas de préstamos sobre prendas (artículos 274 y 275 del Proyecto) en su conjunto.

¿Puede afirmarse que, en la hora actual, ambos tipos (arts. 545 y 546 del Código y los paralelos 274 y 275 del Proyecto) tienen entidad suficiente para ser considerados delictivos? ¿Son infracciones lo suficientemente intolerables para ser descritas y sancionadas en un Código penal moderno? ¿Se satisfacen las actuales exigencias político-criminales por la vía de la criminalización?

Obviamente, la solución afirmativa refleja el criterio al respecto de los redactores del Proyecto de Código penal español de 1980. El paralelismo de la redacción que se propone con la hoy vigente está fuera de toda duda. Ello sentado, debe examinarse tal solución a la luz de los postulados de la moderna política criminal, de claro signo despenalizador (14), en la que el Proyecto se ha inspirado, según se pretende en su Exposición de Motivos (15). En efecto, se afirma allí que «en un Estado social y democrático de derecho como es hoy el español, el Derecho penal debe aparecer como la última ratio, debe encontrarse siempre en último lugar y entrar en juego tan sólo cuando resulta indispensable para el mantenimiento del orden jurídico y de la paz ciudadana... el Derecho penal debe intervenir únicamente cuando resulten insuficientes otros remedios menos gravosos. Se habla así del principio de intervención mínima... El presente Código ha corregido la hipertrofia tanto cuantitativa como cualitativa del sistema penal que había provocado el régimen anterior, despenalizando todos los hechos que no son dignos de sanción penal y reduciendo a sus justos términos la gravedad de las penas». Se afirma, también, que el Libro III «se sometió a un intenso proceso de despenalización, relegando al ámbito de las infracciones administrativas gran parte de faltas de contenido puramente contravencional y que carecían de un correlativo delito». Finalmente, se apunta a la concepción del delito —desde el punto de vista sustancial— como lesión o efectivo peligro de bienes jurídicos, lo que lleva consigo la eliminación de ciertos «delitos formales y de mera desobediencia» que se habían infiltrado en el ordenamiento penal que se deroga; tales comportamientos «se relegan al ámbito de las infracciones administrativas».

Evidentemente, nada puede objetarse a tan lúcido planteamiento del principio de intervención mínima, en cuanto criterio limitador del poder punitivo del Estado, que se deriva de la propia naturaleza del Derecho penal. El problema radica en su puesta en contacto con las infracciones aludidas. Trataré de alcanzar una razonable y razonada solución.

Para una más acabada comprensión de los tipos contenidos en los artículos 545 y 546 es de especial utilidad la alusión a las circunstancias económicas y sociales que determinaron su incorporación a la Ley

(14) Vid. al respecto *Rapport sur la décriminalisation*, Comité européen pour les problèmes criminels, Conseil de L'Europe, Strasbourg, 1980.

(15) En sentido crítico, y con relación al supuesto concreto de la voluntaria interrupción del embarazo, vid. G. LANDROVE DÍAZ, *Un Proyecto regresivo en tema de aborto*, en "La reforma penal y penitenciaria", cit., págs. 301 y ss.

penal. Ambos tipos —desconocidos en el Código de 1822— aparecen con el Código de 1848, en el que se contenían tres artículos de los que dos son reproducción casi literal de los hoy vigentes. El delito llamado a desaparecer en la reforma de 1870 suponía la sanción del que «sin licencia de la autoridad se dedicare habitualmente a prestar sobre prendas u otras seguridades».

En la etiología de los preceptos late la necesidad de imponer en los establecimientos de préstamos sobre prendas condiciones especiales que vedasen las expoliaciones cometidas en perjuicio, fundamentalmente, de las clases sociales menos favorecidas económicamente. Lo que el legislador pretendió fue imponer determinadas formalidades a los dedicados al tráfico de préstamos sobre prendas, a título precautorio y de seguridad para evitar estafas, usuras y apropiaciones indebidas.

Al margen de la atipicidad de la usura en este momento histórico del Derecho penal español, cabe destacar que tampoco existía reglamentación alguna sobre las casas de préstamos sobre prendas y las formalidades exigibles en las mismas. Por ello, se ofrecía al legislador penal español una doble posibilidad operativa: aceptar resignadamente la continuación de los frecuentes abusos que se cometían en dichos establecimientos o soportar la censura de invadir un ámbito claramente reglamentario para cubrir el vacío existente. Puesto en la expresada alternativa, el legislador de 1848 optó por la segunda de las soluciones apuntadas. Criterio que la doctrina encontró, por lo menos, útil, ya que «cuando el remedio es urgente, de cualquier parte que venga es bueno, con tal que sirva para impedir al menos los progresos del mal»; advirtiéndose, además, que esta realidad no debía ser ignorada por quienes tacharen de *reglamentario* el contenido de los preceptos de referencia (16).

Consecuentemente, en torno a esta invasión del Derecho penal en el ámbito estrictamente administrativo, cabe sentar las siguientes afirmaciones:

A) En el momento histórico en que las expresadas omisiones se criminalizan no existía en España reglamentación alguna sobre las formalidades exigibles en las casas de préstamos sobre prendas. Por ello, la regulación del Código penal de 1848 no supone más que un remedio urgente para evitar los abusos que determinaba el incontrolado funcionamiento de establecimientos de esta índole, fundamentalmente, actividades usurarias encubiertas, estafas y apropiaciones indebidas.

B) Desde un primer momento, la doctrina española reconoce que, si bien infracciones de esta naturaleza no tienen entidad suficiente para integrarse en la esfera jurídico-penal, la urgencia en encontrar soluciones a la problemática antes apuntada justifica la tipificación. De ahí, la nota de provisionalidad que cabe atribuir a los tipos, que nacen para cubrir un vacío jurídico determinado por la ausencia de adecuada reglamentación en la materia.

(16) Cfr. T. M.^a DE VIZMANOS y C. ALVAREZ MARTÍNEZ, *Comentarios al Código penal*, II, Madrid, 1848, págs. 507 y s.

Puede afirmarse, en definitiva, que el contenido del artículo hoy 545 ha constituido durante muchos años el *reglamento* de las casas de préstamos sobre prendas en España. Situación que se prolongó desde 1848 hasta 1909. En esta línea, ya afirmó Pacheco que «casi pudiéramos decir que este artículo es el reglamento de las casas de préstamos. Desde luego no tenemos otros, y dudamos que, si se hace alguno, incluya más circunstancias esenciales que las aquí especificadas» (17). Si se compara el precepto de referencia con el contenido del Reglamento de 12 de junio de 1909, cabe resaltar que resultaron proféticas las palabras del más ilustre comentarista del Código de 1848.

La incorporación al Código penal de esta disposición de evidente carácter administrativo viene determinada por la intención del legislador, a medias confesada, de sancionar la usura, si bien de modo indirecto, habida cuenta que el clima económico y social imperante —de decidido liberalismo— hacía inviable la criminalización directa de los préstamos usurarios.

Asimismo, tiene el contenido del artículo 546 carácter reglamentario de los establecimientos en cuestión, ya que con el mismo se adicionan a los requisitos mencionados en el precepto anterior el de la obligatoriedad para el prestamista de otorgar razón de la prenda o seguridad que le entrega el prestatario. Se trata, pues, de prevenir la lesión patrimonial a que se expone el prestatario que se ve privado del reflejo documental que supone el resguardo entregado por el prestamista.

Como ya he tenido oportunidad de poner de relieve en otro lugar, la finalidad de los tipos contenidos en los artículos 545 y 546 viene determinada «por la idea de proteger en forma adecuada el patrimonio privado del que acude a un establecimiento de la índole de los mencionados en busca del auxilio económico inmediato que le es preciso, y de evitar que la codicia del prestamista le ponga en situación de realizar impunes e inadmisibles expoliaciones al omitir el necesario reflejo documental de su actividad, que es, evidentemente, la mejor garantía que al necesitado puede ofrecerse de que no será objeto de defraudación alguna. Interpretación teleológica de la norma que evidencia que el fin perseguido por el legislador es el de proteger de eventuales abusos al prestatario y su patrimonio; protección que, fundamentalmente, con relación a la usura se realiza en el artículo 545 y con referencia a la apropiación indebida en el artículo 546» (18).

Se trata, consecuentemente, de delitos de peligro abstracto (o presunto, si se prefiere) en los que el peligro no constituye un elemento de los tipos, como ocurre con los de peligro concreto (o efectivo), sino la razón que movió al legislador a incriminar la conducta, y en los términos antes señalados.

(17) Cfr. PACHECO, *El Código penal concordado y comentado*, cit., III, pág. 390.

(18) Cfr. LANDROVE DÍAZ, *Delitos relativos a las casas de préstamos sobre prendas*, cit., págs. 349 y s.

Una vez realizadas las anteriores precisiones, que son impuestas por la legalidad vigente en la materia, cabe abordar una problemática de excepcional importancia, habida cuenta que el Proyecto de Código penal de 1980 reproduce literalmente los tipos objeto de mi atención: ¿deben reducirse al ámbito de ilicitud administrativa las infracciones que son penales desde 1848, relativas a las casas de préstamos sobre prendas, sueldos o salarios? Se trata, evidentemente, de un problema político-criminal que plantea, como alternativa al criterio actual, el de la despenalización.

Siempre desde la óptica —invocada en la Exposición de Motivos del Proyecto— de una moderna política criminal de evidente signo despenalizador, cabe sentar las siguientes puntualizaciones:

1) Como ya he puesto reiteradamente de relieve, los tipos en cuestión surgieron para evitar los intolerables abusos que en aquellos establecimientos se perpetraban con anterioridad a 1848. Al tipificar las omisiones de referencia, el legislador penal invadió la esfera administrativa, con el beneplácito de una doctrina que consideró en su momento más acertada esta solución que la tolerancia de inmoderados abusos.

2) Aparece en España en 1909 el *Reglamento de las Casas de préstamos y establecimientos similares*, cuya inexistencia anterior había propiciado la integración de los tipos en el Código penal. Existe, pues, la específica reglamentación en la materia que impone sanciones en vía administrativa a las omisiones examinadas.

3) Por otro lado, estas infracciones tuvieron acceso al Código penal, no por su propia entidad, sino en función, única y exclusivamente, de los abusos que se producían en unos establecimientos de préstamos sobre prendas carentes de la reglamentación garantizadora de los derechos del prestatario, muchas veces acuciado por inaplazables urgencias de tipo económico. Los frecuentes abusos de inmoderados prestamistas ofrecían, fundamentalmente, una doble fisonomía: de un lado, apropiación indebida de las prendas recibidas; de otro, la estipulación de intereses usurarios en la contratación. Ello sentado, cabe subrayar que ambas modalidades delictivas —la usura desde 1928— encuentran hoy sanción en el Código penal. Solución mantenida en el Proyecto de 1980.

4) Finalmente, está claro que nos encontramos ante dos delitos formales y de mera desobediencia que deben ser relegados al ámbito de las infracciones administrativas. No puede pretenderse en buena lógica que la ley penal proteja hoy, simplemente, el respeto a la disposición «reglamentaria» que la misma encarna. Es indudable que el interés en el exacto funcionamiento de las casas de préstamos sobre prendas puede y debe protegerse desde la vertiente reglamentaria. Las omisiones de referencia no son acreedoras de un juicio de reproche tan intenso como el que hoy se hace en los artículos 545 y 546 y se pretende hacer en los artículos 274 y 275 del Proyecto.

La configuración objetiva de los tipos supone que, en la operación más limpia de sospecha usuraria y de licitud civil más manifiesta, la

omisión de las formalidades apuntadas entraña automáticamente el nacimiento de estos delitos. Un elemental ejemplo puede servir para poner de relieve las quiebras de tan simplista solución, impropia de un Derecho penal moderno: un prestamista sobre prendas realiza un préstamo a una persona económicamente débil que se encuentra en un estado de angustiosa necesidad monetaria, le da toda clase de facilidades y pacta un interés muy bajo, aceptando —además— en concepto de prenda un objeto de escaso valor, todo ello con la intención de sustraer al prestatario de la difícil situación en que se encuentra: sin embargo, no realiza el preceptivo asiento en el libro registro o no entrega el resguardo de la prenda recibida, ¿debe ser considerado un delincuente? La solución afirmativa, impuesta por nuestro Código, pone una vez más de relieve el carácter «reglamentario» de estas infracciones.

De todo lo mencionado cabe deducir que se impone la despenalización de estas infracciones formales a la reglamentación de los establecimientos de préstamos sobre prendas. No son estas infracciones de riesgo y sospecha lo suficientemente intolerables para ser incluidas en un Código penal moderno, sobre todo si se tiene en cuenta que los males sociales que durante muchos años han tratado de evitar son ya perseguidos directamente en nuestro Derecho. Ambos tipos carecen de entidad suficiente para rebasar el ámbito de ilicitud administrativa, y en tal esfera deben ser sancionados; con la lógica exclusión de responsabilidad criminal del prestamista que realizare —exclusivamente— las omisiones tantas veces aludidas.

En el Reglamento de 12 de junio de 1909 existen amplios sectores de su minuciosa regulación de las casas de préstamos y establecimientos similares sobre los que no incide la esfera punitiva. Tan sólo puede predicarse responsabilidad criminal para el prestamista que omitiere la llevanza de libros o el otorgamiento de resguardos a que se hace referencia en los artículos 545 y 546 del Código penal; el resto de las ilicitudes contenidas en el Reglamento quedan al margen del Derecho penal; situación que debe ser ampliada en perjuicio del ordenamiento punitivo.

En el futuro Código penal deben desaparecer estos tipos, para ser integrados, única y exclusivamente, en la esfera reglamentaria, con la consiguiente imposición de multas gubernativas a los infractores. De producirse los efectivos atentados contra el patrimonio del prestatario que tratan de evitarse, éstos pueden ser perseguidos directamente en la hora actual con más garantías de éxito que las que ofrecía el Código de 1848. Situación que en su momento determinó la invasión del Derecho penal en una esfera reservada a la Administración y que ahora debe ser corregida.

Como informa Jescheck (19), la conversión acometida en los últimos tiempos en la República Federal Alemana de ciertos hechos,

(19) Cfr. H. H. JESCHECK, *Rasgos fundamentales del movimiento internacional de reforma del Derecho penal*, en "La reforma del Derecho penal", Universidad Autónoma de Barcelona, 1980, pág. 15.

antes punibles, en infracciones administrativas está produciendo buenos frutos: la prevención general queda suficientemente asegurada con relación a las infracciones poco importantes mediante las multas y al afectado se le muestran, asimismo, los límites de la libertad. Se descarga, en definitiva, a la Administración de Justicia del conocimiento de meras bagatelas, dándose paso a un procedimiento administrativo más ágil e idóneo para conocer de estas cuestiones.

Incluso la solución de otorgar a estas infracciones el rango de *faltas* en un futuro Código, como se hace en algún texto sudamericano (art. 543 del Código de Venezuela, por ejemplo, y en el capítulo relativo a la «falta de precauciones en las operaciones de comercio o de prendas»), no resulta tampoco satisfactoria y pugna claramente con el necesario proceso de despenalización que debe sufrir el Libro III (20).

IV.—¿HACIA LA DESPENALIZACION?

Tal es la solución propugnada por el minoritario sector de la doctrina española que ha abordado un planteamiento político-criminal de la cuestión. En este sentido, los reiteradamente aludidos artículos 545 y 546 han sido tachados de «impropios ciertamente de un Código penal por su carácter contravencional y gubernativo» (21).

Hace pocos años, Fernández Albor, y en un libro en el que se examina la criminalidad económica española, ha mantenido una clara actitud despenalizadora al respecto. Con base en algunos de los argumentos más arriba expresados, estima que ha llegado el momento de suprimir del Código penal estos supuestos que pueden ser perseguidos por otros preceptos que de forma más precisa se refieren a ellos en nuestro ordenamiento jurídico-penal (22).

(20) Sobre las limitaciones de la despenalización acometida en el Libro III del Proyecto de Código penal, vid. J. A. SÁINZ CANTERO, *El Proyecto de Código penal a la luz del movimiento mundial de reforma de las leyes penales*, en «La reforma penal y penitenciaria», cit., páginas 182 y s. En relación con el rango de las infracciones en concreto examinadas, ya GROIZARD se había pronunciado tajantemente, afirmando que «han obrado con más acierto los legisladores que han incluido los hechos de que tratamos en el catálogo de las faltas que los que los han condenado en el de los delitos» (cfr. *El Código penal de 1870 concordado y comentado*, VII, cit., pág. 403).

(21) Cfr. QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la Parte especial del Derecho penal*, cit., III, pág. 338. Por su parte, RODRÍGUEZ DEVESA (*Derecho penal español*, Parte especial, cit., pág. 570) afirma que la razón de que se eleven a la categoría de delitos «hechos cuya naturaleza contravencional parece manifiesta» ha de verse en el peligro de los abusos a que se presta la falta de reflejo documental en contratos de la índole expresada, no sólo por la facilidad de eludir las penas señaladas para la usura, sino porque quedaría el camino abierto para estafas de toda clase y para apropiaciones indebidas resguardadas en la impunidad al amparo de las dificultades de prueba.

(22) Cfr. A. FERNÁNDEZ ALBOR, *Estudios sobre criminalidad económica*, Casa Editorial Bosch, Barcelona, 1978, pág. 136. Vid. también del mismo autor *Los delitos contra el patrimonio y el arbitrio judicial en el Proyecto de Código penal de 1980*, en «La reforma penal y penitenciaria», cit., pág. 241.

Sin embargo, los redactores del Proyecto de 1980 no se han hecho eco de esta postura de la doctrina. Y en este caso no nos encontramos ante uno de los retoques gubernamentales que *ha sufrido* el Texto, ya que en el Anteproyecto (arts. 270 y 271) se alcanzó la misma redacción que en el ulterior Proyecto. Escapa, empero, a mis posibilidades de información dilucidar si el mantenimiento de los tipos responde a pura inercia o a reflexivos planteamientos político-criminales. En cualquier caso, y por todo lo expresado, su pervivencia parece encontrarse en abierta pugna con la política criminal moderna que —se dice— ha informado los trabajos de redacción del más ambicioso proyecto legislativo que en materia punitiva se ha acometido en los últimos tiempos. En mi opinión, nos encontramos ante una de las «flagrantes transgresiones al principio de intervención mínimas» —en expresión de Córdoba Roda (23)— deslizadas en el Proyecto.

Muy posiblemente el escaso reflejo judicial de los tipos y la mínima atención que tradicionalmente les ha prestado la doctrina española hayan determinado que el Proyecto se limite a una mecánica reproducción del Derecho positivo. No se trata, obviamente, de uno de los grandes temas de la Parte especial, pero si hay otra solución más correcta que la actual debe ser arbitrada.

Quizá en nuestras Cámaras legislativas —si algún día llega a ser discutido un Proyecto engendrado con meteóricas prisas pero que sufre una ralentización evidente en sus pasos posteriores— se preste a esta cuestión la atención debida. Es sintomático, al menos, que se hayan presentado ya algunas enmiendas de supresión de los preceptos indicados.

En efecto, el *Grupo Parlamentario de la Minoría Catalana* aboga por la supresión del artículo 274 del Proyecto y justifica su enmienda con los siguientes términos: «En base a los principios inspiradores de este proyecto de Código penal, establecidos en su Exposición de Motivos y especialmente en su apartado III, donde se concibe el delito desde el punto de vista sustancial, es preciso eliminar del Código los delitos formales o de mera desobediencia. Como dice claramente dicha parte expositiva: Tales comportamientos se relegan al ámbito de las infracciones administrativas. Este es el caso del precepto cuya supresión propugnamos, donde es evidente que el simple hecho de que una persona o entidad dedicada a la industria de préstamos no lleve los libros o deje de asentar en ellos ciertos datos o circunstancias reglamentariamente impuestas, todo ello se reduce a una infracción administrativa, incumplimiento de un determinado Reglamento que puede acarrear la imposición de sanciones y hasta graves sanciones administrativas (incluso el cierre del establecimiento, etc.). Pero nunca el mero incumplimiento formal de la llevanza de unos libros registros puede tipificarse como delito».

En términos de mayor amplitud se encuentra concebida la enmienda del *Grupo Comunista*, al optarse en ella por la supresión de los artículos 274 y 275: «El mantenimiento de ambos tipos es una muestra más de la inercia legislativa. Ambos preceptos respetan, casi li-

(23) Cfr. J. CÓRDOBA RODA (*El Proyecto de Código penal*, Barcelona 1980), en su *Valoración crítica*, pág. 239.

teralmente, la redacción del Código de 1848, y son en absoluto superfluos. Nacieron en función de los abusos que podían producirse en las casas de préstamos sobre prendas, en un momento en que no existía reglamentación de las mismas. Son verdaderas infracciones administrativas, que arbitrariamente se criminalizan. Se tipificaron para evitar los abusos de los prestamistas: apropiación indebida de las prendas y estipulación de intereses usurarios en la contratación. Ambas modalidades delictivas (la usura desde el Código de 1928) se encuentran hoy integradas en el Código penal. Además ya existe —desde 1909— el Reglamento de las casas de préstamos y establecimientos similares, cuya carencia (en 1848) impuso la introducción de los tipos en el Código penal. Los tipos de los artículos 274 y 275 del proyecto no tienen, por sí mismos, entidad suficiente para rebasar el ámbito de la ilicitud administrativa, y en tal esfera deben ser sancionados».

En consecuencia, y con base —fundamentalmente— en un planteamiento político-criminal de intervención mínima, se aboga por la despenalización en los términos antes indicados.

Ello sentado, quiero expresar que, sin embargo, no es ésta la única vía para actualizar y mejorar técnica y político-criminalmente el vigente Título XIII del Libro II del Código (De los delitos contra la propiedad). En este sector es unánime la doctrina española en el reconocimiento de que «el Código está plagado de lagunas, defectos técnicos y, lo que es casi tan lamentable como las lagunas, preceptos inútiles; casi nunca aplicados, que ridiculizan al Código mismo» (24). La razón de tal estado de cosas viene determinada por la realidad de que se trata de un conjunto de normas concebidas y dictadas para unas estructuras económico-sociales hoy periclitadas. La patología social ha sorprendido, una vez más, a unas normas que proceden en sus líneas maestras de mediados del siglo XIX.

Al margen de la desorbitada dureza de las penas, del excesivo protagonismo que en los tipos se otorga al resultado producido o del excesivo ámbito de aplicación del concepto legal de «fuerza» con lo que se impone la calificación de robo en supuestos que, en buena técnica, no deben ser más que hurto, quiero subrayar que quizá sean las lagunas legales el defecto más notorio y, por ello, más denunciado. Desde esta óptica, el tratamiento legislativo de los delitos contra la propiedad (en la terminología actual) no puede ser otro que la criminalización de aquellas conductas merecedoras de sanción penal pero no incluidas hoy en el catálogo delictivo. Solución sustancialmente distinta a la propugnada con relación a los tipos antes aludidos, pero incardinada igualmente en una política criminal realista y en el principio de dignidad de protección del bien jurídico.

El vacío denunciado se trata de colmar —con mayor o menor fortuna— en el Proyecto de Código penal de 1980 con la tipificación de

(24) Cfr. G. QUINTERO OLIVARES, *La política penal para la propiedad y el orden económico ante el futuro Código penal español*, en "Estudios penales y criminológicos", III, Universidad de Santiago de Compostela, 1979, pág. 208.

los delitos contra el patrimonio y los delitos contra el orden social-económico. Por ello, cabe valorar muy positivamente una actitud criminalizadora al respecto y defender —al mismo tiempo— una solución despenalizadora con relación a preceptos innecesarios o perturbadores, como los aludidos a lo largo de estas páginas. No existe incongruencia. En ambos casos se juega con criterios de justicia y adecuación social (25).

Nos encontramos, pues, ante innovaciones que responden —como se subraya en la Exposición de Motivos del Proyecto— al cambio social operado en nuestro país. Entre estas innovaciones quizá una de las más significadas sea, precisamente, el Título relativo a los delitos contra el orden socio-económico. Título en el que abundan las tipificaciones *ex novo* y construidas sobre criterios que parecen ser rechazados por sectores muy concretos de la sociedad española.

Nada puede empañar, sin embargo, la realidad de que la severidad tradicional del Código para con las infracciones patrimoniales «clásicas» tiene —como triste contrapartida— la práctica impunidad de lo que con un término procedente del campo de la Criminología se ha denominado «delincuencia de cuello blanco», fruto de una «moral nueva», caracterizada por el ánimo de «hacer negocio» a toda costa (26).

Esta intolerable impunidad es la que, en no escasa medida, ha determinado la redacción del Título VIII del Libro II del Proyecto. Muy posiblemente el Título adolezca de graves defectos, muchos de los tipos que acoge quizá encajen mejor entre los delitos contra el patrimonio, pero está claro que el espíritu que anima la reforma es, en este punto, irreprochable. La reconciliación del Derecho penal con la realidad socio-económica nacional resulta inaplazable. Solamente desde muy comprometidas posiciones puede defenderse la perpetuación de inmorales impunidades.

Nos encontramos, pues, ante una ampliación del Derecho penal «completamente natural», en expresión de Maurach (27), determinada por la lógica evolución del tráfico jurídico y la necesidad de que el legislador arbitre mecanismos nuevos para adaptar la justicia punitiva a situaciones asimismo, nuevas y merecedoras de la contundente reacción jurídico-penal.

(25) Vid. en la materia M. DELMAS-MARTY, *Rendre le droit pénal des affaires plus dissuasif*, en "Revue de Droit pénal et de Criminologie", abril 1981, págs. 299 y ss.

(26) Cfr. R. LEGROS, *Imputabilité pénale et entreprise économique*, en "Revue de Droit pénal et de Criminologie", febrero-marzo 1969, página 369.

(27) Cfr. R. MAURACH, *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4. Auflage, Verlag C. F. Müller, Karlsruhe, 1971, pag. 27.

Los nuevos Códigos penales de Cuba y China

Por MANUEL LOPEZ-REY Y ARROJO, LL. D.,

Catedrático de Derecho penal, *Visiting Fellow*, Instituto de Criminología,
Cambridge, Inglaterra (1966-1981) y Miembro del Comité de las
Naciones Unidas de Prevención y Control del Crimen y de
Justicia Penal

I.—INTRODUCCION

Los dos códigos penales aquí considerados son parte de la hoy extensa codificación penal marxista, que se suele presentar como algo uniformemente basado en una serie de principios homogéneos. Esa apariencia de unidad es más aparente que real. La verdad es que, al igual que el capitalismo, el marxismo es extremadamente difícil de concretar. Lo que se presenta como dogma marxista es más pretensión ideológica que una sistematizada de una serie de tesis, conceptos y fines. Ni Marx ni Engels pretendieron nunca tal sistematización. Por otra parte, las adjetivaciones de que es frecuentemente objeto el marxismo, añadiendo las de leninismo, stalinismo, maoísmo y otras, prueban que la pretendida homogeneidad es más una expresión de propaganda política que de una construcción jurídico-penal exclusivamente marxista. Ello no quita para que el Derecho penal marxista presente ciertas características comunes, pero también marcadas diferenciaciones entre los países que viven bajo tal régimen. Ello ha sido puesto de manifiesto por Terez Szabo en *The Unification and Differentiation in Socialist Criminal Justice*, 1978, publicada en inglés por la Akademiai Kiado, Budapest, donde examina los sistemas penales de la Unión Soviética, Bulgaria, Checoslovaquia, República Democrática Alemana, Polonia y Rumania y con algo más de detalle Hungría, pero deja fuera China, Cuba, Yugoslavia y Albania.

Respecto a la ley penal, Marx y Engels la tuvieron en cuenta más esporádica que sistemáticamente. Ambos se ocuparon de la criminalidad al hacerlo de las condiciones de trabajo de la clase obrera, de la plusvalía, etc., pero no pretendieron jamás establecer una teoría jurídico penal marxista. En todo caso, su concepto de la criminalidad es bastante limitado en cuanto creyeron que era el producto de condiciones competitivas injustas de índole económica, tesis que fue repetida por Lenin.

Con todo, en su trabajo sobre *Población, Crimen y Pauperismo*, 1859, Marx manifestó algo que todavía tiene plena validez, y es que el crimen es en gran parte producto de la manera cómo la ley penal es aplicada, es decir, por lo que hoy llamamos sistema penal. No debemos olvidar que en el siglo XIX las clases bajas eran identificadas con las clases criminales (*lower classes as criminal classes*). Ello sigue sucediendo aún en gran medida. Solamente en los últimos diez años la acción persistente de las Naciones Unidas sobre el abuso criminal del poder político, público, económico, ideológico, etc., ha dado lugar a que también las clases dirigentes, capitalistas o no, sean objeto de más atención penal y criminológica. En otro trabajo sobre *La pena de muerte*, 1853, Marx declaró que la pena es un medio de defensa de la sociedad contra los ataques a las condiciones vitales de la misma, pero respecto a la de muerte se preguntó qué clase de sociedad es la que para su defensa precisa de dicha pena (1). La conclusión es que no era partidario de la misma.

De las tres aserciones de Marx: condición criminógena del sistema penal cuando mal aplicado, que la pena es un medio de defensa social y que la de muerte no se justifica, los países socialistas han hecho poco caso de la primera, han permanecido fieles a la segunda y tratan de esquivar la tercera diciendo que la pena de muerte es de índole excepcional y temporal, es decir, que será un día suprimida. Lo de excepcional es un tanto dudoso, pues si bien algunos códigos penales socialistas, como el polaco, contienen un número relativamente reducido de casos, el de la República Socialista Federal de la Rusia Soviética, en que se basan en gran medida los demás de la Unión Soviética, la conserva como pena alternativa en 21 casos.

Mutatis mutandis, la situación es análoga en los países capitalistas. Con todo, en éstos la crítica del sistema penal, que a veces es acusado abiertamente de criminógeno, es frecuente, lo que sucede raramente en los socialistas. En cuanto a la pena como medio de defensa social ello se disimula a menudo hablando de la readaptación del delincuente, cosa que también se hace en los países socialistas, donde el término preferido suele ser el de reeducación. Respecto a la pena de muerte, las discusiones sobre su abolición, moratoria o mantenimiento, en el VI Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Crimen y Tratamiento del Delincuente, Caracas 1980, muestran que mientras algunos países capitalistas se manifestaron claramente en favor de su abolición, los más —entre ellos los Estados Unidos— se opusieron y los países socialistas y los próximos a ellos, tras la eterna referencia a la índole excepcional de la misma, que es más ficción que realidad, votaron en contra del proyecto de resolución que pedía la abolición gradual de la pena capital. Inútil añadir que la resolución no fue adoptada.

(1) Para más detalles, v. mi *Criminología*, I, primera reimpresión, Madrid 1981, caps. III y II, 1978, caps. XI y XII y PAUL PHILLIPS, *Marx and Engels on Law and Laws*, 1980.

Las características de la codificación penal socialista-marxista son:

a) La protección penal firme de la sociedad y Estado socialista, de los derechos y deberes de los ciudadanos dentro de una y otro, de que el delito es todo acto socialmente peligroso y del mantenimiento de la dictadura del proletariado. Una de las publicaciones más significativas al respecto, *Das neue Strafrecht-bedeutsamer Schritt zur Festigung unseres sozialistischen Rechtsstaates*, 1968, de la Cancillería del Consejo de Estado de la República Democrática Alemana, no deja lugar a dudas sobre tales fines. Otro de los textos significativos es el artículo 70 del Código penal de la República Soviética antecitada que, con variantes, es mantenido en los demás códigos penales de la Unión Soviética, conforme al cual se puede penar con reclusión hasta diez años a todo aquel que lleva a cabo «agitación o propaganda antisoviética a fin de subvertir o debilitar la autoridad soviética o cometer un delito». Es el artículo utilizado para aplicar el tratamiento psiquiátrico a los disidentes.

b) El articulado de los Códigos penales socialista-marxistas es reducido cuando comparado con los códigos penales capitalistas, que en demasiados casos tienden a una extensa criminalización que se infla al incluir las contravenciones o faltas en dichos códigos. A título de ejemplo contrario diré que el Código penal de la República Democrática Alemana consta de 283 artículos, incluidos los delitos militares; el de Polonia tiene 331, con la misma inclusión; el húngaro 340, ídem, y lo mismo el rumano con 363.

De las dos características, la primera es más acentuada en la teoría y práctica en los países socialista-marxistas que en los países democráticos del grupo capitalista. El afán de protección se acentúa en los países de régimen dictatorial no socialistas-marxistas, particularmente a través de reformas del Código penal o mediante leyes especiales. En todo caso, con variaciones determinadas por la estructura socioeconómica y política, la finalidad de protección es manifiesta en todos los códigos penales, cualquiera que sea el país de que se trate.

Respecto a la segunda características, la diferencia es más marcada. En primer lugar, los códigos penales socialistas-marxistas excluyen de su ámbito las contravenciones o las faltas e incluyen los delitos militares. La exclusión de las contravenciones puede tener un fundamento, al menos en parte, en algo que dijo Marx, y que es citado por Phillips en su obra antecitada, en las discusiones que tuvieron lugar sobre el hurto de leña, de significada importancia en la Europa del siglo XIX, de que debe hacerse un distinguo entre delito y mera infracción. Su punto de vista, esta vez claramente expuesto, fue que la simple infracción de reglamentos no debe transformarse en hecho delictivo y aconsejó que en la sanción de ciertas irregularidades sociales la tolerancia debe ser la regla. La observación es correcta y contrasta con el afán de los códigos penales capitalistas del siglo XIX y no pocos del XX de penalizar las faltas dirigidas contra el derecho de propiedad. Debe añadirse que conforme a la tradición jurídico-penal ruso-soviética el término delito ha sido estimado siempre como algo que debe

interpretarse estrictamente, dándose así una constante distinción entre *ugolovnoe*, es decir, lo que es criminal o delictivo y es regulado por la ley (*zakon*) y lo meramente contravencional que es determinado y en su caso sancionado por decreto, orden o reglamento (*ukaz* o *raspori-azhenie*).

Algunos códigos penales del grupo capitalista excluyen también las faltas o contravenciones del Código penal. Tal acontece con el boliviano de 1972, que tiene sólo 365 artículos. En España, el malhadado proyecto oficial de Código penal 1980 bate probablemente el récord de kilometraje penal con 686 artículos, las faltas incluidas y, lo que es peor, con un criterio decimonónico en cuanto incluye en ellas el apoderarse de ramas, atravesar heredades, etc. Se trata de un producto académico-profesional del que existen numerosos ejemplos en Iberoamérica. El último lo constituye el Código penal colombiano de 1980, que entró a regir en enero de 1981 (2).

La inclusión de los delitos militares es una acusada característica de la codificación penal en los países socialistas-marxistas, en los cuales ninguna clase o grupo, profesional o no, puede reclamar un estatuto o jurisdicción especial. Ello no impide que puedan existir leyes penales especiales, aunque en general en número limitado y que la disciplina militar sea objeto de su propia regulación como algo interno. Tal inclusión es rara en los códigos penales de los países capitalistas, particularmente en los de habla española y portuguesa, en los que la jurisdicción militar es a menudo demasiado extensiva y frecuentemente utilizada por regímenes dictatoriales.

Las diferencias entre los códigos penales de los países socialistas-marxistas se explican en buena parte porque aun siguiendo en principio la misma ideología ésta da lugar a interpretaciones diferentes determinadas por la estructura socioeconómica y política de cada uno de dichos países. Incluso entre los que constituyen un grupo, como acontece con los satélites europeos de la Unión Soviética, las variaciones en los códigos penales, como reflejo de la dicha estructura, son manifiestas (3).

II.—EL CODIGO PENAL CUBANO

Su texto fue publicado en la «Gaceta Oficial de la República de Cuba» el 1 de marzo de 1979 para entrar a regir ocho meses después, o sea, el 1 de noviembre del citado año. La «Gaceta» publicó después la rectificación de diversos errores.

(2) V. mi ensayo *Análisis político-criminal del Proyecto oficial de Código penal español*, en ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES, Madrid 1980. Sobre la carencia de imaginación en la codificación penal iberoamericana, v. el enjudioso trabajo de MANUEL DE RIVACOBA y EUGENIO R. ZAFFARONI, *Siglo y medio de codificación penal en Iberoamérica*, Valparaíso, 1980, en que certeramente se habla de importación indiscriminada de modelos ajenos. Ello acontece también hoy con la imitación de la "nueva" o "radical" criminología.

(3) Al efecto, véase ROBERT FURTAK, *Die Politischen Systeme der Sozialistischen Staaten*, 1979.

El Código consta de 405 artículos, de los cuales 94 pertenecen a la Parte General. Las contravenciones están excluidas, pues unas han pasado a ser delitos leves y otras son sancionadas administrativamente con multas.

Según se declara, el nuevo Código penal es el resultado de cerca de diez años de continua y sistemática labor de la Comisión de Estudios Jurídicos del Comité Central del Partido, que en el período 1963/73 elaboró un anteproyecto, continuó en los años subsiguientes y culminó con la colaboración de todo el pueblo en el curso de la amplia y democrática discusión pública a que fue sometido, que lo aprobó y perfeccionó, pero no se da información alguna sobre dicha consulta, particularmente cómo fue llevada a cabo, grado de participación activa, modificaciones sugeridas, etc. Quizá exista alguna publicación al efecto que no he podido obtener. Se dice que el Código responde íntegramente a los principios del Derecho socialista..., la finalidad de la sanción es la reeducación antes que la represión, el aumento de las clases de sanciones es medio para elevar el grado posible de individualización de la sanción..., se reducen las sanciones en los casos en que los infractores sean menores de veinte años..., la regulación de la remisión condicional y de la libertad condicional..., el fortalecimiento de la lucha contra la reincidencia mediante la imposición de penas más severas..., el mantenimiento de la pena capital, aunque con carácter excepcional para los delitos más graves y repugnantes y siempre en forma alternativa con la privación de libertad...

La finalidad es proteger la sociedad, las personas, el orden social, económico y político y el régimen estatal, salvaguardar la propiedad socialista, promover la cabal observancia de los derechos y deberes de los ciudadanos, contribuir a formar en éstos el respeto a la legalidad socialista, el cumplimiento de los deberes y correcta observancia de las normas de convivencia socialista. Consecuentemente, la Parte General se ocupa de la ley penal en el tiempo y en el espacio, establece el cambio de nacionales condenados a efectos de que cumplan la sanción en sus respectivos países, lo que no es nada nuevo, pues fue introducido por Turquía en 1965, de los delitos intencionales o por imprudencia, en caso de pluralidad de delitos se pena el más grave, se hacen los distinguos respecto a responsabilidad por razón de edad —dieciséis años, atenuándose la pena entre dicho límite y el de dieciocho y, en menor medida, entre éste y el de veinte—, enfermedad mental, etc. Se regulan igualmente las eximentes, excusas absolutorias y demás.

Las penas son: muerte, privación y limitación de libertad y multa. Las accesorias: privación de derechos públicos, paterno-filiales, de tutela, prohibición de ejercer una profesión, oficio o cargo, retirada del permiso de conducir, prohibición de frecuentar determinados lugares, destierro, decomiso, confiscación, sujeción a los órganos de prevención y la expulsión de extranieros. La peligrosidad tiene amplísima cabida y las medidas de seguridad aplicables son predelictivas y postdelictivas. La pena de muerte es por fusilamiento.

En la Parte Especial se regulan los delitos cometidos contra el

Estado, la Administración, la seguridad colectiva, el orden público, la economía nacional, el patrimonio cultural, la vida e integridad corporal, los derechos individuales, laborales, las relaciones sexuales, el honor y los patrimoniales.

Tanto la Parte General como la Especial tratan de plasmar las finalidades ya enumeradas atribuidas al Código penal que pueden resumirse en la de proteger al máximo una sociedad regida por un régimen socialista-marxista dirigido bajo la férula inflexible de un partido único. En tal sentido, las diferencias entre las dictaduras de izquierda o de derecha son más aparentes que reales. Todas ellas tratan de mantener lo más efectiva y duraderamente posible la ideología en el poder.

Exigencias de tiempo y espacio permiten sólo las siguientes observaciones:

a) Es difícilmente explicable que la preparación del Código penal haya exigido casi catorce años de continuados trabajos. Probablemente cuestiones políticas diversas impidieron una más rápida elaboración. Como señalé, tampoco se dan detalles de cómo se llevó a cabo la consulta a la opinión pública y cuál fue efectivamente su contribución. El hecho de que se trataba del primer Código penal bajo el régimen actual justificaba sobradamente dar algunas especificaciones y no sólo las generalizaciones hechas en la presentación del mismo. No se hace referencia alguna a si se llevó a efecto alguna evaluación previa del sistema penal existente, cuál es la conexión entre el texto y la estructura socioeconómica y desarrollo del país y otros aspectos fundamentales de una planificación de la justicia social penal que es fundamental en un país socialista-marxista. En su lugar se hacen una serie de aserciones políticas respecto a la sociedad socialista, a los principios del derecho socialista, al extraordinario avance cultural, al alto grado de conciencia alcanzado por el pueblo y otras muchas que no desdicen en nada a las similares, con ideología diferentes, que se hacen en algunos países capitalistas. La referencia como directiva esencial en la aplicación de las medidas de seguridad a la moral socialista es realmente alarmante. ¿En qué consiste ésta? ¿Cuáles son sus normas y quiénes la determinan? ¿El Partido, y cómo? ¿Cuál es la razón de esa tendencia moralizadora que ha desaparecido del área jurídico-penal en la mayor parte de los países? La tesis de una «moral socialista» es tan peligrosa o más que la peligrosidad misma establecida por el Código al considerar como peligrosa toda persona cuya proclividad al delito está demostrada por la conducta que observa en contradicción manifiesta con las normas de la moral socialista. Bajo tal aserción se pueden llevar a cabo los más extremados abusos de coerción, intimidación, persecución y represión que puedan imaginarse o desearse bajo un régimen dictatorial a base de partido único dirigente. En realidad, adoptando tal fórmula el Código penal cubano ha ido mucho más lejos que el artículo 70 del Código penal soviético antecitado.

b) El Código penal cubano es extremadamente represivo, intimidativo y defensivo. Constituye un instrumento de poder político ex-

cesivo. Las penas son a menudo largas, veinte y treinta años, y la individualización que se proclama es más aparente que real en cuanto el texto establece *a priori* los mínimos y máximos e incluso en ocasiones utiliza las viejas fórmulas clásicas de reducir la pena en la mitad, dos tercios, etc. ¿Sobre qué bases se establecieron dichos mínimos y máximos? ¿Se llevó a cabo alguna investigación criminológica previa al efecto? El afirmar que la reincidencia ha de tratarse con una agravación de la pena es otra negación de la pretendida individualización. Lo mismo cabe decir respecto a la remisión condicional para la que se exige que la pena privativa de libertad impuesta no exceda de tres años. Tal límite confirma la índole represiva del Código. Una auténtica individualización hubiera prescindido del mismo no estableciendo ninguno. Respecto a la pena de muerte, no aplicable a menores de veinte años y mujeres encinta, el Código excede todo lo que se ha hecho al efecto lanzándose en una escalada represiva ya que, aunque alternativamente, dicha pena puede ser aplicable en no menos de 80 casos (4). ¿Hasta qué punto se espera que tal proliferación sea realmente intimidativa y protectora del régimen político existente? Toda intimidación, para ser efectiva, exige una cierta aplicación del precepto que la encierra. Si ello fuera así, es obvio que Cuba batiría otro récord, el de ejecuciones de la pena capital. Ello no es fácil que acontezca, pero en todo caso constituye una «reserva penal» de lo que se puede hacer uso en un momento dado. Lo que acontecerá es que mayormente se aplicará la privación de libertad por veinte o treinta años. Cabe también preguntar si se cree sinceramente que tan largos períodos permiten la reeducación que se pretende aun si ocasionalmente se reducen a la mitad. La índole políticamente represiva del Código es obvia también en la regulación de la cancelación de antecedentes penales, en cuyo examen detallado no puedo entrar aquí, pero que criminológica y sociopolíticamente difícilmente pueden justificarse. En suma, el número altísimo de casos de pena capital, aun alternativamente considerada, muestra una vez más la ficción de que dicha pena sea estimada como algo excepcional. En realidad, si se tiene en cuenta el apartado (f) del artículo 98, dedicado a los delitos de ayuda al enemigo, el número de casos de aplicación alternativa de dicha sanción es prácticamente ilimitado pues dicho apartado, que introduce sutilmente la analogía, dice que incurrirá en la sanción de diez a veinte años o muerte quien favorezca el progreso de las armas enemigas de *cualquier otro modo no especificado en los incisos anteriores* (subrayado mío). Los comentarios realmente huelgan.

c) El Código no contiene título o sección especial para los delitos militares, pero cabría decir que éstos se hallan en gran medida incluidos en el artículo 97, en el 107 y en los 252 al 259 y en algún

(4) En su trabajo citado, Rivacoba y Zaffaroni hablan sólo de 29 casos, citando los artículos en que se menciona, pero pasan por alto el importante hecho de que un buen número de ellos enumeran una serie de modalidades que han de estimarse como casos de pena de muerte.

otro en que se habla de ayuda al enemigo, de usurpación de mando militar y de incumplimiento de obligaciones militares.

III.—EL CODIGO PENAL CHINO

El nuevo Código penal chino fue adoptado por la V Asamblea Popular Nacional el primero de junio de 1979 y entró en vigor el primero de enero de 1980 (5). El texto consta sólo de 192 artículos, de los que 89 pertenecen a lo que se puede estimar como Parte General y los restantes 103 a la que en Occidente se considera como Parte Especial. En estos y otros aspectos hay que tener presente que la terminología y técnica jurídica china no corresponde exactamente a la Occidental. Incluso, el término Código es más figurado que exacto ya que el texto chino habla de ley.

Probablemente es el Código penal más corto en vigor y su limitada extensión muestra cómo la criminalización puede llevarse a cabo en países socialistas-marxistas o capitalistas en forma más concreta y flexible de la que generalmente es empleada. Con todo, hay que tener presente que el Código penal chino no contiene cláusula derogatoria de leyes anteriores, como la tiene el Código penal cubano, que dejó subsistentes parte de algunas leyes, lo que significa, primero, que el principio de legalidad socialista que proclama el Código penal chino es, cuando menos, confuso y, segundo, que dado el excesivo número de leyes anteriores que todavía son válidas, la economía de artículos del nuevo texto es un tanto relativa. También, y ello es quizá más importante a efectos de legalidad, garantías y supuesta economía de tipos penales, es que, conforme al artículo 79, se admite la analogía penal al decir que los que cometan actos que no se hallan específicamente definidos en la Parte Especial podrán ser juzgados y penados aplicando el precepto que se acerque más a la índole del acto cometido. Como garantía, el artículo declara que tal aplicación ha de ser aprobada por la Corte Popular Suprema, pero también aquí hay que tener en cuenta que el provisionalmente imputado puede ser preventivamente detenido y que la decisión de la referida Corte puede tomar algún tiempo. Escasas son las Cortes Supremas o Tribunales Supremos que se caracterizan por su celeridad, sea el país capitalista o no.

Según los *Principios Dirigentes* el Código se basa en los del marxismo-leninismo y en las ideas de Mao Zedong, en los preceptos constitucionales, en la unión de todos los pueblos que constituyen la China, en la dictadura del proletariado y en la construcción del socialismo. Tales fundamentos suponen la protección penal correspondiente, par-

(5) El texto utilizado es la traducción a'emana del Código publicada en *China Aktuell* 1980, y suplementariamente he tenido en cuenta el excelente *Analyse des récents codes pénal et de procédure pénale de la République Populaire de Chine*, por TSIEN TCHEHAO, en "Revue de Science criminelle et de Droit pénal", núm. 3, 1980.

ticamente contra toda acción contrarrevolucionaria. Por tal parece entenderse la que afecta la soberanía e integridad territorial, la dictadura del proletariado y la construcción citada. Tan amplias referencias pueden interpretarse elásticamente y aplicarse a todo acto que se estima pone en peligro los fines indicados y los que se relacionen con ellos. No olvidemos a este efecto la analogía permitida por el artículo 79 citado.

Lo expuesto muestra notables diferencias de fundamentación y enfoque entre el Código penal cubano y el chino. Ideológicamente, el segundo se halla mucho más próximo a la tesis marxista y la subordinación a un liderazgo personal es mucho menor. En este respecto debe recordarse que a partir de 1960 los Códigos penales marxistas sufren una transformación tras la desaparición de Stalin (6).

El Código penal regula los actos dolosos y los culposos; éstos son especificados pero no escapan tampoco del artículo 79, la minoridad penal a los catorce años, dándose una atenuación entre ellos y los dieciocho, excluye la responsabilidad penal por enfermedad mental, la ebriedad no es eximente y la responsabilidad del sordo o ciego son atenuadas. Se ocupa de la legítima defensa, del estado de necesidad, de la pluralidad de autores haciendo hincapié en que la de cada uno de los participantes ha de ser establecida a efectos de punibilidad, etc.

Las penas principales son: vigilancia, arresto o custodia, prisión temporal, por vida y muerte, ésta por fusilamiento. Las accesorias son: multa, privación de derechos, confiscación y reparación del daño. Las accesorias pueden funcionar como principales cuando se aplican por sí solas. Si el acto cometido es de poca monta y tiene escasa o ninguna repercusión la pena puede ser dejada de lado y en su lugar la amonestación o el arrepentimiento o disculpa por escrito son impuestas.

La vigilancia por la autoridad puede durar de tres meses a dos años y se llevará a cabo por las fuerzas de seguridad, término que cubre más que lo que se entiende por policía en Occidente. El arresto es de quince días a seis meses, la prisión temporal entre seis meses y quince años, la perpetua es excepcional y la de muerte, que es aplicable en seis supuestos, puede ser reemplazada por aquella o ser suspendida por dos años —salvo los casos de obligatoriedad en la ejecución— y si al cabo de ellos el condenado se ha corregido es reemplazada por la perpetua, que puede ser reducida.

Como vemos las penas cortas privativas de libertad subsisten, lo que es en parte admisible. La de vigilancia, que es de índole restrictiva, permite al condenado seguir trabajando, pero sometido a la supervisión que se establezca. El Código penal chino no contiene el arsenal de medidas de seguridad predelictivas y postdelictivas del cubano. Quizá pueda estimarse como postdelictiva la vigilancia indicada,

(6) V. el excelente análisis hecho en *Soviet Criminal Law and Procedure, The RSFSR Codes*, Harvard University, 1966, por HAROLD J. BERMAN, que todavía debe ser considerado de lectura esencial para entender la transformación indicada no sólo en la Unión Soviética sino también en lo códigos penales de sus satélites europeos.

pero aún así es manifiesta la diferencia con el enfoque neopositivista y defensor del referido Código. Una de las características más salientes es la extensa latitud dejada al juzgador en la fijación de la pena dentro de los límites establecidos para cada delito o grupo de delitos. En la determinación de la que se imponga se tendrán en cuenta la índole del acto, el daño causado a la sociedad y la personalidad del delincuente. Si se dan calificadas circunstancias atenuantes, la pena impuesta puede ser inferior al límite mínimo de la establecida. Toda presentación voluntaria a la autoridad es estimada como atenuante. La condena condicional se aplica a los casos de arresto y de prisión menores de cinco años. Los contrarrevolucionarios y reincidentes no pueden beneficiarse de ella.

La pena de muerte ha de ser confirmada y no se ejecutará en mujeres embarazadas o menores de dieciocho años. Entre los dieciséis y dieciocho se concederá siempre la suspensión por dos años. Los derechos políticos afectados por una sentencia condenatoria son los de votar y ser elegido y desempeñar un cargo o función oficial o dirigente. Otras prohibiciones pueden establecerse en los casos especificados por el Código penal. La confiscación puede ser parcial o total, pero en ningún caso la decidida debe afectar a la familia o a quien tenga una pretensión o derecho sobre la propiedad o cosa de que se trate. Por propiedad privada se entiende los ingresos por empleo, ocupación o trabajo legal, los ahorros, la casa, muebles, objetos, etc. Por pública o popular la de índole colectiva que pertenece a los trabajadores o a la comunidad.

La enumeración de los delitos en particular reproduce bastante fielmente los principios básicos enunciados de la legalidad socialista-marxista. En este sentido, el Código penal chino es más congruente que el cubano. Someramente expuestos son los contrarrevolucionarios, contra la seguridad pública, la economía socialista, la seguridad, la familia y el matrimonio, los cometidos contra las obligaciones de un oficio o cargo y contra los derechos y deberes de las personas. Los más gravemente penados son los contrarrevolucionarios, entre los cuales poner en peligro la estabilidad del régimen, el poder estatal, la dictadura del proletariado, rebelión y sedición. Las penas se agravan para los dirigentes o para los que tengan la condición de funcionario o sean miembros de las fuerzas armadas o de la policía popular. La sanción puede ser prisión no inferior a diez años, perpetua o muerte. Los delitos contra la economía son los realizados infringiendo las reglamentaciones financieras o económicas, aduanas, divisas, mercancías, tráfico ilícito, ocultación y contrabando. Las penas se agravan cuando los bienes, valores, etc., son o afectan al Estado, cometer el hecho como parte de una maquinación colectiva u organizada o por venganza u odio.

La criminalización de los delitos contra las personas se hace bajo la amplia rúbrica de los delitos contra los derechos humanos, lo que

me parece certero (7). El homicidio puede ser sancionado en ciertos casos con la pena capital, en casos menos graves con prisión temporal. Comparativamente, las penas en caso de imprudencia son altas, lo que pone de manifiesto la importancia asignada a la misma en una sociedad socialista. Son de particular significación los delitos cometidos por los funcionarios contra los derechos humanos, entre ellos forzar a terceros a hacer algo que no es legalmente exigible, señaladamente respecto a reclusos, apoderarse de cosa ajena, emplear violencia en las personas, inducir a la prostitución, violar las disposiciones electorales, privar indebidamente de su libertad a una persona, ejercer coacciones señaladamente sobre testigos y expertos, etc.

Entre los delitos contra la familia se hallan la bigamia y descuidar los deberes familiares, en especial respecto a personas enfermas o incapaces. Entre otros, son delitos contra el orden o la administración socialista, el tráfico y consumo ilícito de estupefacientes, provocar epidemias, publicar o difundir la obscenidad, el pillaje, la violación de las disposiciones sobre bienes culturales y gamberrismo u *hooliganism*. Contrasta con tal criminalización la descriminalización pretendida por algunos socialistas en los países capitalistas que abogan por «la legalización en el consumo de drogas» y la «libertad sexual».

IV.—OBSERVACIONES FINALES

Aunque somera, la exposición hecha permite formular las siguientes:

a) De los dos Códigos penales examinados, el chino muestra más marcada fundamentación socialista-marxista que el cubano, en el que se da una mezcla de clasicismo, defensismo y positivismo penal y criminológico hoy día superados. El afán «novedoso» del texto cubano al incluir delitos como los de mercenarismo, *apartheid* y otros revela más un afán político propagandista que una auténtica construcción jurídico-penal socialista-marxista. Mientras el Código penal chino refleja una transformación en marcha el cubano pone de manifiesto la necesidad de mantener un régimen caracterizadamente personal dentro de una ideología socialista-marxista.

b) La regulación de los delitos contrarrevolucionarios, económicos y la estructura y administración socialista-marxista es evidente en los dos Códigos, pero más tradicionalmente mantenida en el cubano que sigue utilizando como títulos los de delitos contra la seguridad externa e interna del Estado, Derecho internacional, etc. La referencia a lo

(7) Sin ser socialista-marxista he mantenido dicho punto de vista desde hace algunos años. El mismo fue reforzado por mi experiencia en las Naciones Unidas como asesor en cuestiones relativas a dichos derechos. Significa un enfoque global que corresponde a la sociedad postindustrial de nuestro tiempo. La expresión delitos contra la persona y la integridad corporal o equivalente, es típica de la sociedad industrial y por ende marcadamente individualística.

estatal es mucho más limitada en el chino. Respecto a los delitos económicos el cubano presenta una enumeración que merece pláceme, pero como ya indiqué éste sería mayor si fuera más condensada y sistematizada, en suma, menos casuística y más flexible. La flexibilidad es más evidente en el Código penal chino y no sólo respecto a dichos delitos, sino en general. Ello explica, en parte, que necesite menor número de artículos. La estructuración de la Parte General y de la Especial en el Código penal chino muestra un enfoque que suscita objeciones en algunos casos, pero que está de acuerdo con la ideología indicada. En tal sentido, conviene recordar que la estructura de los Códigos penales de la Unión Soviética y la de sus seguidores europeos, formulados en la década del 60, salvo alguno un poco más tarde, refleja un cierto clasicismo que ha sido dejado casi totalmente de lado por el Código penal chino. Posiblemente, ello puede en parte explicarse por el concepto que en China se tiene de lo jurídico en general y de lo penal en particular, pero también por una menor necesidad de mantener una imagen personal determinada del socialismo-marxismo.

c) Los dos Códigos son marcadamente represivos, señaladamente el cubano que, sin embargo, alardea de lo contrario. No olvidemos que mientras el chino prescribe la pena de muerte en seis casos, el cubano va más allá de los ochenta y además contiene toda una panoplia de medidas de seguridad que no existen en el chino. En diferente forma, la analogía se da en los dos. Podrá argüirse, no sin razón, que la misma es mayor en el texto chino, pero no olvidemos que la panoplia indicada constituye una abertura amplia a la analogía, aunque la palabra no se mencione. En uno y otro texto, el abuso del poder es manifiesto aunque se encubra con la moral socialista en uno y la dictadura del proletariado en el otro. La consecuencia es que la legalidad socialista se presta a tantos abusos como la capitalista y en algunos aspectos mucho más. El término ya fue interpretado en forma extremadamente elástico por el artículo 70 del Código penal soviético citado y ello ha sido agrandado en Cuba y China. El principio *nullum crime nulla poena sine previa lege* es vulnerado diversamente en ambos Códigos para mayor beneficio del régimen político existente. Los dos textos pretenden corregir la arbitrariedad y sin duda lo logran en muchos casos, pero no en otros.

d) Las diferencias entre los códigos penales socialistas-marxistas y capitalistas existe, pero no siempre es fácil de establecer y cuando establecida es a menudo mayor de lo que esperaba. En unos y otros países, los dos códigos penales constituyen un instrumento de poder que no siempre actúa como debe actuar. Esa índole instrumental se acrecienta con el aumento de la burocracia y la expansión centralista favorecida por el uso extenso de la técnica y control más o menos firme de los medios de comunicación. En las dictaduras de izquierda o derecha, la criminalidad oficial y semi-oficial es una marcada característica. La misma existe en los países democráticos, pero en menor escala y siempre con la posibilidad de una publicidad, protesta o re-

clamación que son teóricas en la mayor parte de las dictaduras indicadas. Los países socialistas-marxistas claman constantemente que la criminalidad en ellos va disminuyendo y que el comunismo la hará desaparecer. La realidad muestra lo contrario. En todo caso, cuando hablan de tal decrecimiento no producen estadísticas o datos fiables y al igual que la mayor parte de los países capitalistas lo que tienen en mente es la criminalidad común, pero no la ocasionada por un abuso criminal del poder político. Si la criminalidad, aun sólo la común, disminuyera, resulta difícil explicar la índole marcadamente represiva de los códigos penales socialistas-marxistas, particularmente, con el mantenimiento de la pena de muerte. Recordando a Marx cabe preguntar ¿qué clase de sociedad es la que precisa de ella en tan exorbitante medida, aunque sea como medida alternativa, como la cubana?

La pena de comiso en el proyecto de Código penal

Por JOSE LUIS MANZANARES SAMANIEGO,
Magistrado, Letrado del Ministerio de Justicia y Profesor
Adjunto de Derecho Penal

SUMARIO: I. Incorrecta consideración de pena.—II. Particular referencia al comiso de la ganancia.—III. Nuestra alternativa al Proyecto. IV. Análisis de la normativa del Proyecto: A) Denominación. B) El comiso en las faltas. C) La proporcionalidad. D) El comiso en las infracciones culposas. E) Objeto del comiso: a) Los instrumentos. b) Los efectos provinientes de la infracción criminal. F) Pertenencia de la cosa y efecto del comiso.

I.—INCORRECTA CONSIDERACION DE PENA

El Proyecto de Ley Orgánica de Código penal, publicado en el «Boletín Oficial de las Cortes Generales», el 17 de enero de 1980, acepta y desarrolla la sanción de comiso siguiendo en líneas generales a los Códigos de 1822, 1870, 1932 y 1944. Su elaboración rápida y poco permeable (1) puede explicar que la problemática del comiso no parezca haber recibido todas las atenciones deseables.

El comiso español continúa siendo una pena accesoria, sin que la Exposición de Motivos del Proyecto o su Memoria Explicativa de-

(1) El coloquio compostelano sobre "La reforma penal penitenciaria" (10, 11 y 12 de abril de 1980), fue pródigo en tales críticas, como puede verse en el libro que recoge las ponencias, editado bajo aquella denominación por la propia Universidad. Así, ORTEGO COSTALES, *El Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal*, págs. 137 y 53; RODRÍGUEZ DEVESA, *Inobservancia de los principios básicos...*, pág. 153; y BERISTAIN IPIÑA, *El Proyecto de Código Penal de 1980...*, pág. 327, si bien éste resume su opinión en la frase "sin culpa de nadie, el Proyecto no alcanza la línea de flotación".

diquen palabra alguna a la defensa de tal naturaleza. Es cierto que al legislador corresponde pronunciarse dentro de un ordenamiento determinado, pero sin olvidar cuál sea la naturaleza material de la sanción, cuáles sus características y cuáles sus ventajas o inconvenientes para ser utilizada de una u otra forma. En ese sentido, sencillo resulta observar que el comiso no cumple con las exigencias mínimas que debe llenar toda pena.

Si, según la propia Exposición de Motivos, «el nuevo Código concibe la pena como un castigo que ha de guardar proporción con la gravedad del hecho cometido», se está reafirmando un principio elemental, pero inaplicable al comiso, porque se tropieza con el obstáculo insalvable de la individualización. Quien, de entre los varios responsables criminales, aporta los instrumentos, tal vez no merezca, en el marco de la culpabilidad, esta pena complementaria. Si su culpabilidad hubiere aumentado por el uso de lo que es de su propiedad, su evaluación correcta debería hacerse —como razonan los autores del Proyecto Alternativo alemán— dentro de la individualización de la pena principal y no acudiendo al comiso (2). De otro lado, el comiso parcial de una cosa terminaría en un condominio inviable, con lo que falta de raíz algo que debe ofrecer cualquier pena: la divisibilidad. El dilema no admite soluciones intermedias. Sólo caben el comiso sin limitaciones o la simple renuncia al mismo.

El anterior planteamiento se traduce en inseguridad jurídica y en el riesgo de resoluciones injustas, en sí y comparativamente. Quien comete desacato contra un guardia urbano amenazando atropellarle con un lujoso Mercedes puede recibir mejor trato que quien insinúa algo parecido desde el sillín de una bicicleta. Es más probable que se prescinda del comiso en el primer caso que en el segundo. Queda, naturalmente, la posibilidad de acoger el comiso preceptivo y sin excepciones, tal y como ha sido tradicional en España y se mantiene en el Proyecto, pero tal concepción —de la que nos ocuparemos con mayor amplitud en otro momento— produce efectos aún más censurables.

Sucede que el comiso como pena se aviene mal con el presupuesto de culpabilidad. La Exposición de Motivos del Proyecto entiende que «el Código consagra la rotunda declaración de que no hay pena sin culpabilidad», y añade que para dar efectividad a la misma se han excluido todos los supuestos de responsabilidad objetiva, suprimiendo los preceptos de carácter general en los que anida el «*versari in re illicita*» y eliminando los delitos calificados por el resultado. Nosotros nos preguntamos si la pena de comiso no rompe la relación con la culpabilidad y da vida a unos delitos que pudiéramos denominar «cualificados por sus instrumentos» (o por sus efectos o provecho reportado).

El comiso arrastra históricamente un componente mítico a cuyo tenor procede acordar la destrucción, o al menos la pérdida, de cuan-

(2) *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches*. Allg. Teil 2 Aufl., Tübingen 1969, págs. 175 y 176.

tos objetos ajenos a la víctima o a terceros se han visto envueltos en la acción criminal. Desde esta perspectiva se comprende mejor su proclividad a una individualización objetivada por su relación con el delito, es decir, tan ajena al principio de culpabilidad como al de peligrosidad. Precisamente la gratuidad del comiso de cosas no peligrosas ha servido de base a la nueva regulación de esta figura en sus formas más genuinas —comiso de instrumentos y de los objetos producidos por el delito— dentro del nuevo Código austríaco. Ahora la *Einziehung* requiere la peligrosidad de la cosa (artículo 26). La exigencia de peligrosidad en los «instrumenta» o «producta sceleris» a decomisar —que son los objetos sobre los que recae la «*Einziehung*» alemana y austríaca— apoya en principio la consideración de dicho comiso como medida de seguridad.

Los autores italianos, glosando su Derecho positivo, en el que el comiso aparece como medida de seguridad patrimonial, son muy explícitos. Manzini entiende que se trata de «una medida de seguridad que tiene en común con todas las otras el fin de prevenir las infracciones, pero que, a diferencia de éstas, tiende a eliminar cosas peligrosas por sí mismas o que se vinculan con un hecho determinado previsto por la Ley como delito, más que a hacer inocho o readaptar socialmente al autor de la infracción» (3). Frosali abunda en que el comiso es la única medida de seguridad directamente ordenada por la peligrosidad de la cosa, si bien de manera indirecta se llegue a la peligrosidad personal (4). De forma similar se expresa Bertiol, para quien «la confiscación se ejerce materialmente sobre las cosas, pero no hay que olvidar que éstas se consideran peligrosas sólo en cuanto pueden mantener vivos en el sujeto la idea y el recuerdo del delito, de modo que hacen probable, si no se las aleja, la perpetración de nuevas infracciones», pues «la peligrosidad pasa de las cosas al sujeto» (5).

Pese a la relativa despreocupación doctrinal por el comiso en España, y pese a su constante consideración legal de pena (con la única excepción del Código de 1928), Saldaña advirtió en su día que todas las penas accesorias o complementos de pena, entre los que expresamente mencionaba la pérdida o comiso de los instrumentos y efectos del delito, deberían ser medidas (6). Hoy, Puig Peña parece sustentar igual criterio, calificando al comiso de pseudopena, ya que su verdadera naturaleza sería la de medida de seguridad (7).

Si bien la valoración del comiso como medida de seguridad constituye un avance frente a su consideración de pena, no se ha detenido ahí la evolución jurídicopenal. Las opiniones de los autores italianos

(3) MANZINI, *Instituzioni de Diritto Penale Italiano*, vol. I, Parte generale, 9.^a ed., Padova 1958, pág. 251.

(4) FROSALI, *Sistema Penale Italiano*, Parte 1.^a, t. III, Turín 1958, pág. 582.

(5) BETTIOL, *Derecho Penal, Parte General*. Versión castellana de la 4.^a ed., por José León Pagano, Librería Temis, Bogotá 1965, pág. 797.

(6) SALDAÑA, *La reforma del Código Penal*, Madrid 1920, pág. 128.

(7) PUIG PEÑA, *Comiso*, Nueva Enciclopedia Jurídica Seix, t. IV, pág. 455.

reproducidas más arriba reconocían que el comiso se dirigía primordialmente a la eliminación de la peligrosidad de las cosas. Florián extrae la debida consecuencia cuando afirma que no sólo el comiso, sino toda la categoría de medidas de seguridad patrimoniales es aberrante, ya que los fines de mejoría y reeducación propios de las medidas de seguridad sólo se alcanzan mediante medidas personales en sentido estricto (8). Se vuelve así, en cierta manera, al comiso necesario y absoluto que Stoos defendía —no como pena, sino como medida policial— para poner fin a la peligrosidad inherente a la naturaleza de algunas cosas, por razones de sanidad pública (alimentos y bebidas adulterados, animales con enfermedades, etc.), morales (como, por ejemplo, determinadas publicaciones), mercantiles (monedas y pesas falsas) o de seguridad ciudadana (armas prohibidas, escritos subversivos, instrumentos para el robo, etc.) (9). Modernamente, las doctrinas francesa y belga distinguen también entre la confiscación (o comiso) pena, sujeta a los principios de legalidad y personalidad, y una medida de policía con igual nombre, cuyo fin «no es tanto castigar a un culpable como retirar de la circulación las cosas peligrosas, por lo que en realidad se trata de una medida de seguridad» (10).

Dejando ahora la cuestión terminológica —la denominación de medida de policía no parece de recibo dentro del Código penal, aunque de hecho no falten en el mismo medidas de policía o administrativas impuestas judicialmente (así, el cierre de establecimientos en los delitos relativos a la prostitución)—, es lo cierto que la observación de Florián apunta a una tercera vía. El comiso de los «instrumenta» y «producta sceleris» que representen objetivamente un peligro no constituye medida de seguridad en sentido estricto, porque no tiende «a corregir al delincuente, a eliminarlo o a quitarle las posibilidades de delinquir» (11). No parece que la peligrosidad del reo disminuya sensiblemente por el comiso, aparte de que para nada sirve en cuanto a la readaptación del supuesto peligroso (curación, educación y corrección) o su segregación física (medidas de seguridad «strictu sensu»). De un lado, pocas veces la pérdida de un instrumento para delinquir será de sustitución difícil. De otro, cabe que el reo carezca de toda proyección futura de peligrosidad, pese a la que pueda ofrecer la cosa aprehendida.

Entendemos, pues, que el comiso de los instrumentos y productos del delito constituye una medida «sui generis», cuya imposición ha de

(8) FLORIAN, *Parte Generale del Diritto Penale*, Milano 1934, número 758.

(9) STOOS, *Zur Natur der Vermögenstrafen*, Bern 1878, págs. 32 y sigs.

(10) BOUZAT Y PINATEL, *Traité de Droit Pénal et de Criminologie*, t. I, 12.^a ed., París 1970, págs. 476-7. MERLE Y VITÚ, *Traité de Droit Criminel*, París 1967, págs. 554-5. *Les Nouvelles Corpus Iuris Belgici-Droit Penal*, t. I, vol. I, Bruselles 1956, págs. 177-8. BRAAS, *Precis de Droit Penal*, 30.^a ed., 1946, págs. 224-5.

(11) Esas son las finalidades de las medidas de seguridad según la resolución del X Congreso Penitenciario Internacional de Praga. Ver *Actas*, vol. I b, pág. 45.

limitarse a los supuestos de peligrosidad de la cosa (12). Regulado así, podrá acordarse no solamente cuando haya culpables, sino también —y en esto coincide con las medidas de seguridad— cuando la acción típicamente antijurídica sea cometida por quien no aporte el posterior elemento de la culpabilidad (13). Estos últimos supuestos no encuentran solución fácil en el ordenamiento actual, como no lo encontrarán si prospera el Proyecto. O se devuelven los objetos, o se ponen a disposición de otras autoridades (lo que no tendrá sentido si la cosa no es intrínsecamente peligrosa)... o quedan en los archivos judiciales, esperando una resolución que no llegará nunca. Igual coincidencia con las medidas de seguridad se produce respecto a su posible aplicación frente a las personas jurídicas (14).

El Derecho positivo se mueve en la línea que nosotros apuntamos. Lógicamente, los viejos Códigos, anteriores al concepto de medidas de seguridad, recogieron el comiso en su arsenal de penas, y la inercia no ha dejado de jugar su papel. El ejemplo español es revelador. El comiso como pena llega desde el Código de 1822 hasta nuestros días. Sobre todo a partir del Código de 1848 puede afirmarse que nada ha cambiado, como corresponde a una evolución general de pequeños retoques, sólo alterada durante la breve vigencia del Código de 1928 (15). En éste, precisamente en el que escapa de aquella inercia centenaria, «el comiso de los instrumentos o efectos del delito o falta» se recoge como novena medida de seguridad en la relación de su artículo 90. Pese a ello, poco o nada se modifica en contenido y efectos (arts. 91-3.º, 134, 135 y 136). Su desarrollo coincide casi literalmente con el del comiso como pena en los textos anteriores y posteriores. Tiene carácter imperativo, sin conexión alguna con la peligrosidad de la cosa o del reo.

El comiso aparece en el Código italiano de 1930 como medida de seguridad patrimonial (16), junto a la caución de buena conducta (artículo 240), y con el nombre de confiscación especial, también como medida de seguridad patrimonial, en el Código de Defensa Social cu-

(12) MANZANARES SAMANIEGO, *La pena de comiso*, "Rev. de Estudios Penitenciarios", núm. 216-219, 1977, pág. 35.

(13) Ver el art. 74 (2) 1 y (3) del nuevo Código de la República Federal de Alemania, y el art. 26 (3) del nuevo Código de Austria.

(14) Cabría, además, decomisar cosas pertenecientes a quienes no son responsables criminales, como sucede en la nueva Parte General del Código penal alemán (art. 74 a) y en el nuevo Código austriaco (artículo 26,2), sin olvidar la interpretación suiza a los arts. 58 y 59 de su Código penal.

(15) El comiso de los instrumentos o efectos del delito tendría la consideración de medidas de seguridad según el núm. 8 de la Base 7.^a para el Libro I del Código penal, en la Exposición y Estudio para un Anteproyecto de Bases del Libro I del Código penal, publicado en el núm. 11 de "Cuadernos Informativos", Ministerio de Justicia (Comisión General de Codificación), diciembre de 1972.

(16) El vigente Código penal italiano prevé una confiscación facultativa de los instrumentos, productos y provecho del delito, no sujeta a peligrosidad alguna, pero a renglón seguido establece una presunción absoluta de peligrosidad del objeto, lo que desemboca en el comiso obligatorio cuando se trate del precio del delito o de cosas cuya fabricación, uso, retención o enajenación constituye delito.

hano de 1936 (arts. 51, 52 y 590), que lo aplica tanto a las personas naturales como a las jurídicas. Igualmente es medida de seguridad en el Código penal griego de 1950 (art. 76).

La autonomía frente a las medidas de seguridad se inició con el Código suizo de 1937, en el que bajo la denominación de «otras medidas» se ubican, además de este comiso y del relativo a la ganancia («Verfall»), la caución, el destino a favor del perjudicado y la publicación de la sentencia. El Código islandés de 1940, que no contiene otras penas que la privación de libertad y la multa, se ocupa en un capítulo, el VII, «de las medidas de seguridad, de la pérdida de derechos políticos y de la confiscación». Algo similar ocurre con el Código penal sueco de 1965, cuya Tercera Parte, dedicada a las sanciones, comprende un Capítulo XXXVI, «De la confiscación y de otras consecuencias judiciales especiales de las infracciones».

Particular importancia ofrece el Derecho alemán. Su viejo Código penal incluyó el comiso de instrumentos y productos entre sus penas (arts. 40 y sigs.), mientras que el de las ganancias («Verfall») sólo se mencionaba en el articulado de la Parte Especial (art. 335). Tras la 2.ª Ley de Reforma de 1969, la nueva Parte General dedica la Sección 3.ª a las consecuencias jurídicas del hecho («Rechtsfolgen der Tat»), pero con tratamiento separado para la pena (Título I), las medidas de seguridad y mejora (Título VI), y las dos formas de «Verfall» y «Einziehung» (conjuntamente en el Título VII). También el Proyecto Alternativo de 1966 mantuvo tal criterio, si bien ello se debiera al deseo de no romper la correlación con el Proyecto Oficial de 1962, pues los autores del Proyecto Alternativo no dudaron en calificar la «Einziehung» de medida de seguridad (pero no así al «Verfall»).

Por lo que hace al Derecho austríaco, antes del Código de 1974 no concedía a los Tribunales, con carácter general, la posibilidad de decomisar «instrumenta» o «producta» del delito. La nueva normativa, aunque coloca la correspondiente «Einziehung» —como el «Verfall» o comiso de la ganancia— bajo la rúbrica de «Penas y medidas preventivas», hace girar aquel comiso sobre la peligrosidad, imponiéndose sólo si «de acuerdo con la especial naturaleza de los objetos parece indicado para prevenir la comisión de acciones punibles» (artículo 26, pfo. 1.º), con lo que se evidencia su carácter de medida preventiva. Esta expresión, más amplia que la de medida de seguridad, bien puede abarcar las medidas «sui generis». Piénsese que la «Einziehung» austríaca dispone que «los objetos, sobre los que ostenten derechos personas no participantes en la acción, sólo pueden ser decomisados, si la persona en cuestión no ofrece garantías de que los objetos no serán utilizados para la comisión de acciones criminales» (artículo 26, pfo. 2.º). Con otras palabras, cabe el comiso de objetos pertenecientes a terceros, aunque no sean responsables penalmente ni hayan participado siquiera en el desarrollo de la conducta criminal.

II.—PARTICULAR REFERENCIA AL COMISO DE LA GANANCIA

Consideración especial merecen la autonomía y naturaleza del comiso de las ventajas patrimoniales conseguidas a través del delito. A esta figura nos hemos referido en líneas anteriores, utilizando la expresión germana «Verfall», para diferenciarla del comiso de los «instrumenta» y «producta sceleris», que los alemanes denominan «Einziehung».

La distinción es importante y se recoge en los Códigos alemán, suizo y austríaco. La nueva Parte General del Código penal alemán y el texto austríaco de 23 de enero de 1974 contienen sin duda las normativas más modernas y cuidadas sobre el comiso. Bien dentro de «Otras medidas» (Código suizo), bien como «Consecuencias jurídicas del hecho», pero sin confusión con las penas y las medidas de seguridad y mejora (nueva Parte General del Código de la República Federal de Alemania), bien dentro de las «Medidas preventivas» (nuevo Código austríaco), el tratamiento del comiso de la ganancia, aunque paralelo al de los instrumentos y efectos del delito, ofrece rasgos propios. La «Einziehung» y el «Verfall» coinciden en no ser penas ni medidas de seguridad en sentido estricto. Frente a esos dos grupos de sanciones, ambas modalidades de comiso aparecen como medidas «sui generis», lo que se refleja en los tres ordenamientos citados, pero la regulación separada de los dos comisos pone también de manifiesto las dificultades para reducirlos a un común denominador.

El párrafo 1.º del art. 59 del Código suizo ordena el «Verfall», a favor del Estado, de los «regalos y otros donativos» (17) destinados a promover o recompensar una acción punible. Thormann, Overbeck y Schwander identifican el objeto de este comiso con el salario del delincuente o «Verbrecherlohn» (18).

En el artículo 73 de la nueva Parte General del Código penal alemán, el «Verfall» se refiere a la ventaja patrimonial o «Vermögensvorteil» obtenida «por» el hecho o «de» el hecho. La expresión de «ventaja patrimonial» fue propuesta por el Proyecto Alternativo (artículo 83), para unificar, evitando problemas, los conceptos de «Entgelt» y «Gewinn», de hondas raíces en el Derecho germano y mantenidos aún en el Proyecto oficial de 1962 (art. 109). Cabría traducir «Entgelt» por ventaja patrimonial recibida como contraprestación, vg., la dádiva en el cohecho; y «Gewinn», por provecho o ganancia logrados directamente gracias a la acción criminal, al final de cuyo desarrollo se sitúa, así el valor de lo estafado. Estas precisiones, largamente estudiadas y analizadas por los juristas alemanes, contrastan

(17) «Geschenke» y «Zuwendungen».

(18) THORMANN Y OVERBECK, *Schweizerisches Strafgesetzbuch*, Aug. Teil, Zürich 1946, pág. 207. SCHWANDER, *Das Schweizerische Strafgesetzbuch*, 2. Aufl, Zürich 1964, pág. 279.

con la vaga fórmula tradicional española y la escasa preocupación que ha suscitado en la generalidad de nuestros juristas.

En el artículo 20, párrafo 1.º, del nuevo Código austríaco, dispone el «Verfall» del «regalo u otro donativo (19) de valor pecuniario que el autor haya recibido por la acción criminal antes o después de la misma...».

Lo característico de este comiso es su objeto, que, como ganancia o provecho económico, no ofrecerá normalmente peligrosidad intrínseca alguna. Tal característica se une a los argumentos que hemos empleado para rechazar que el comiso de los instrumentos o productos del delito pueda considerarse pena o medida de seguridad. Aquí, en la ganancia, no se aprecia siquiera una peligrosidad objetiva capaz de contaminar al poseedor de la cosa. Por ello hemos entendido que la naturaleza del comiso de la ganancia es la de una «medida de no tolerancia de una ilícita situación patrimonial», por emplear las palabras de Maurach (20), o, si se prefiere, una medida tendente a impedir un lucro ilícito (21).

Curiosamente, el Código penal tipo latinoamericano, pese a ocuparse, en secciones separadas, de las penas y de las medidas de seguridad (las A y B del Título III de la Parte General, dedicada a las sanciones), incluye el comiso, sin darle tal nombre, en el Título IV, es decir, dentro de la responsabilidad civil derivada del delito. Su artículo 97 dispone: «El delito determina la pérdida a favor del Estado de los instrumentos con que se cometió y de las cosas o valores provenientes de su realización, o que constituyan para el agente un provecho derivado del mismo delito, salvo el derecho que sobre ello tenga el ofendido tercero». Parece como si el comiso de la ganancia hubiera arrastrado al de los instrumentos y productos. La unificación se hace sobre el primero (22).

Volviendo a las diferencias sustanciales inherentes a un comiso y otro, no se reducen aquéllas a la ausencia de peligrosidad de la ganancia. Cuando se opera en la línea del enriquecimiento injusto —y no en la de prevención del peligro— nada impide acudir en su caso, sin limitación alguna, al comiso de segundo grado, es decir, sobre un objeto que ha sustituido al primero, pero sin que haya desaparecido el lucro que se pretende anular (piénsese en la compra de algo con el metálico recibido). Cabe incluso acudir a lo que los alemanes denomi-

(19) Los mismos vocablos que en el Código suizo: “Geschenk” y “Zuwendung”.

(20) MAURACH, *Deutsches Strafrecht*, Allg. Teil, 4 Aufl., Karlsruhe 1971, pág. 817.

(21) MANZANARES SAMANIEGO, *La pena de comiso...*, pág. 35.

(22) QUINTANO RIPOLLÉS escribe, refiriéndose a la normativa española: “El comiso no parece ser otra cosa que una consecuencia civil y procesal del dolo, sin finalidad punitiva, ni siquiera cautelar, puesto que bien claro se deduce de la disposición comentada (art. 48), que la venta, caso de licitud, aprovecha en definitiva al propio condenado, sirviendo al descargo de sus obligaciones civiles”. *Comentarios al Código Penal*, Ed. Rev. de Derecho Privado, Madrid 1966, pág. 340.

nan «Verfall des Wertersatzes», o «comiso de una cantidad de dinero que corresponde al valor de lo conseguido», (art. 73 a), cuando resulten imposibles los comisos de aquellos objetos concretos. En realidad se trata de un comiso impropio, de contenido no real, sino obligatorio, como sanción pecuniaria que, a diferencia de la multa, carece de arresto subsidiario. Igual posibilidad de acudir a una suma en metálico contiene el artículo 20, pfo. 2 del Código austríaco, si bien, con mayor acierto, ya no se habla de «comiso de una cantidad de dinero», sino de «pago de una cantidad de dinero».

Obsérvese, por último, que es precisamente la ubicación de este comiso en el marco del Derecho civil la que mejor se aviene con la aplicación de su producto al pago de las responsabilidades extrapenales del reo. Si el comiso es una pena, como en el vigente Código penal español y en el Proyecto, no se entiende por qué su contenido afflictivo ha de decantarse o alterarse según la capacidad de pago que el condenado tenga para satisfacer determinadas deudas (arts. 48 y 111 del Código, y 61 y 128 del Proyecto). La regulación del Proyecto, aunque en este punto supera a la del Código, tampoco pone fin a la anomalía (23).

III.—NUESTRA ALTERNATIVA GLOBAL AL PROYECTO

La normativa del comiso es en el Proyecto tan censurable como en el Código vigente. Ni el comiso puede ser pena —al menos, pena accesoria de imposición preceptiva e indiscriminada—, ni su problemática cabe en un solo artículo. No basta que el Proyecto divida en dos un artículo que proviene de 1848, y los proponga ahora como 66 y 61. Es preciso reconocer una naturaleza «sui generis» al comiso de los instrumentos y efectos del delito, por un lado, y al de la ganancia, por otro, y actuar en consecuencia. La exigencia mínima sería la consideración de medida de seguridad para el primero de tales supuestos. En tal caso podría forzarse —a efectos sistemáticos y como mal menor— la ubicación del segundo supuesto, aproximándola al primero. Los ejemplos suizo, alemán y austríaco señalan el camino a seguir.

El comiso de los «instrumenta» y «producta sceleris» debiera recaer tan sólo sobre sujetos peligrosos, mientras que el de la ganancia sería transformable en una simple obligación de pago, evitándose así el premio a quien se desprende de la cosa o la oculta diligentemente. Presupuesto del comiso sería la acción antijurídica, sin necesidad de acudir a la culpabilidad, y se detallarían los requisitos precisos para llegar incluso al comiso de lo perteneciente a terceros o a personas jurídicas.

(23) Ver infra el apartado «Pertenencia de la cosa y efecto del comiso».

Esa construcción de nueva planta serviría tal vez de revulsivo contra la inercia que ha hecho del comiso una pena devaluada. Se repite el fenómeno de lo que sucede con las inhabilitaciones y suspensiones, o con la caución. A la desidia del legislador se ha unido la de los tratadistas, la de los mismos reos y, como consecuencia de esta última, la de la propia jurisprudencia, escasísima y fragmentaria. Ante la falta de una normativa satisfactoria, los Tribunales de instancia suelen buscar soluciones justas y rápidas, sin entrar en razonamientos. Por esta vía se resuelven —por activa o por pasiva— cuantos problemas ha dejado en el aire el legislador: proporcionalidad, renuncia al comiso, el comiso en las infracciones culposas, referencia temporal del dominio, etcétera.

Se ha llegado a tal extremo que con frecuencia los fallos precinden del vocablo «comiso», recurriéndose al ya clásico «dese a los efectos intervenidos el destino legal». Por rechazable que sea la fórmula, tiene la ventaja práctica de soslayar las mil oscuridades que rodean esta materia. Es fácil relativamente —a salvo los delitos culposos— identificar los «instrumentos», pero no ocurre igual con los «efectos provinientes», que es expresión vaga, capaz de comprender junto a los «producta sceleris» en sentido estricto, los «scelere quaesita», el «fructus sceleris», los objetos de la infracción, las dádivas, y aun los medios de prueba, y hasta cierto punto, otros objetos relacionados con el hecho criminal. Volveremos sobre este particular al exponer nuestra alternativa subsidiaria para el caso de que en el Proyecto se mantuviera el comiso como pena.

IV.—ANÁLISIS DE LA NORMATIVA DEL PROYECTO

Una crítica mínima de la normativa propuesta ha de aceptar la consideración de pena que el Proyecto atribuye al comiso. Luego habrá de examinarse si el desarrollo es congruente con ese punto de partida y si en esa línea se han registrado avances o retrocesos frente a los textos vigentes.

A) DENOMINACIÓN

El nuevo artículo 59, al declarar que «son penas accesorias la interdicción civil y la pérdida o comiso de los instrumentos y efectos del delito o falta» arrastra un defecto que se remonta a 1848. Todos los Códigos desde entonces —con la excepción del de 1928 (art. 90-9.º)— insisten en la doble referencia a «la pérdida o comiso» (artículos 24 del Código 1848-50, 26 del Código de 1870 y 27 en los Códigos de 1932 y 1944), si bien en realidad la pérdida sea el efecto del comi-

so (24). En los artículos de la Parte Especial —así en los artículos 213, 350, 393 y 602 del Código vigente— sólo se emplea la palabra comiso. La confusión se mantiene, por el contrario, en los artículos —uno en cada Código— dedicados a la imposición y contenido de esta pena (59 del Código de 1848-50, 63 del Código de 1870, y 48 de los Códigos de 1932 y 1944): Toda pena que se impusiere por un delito «llevará consigo la pérdida» de sus efectos e instrumentos, añadiéndose a renglón seguido que «los unos y los otros serán decomisados».

Los autores del Proyecto parecen haber reparado en la incorrección apuntada. Al descomponer en dos el artículo 48 del Código vigente las redacciones mejoran. Según el nuevo artículo 66: «Toda pena que se impusiere por delito o falta dará lugar al comiso...». Antes, en el artículo 61, se lee: «El comiso producirá la pérdida de los efectos o instrumentos del delito». Nosotros pedimos dar un paso más, el definitivo, y marginar del nuevo artículo 59 la referencia a la pérdida, dejando únicamente, junto a la interdicción civil, el comiso.

B) EL COMISO EN LAS FALTAS

Dado que el artículo 48 del vigente Código relaciona la accesoriadad del comiso con la imposición de una pena principal por delito, el comiso en las faltas sólo es posible de acuerdo con el artículo 602. A su tenor,

«Caerán siempre en comiso:

- 1.º Las armas que llevare el ofensor al cometer un daño o inferir una injuria, las hubiere mostrado o no.
- 2.º Las bebidas y comestibles falsificados, adulterados o pervertidos
- 3.º Las monedas o efectos falsificados, adulterados o averiados que se expendieren como legítimos o buenos.
- 4.º Los comestibles con que se defraudare al público en cantidad o calidad.
- 5.º Las medidas o pesos falsos.
- 6.º El dinero, efectos, instrumentos y útiles que sirvan para juegos prohibidos.
- 7.º Los efectos que se empleen para adivinaciones u otros engaños semejantes.»

Entendemos que en el núm. 1 se presume el destino instrumental de las armas en determinadas circunstancias. Los números 2 y 5 recogen ejemplos de «producta sceleris». Los números 3, 4 y 7 afectan más bien a «instrumenta sceleris» para la comisión de estafas. Y el número 6 emplea una fórmula amplia, que pudiera comprender tam-

(24) MANZANARES SAMANIEGO, *Sugerencias para una nueva Parte General de Código Penal español*, "Documentación Jurídica", núm. 19, 1978, págs. 778-9.

bién cosas sólo «relacionadas» con el delito, en línea con las previsiones del artículo 350.

Con buen criterio, el Proyecto deja sin sucesor este artículo 602, y traslada el comiso en las faltas a la Parte General (arts. 59, 61 y 66). Lástima que esta novedad no venga acompañada del deseable respeto al principio de proporcionalidad. Ya es grave que en nuestro ordenamiento—a diferencia de otros, como el alemán o el austriaco—el comiso por delito sea de imposición imperativa, sin correctivos o matizaciones, pero cuando tal rigidez se lleva con carácter general al terreno de las faltas, las consecuencias pueden ser monstruosas. No olvidemos que el Código de 1944 supuso por su parte un retroceso frente al de 1932. El texto republicano reflejaba una mayor sensibilidad jurídica. Pese a que en su artículo 597 acogía el criterio de lista, disponía en su artículo 598 que «el comiso de los instrumentos y efectos de las faltas expresadas en el artículo anterior, lo decretarán los Tribunales a su prudente arbitrio, según los casos y circunstancias» (25).

La extensión generalizada de esta pena a las faltas exige también una determinación más clara de los «efectos» decomisables.

C) LA PROPORCIONALIDAD

El principio de proporcionalidad entre la pena de comiso, de un lado, y la antijuridicidad del hecho y la culpabilidad del reo, de otro, debe respetarse en lo posible, tanto si se trata de delitos como de faltas. Las generosas previsiones del artículo 598 del Código de 1932 podrían extenderse a toda clase de infracciones, dejando a los Tribunales un prudente arbitrio. Otra solución, quizá más acertada, sería la de facultar expresamente a los Tribunales para prescindir de la imposición del comiso cuando su efectos no guardaran proporción con la conducta criminal, es decir, cuando representaran para el afectado una severidad excesiva. Se trata del régimen seguido por la nueva Parte General del Código alemán para ambas modalidades de comiso, «Verfall» (art. 73 c) y «Einziehung» (art. 74 b), pese a que en dicho ordenamiento no presenten la naturaleza de pena.

Obsérvese además que, aun si el comiso es considerado pena, no hay obstáculo para limitarlo—al menos por lo que hace a los «instrumenta» y «producta sceleris»—a aquellas cosas que ofrezcan alguna especial peligrosidad. De esta forma no serían decomisables los objetos de fácil adquisición en el comercio. Cabría igualmente un comiso que sólo afectara a una parte de la cosa, aquella de la que dimanara el peligro; o sustituir tal sanción por la pura inutilización en cuanto signifique riesgo, pero sin alterar la titularidad dominical.

Lo que resulta difícil es el fraccionamiento de la propiedad, que desembocaría en condominios absurdos, únicamente soslayables si el comiso parcial de la cosa se sustituyera por una pena obligacional.

La simplificación condiona de hecho el problema, convirtiéndolo

en un dilema, en el que o se decomisa la cosa en su totalidad o se renuncia por completo a la sanción. Esa elección es la que postulamos para que los Tribunales puedan paliar los resultados injustos, sea cual fuere la modalidad de comiso en que se presenten (26).

D) EL COMISO EN LAS INFRACCIONES CULPOSAS

La cuestión se centra en los instrumentos, quedando en un segundo término el comiso de los productos o, en palabras del Proyecto, de los efectos que de la infracción provinieren.

Para averiguar lo que sea un instrumento del delito resulta inevitable salir extramuros de los textos penales, como corresponde al examen de un concepto metajurídico. Así nos encontramos con que en países cuyos ordenamientos no distinguen entre delitos dolosos y culposos a la hora de regular el comiso, son los propios comentantes quienes marcan las diferencias. En Bélgica los autores y la jurisprudencia coinciden en que, «pese a los términos absolutamente generales del artículo 43 del Código penal (27), los delitos involuntarios no permiten la confiscación especial» pues se exige una ordenación en la mecánica criminal, «lo que conlleva la idea de una voluntad criminal positiva» (28). Similar es la situación en Argentina. Por una parte, el artículo 23 del Código penal, que tampoco encierra distinción alguna. Por otra, la posición de la mejor doctrina. R. C. Núñez, después de recordar que «son instrumentos del delito los objetos intencionalmente utilizados para consumir o intentar el delito», pero no «los objetos utilizados únicamente en los actos preparatorios del delito o después de consumir éste para asegurar o aprovechar el resultado», añade que «en los delitos culposos no existen instrumentos del delito, aunque sí instrumentos del acto imprudente, imperito o antirreglamentario» (29). En igual línea, Soler niega que pueda considerarse instrumento al automóvil con el que se produce un homicidio culposo (30).

Por lo que hace a España, sostiene Córdoba que el artículo 48 del Código vigente —«toda pena que se impusiere por un delito llevará consigo la pérdida...»— no refiere la preordenación instrumen-

(26) El art. 213 del Código de 1944 incorporó un precepto, procedente de la Ley de Seguridad, que ampliaba el comiso a las imprentas por medio de las cuales se cometieran determinados delitos. Curiosamente, ese comiso tiene carácter facultativo cuando se trata de imprenta no clandestina. Recientemente, la posibilidad de prescindir del comiso en casos de desproporción con la gravedad de la infracción ha sido recogida en el art. 7.º del Proyecto de Ley sobre modificación de la legislación vigente de contrabando y regulación de delito e infracciones administrativas en la materia.

(27) Art. 43 del Código belga: «La confiscación especial será pronunciada siempre para el crimen o delito. Sólo se dictará en casos de falta cuando así lo determine la Ley».

(28) *Les Nouvelles*, págs. 179-180.

(29) R. C. NÚÑEZ, *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Córdoba-Buenos Aires 1972, págs. 360-1.

(30) S. SOLER, *Derecho Penal argentino*, t. II, Buenos Aires 1973, pág. 398.

tal a un resultado típico, sino a la ejecución del delito, debiendo tenerse en cuenta que «también los delitos culposos requieren la existencia de una voluntad, aunque no dirigida al resultado típico» (31). Coincide así con la opinión de la Fiscalía del Tribunal Supremo, en cuya Memoria de 1969, resolviendo la consulta núm. 6 de 1968, se afirma que el comiso es pena accesoria «sin distinción entre delitos dolosos o cometidos por imprudencia» (32). Esta posición es la que también se ha impuesto en Italia, saliendo al paso de su silencio legal.

Para nosotros, la exégesis del artículo 48 permite, y exige, el comiso de los efectos provenientes del delito culposo, en los rarísimos casos en que tales efectos existan, entendidos —según creemos— como «producta sceleris». Ahora bien, en el problema fundamental, el de los «instrumenta», nos alineamos con las doctrinas belgas y argentina. Pensamos que la instrumentación recogida en el repetido artículo carece de sentido en la infracción culposa, porque encierra necesariamente una relación intencional con el resultado (33). A mayor abundamiento esta interpretación —respetuosa con el texto legal— evita hasta cierto punto que la vulneración del principio de proporcionalidad se extienda como mancha de aceite desde las infracciones de dolo directo hasta las imprudencias leves. Esa generalización a las infracciones culposas podría poner en entredicho otro principio, el de la legalidad de las penas, por recogerse en el Código un comiso de ignorado contenido real. Ciertamente todas las penas ofrecen una cierta indeterminación a nivel legal, pero en el comiso instrumental culposo la imprecisión es casi absoluta.

En la normativa del Proyecto el problema se agrava por la generalización del comiso en las faltas, algunas de las cuales (artículos 661, 667, 668) se castigan en su forma culposa. De otro lado, el catálogo cerrado de «crimina culposas» constituye un elemento positivo. Con todo, no parece oportuno dejar en manos de interpretaciones discutibles, o discutidas, el logro de una solución justa. Sin duda, nuestra propuesta de acatamiento mínimo del principio de proporcionalidad, permitiendo a los Tribunales prescindir del comiso en los casos extremos, como se expuso en el epígrafe anterior, es válida igualmente respecto a las infracciones culposas. Si aquélla no fuera aceptada, convendría llevar al nuevo texto la correspondiente restricción expresa, excluyendo el comiso respecto a las infracciones culposas, al menos en cuanto a los instrumentos. Nada se opone tampoco a la coexistencia de ambas previsiones. Es lo que ocurre en la normativa alemana sobre la Einziehung (art. 74 de la nueva Parte General del Código penal). Para seguir ese ejemplo bastaría sustituir en el párrafo 1.º del artículo 61 del Proyecto la expresión «del delito o falta» por la de «infracción penal dolosa».

(31) CÓRDOBA y otros, *Comentarios al Código Penal*, t. II, Barcelona 1972, pág. 197.

(32) Conviene recordar que, resolviendo esa misma consulta, la Fiscalía del Tribunal Supremo se inclina por negar a los vehículos de motor la condición legal de instrumentos de delito, sea éste doloso o culposo.

(33) MANZANARES SAMANIEGO, *La pena de comiso*, págs. 42 y 43.

E) OBJETO DEL COMISO

Objeto del comiso continúan siendo en el Proyecto «los efectos que de ellos (delitos o faltas) provinieren» y «los instrumentos con que se hubieren ejecutado» (artículo 66). Si la primera referencia ofrece contornos relativamente claros, no sucede igual con la segunda, que bien merece una reconsideración.

a) *Los instrumentos*

Se trata de un concepto bien acuñado, aunque con algunas discrepancias exegeticas. Recogido en la casi totalidad de los ordenamientos que aceptan el comiso, su ya mencionada naturaleza metajurídica ha permitido una interpretación sin fronteras.

Los franceses ponen como ejemplo las armas con las que se ha cometido un delito de caza o pesca (art. 378 del Código rural galo), incluidos los vehículos utilizados con tal fin (34). Los belgas entienden que el texto del artículo 42 de su Código penal —«cosas que han servido o estaban destinadas a cometerla» (la infracción)— comprende la escala utilizada para robar, las llaves falsas y ganzúas, los punzones y sellos de contraste empleados para fabricar monedas, etcétera (35).

Los alemanes citan entre los «instrumenta sceleris» los utensilios para fabricar monedas, y añaden los casos más interesantes entre los resueltos por la jurisprudencia: el coche empleado para transportar el botín, la moto con que se lleva hasta el lugar apartado a la víctima de una violación, el turismo con que se huye tras el accidente, y los medios de transporte del encubridor real, entre otros (36). El Código alemán, tanto en su viejo artículo 40 como en el 74 de su nueva Parte General, prevé para sus infracciones el comiso de «los objetos... que han sido utilizados o destinados a su ejecución o preparación». Similar es la situación en Suiza, cuyo Código (art. 58, pf. 1) hace girar el comiso sobre los «objetos que han servido o estaban destinados a la ejecución de una acción punible».

Los italianos se inclinan igualmente por la fórmula descriptiva. Según el artículo 240 de su vigente Código penal son decomisables «las cosas que sirvieron o fueron destinadas a cometer un delito». Como ejemplos recoge la doctrina el dinero, las armas, las materias primas, los productos químicos y los útiles para el robo (37).

(34) BOUZAT Y PINATEL, *Traité...*, págs. 475-6. MERLE Y VITÚ, *Traité...*, págs. 554-5.

(35) *Les Nouvelles*, págs. 180 y sigs.

(36) FRANK, Reinhard, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, 18. Aufl., Tübingen 1931, pág. 75. BAUMANN, Jürgen, *Strafrecht*, Allg. Teil, Bielefeld, 3. Aufl., 1964, pág. 613. JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, Allg., Teil, 2. Aufl., Berlín 1972, págs. 598-9. MAURACH, *ob. cit.*, págs. 820-1.

(37) MANZINI, *Diritto Penale Italiano*, 2.^a ed., Torino 1943, pág. 329. ANTOLISEI, *Manual de Derecho Penal*, Buenos Aires 1960, pág. 577.

En realidad el texto español, como el de otros Códigos de nuestro ámbito jurídico, no se limita a emplear la palabra «instrumentos», sino que los sitúan expresamente en una dinámica de ejecución. Nada aconseja modificar la tradicional redacción española, perfectamente homologable en el Derecho comparado. Los problemas que plantea no son propiamente suyos, sino que proceden de la insuficiencia con que se regulan los restantes comisos, es decir, los que recaen sobre efectos provinientes del delito.

Ferrer Sama define los instrumentos del delito como los «elementos materiales de que se haya valido (el autor) para su ejecución» (38). Quintano pone los habituales ejemplos (arma, ganzúa, llave, disfraz, etcétera) (39), como hace Córdoba (armas en la producción de muerte o lesiones, útiles para el robo, instalaciones montadas para engañar o estafar, etc.), aunque este último añada como característica común la de tratarse de «medios empleados para la comisión del mismo» (delito) (40).

Puig Peña da la nota discrepante cuando —sin las correspondientes citas— afirma que también considera la doctrina como «instrumenta sceleris» todo aquello que constituye precio del delito, es decir, el dinero o cualquiera otra utilidad material que una persona entregue a otra en «pactum sicaris» (41). La falta de previsiones expresas para el comiso de la ganancia —a diferencia de lo que sucede en los derechos germánicos— repercute en esta forzada interpretación instrumental. Algo parecido ocurre en Francia, si bien allí la tendencia sea incluir el precio del delito dentro del producto del mismo, lo que entendemos solución más acertada.

Nuestro Tribunal Supremo ha oscilado entre la interpretación generosa de la Sentencia de 10 de octubre de 1973 (Aranzadi 3663), en el denominado caso Trujillo, y la restrictiva de la Sentencia de 31 de igual mes y año (Aranzadi 4007), para la que sólo deben decomisarse «los predeterminados para el quehacer deseado delictual», los previstos en el tipo penal, que «suponen el medio necesario de ejecución más característica», evitando ampliar onerosamente esta pena.

b) *Los efectos provinientes de la infracción criminal*

Es aquí donde resultaría oportuno romper la trayectoria seguida por nuestros Códigos y mantenida en el Proyecto. La redacción tradicional peca de ambigua y confusa, con el consiguiente peligro contra la seguridad jurídica. De otro lado, esa misma vaguedad se ha traducido en muy variadas opiniones sobre su contenido, y creemos ha contribuido eficazmente al abandono que en nuestro Derecho aplicado ofrece cuanto afecta al comiso. Frente a la nítida normativa alema-

(38) FERRER SAMA, *Comentarios al Código Penal*, 1947, t. II, página 229.

(39) QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios...*, pág. 341.

(40) CÓRDOBA y otros, *Comentarios...*, t. II, pág. 196.

(41) PUIG PEÑA, *ob. cit.*, pág. 455.

na, con su triple proyección del comiso: instrumentos, productos y ganancia —las dos primeras como *Einziehung*, y la tercera como *Verfall*—, la expresión española aparece como un cajón de sastre en el que casi todo cabe. En cierta manera, incluso los instrumentos provienen del delito, por cuanto sólo la comisión de un delito concreto y su persecución les otorga relevancia penal.

Individualizados por su mención especial los «instrumenta sceleris», continúan siendo muchos —y a su vez de contornos borrosos— los conceptos que entran o pueden entrar en la categoría de efectos provenientes del delito: «producta sceleris», «scelere quaesita», «fructus sceleris», objeto del delito, cuerpo del delito, ganancia, provecho, precio del delito, dádivas, presentes, piezas de convicción, pruebas materiales. La terminología se enriquece con aportaciones de los comisos recogidos en la Parte especial del Código, de la nueva regulación del favorecimiento personal y real (art. 515 del Proyecto) y de la legislación procesal.

La doctrina española coincide en que provienen del delito los «producta sceleris» en sentido estricto, *vg.*, los documentos o monedas falsificados, y los comestibles adulterados. Hasta aquí puede hablarse —como de los «instrumenta»— de una noción extrajurídica cuyo correcto entendimiento carece de límites territoriales. Recordemos que *Manzini* cita entre los productos del delito los objetos creados, transformados o adulterados mediante la propia infracción, así la moneda falsa, el esqueleto preparado de un cadáver o la harina mezclada con polvo mineral (42). Las discrepancias comienzan a partir de ese núcleo de aceptación común, y lógicamente las dificultades para delimitar el concepto de «producta sceleris» se multiplican cuando pasamos al de objetos provenientes del delito, dentro de los cuales los productos sólo representan una parte.

En Alemania, advierte *Frank* que, a diferencia de los «producta sceleris» no son decomisables los «scelere quaesita», es decir, lo obtenido mediante la conducta criminal, sea de manera directa (los «scelere quaesita» en sentido estricto, como el botín del hurto o el animal cazado), sea de modo indirecto, a través de un «productus sceleris» (el denominado «fructus sceleris», como, por ejemplo, lo comprado con dinero falso o con el recibido por el receptor al revender la cosa); añadiendo que tampoco constituyen «producta» los simples medios de prueba, tanto si se refiere a la realización del delito como a sus beneficios (así, los diarios y libros de comercio) (43). *Maurach* excluye de los «producta» el objeto del delito (*vg.*, los explosivos y armas poseídos sin licencia, o los automóviles sin permiso de circulación), y lo que denomina «*erlangte Gegenstände*», es decir, lo conseguido mediante la acción criminal (*vg.*, el botín en los delitos contra la propiedad, el animal cazado o lo ganado en el juego ilícito) (44). Los

(42) MANZINI, *Diritto...*, págs. 329-30.

(43) FRANK, *Das Strafgesetzbuch...*, pág. 74.

(44) MAURACH, *ob. cit.*, pág. 821.

autores suizos se sitúan en la misma línea e incluyen entre los «producta» la mercancía adulterada y el dinero falso (45).

Obsérvese que las normativas italiana, de un lado, y suiza y alemana de otro, favorecen la interpretación restrictiva de lo que sean los productos del delito, y eso porque en los tres ordenamientos —con uno u otro nombre— el comiso tiene una triple proyección, sobre los instrumentos, sobre los productos y sobre el provecho o ganancia.

El panorama se ensombrece cuando la proyección sólo tiene dos términos: los instrumentos y los efectos provinientes del delito. En Argentina, cuyo Código penal ofrece en su artículo 22 una regulación sustancialmente idéntica a la española, R. C. Núñez y Soler rechazan el comiso de lo que el delincuente obtiene a través de los «producta» en sentido estricto, y Fontán sostiene que el comiso del producto de la enajenación es inadmisibles de «lege data», como contraria al texto legal. El mismo R. C. Núñez considera que el botín del robo es un «producta sceleris», si bien su comiso resulta inviable por pertenecer a tercero. Igual exclusión del comiso del botín sostiene Soler, pero sin explicar su postura.

Si el panorama argentino tiende en general a una equiparación entre los «producta sceleris» y los objetos provinientes del delito, el español muestra mayor diversidad. Córdoba ha defendido dicha equivalencia, escribiendo que los efectos en cuestión son los objetos «producidos» por el delito, de forma que «no merecen la consideración de efectos provinientes del delito, por no corresponder a la noción expuesta, aquellas cosas que representan el objeto de la infracción» (46). A igual conclusión hemos llegado nosotros, acudiendo además a un argumento derivado del artículo 393 del vigente Código, cuya existencia pone de relieve cómo ni las dádivas ni los presentes serían decomisables en el marco del artículo 48. No se trataría de una redundancia superflua, sino de extender el objeto del comiso. Lo mismo ocurría en el Código alemán hasta 1969, o sea, hasta que el comiso de la ganancia, recogido sólo en la Parte Especial y de manera fragmentaria, pasó a ubicarse como «Verfall» en la Parte General, junto a la «Einzziehung».

Sin embargo, la posición contraria ha venido siendo mantenida desde el pasado siglo, quizá por una atención menor —o poco afortunada— a ese Derecho comparado que hubiera permitido centrar mejor la problemática. Según Groizard «la palabra efectos del delito tiene un sentido lato, en ella están comprendidos los objetos que forman el delito y los producidos por el mismo» (47). La Memoria de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 1889 sostiene, en relación con la consulta núm. 20 de la Fiscalía de Gerona, que «los efectos sustraídos» son efectos provinientes del delito (48). Modernamente, Puig

(45) THORMANN Y OVERBEK, *ob. cit.*, pág. 207.

(46) CÓRDOBA y otros, *Comentarios...*, t. II, pág. 196.

(47) GROIZARD, *El Código penal de 1870*, t. II, pág. 308.

(48) No es clara la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo sobre este particular. Con todo, véase la Sentencia de 15 de noviembre de 1971 (Aranzadi 4596).

Peña coloca junto a los objetos creados transformados o adulterados por la infracción —«producta sceleris» propiamente dichos—, «todas aquellas cosas que entran en el patrimonio del ofensor, constituyendo un enriquecimiento ilícito a costa del empobrecimiento de la persona que resulta perjudicada por la infracción», y aun añade que «todo esto, bien en el caso de que el aumento del patrimonio activo se verifique por la entrada de la misma cosa o efectos del delito, que por la entrada de aquellos otros que ha conseguido el culpable por permuta o con dinero procedente de la infracción (49). Olvida este autor que el Derecho italiano, en el que parece inspirarse, prevé junto al comiso de los instrumentos y productos el del provecho, lo que no ocurre en nuestro Derecho positivo.

Precisamente la fórmula italiana es la que proponemos de «*lege ferenda*» para mejorar la normativa del Proyecto. Para nosotros los efectos provenientes del delito sólo comprende con seguridad los «*producta*» en sentido estricto, tal y como aparecen en la doctrina alemana. Las ganancias o provecho deberán ser mencionadas expresamente junto a los instrumentos y productos como en el artículo 240 del Código italiano. El artículo 66 del Proyecto podría quedar así: «Toda pena que se impusiere por delito o falta llevará consigo el comiso de los instrumentos con que se hubiere ejecutado, y el de las cosas que fueren su producto o provecho» (50). Suprimiendo por innecesario y perturbador al artículo 393 del Código vigente (art. 481 del Proyecto), y tal vez también el 350 (387 del Proyecto), y desaparecido sin sucesor el viejo artículo 602, la redacción que sugerimos permitiría reconducir el tema de los objeto decomisables al marco de los Derechos alemán, suizo e italiano, evitando confusiones entre las cosas que efectivamente constituyen instrumento, producto o provecho del delito y aquellas otras cuya simple «relación» con la infracción criminal queda fuera de tales calificaciones.

F) PERTENENCIA DE LA COSA Y EFECTO DEL COMISO

Si el comiso es pena, resulta inevitable la exclusión del comiso cuando las cosas pertenecen a tercero. El Proyecto, en el párrafo 1.º de su artículo 61, se refiere a «un tercero no responsable de la infracción», con lo que sigue a los Códigos anteriores. Podría precisarse más, pero no hace falta. El «responsable de la infracción» ha de entenderse como responsable criminal, pues al responsable civil no se le imponen penas. Así lo ha reconocido el Tribunal Supremo, cuya

(49) PUIG PEÑA, *ob. cit.*, págs. 456-7.

(50) Por razones de exposición no queremos reflejar aquí la posible restricción a las infracciones dolosas. El precepto habría de completarse, además, con otro que reconociera el principio de proporcionalidad.

Sentencia de 20 de junio de 1963 (Aranzadi 3016) rechaza el comiso de lo que pertenece a una sociedad responsable civil subsidiaria (51).

El repetido párrafo 1.º del artículo 61 del Proyecto señala que «el comiso producirá la pérdida de los efectos o instrumentos...». No debiera haber dudas sobre el efecto fundamental del comiso —transmisión directa de la propiedad de la cosa a favor del Estado— pero es lo cierto que nuestros Códigos, como el Proyecto, no son muy explícitos, ni en cuanto al efecto real —y no obligacional, a diferencia de la multa— ni en cuanto al momento de la traslación de propiedad ni, en consecuencia, respecto al elemento temporal de la pertenencia.

Aunque se suele aceptar la transmisión «ipso iure» al Estado desde la firmeza de la sentencia, quizá conviniera completar el nuevo texto. La citada sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 1963 subraya que la pérdida del dominio se constituye como «efecto sustantivo penal, inmediato y definitivo», pero la de 15 de noviembre de 1971 (Aranzadi 4596), relativa a un cohecho, declara que «el mencionado comiso recaerá sobre el total (de las dádivas)... una vez que sean aprehendidas dichas cantidades en trámite de ejecución de sentencia, si las ocupadas hasta ahora fueren insuficientes al respecto», lo que ya no es tan claro.

Sin llegar a las extensas previsiones alemanas en los nuevos artículos 73 d y 74 e de su Código penal, o a las del artículo 58 del Código suizo, el artículo 1.º del Proyecto podría redactarse así: «El comiso producirá la pérdida, a favor del Estado y desde la firmeza de la sentencia, de los efectos e instrumentos del delito o falta».

En cualquier caso, la referencia de la pertenencia a un tercero debe desaparecer de este párrafo y trasladarse al artículo 66. El artículo 48 del Código vigente recoge, como sus precedentes, no sólo la imposición del comiso como pena accesorias, sino también su contenido y efecto. El Proyecto fracciona aquel precepto, situando una parte, el artículo 61, en la Sección 5.ª del Capítulo I del Título III del Libro I, bajo la rúbrica «De las penas accesorias», y la otra, el artículo 66, en la Sección 6.ª «De las penas que llevan consigo otras accesorias», pero la decisión no ha sido afortunada.

Según el proyectado artículo 66: «Toda pena que se impusiere por delito o falta dará lugar al comiso de los efectos que de ellos provinieren y de los instrumentos con que se hubieren ejecutado».

Y según el párrafo 1.º del propuesto artículo 61: «El comiso producirá la pérdida de los efectos e instrumentos del delito o falta, a no ser que pertenecieren a un tercero no responsable de la infracción».

Basta, pues, un poco de atención, para percibir que no es cierto que «toda pena que se impusiere por delito o falta dará lugar al comiso»

(51) La Sentencia del Tribunal Supremo de 1977 (Aranzadi 2271) es terminante en cuanto a que no cabe comiso frente al absuelto. En contra, Puig Peña, para quien la expresión legal se refiere a «persona extraña a la infracción», y no lo es ni el responsable civil subsidiario ni aquél que de modo ilícito coopera con su conducta a la producción del resultado, aun cuando la acción u omisión no sea, en el caso concreto, punible.

de los efectos e instrumentos que de ellos proviniere (artículo 66), si bien luego la pérdida se condicione a su no pertenencia a un tercero (art. 61, 1.º). Lo correcto es trasladar dicho requisito al art. 66, pues la pena accesoria de comiso empieza por no imponerse sobre objetos pertenecientes a terceros no responsables de la infracción. Si aquí no hay pérdida es porque antes no hubo siquiera comiso.

El párrafo 2.º del artículo 61 del Proyecto no ofrece reparos acerca de su ubicación y su texto es, en líneas generales, aceptable. Se insiste en la distinción según las cosas decomisadas sean o no de lícito comercio, para, en el primer supuesto, venderlas, y en el segundo darles el destino previsto en los Reglamentos o, subsidiariamente, inutilizarlas. Naturalmente que con el régimen establecido no se excluye la posibilidad de que los objetos de ilícito comercio puedan conservar un cierto valor económico, tanto si se acude a los Reglamentos como si una inutilización parcial consigue marginar la mácula de ilicitud, pero salir al paso de éste y otros problemas implicaría desbordar el corto espacio que parece haber sido destinado a la regulación del comiso en el Código penal.

Por lo demás, se introducen ahora algunas modificaciones en cuanto a la posibilidad de destinar el producto de la venta a cubrir las responsabilidades del penado. En los Códigos de 1870, 1932 y 1944 tales responsabilidades carecen de adjetivación, mientras que en el Código de 1928 (art. 136) se las califica de «civiles». En el Proyecto se trata de «responsabilidades pecuniarias», lo que conecta directamente con la prelación de pagos del nuevo artículo 128, que, situado bajo la rúbrica del «cumplimiento de las responsabilidad civil y demás responsabilidades pecuniarias», sustituye al vigente artículo 111. Aunque la nueva redacción no haga otra cosa que abundar en lo ya admitido por los Tribunales y la doctrina (52), algo se ha ganado en claridad.

Mayores aplausos merece otra novedad en esta materia: la exigencia expresa de que el penado a cuyas responsabilidades pecuniarias se aplique el producto de lo decomisado sea insolvente. Es la misma conclusión ya defendida por nosotros en la normativa todavía vigente, coincidiendo así con el Fiscal del Tribunal Supremo (Memoria de 1974, consulta 7 de 1973). Para el Ministerio Público la satisfacción de las responsabilidades del penado mediante el producto de la venta de la

(52) La doctrina se inclinó por seguir el orden del vigente art. 111, entendiendo que las responsabilidades a que alude el art. 48 son todas las enumeradas como pecuniarias en aquél. Así, PACHECO, *El Código Penal*, 5.ª ed., t. I, Madrid 1881, pág. 347. VIADA, *Código Penal de 1870*, t. I, Madrid 1980, pág. 439. GROIZARD, *El Código Penal...*, t. II, pág. 308. QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios...*, pág. 341. CÓRDOBA y otros, *Comentarios...*, t. II, pág. 201. De otra opinión parece FERRER SAMA (*Comentarios...*, t. II, pág. 229), para quien el producto de la venta sirve para descargar al reo de sus obligaciones civiles. SÁEZ JIMÉNEZ y LÓPEZ FERNÁNDEZ DE GAMBOA estiman que con lo obtenido del comiso no se debe pagar la multa, ni de esa causa, ni de ninguna otra, para evitar que una persona se cubra con ella (*Compendio de Derecho Procesal civil y penal*, t. IV, vol. 3.º, pág. 978).

cosa en comiso cabría «sólo supletoriamente y a falta de bienes de otro orden suficientes en el patrimonio de aquél». A nuestro entender, el carácter de pena del comiso y la propia idea de retribución condicionan la exégesis, debiendo evitarse en lo posible que ese destino anómalo del valor de lo decomisado produzca un efecto de cortocircuito mediante el que se desvanezca el daño patrimonial que esta sanción representa. Si se trata de un reo solvente, el sacrificio del comiso —o si se prefiere, de su contenido afflictivo— en aras de los intereses de los acreedores del condenado, pecaría de gratuito.

Con todo, la opinión expuesta no es, de «lege data», pacífica. A la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 1963 (Aranzadi 3016), en la línea de nuestra tesis, siguió, en sentido contrario, la de 24 de septiembre de 1968 (Aranzadi 3684). Por lo que hace a la doctrina, Córdoba escribe que la repetida aplicación «debe tener lugar en cuanto el comiso haya sido dispuesto y existen unas tales responsabilidades».

Mencionemos, por último, un pequeño retoque, mediante el cual el párrafo 2.º del nuevo artículo 61 dispone de manera explícita —aunque quizá innecesaria— que el sobrante de aquellas aplicaciones ingrese en el Tesoro Público.

Aproximación numérica a la problemática del arbitrio judicial en materia penal

LUIS FERNANDO MANZANEQUE,

*Doctor en Derecho del Departamento de Derecho penal
de la Universidad de Granada*

La existencia de un Proyecto de Código penal, como es el de 1980, que tan profundas modificaciones introduce en la normativa vigente, y muy especialmente en las consecuencias jurídicas del delito, nos ha llevado a preguntarnos qué criterios se han seguido al redactar el Proyecto, en uno de los problemas clave y no siempre bien resuelto, a nuestro entender, de la ciencia del Derecho penal: nos referimos al que plantea el Arbitrio Judicial del Juez Penal.

Es indudable que una de las modificaciones que más resaltan, y que ha sido mejor acogida por los penalistas, es la reducción que han sufrido las penas, especialmente las privativas de libertad. Lo que no es fácil decir es el criterio seguido en relación con el Arbitrio Judicial (si es que se ha seguido alguno determinado) si exceptuamos algunos supuestos (1), no muchos, en que este se manifiesta de forma clara. La opinión general se inclina por considerar que éste ha sido potenciado (ya veremos más adelante que, en muchos casos, esto no es cierto) a pesar que nada se dice a este respecto en la exposición de motivos (2), y de que no se dan razones suficientes para poder afirmarlo así.

Nosotros creemos que lo que en realidad sucede es que aún no se ha dado con el «instrumento» que de forma eficaz y objetiva nos permita determinar exactamente lo que «es» el Arbitrio Judicial en materia penal y las modificaciones, en sentido positivo o negativo, que sufre cuando es promulgada una nueva normativa. El problema del arbitrio adolece de imprecisión y vaguedad. Es necesario encontrar un procedimiento que, de forma clara y exacta, nos muestre inequívocamente su contenido y extensión.

(1) Como pueden ser los del art. 78, núms. 2 y 3.

(2) De forma distinta se procedió en el Código de 1932 (véase *Código Penal de 1932*, de JIMÉNEZ DE ASÚA, Manuales Reus, pág. 183), o en la Exposición del Código de 1928, en el que textualmente se dice: "De ahí las diversas manifestaciones del arbitrio judicial, que se otorga y amplía en gran medida con relación a la extensión en que ahora podía realizarse".

Nos importa señalar que, de momento, dejaremos aparte los problemas que plantea la interpretación y el concepto que de ésta y del Derecho mantienen determinadas corrientes jurídicas (3), y las implicaciones que dichas doctrinas suponen en el campo del arbitrio. Tampoco entraremos en el estudio de los tipos llamados abiertos, por contener elementos normativos, o en aquellos otros que, por incluir cláusulas como la del artículo 533, dan tal amplitud al arbitrio del juez que pueden ser atentatorios a la seguridad jurídica, aunque muchas veces respeten, formalmente, el principio de legalidad. Tales artículos deben desaparecer, en lo posible, en todo código bien redactado.

El objeto de nuestro trabajo es la determinación numérica del arbitrio judicial en las escalas penales y en algunos tipos de delito (4): concretamente en los delitos contra la vida humana, que daremos a título de ejemplo.

Es claro, a nuestro modo de ver, que si el arbitrio judicial viene determinado por la posibilidad que tiene el juez penal de moverse —dentro de las facultades que le concede la ley— entre ciertos límites en el momento de imponer la pena, y que estando estos límites determinados numéricamente, es la ciencia de los números, la matemática, la única que puede proporcionar una solución satisfactoria, dándole una objetividad y exactitud de la que hasta ahora carecía (5).

Eligiendo el supuesto más sencillo —los casos que contemple el núm. 4 del art. 61 del Código vigente y art. 78, núm. 1 del Proyecto— (6) en los que el juez puede moverse, en el momento de imposición de la pena, en toda la extensión de la misma, vemos que el arbitrio, hablando en términos *absolutos*, vendría determinado por la siguiente escala:

(3) “Movimiento de Derecho Libre” y “La Jurisprudencia de Intereses”, entre otras. Para estas doctrinas, así como para las posturas mantenidas por autores como Recasens Siches, Jiménez de Asúa, etc., y la evolución histórica del problema del arbitrio, véase el excelente trabajo del profesor FERNÁNDEZ ALBOR, *Algunas observaciones sobre el arbitrio de los jueces penales*, en “Estudios Penales”, Homenaje a J. Pereda, Universidad de Deusto, Bilbao, 1965.

(4) Un estudio completo de los problemas que se plantean con las formas imperfectas de aparición, los grados de participación y el juego de las circunstancias, está siendo elaborado y esperamos poder publicarlo en corto plazo.

(5) “Los métodos matemáticos pueden aplicarse siempre que determinados *atributos numéricos* o espaciales aparecen asociados a los fenómenos, es decir, cuando los objetos pueden ser localizados por puntos del espacio y los hechos *pueden ser descritos por medio de propiedades capaces de expresión o representación numérica*” (los subrayados son nuestros). R. G. D. ALLEN, *Análisis Matemático para Economistas*, Aguilar, 1971, pág. 4.

(6) Un precepto semejante —151, núm. 1— se recogía en el Código de 1928; desaparece en el Código de la II República (1932) (a pesar de las protestas que hace Jiménez de Asúa de su deseo de aumentar el arbitrio penal), y se restablece de nuevo en el Código de 1944, en plena dictadura de Franco.

Reclusión mayor	10 años
Reclusión menor	8 años
Presidio y prisión mayor	6 años
Presidio y prisión menor	5,5 años
Arresto mayor	0,41 años (5 meses)
Arresto menor	0,08 años (1 mes)

Tenemos una escala descendente que nada nos dice del arbitrio en términos reales, ya que los 8 años, por ejemplo, de la reclusión menor, comprendidos entre 12 años y 1 día (pena mínima) y 20 (pena máxima), suponen menos arbitrio que si esa misma cantidad (8 años) estuviese comprendida en una pena imaginaria que fuese de 1 a 8 años (el juez podría imponer hasta 8 veces la pena mínima); o, por el contrario, supondría mucho mayor arbitrio que en otra pena (también imaginaria y absurda, que tomamos como hipótesis de trabajo) que tuviese una extensión de 90 a 98 años (el juez únicamente podría aplicar el 8 por 100 de la extensión de la pena mínima), siendo así que el *intervalo* comprendido entre la pena mínima y la máxima es siempre el mismo: 8 años. Vemos, pues, que lo que hemos llamado arbitrio *absoluto*, al no estar relacionado con los límites mínimo y máximo de las penas entre las que está comprendido, es ineficaz para medir la capacidad del juez, es decir, su *arbitrio real* en el momento de imposición de la pena.

El arbitrio *real*, como puede deducirse lógicamente del ejemplo expuesto, tiene *cierta relación* con los límites mínimo y máximo de la pena; y nuestro trabajo va a consistir en determinar cuál es exactamente esa relación, y qué aplicación podemos darle en nuestra ciencia.

El problema surge de inmediato si comparamos un mismo tipo, el homicidio por ejemplo, en dos textos legales: Código vigente y Proyecto de 1980. En el primero la pena es de reclusión menor, intervalo = 8 años; en el segundo la pena es de 8 a 15 años, intervalo = 7 (7). Los redactores del Proyecto, con buen criterio, han disminuido la pena. Pero, ¿qué ha sucedido con el arbitrio judicial?, ¿se ha aumentado o se ha disminuido?, ¿qué criterios se han seguido?, o lo que también es posible, ¿no se ha seguido ningún criterio? (8).

(7) El arbitrio absoluto es menor en el Proyecto que en el Código, sin embargo a simple vista se nota que el juez tiene más posibilidades de "movimiento" (de arbitrio real) que en el Código.

(8) El cambio de situación política no implica, necesariamente, un cambio en orden a conceder mayor o menor arbitrio judicial. Ya vimos (nota 2.^a) que así sucedió en los regímenes de Primo de Rivera y la II República, en que ambos legisladores querían (o al menos así lo decían) conceder un mayor arbitrio.

Es curioso observar que históricamente el problema se plantea en la antítesis de estos dos conceptos: Seguridad jurídica y arbitrio judicial (lo que también sucede en la actualidad), y que, paradójicamente, ideologías de signo opuesto han optado por seguir la misma tendencia: conce-

Es obvio que en términos *absoluto* el arbitrio se ha reducido; antes el valor del intervalo era = 8 (en el Código), en el Proyecto se hace = 7. No obstante, se puede intuir que esto no es cierto; un intervalo de 7 años en relación con los límites mínimo y máximo (8-15) no es menor; en términos reales, que otro de 8 en relación con los límites 12-20 (9) de la reclusión menor. La única posibilidad de que el arbitrio permanezca igual al aumentar o disminuir los límites mínimo y máximo de la pena es que estos nuevos límites permanezcan proporcionales a los anteriores. Con esto no estamos haciendo un juicio de valor respecto a que el arbitrio deba permanecer igual, aumentar o disminuir. Simplemente queremos decir que para que permanezca igual, los límites mínimo y máximo de la nueva pena han de ser *proporcionales* a los de la anterior, de esta forma relacionaremos dichos límites con el *intervalo* comprendido entre los mismos.

En términos generales podemos decir que el *arbitrio real* viene determinado por la razón existente entre la pena máxima y la mínima que pueda ser impuesta en cada uno de los tipos (o en cada una de las penas de la escala del art. 27).

Llamando *Ar* al arbitrio real, *Pmx.* a la pena máxima y *Pmn.* a la mínima, podemos representar algebraicamente lo antes dicho por la siguiente fórmula $\frac{Pmx}{Pmn} = \frac{Pmx}{Pmn} = Ar$ o lo que es lo mismo

$$Ar = \frac{Pmx}{Pmn}$$

Aplicando la fórmula obtenida a la escala de penas del artículo 27 en relación con el artículo 30, obtendremos el siguiente cuadro de valores del arbitrio *real* en cada una de las penas:

Reclusión mayor	Ar = 1,5
Reclusión menor	Ar = 1,66
Presidio y prisión mayor	Ar = 2
Presidio y prisión menor	Ar = 12
Arresto mayor	Ar = 6
Arresto menor	Ar = 30

Estos valores son abstractos y homogéneos (no hacen referencia a días o meses, etc.) y por tanto pueden ser utilizados (comparándolos por ejemplo) de forma sencilla y rápida.

Un breve análisis de la fórmula $Ar = f \left(\frac{Pmx}{Pmn} \right)$ y de las conse-

der un mayor arbitrio. A mayor abundamiento véase lo que dice, en relación con la Alemania nazi e Inglaterra, el profesor FERNÁNDEZ ALBOR en la obra citada, págs. 1 y ss.

(9) Hemos omitido el *día* —doce años y un día de las penas del Código para hacer las operaciones más sencillas. El error, de haberlo, sería despreciable.

cuencias obtenidas de la aplicación de la misma, nos da los siguientes resultados:

1.º El límite más bajo del arbitrio real (Ar) sería = 1, supuesto en el que el numerador y el denominador de la fórmula fuesen iguales. Este sería el caso de una pena absolutamente determinada, o el de la pena de muerte si se impone como pena única (ver gráfico núm. 1) (10).

2.º Los arbitrios reales van creciendo conforme las penas son más leves (exceptuando el presidio y la prisión menor, de los que luego hablaremos), lo que es natural dado que al ser menor la pena el problema de la seguridad jurídica y las posibles injusticias que el arbitrio puede conllevar, se ve disminuido (gráfico núm 1).

3.º Si el denominador se hiciera 0 (o mejor aún: tendiese a 0) el juez tendría la posibilidad de imponer o no imponer pena alguna según su voluntad —no en función de la acción antijurídica y de la culpabilidad del sujeto—, lo que supondría el máximo posible de arbitrio (poder) por parte del juez. Matemáticamente no tendría sentido, si utilizáramos únicamente los números racionales: ya que no hay ningún número que multiplicado por cero nos de el

numerador (la fórmula sería $Ar = \frac{Pmx}{0}$). Tendríamos que recurrir

a ampliar el campo con los números irracionales y aceptar el convenio de que en la anterior fórmula $Ar = infinito$, lo que no deja de ser clarificador, incluso terminológicamente: habría que admitir que otorgar tal poder de decisión al juez sería tanto como darle un poder *infinito e irracional*.

4.º No se sigue un desarrollo progresivo en el Código. El presidio y la prisión menor tienen un $Ar = 12$ desproporcionado con los demás, especialmente con el arresto mayor ($Ar = 6$) que por ir detrás en la escala, es decir, por ser pena más leve, debería tener un Ar mayor, o, al menos, igual que los presidio-prisión menores (11).

(10) La idea de la representación gráfica de los números Ar se debe a mi buen amigo el Dr. Ingeniero de Montes don Eduardo Rojas Valero, a quien desde aquí doy las gracias por su sugerencia.

(11) Hubiese sido más racional cualquiera de estas dos soluciones:
Primera:

Arresto menor	1 día a 30 días	Ar = 30
" mayor	1 mes a 6 meses	Ar = 6
P. y P. menores	6 meses a 3 años	Ar = 6
" mayores	3 años a 12 años	Ar = 4

Segunda:

Arresto menor	1 día a 30 días	Ar = 30
" mayor	1 mes a 12 meses	Ar = 12
P. y P. menores	1 año a 6 años	Ar = 6
" mayores	6 años a 12 años	Ar = 2

Una posible explicación para que se altere el orden de menos a más el arbitrio (siguiendo el establecido por el Código de reclusión mayor a

5.º El máximo de arbitrio corresponde al arresto menor ($Ar = 30$), reforzado por lo establecido en el artículo 601.

Una vez en posesión del «instrumento» que nos permite determinar con exactitud el valor del arbitrio real, vamos a examinar comparativamente las escalas de penas del Código y del Proyecto (12), en base a lo dicho en la disposición transitoria núm. 7 del mismo.

	Ar		Ar
Reclusión mayor	1,5	15 a 20 años	1,33
Reclusión menor	1,66	8 a 15 años	1,87
Presidio y p. mayor ...	2	3 a 8 años	2,66
Presidio y p. menor ...	12	0,5 a 3 años	6
Arresto mayor	6	6 a 24 fines semana (12 a 48 días)	4
Arresto menor	30	1 a 6 fines semana (2 a 12 días)	6

Mediante una simple operación aritmética podemos hallar los porcentajes en que ha sido aumentado o disminuido el arbitrio real:

Reclusión mayor, se reduce el arbitrio al	86,66 %	baja en un	11,34 %
Reclusión menor, se aumenta el arbitrio al	112,65 %	sube en un	12,65 %
Presidio y prisión mayor, se aumenta el arbitrio al	133 %	sube en un	33 %

arresto menor) en la escala de penas del art. 17, nos pareció, en un principio, que era debido a que la pena de prisión es la que se impone en el art. 565 a la imprudencia temeraria, y el mismo legislador muestra su deseo de dar mayor extensión al arbitrio, en esta forma de comisión del delito, cuando en el párrafo 3.º del mismo exime a los jueces de la obligación de sujetarse a las reglas del art. 61.

Sin embargo, este argumento queda anulado por el párrafo 2.º del citado art., donde se castiga la simple imprudencia con infracción de reglamentos con pena de arresto mayor ($Ar = 6$), lo que implica restringir el arbitrio real a su mitad, en relación con la prisión menor, cuando racionalmente debería ser al contrario, tratándose de dos formas comisivas por imprudencia y más leve la segunda que la primera. (Véanse los gráficos 3, 4 y 5).

(12) A fin de hacer homogéneas las cantidades arrestos fin de semana y días, hemos hecho el cómputo con arreglo a lo establecido en el art. 42, párrafo 2.º, del Proyecto.

La pena menos grave, de 6 a 24 fines de semana, debería de aumentarse en su límite máximo a 36 fines de semana (= 72 días, con arreglo al art. antes citado), de esta forma se reduciría el vacío que ahora existe entre los 24 fines de semana (= 48 días) y los 6 meses de la pena anterior (= 180 días), aumentando el arbitrio para hacerlo igual, por lo menos, a la pena precedente (art. 67 del Proyecto).

Presidio y prisión menor, se reduce el arbitrio al	50 %	baja en un 50 %
Arresto mayor, se reduce el arbitrio al	66,66 %	baja en un 33,34 %
Arresto menor, se reduce el arbitrio al	20 %	baja en un 80 %

Resumiendo: De las seis penas comparadas, el arbitrio judicial aumenta en el Proyecto en dos ocasiones (reclusión menor y presidio y prisión mayores), y disminuye en cuatro, es decir, en las restantes; siendo importante señalar las reducciones que se producen en los presidio y prisión menores y en el arresto menor, de un 50 por 100 y un 80 por 100 respectivamente (gráfico núm. 6).

A título de ejemplo vamos a aplicar la técnica (el instrumento) antes expuesto a los tipos de los capítulos I y II del título I, del libro II del Proyecto de Código penal, comparándolos con los correspondientes del Código vigente, es decir: a los delitos contra la vida humana. (De los delitos contra la vida humana dependiente sólo tomaremos los tipos de aborto consentido y aborto sin consentimiento de la mujer).

Partimos del supuesto de delito consumado, autor y no concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad.

Homicidio.—Arts. 155 y 407 respectivamente.

Proyecto	Ar = 1,87
Código	Ar = 1,66

Procediendo de la forma anteriormente expuesta:

La extensión del arbitrio en el Código es el 88,77 por 100 en relación con el del Proyecto, lo que supone que:

El arbitrio en el Proyecto se *aumenta* en un 11,23 por 100.

Parricidio-asesinato.—Arts. 156, 157 y 405, 406 respectivamente.

Proyecto	Ar = 1,3
Código	Ar = 1,5

(13) Esta sensible disminución del arbitrio y, en consecuencia, de la más justa individualización de la pena, en delitos como el asesinato en los que una sola circunstancia la premeditación, por ejemplo— ya los cualifica; o el parricidio —la muerte de un bisabuelo con el que puede no tenerse vínculos afectivos de ninguna clase— podría ser corregida imponiendo a este tipo de delitos la pena de 14 (en lugar de 15) a 20 años, dando así mayor margen al arbitrio judicial, que pasaría a ser Ar = 1,42, reduciéndose en relación con el Código en un 5,3 por 100 solamente. El hecho de que el intervalo comprendido entre los 14 y 15 años fuese común para el homicidio y el parricidio-asesinato no creemos que sea un inconveniente, más aún, pensamos que es de desear porque se ajustaría más a la realidad y podría ser mejor individualizada la pena. Piénsese que en muchas ocasiones puede ser menos culpable un parricidio o un asesinato en el que se aprecie una atenuante, que un homicidio con una agravante.

La extensión del arbitrio en el Proyecto es el 86,66 por 100 en relación con el del Código, lo que supone:

El arbitrio en el Proyecto *disminuye* el 13,34 por 100 (13).

Infanticidio.—Arts. 159 y 410 respectivamente.

Proyecto	Ar = 2,66
Código	Ar = 12

La extensión del arbitrio real en el Proyecto es el 22,16 por 100 en relación con el que tiene en el código, lo que supone:

El Arbitrio en el Proyecto *disminuye* el 77,84 por 100.

Auxilio e inducción al suicidio.—Arts. 160, párrafo 1.º y 409, párrafo 1.º.

Proyecto	Ar = 2
Código	Ar = 2

El Arbitrio *permanece igual*.

Aborto sin consentimiento.—Arts. 161, núm 1, y 411, núm. 1.

Proyecto	Ar = 2
Código	Ar = 2

El Arbitrio *permanece igual*.

Aborto con consentimiento.

Proyecto	Ar = 6
Código	Ar = 12

La extensión del Ar en el Proyecto es el 50 por 100 en relación con el Código, lo que supone:

El Arbitrio en el Proyecto *disminuye* el 50 por 100.

Veamos también las dos formas de comisión por imprudencia de los arts. 174 (14) y 175 (15):

Homicidio culposo grave.—Arts. 175 y 565, párrafo 1.º.

Proyecto	Ar = 2
Código	Ar = 12

(14) Este artículo no lo incluye RUIZ VADILLO en sus *Comentarios al Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal*, nota 12, entre las formas culposas. Nosotros pensamos que no cabe dudar de que se trata de una forma de comisión por imprudencia de igual naturaleza a la del artículo 412 del Código vigente. (QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, t. I, págs. 590 y ss. En igual sentido, RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español*, 8.ª ed., págs. 94 y ss.).

(15) Dejamos aparte el art. 176 por tratarse de una agravación específica, aunque es obvia la mayor extensión que da el Código al arbitrio en el párrafo 5.º del art. 565, donde faculta a los Tribunales a elevar la pena en uno o dos grados en determinados casos.

La extensión en el Proyecto es el 16,66 por 100 en relación con el Código, lo que supone:

El Arbitrio en el Proyecto *disminuye* el 83,34 por 100.

Homicidio culposo leve (16).—Arts. 175-1.º, 565-2.º y 586-3.º.

Proyecto Ar = 4
Código Ar = 6

La extensión del arbitrio en el Proyecto es el 66,66 por 100 en relación con el del Código, lo que supone:

El Arbitrio en el Proyecto *disminuye* el 33,34 por 100.

Aborto de los arts 174 y 412, respectivamente.

Proyecto Ar = 6
Código Ar = 12

La extensión del arbitrio en el Proyecto es el 50 por 100 en relación con el Código, lo que supone:

El Arbitrio en el Proyecto *disminuye* el 50 por 100.

Resumiendo:

	<i>Proyecto</i> Ar	<i>Código</i> Ar		
Homicidio	1,87	1,66	aumenta	11,23 %
Parricidio - asesinato	1,3	1,5	disminuye	13,34 %
Infanticidio	2,66	12	disminuye	77,84 %
Aux. e induc. al suicidio ...	2	2	igual	
Aborto sin consentimiento.	2	2	igual	
Aborto con consentimiento.	6	12	disminuye	50 %
Homicidio culposo grave ...	2	12	disminuye	83,34 %
Homicidio culposo leve ...	4	6	disminuye	33,34 %
Aborto de los arts. 179 y 412.	6	12	disminuye	50 %

(16) Entendemos que la posibilidad que concede el Proyecto de imponer, en este supuesto, las penas de 6 meses a 2 años, o bien de 6 a 24 arrestos fin de semana (que en el peor de los casos, según el art. 42-2.º, sería de 2 a 48 días), pena esta última muy inferior a la anterior, es por tomar en consideración que al desaparecer en el Proyecto la imprudencia como cláusula general (arts. 565-3.º), y no estar tipificado en el mismo un homicidio culposo por simple imprudencia sin infracción de reglamentos, constitutivos de falta, era necesario contemplar esta última posibilidad dentro del art. 175, al tipificar la imprudencia leve; por eso asimilamos la pena de 6 meses a 2 años a la imprudencia simple con infracción de reglamentos (aunque en el Proyecto, con mejor criterio, no se habla de reglamentos, concediendo, en este sentido, un mayor arbitrio al juez), y la castigada con 6 a 24 fines de semana con la del art. 586-3.º.

De 8 supuestos estudiados:

El Arbitrio en el Código es *mayor* que en el Proyecto en 6 casos.

El Arbitrio en el Código es *igual* que en el Proyecto en 2 casos.

El Arbitrio en el Código es *menor* que en el Proyecto en 1 caso.

Lo mismo que sucedía (pág. 638) con las escalas de las penas, el Arbitrio Real en los delitos contra la vida se reduce sensiblemente. Son de señalar, por la gran disminución que implican, los delitos de infanticidio, aborto con consentimiento, homicidio culposo grave y aborto de los arts. 174 y 412, que lo hacen en un 77,84 por 100, 50 por 100, 83,34 por 100 y 50 por 100, respectivamente.

CONCLUSIONES:

Primera: Es necesario fijar de forma clara y concisa qué es el Arbitrio Judicial. Nosotros distinguimos dos conceptos: 1.º Arbitrio Absoluto, o lo que es igual: el intervalo que existe entre la pena mínima y la máxima, dentro de los cuales puede moverse el Juez penal al imponer la sanción, y 2.º Arbitrio Real, que viene determinado por la relación existente entre la pena máxima y la mínima, representado algebraicamente por la fórmula $Ar = f \left(\frac{P_{mx}}{P_{mn}} \right)$

Segunda: Al comparar el Código penal vigente con el Proyecto no estamos haciendo un juicio de valor, simplemente nos ha servido como punto de arranque para la determinación del Arbitrio Real y, también, para determinar cuál es la tendencia que se sigue en el Proyecto —en los delitos contra la vida— en relación con el Código.

Tercera: Es claro, por lo que se refiere a este tipo de delitos (contra la vida), que en el Proyecto se reduce el Arbitrio Judicial en los supuestos de delito consumado, autor y ausencia de circunstancias modificativas.

Cuarta: El Código de 1944 es poco afortunado a la hora de establecer las escalas de penas y, en consecuencia, en la determinación del arbitrio.

Quinta: El hecho de reducir las penas de privación de libertad (medida acertada del Proyecto) debe estar precedido de un estudio a fondo del problema del Arbitrio Judicial. Desde un punto de vista de Política Criminal (17) son necesarios criterios claros, no sólo generales, sino particularizando lo que debe hacerse en cada uno de los Capítulos e, incluso, de los tipos.

(17) Tomamos el concepto "Política Criminal" en el sentido y con la extensión que lo hace el profesor SÁINZ CANTERO, en sus *Lecciones de Derecho Penal*, t. I, Bosch, Barcelona, 1979.

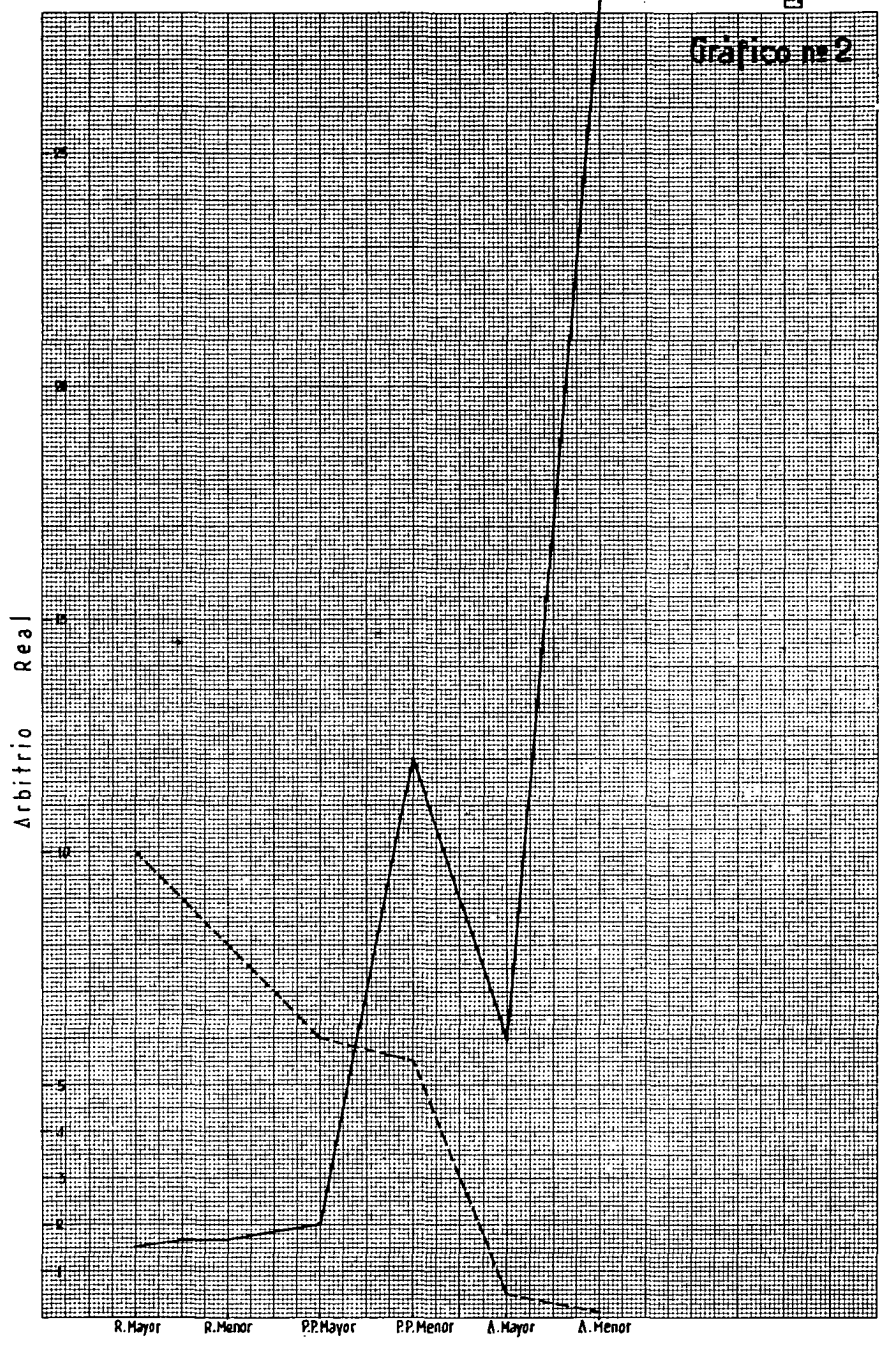
Sexta: Al establecerse las penas deben evitarse «saltos» en el Ar, procurando hacer la escala progresiva.

Séptima: Es conveniente, en determinados casos que haya espacios de tiempo comunes entre dos penas.

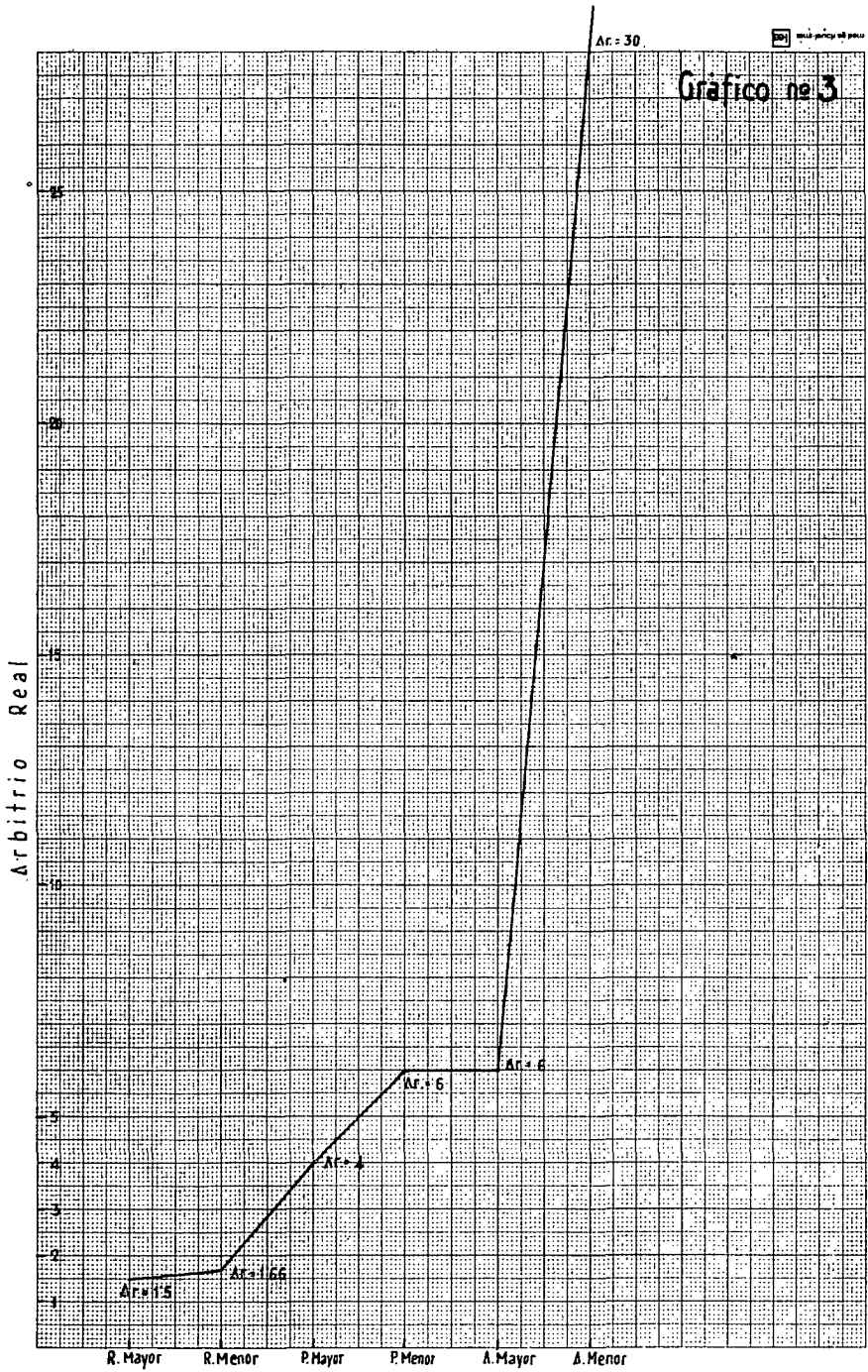
Octava: El Arbitrio Real en el Proyecto, por lo que se refiere a los delitos contra la vida, disminuye notablemente. Creemos, por el contrario, que debería ser aumentado.

Novena: Es posible que en el futuro pudiera matizarse mejor la relación existente entre el arbitrio judicial y los límites en que puede imponerse la pena (podría ser una función de tipo logarítmico, exponencial, etc.); pero en cualquiera de los casos no estaría en contradicción, creemos, con lo aquí dicho.

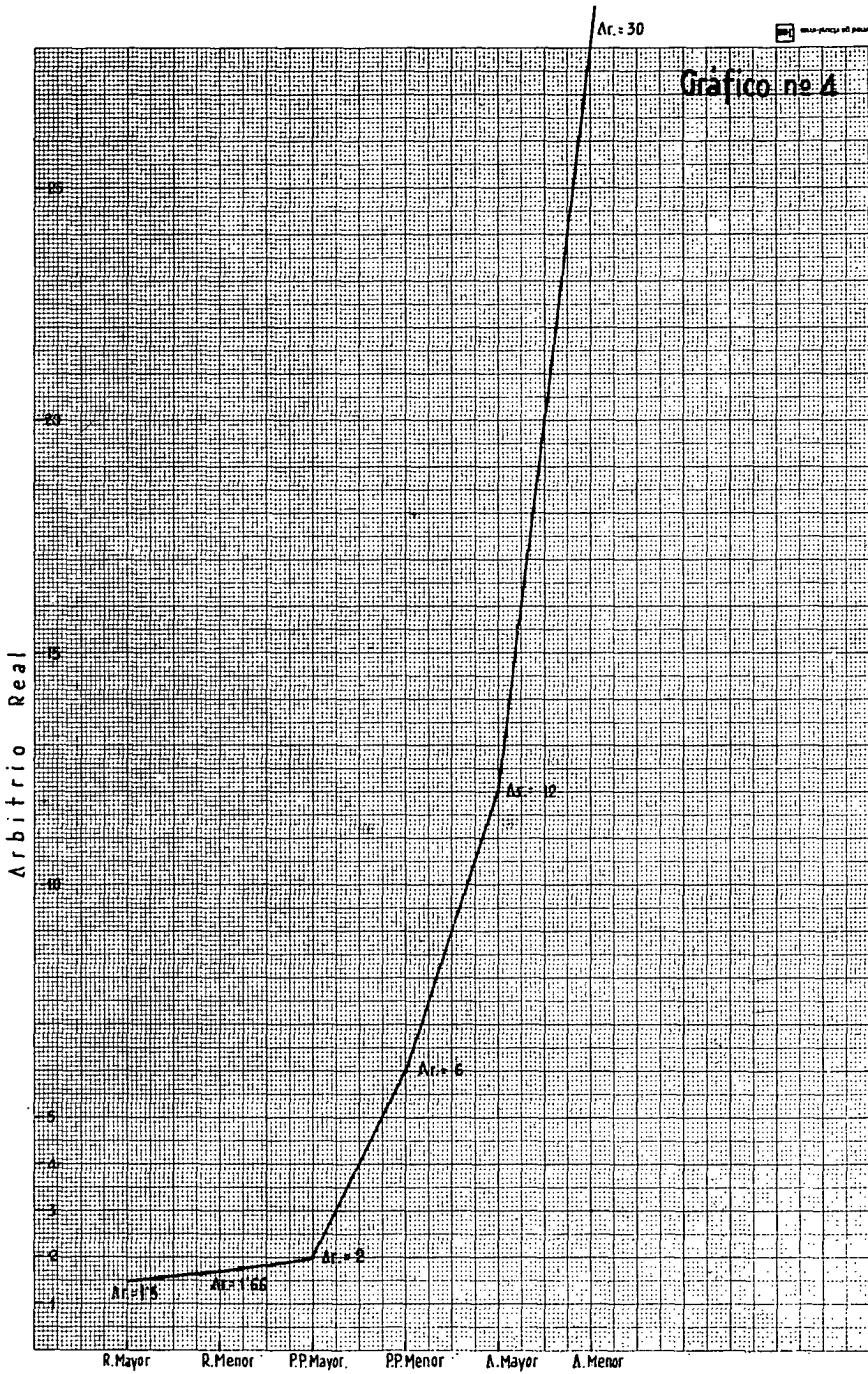
Gráfico nº 2



La representación gráfica del arbitrio absoluto (línea de rayas) no es tan expresiva como la del arbitrio real (línea continua) de la desarmonía existente los Pre. y Pri. menores y las penas anteriores y posteriores.

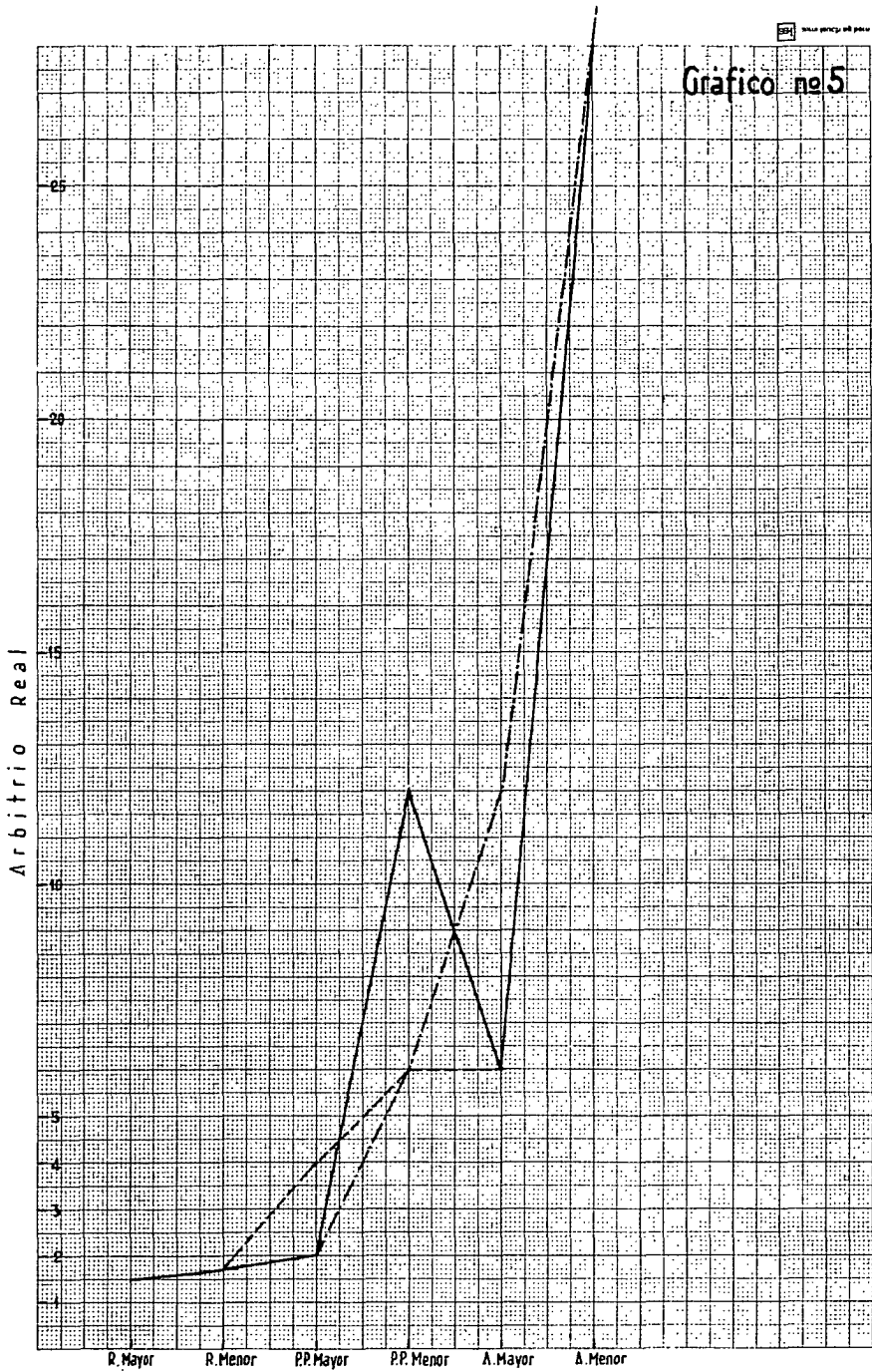


La solución núm. 2 la estimamos más acertada. El gráfico nos muestra una curva más armónicamente progresiva.



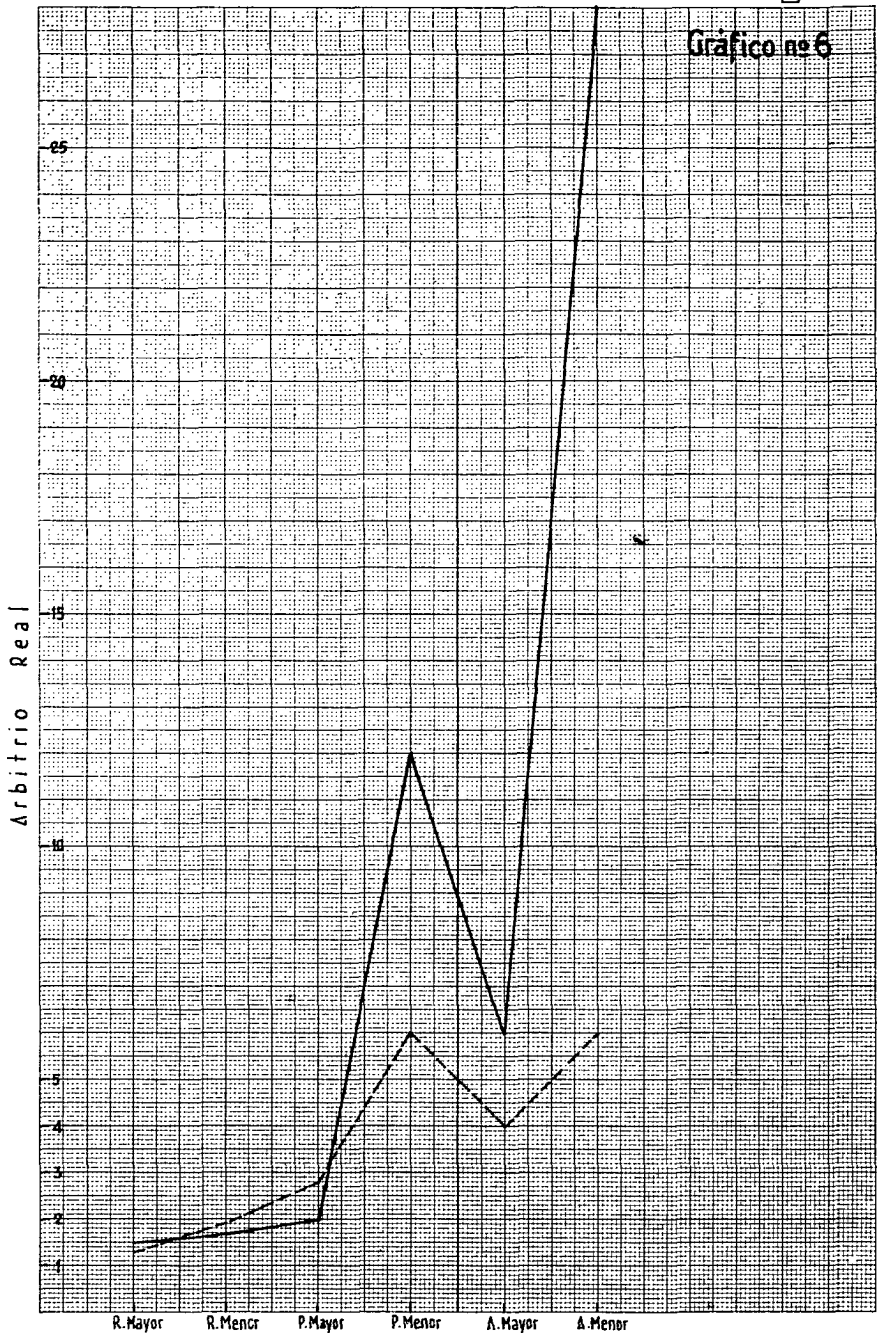
La solución núm. 2 la estimamos más acertada. El gráfico nos muestra una curva más armónicamente progresiva.

Gráfico no 5



La solución núm. 2 la estimamos más acertada. El gráfico nos muestra una curva más armónicamente progresiva.

Gráfico nº 6



Es de señalar que ambas líneas tienen forma de «sierra» y el mayor Ar del Código vigente que el del Proyecto de Código penal.
 (Línea de rayas: arbitrio Real [Ar] en el Proyecto de Código penal de 1980.
 Líneas continuas: Arbitrio Real [Ar] en el Código penal vigente.)

Proclamación de doctrinas contrarias a la moral pública

JOSE MANUEL MARTINEZ-PEREDA

Doctor en Derecho y Magistrado

SUMARIO: I) Denominaciones utilizadas para el delito del artículo 432.—II) Origen y evolución del precepto: 1. Código de 1870. 2. Código de 1928. 3. Código de 1932. 4. Código de 1944. 5. Reformas posteriores. 6. Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal.—III) Elementos del delito: 1. Los sujetos. 2. La acción y el resultado: A) La acción. B) Los medios comisivos. C) El resultado. 3. Tipicidad y antijuricidad: A) Tipicidad. B) Antijuricidad. C) Faz negativa. 4. Culpabilidad. 5. Penalidad.—IV) Hechos constitutivos de este delito.—V) El delito venial.

I. DENOMINACIONES UTILIZADAS PARA EL DELITO DEL ARTICULO 432

El artículo 432 del Código penal declara que «el que expusiere o proclamare por medio de la imprenta u otro procedimiento de publicidad, con escándalo, doctrinas contrarias a la moral pública, incurrirá en la pena de multa de 20.000 a 200.000 pesetas». Tal infracción ha sido motejada de las más diversas formas, si bien los primeros comentaristas se limitaron a glosar el texto y a su estudio y comentario, después de reproducirlo como aparecía en la Ley. Más tarde los autores lo designaron como «propaganda» de doctrinas inmorales (1), «exposición» de doctrinas contrarias a la moral (2) pública (3), exposición de doctrinas inmorales (4) o la más larga de «exposición» por medio de la imprenta de doctrinas.

(1) I. SÁNCHEZ TEJERINA, *Derecho Penal Español*, tomo II, Parte Especial, 5.^a ed., Madrid 1950, pág. 308. F. PUIG PEÑA, *Derecho Penal*, tomo IV, Parte Especial, 4.^a ed., Madrid 1955, pág. 34.

(2) E. JIMÉNEZ ASENJO, en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, tomo IX, Barcelona 1958, págs. 316 y 317.

(3) J. M. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español*, Parte Especial, 8.^a ed., Madrid 1980, pág. 197. F. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal*, Parte Especial, 3.^a ed., Sevilla 1979, pág. 344.

(4) Sentencia de 8 de noviembre de 1971.

contrarias a la moral (5) y proclamación de doctrinas inmorales (6) o contrarias a la moral pública (7).

II. ORIGEN Y EVOLUCION DEL PRECEPTO

1. Aparece en nuestra legislación esta figura delictiva en el Código penal de 1870 incardinada en el capítulo III. «Delitos de escándalo público», junto al escándalo genuino y la híbrida figura de bigamia y abandono del cónyuge. La reforma operada por la Ley de 21 de julio de 1904 se limitó a adicionar diversos preceptos que perdurarían hasta la reforma de 1963.

No resulta fácil determinar la incriminación específica, dada la velocidad con que fue promulgado el Código «de verano» (8), como no fuera la insuficiencia de la punición del escándalo público genuino como falta en el Código de 1848 —art. 482— o la figura delictiva de la reforma de 1850 —art. 364— (9).

El delito del artículo 457 de 1870 señalaba en un precepto sin precedentes en el Derecho patrio ni en los extraños que «incurrirán en la pena de multa de 125 a 1.250 pesetas los que expusieren o proclamaren por medio de la imprenta y con escándalo doctrinas contrarias a la moral pública».

2. El Código de 1928, de la Dictadura de don Miguel Primo de Rivera, bajo el mismo epígrafe del capítulo VI del título de delitos contra la honestidad y en su artículo 677, párrafo segundo, restringe el concepto tanto en su contenido, como en su formulación (10). Dice así el precepto citado: «Los que fuera de publicaciones meramente científicas o actos de corporaciones técnicas propaguen teorías o prácticas anticoncepcionales».

Lo primero que resalta en su comparación con el texto precedente es la restricción del tipo, que no hace referencia a las ofensas contrarias a la moral pública, sino a doctrinas anticonceptivas y al excluir la publicación de obras científicas restringe aún más su aplicación (11).

(5) E. CUELLO CALÓN, *Derecho Penal*, revisado y puesto al día por C. CAMARGO HERNÁNDEZ, tomo II, Parte Especial, vol. II, 14.ª ed., Barcelona 1980, pág. 612. En ediciones antiguas utilizó «exposición escandalosa de doctrinas contrarias a la moral pública». Así en 8.ª ed., Barcelona 1952, pág. 542.

(6) A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios al Código Penal*, 2.ª ed., puesta al día por E. GIMBERNAT ORDEIG, Madrid 1966, pág. 795.

(7) Ver mi libro *El delito de escándalo público*, Madrid 1970, pág. 72.

(8) L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, tomo I, Buenos Aires 1950, pág. 578. P. J. MONTES, *Derecho Penal Español*, 2.ª ed., vol. I, San Lorenzo de El Escorial 1929, pág. 381. J. DEL ROSAL, *La pa'abra y la expresión en el Código Penal de 1870*, en *Commemoración del Centenario de la Ley Provisional sobre Organización del Poder Judicial y del Código Penal de 1870*, con otros autores. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid 1970, pág. 212.

(9) Ver mi libro citado, págs. 55 y ss.

(10) *Ibidem*, pág. 72.

(11) *Ibidem*.

3. El Código de 1932 vuelve en su artículo 436 al modelo de 1870, pero se diferencia del modelo precedente en sustituir la copulativa «y» por la disyuntiva «o», con lo cual establece dos formas comisivas. Dice así el precepto: «Los que expusieren o proclamaren por medio de la imprenta o con escándalo doctrinas contrarias a la moral pública» y sanciona tal conducta con multa de 250 a 2.500 pesetas.

4. El Código de 1944 en su artículo 433 sancionó con multa de 1.000 a 5.000 pesetas a «los que expusieren o proclamaren por medio de la imprenta u otro procedimiento de publicidad, o con escándalo, doctrinas contrarias a la moral pública». La novedad ha consistido, además de aumentar la cuantía de la multa, en equiparar otros medios publicitarios a la imprenta, ya que la radiodifusión y otros medios semejantes aumentan la propagación y extienden los efectos tanto o más que la propia impresión.

5. El artículo 1.º a) del Decreto de 24 de enero de 1963, además de colocar la fórmula en singular y aumentar la penalidad mudó este precepto al artículo 432, dejando sin contenido el 433 (12). También se extraen del artículo 431 y del capítulo en cuestión todos los número que hacían referencia a la prostitución, que pasan a constituir los artículos 452 bis a) a 452 bis c).

Las reformas posteriores, como el texto refundido de 1971, no han afectado al delito que nos ocupa y sólo la cuantía de la multa se ha visto incrementada, pasando a determinarse de 20.000 a 200.000 pesetas, a virtud de la Ley 20/1978, de 8 de mayo.

6. Puede añadirse que el delito que nos ocupa aparece diagnosticado de muerte, pues el Proyecto de Ley Orgánica de Código penal (13) dentro del capítulo III «Del escándalo público» del Título III «Delitos contra la libertad sexual», omite este precepto, aunque sanciona la publicación, difusión o exhibición de material pornográfico —art. 209—. Ninguna de las enmiendas al capítulo ha pedido por inclusión o extensión que se incardine tal figura, por lo que puede pronosticarse sin temeridad que este precepto va a morir pronto, pero con más de ciento diez años de persistencia en el Código.

III. ELEMENTOS DEL DELITO

1. Sujeto activo del delito puede ser cualquiera (14) porque así se desprende de la amplia fórmula del texto legal, que la reforma de 1963 trocó en singular.

(12) L. M. DÍAZ VALCÁRCEL, *La revisión del Código Penal y otras leyes penales*, Barcelona 1963, pág. 203: «Con ello se da a entender que las objetividades jurídicamente protegidas han sido trasladadas a otros preceptos o han desaparecido. La fórmula “sin contenido” resulta de adecuado empleo en un texto *revisado*, con vistas a no perturbar la sistemática enumerativa del articulado”.

(13) Publicado en el “Boletín Oficial de las Cortes Generales”, Congreso de los Diputados, 17 de enero de 1980, núm. 108, I, págs. 657 a 780.

(14) Ver mi libro cit., págs. 83 y ss. CUELLO, *ob. cit.*, pág. 612.

Mayor dificultad parece presentar la determinación del sujeto pasivo, que se agudiza en estas tipicidades abiertas en cuyas formulaciones se manejen conceptos culturales, vagos e imprecisos. Como la conducta incriminada supone un ataque a la moral pública por la exposición o proclamación publicitaria o con escándalo de doctrinas, debe entenderse la existencia de un sujeto pasivo indeterminado, constituido por la comunidad o cuerpo social, herido en sus ideas y creencias éticas firmemente arraigadas.

La sociedad y aun el Estado pueden ser sujetos pasivos de delito, por la consideración de tal carácter al titular del interés. Si así se ha sostenido con relación al escándalo público del artículo 431 (15), con mayor razón en este delito que no expresa ninguna referencia a particular o más o menos ofendido (16).

2. A) La acción radica en la exposición o proclamación publicitaria, o con escándalo doctrinas contrarias a la moral pública (17).

Por «exponer» entiende el Diccionario de la Academia (18) «presentar una cosa para que sea vista, ponerla de manifiesto» y por «proclamar», «publicar en alta voz una cosa para que se haga notoria a todos». Ambos verbos utilizados en subjuntivo vienen a ser equivalentes a manifestar, enseñar, exhibir y, en fin, dar a conocer, lo que se articula y corresponde con los medios comisivos de la imprenta, publicidad y aun con el escándalo.

Por doctrinas debe entenderse, según el citado Diccionario, «enseñanza que se da para instrucción de alguno», «ciencia o sabiduría» y «opinión de uno o varios autores en cualquier materia».

Nuestros tratadistas plantearon la dificultad práctica del concepto. «¿Qué son doctrinas contrarias a la moral pública?», se preguntaba Groizard (19) y algún autor criticó la limitación del concepto, por ser suficientes las opiniones y la simple y escueta manifestación de ideas o conceptos (20).

La contraposición con los hechos también fue puesta de relieve directamente por Sánchez Tejerina (21) e implícitamente por Cuello Calón (22) al excluir del precepto la publicación de libros o trabajos literarios de carácter obsceno, que están penados en el artículo 431, según la jurisprudencia.

(15) Ver mi libro, cit., pág. 74.

(16) QUINTANO RIPOLLÉS, *Compendio de Derecho Penal*, vol. II, Parte Especial, Madrid 1958, pág. 243.

(17) JIMÉNEZ ASEÑO, *ob. cit.*, señala cómo las dos notas constitutivas de este delito: 1.º Una acción: exposición o proclamación pública o con escándalo de doctrinas, y 2.º Una condición, que sean contrarias a la moral pública.

(18) 19.ª ed., Madrid 1970.

(19) A. GROIZARD y GÓMEZ DE LA SERNA, *El Código Penal de 1870 concordado y comentado*, tomo V, 2.ª ed., Madrid 1913, pág. 146.

(20) R. CASTILLO GARCÍA y SORIANO, *La reforma del Código Penal español*, Avila 1896, pág. 358.

(21) *Ob. cit.*, pág. cit.

(22) *Ob. cit.*, pág. cit.

Para Quintano se trata de tesis abstractas (23) que parece indicar en la exposición inmoral «una cierta apariencia científica, muy frecuente, por cierto, en publicaciones obscenas que pretenden ataviar su impúdica desnudez con las galas de una fácil ciencia (24) y los contraponen también a las publicaciones obscenas que la práctica jurisprudencial incluye en el artículo 431 (25).

Por su parte, Rodríguez Devesa (26) señala como criterio diferenciador con el delito de escándalo genuino, en que éste se refiere a actos concretos y aislados, mientras que aquella infracción presenta aquel «grado de abstracción inherente al mantenimiento de una posición doctrinal».

Muñoz Conde (27) destaca que en el delito que ahora nos ocupa no se trata de realización de hechos contrarios a la moral sexual colectiva, sino de la exteriorización de opiniones e ideas «doctrinales» contrarias a la moral. La propia jurisprudencia en sentencia de 8 de noviembre de 1971 (28) separa los hechos o vivencias de las opiniones o tesis —esto es *doctrinas*— quedando el artículo 432 circunscrito, por tanto, para sancionar la exposición de doctrinas inmorales.

En todo caso se trata de diferencias de matiz, imprecisas y de difícil solución y ello motivó que casi a raíz de la publicación del primer texto, con el estilo pomposo del tiempo fuese criticado por Groizard con sólidas razones que aún mantienen vigencia: «Mejor hubieran hecho los autores de nuestra ley, dejándose de declaraciones, por su generalidad estériles, imitando a las otras naciones, las cuales, como las concordancias ponen de manifiesto han castigado como delitos algunos actos concretos contra la moralidad pública... acto de exponer, de distribuir o vender escritos, libros, pinturas, litografías, grabados o dibujos que lastimen el pudor, la decencia o las buenas costumbres» (29).

Y ello resulta así, porque tales doctrinas o pseudo doctrinas —como se ha dicho— (30) no son otra cosa, la mayoría de las veces, que libros obscenos sin un átomo de ciencia y mucho de literatura pornográfica.

Pese a las dificultades de separación entre ambos delitos, se intentó la distinción por la pura comparación gramatical entre ambos textos (31), pero el proyecto hubo de concluir abandonando

(23) *Compendio...*, cit., pág. cit.

(24) *Comentarios...*, cit., pág. 796.

(25) *Compendio...*, cit., pág. cit.

(26) *Ob. cit.*, pág. 198.

(27) *Ob. cit.*, pág. 345.

(28) Fue ponente el Excmo. Sr. D. José Espinosa Herrera. Lleva el núm. 216 y la referencia de Aranzadi es 4503.

(29) *Ob. cit.*, pág. 147.

(30) SÁNCHEZ TEJERINA, *ob. cit.*, pág. cit.

(31) JIMÉNEZ ASEÑO, *ob. cit.*: 1.º Que tanto éste (art. 431) exige la comisión de un hecho obsceno, cuanto el otro precepto requiere la «publicación» de doctrinas. 2.º Que en tanto los «hechos» han de ofender al pudor y a las buenas costumbres, las doctrinas expuestas han de ser contra «la moral pública», y 3.º Que en tanto los «hechos» han de ser

tal camino, porque la única diferencia radical y específica es que el escándalo del artículo 431 se genera por «hecho impúdico» al paso que la publicación persigue «la publicidad» doctrinal inmoral (32).

A la vista de cuanto antecede, la conclusión no puede ser otra que señalar la inutilidad del precepto, ya que siempre podría cobijarse dentro del concepto de las *buenas costumbres*, que el artículo 431 contempla en su contraposición al pudor. Si lo que el legislador persiguió con este desdichado precepto fue la sujeción a la legislación común de los delitos cometidos por medio de la imprenta, pudiera parecer obligada su inclusión en el escándalo público, que se creaba por primera vez en el Código de 1870 como capítulo especial, con un precepto para la represión de todo atentado contra la moral y buenas costumbres cometido por tan importante medio de publicidad (33).

Pero como señalo, en la dicotomía de pudor y buenas costumbres se puede encontrar la solución, para incardinar dentro del artículo 431, los supuestos que actualmente pretende abarcar el artículo 432, haciéndolo por tanto innecesario, superfluo y generador de confusiones, porque esta figura delictiva que nos ocupa no sólo resulta de difícil aplicabilidad en la praxis, sino sujeta a dudas y perplejidades en su interpretación.

El concepto de buenas costumbres contiene, tanto la exigencia psicobiológica del pudor, cuanto la ética social para la conducta sexual «in genere». Su exigencia con relación al particular, ha señalado Manfredini (34), que se afirma más enérgica por la experiencia de las formas consuetudinarias en sus relaciones con el sexo. Constituirían actos contrarios a las buenas costumbres los hechos y publicaciones que estimularán el libertinaje (35). Ya dije en otro lugar (36) que el ataque a las buenas costumbres suponía ofensa a las normas de cultura del grupo, al patrimonio social.

El concepto de moral pública dista también de ser claro (37). Los modernos tratadistas circunscriben la moral pública al campo sexual (38) y así debe entenderse si se atiende a la *sedes mate-*

de grave escándalo, etc., la exposición ha de verificarse con publicidad o con escándalo simple.

(32) *Ibidem*.

(33) S. VIADA Y VILASECA, *Código Penal reformado de 1870*, 4.^a ed., tomo III, Madrid 1890, pág. 130. También GROIZARD, *ob. cit.*, pág. 146: «¿Por qué no ha de ser delito la proclamación o exposición de esta clase de doctrina sino cuando se hace por medio de la imprenta?». JIMÉNEZ ASEÑO, *ob. cit.*: «participa en cierto modo de los delitos de imprenta».

(34) MARIO MANFREDINI, *Delitti contra la moralità publica e il buon costume*, 4.^a ed., en *El Tratatto de Diritto Penale de E. Florian*, Milano 1934, pág. 15.

(35) *Ibidem*, pág. 188.

(36) Ver mi obra cit., pág. 117.

(37) GROIZARD, *ob. cit.*, pág. 146. CASTILLO GARCÍA, *ob. cit.*, pág. cit.

(38) CUELLO, *ob. cit.*, pág. cit. RODRÍGUEZ DEVESA, *ob. cit.*, pág. cit. JIMÉNEZ ASEÑO, *ob. cit.*, con acento civilista alude a los padres de las familias honestas, inaplicable ante la exigencia de la tipicidad penal.

riae (39), aunque ya salió al paso Carrara, indicando que es una costumbre generalmente admitida de que cuando se hable de moralidad y moral se aluda exclusivamente a la continencia y al pudor, de manera que todas las virtudes se reducen a éstas (40).

Si quisiéramos obtener un concepto de la interpretación sistemática de la ley penal, habríamos de acudir al párrafo 2.º del artículo 489 del Código, relativo al abandono de niños: «Si a consecuencia de la entrega (a un establecimiento público o a otra persona sin la anuencia del confiante o de la autoridad) se pusiere en peligro la salud o moralidad del menor...». Tampoco se resolverían las dificultades, debido a la nula actividad jurisprudencial sobre este precepto. Aquí parece que no debe reducirse la moral al campo exclusivo de lo sexual y habrían de comprenderse enseñanzas delictivas contra la propiedad, consumo de drogas o hábitos de holganza, ello no obstante su naturaleza de delito de peligro y subsidiario del de corrupción de menores. En el derogado artículo 172, a virtud de lo dispuesto por la Ley Orgánica 4/1980, de 21 de mayo, para adaptarlo al texto de la Constitución, se encontraba el anterior n.º 1.ª, de las asociaciones ilícitas: «Las que por su objeto y circunstancias sean contrarias a la moral pública». Esta concordancia fue puesta de relieve por algún antiguo tratadista (41).

Recientemente, Córdoba Roda (42) insiste que el concepto de moral pública que utiliza dicho texto —en el antiguo art. 172— no puede equipararse a la moral en la esfera sexual, a la que el Código penal se refiere en otros preceptos y entre ellos en el que nos ocupa (43), si bien concluye en la vaguedad de su esfera de aplicación, pero aplicable solamente a los valores más fundamentales (44).

La jurisprudencia entendió, con referencia al derogado artículo 172, por moral pública el conjunto de intereses sobre los que se basa el interés social. Dice así la sentencia de 20 de diciembre de 1933 que es contraria a la moral pública «toda asociación que contradiga o se oponga a las normas fundamentales que sirven de soporte a la convivencia nacional de todos los ciudadanos, al tratar de obtener el logro de sus fines, cualquiera que sea su clase, fuera de las vías legales o por otro procedimiento que no sea la vía nor-

(39) QUINTANO, *Compendio...*, cit., pág. cit. También en su *Curso de Derecho Penal*, II, Madrid 1963, pág. 369. Ver mi obra cit., pág. 74.

(40) F. CARRARA, *Programa del Curso de Derecho Criminal. Parte Especial*, vol. VI, tradu. de Sebastián Soler, Buenos Aires 1947, pág. 11.

(41) J. A. HIDALGO GARCÍA, *El Código penal conforme a la doctrina del Tribunal Supremo*, tomo II, Madrid 1908, pág. 318.

(42) J. CÓRDOBA RODA, *Comentarios al Código Penal*, tomo III, 1978, pág. 257.

(43) Por equivocación se refiere al art. 433, pero téngase en cuenta que desde el Decreto de 24 de enero de 1963, que trasladó el contenido de tal precepto, dejó éste sin contenido.

(44) Lo que no impide que incluya dentro del concepto (pág. 258) «las asociaciones que puedan, v. gr., crearse para fomentar la violencia o promover y explotar la prostitución».

mal propia de las naturales discusiones humanas, por cuanto el término moral pública que emplea este artículo no cabe interpretarlo como análogo al concepto restrictivo de buenas costumbres, sino como afirmación de todo el sistema de exigencias jurídicas que regula las condiciones mínimas de convivencia social» (45).

B) Los medios comisivos del artículo 432 son la imprenta u otro medio publicitario y el escándalo. Ya vimos cómo el Código de 1870 requería conjuntamente la imprenta y el escándalo, lo que fue ampliado en 1932, al sustituir la copulativa «y» por la disyuntiva «o» y cómo la reforma de 1944 se limitó a extender a la imprenta los otros procedimientos de publicidad, muchos de mayor eficacia incluso.

Por consiguiente la alternativa actual es la del medio publicitario o el escándalo, pero no siempre se ha entendido así por los tratadistas (46), si bien la mayoría ha seguido la interpretación correcta (47).

La razón de ser debe encontrarse en la extensión y difusión delictual que se consigue mediante la publicidad, haciendo aquí el papel de agravante específica de publicidad como la genérica 4.^a del artículo 10 de nuestro Código penal: «Realizar el delito por medio de la imprenta, radiodifusión u otro que facilite la publicidad».

En estos supuestos se aplica el artículo 13, que sólo hace responsables a los autores —no a los cómplices o encubridores— entendiéndose por tales los señalados en el artículo 15, con la responsabilidad en cascadas que allí se establece. Por su parte, la Ley de Enjuiciamiento Criminal dentro del Libro IV y entre los procedimientos especiales trata en el Título V (arts. 816 a 823) «Del procedimiento por delitos cometidos por medio de la imprenta, el grabado u otro medio mecánico de publicación», que aparece afectado por las modificaciones operadas en su caso por la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos de la Persona, ampliada en su ámbito por el Real Decreto legislativo 342/1979, de 20 de febrero, en cuanto a los medios comi-

(45) La corrección argumentativa y lógica se pierde en el discurso y razonar de la sentencia, al reiterar su contradicción con la moral pública por contradecir el principio de autoridad y «la propiedad industrial».

(46) SÁNCHEZ TEJERINA, *ob. cit.*, pág. 308: «Se refiere el anterior precepto a dos clases de hechos: 1.º Propaganda de doctrinas inmorales por medio de la imprenta. 2.º Propaganda con escándalo, por otros medios, de tales doctrinas». CUELLO, *ob. cit.*, 8.^a ed., pág. 554: «Presenta dos modalidades: exponiendo o proclamando doctrinas contrarias a la moral pública por la imprenta o exponiendo o proclamando las mismas doctrinas por otros medios de publicidad, pero con escándalo». En la reciente edición, 14.^a, revisada por Camargo, se expresa de manera diferente, pero correcta, en pág. 612: «Se comete este delito exponiendo o proclamando doctrinas contrarias a la moral pública por la imprenta u otro procedimiento de publicidad, o sin publicidad pero con escándalo».

(47) PUIG PEÑA, *ob. cit.*, pág. 39. QUINTANO, *Curso...*, cit., pág. 369. RODRÍGUEZ DEVESA, *ob. cit.*, 198.

sivos. La otra alternativa, la del escándalo, presenta mayores dificultades. Como ya dije en otro lugar (48) aquí el escándalo es circunstancia de posible ejecución del delito, no siendo por tanto esencial para que la infracción surja, ya que puede nacer sin él con el medio publicitario.

La palabra escándalo, en las diversas acepciones que proporciona el Diccionario, significa desenfreno, desvergüenza y mal ejemplo, en el significado que debe preferirse, pues si se acepta la otra de «acción o palabra que es causa que uno obre mal o piense mal de otro», concepto coincidente con el de la teología moral, convierte un medio comisivo en resultado, lo que no resulta aceptable y es contrario a la correcta hermenéutica.

C) Por el resultado podemos afirmar que nos encontramos ante un delito formal, en cuanto el elemento material o acción se agota con el movimiento corporal del agente (49).

La consecuencia es la imposibilidad de la tentativa y en general del delito imperfecto, porque no existe resultado, o, si se quiere, el resultado coincide con la acción del sujeto.

3. A) En cuanto a la tipicidad hay que recoger su caracterización abierta, por la relatividad de los conceptos culturales manejados, con apreciaciones axiológicas, tales como «doctrinas» y «moral pública» (50). La jurisprudencia se ha pronunciado también sobre esta cuestión. Dice así la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 23 de junio de 1978 en su primer Considerando: «...éste (el precepto) constituye una norma de estructura abierta concebida en términos valorativos no descriptivos, a diferencia con lo que acontece con otras figuras delictivas, la determinación de los hechos subsumibles en la norma ofrece en ocasiones múltiples dificultades, como todo lo dominado por la relatividad, pero lo que no cabe duda es que, como por la propia naturaleza del tipo delictivo los Tribunales de instancia se ven obligados a verter en el relato histórico lo que constituyen auténticos juicios de valor y no meras descripciones fácticas, el Tribunal de Casación para ponderar el acierto de aquéllos se ve obligado a su vez a hacer uso de la facultad que le concede el artículo 899 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal» (51).

La anterior resolución de 8 de noviembre de 1971 (52), recoge también estas características, señalando al respecto que «... la exposición de doctrinas inmorales, previstas y sancionada como delito de escándalo público en el artículo 432 del Código penal, supone, como materia delictiva, la exteriorización relevante de ideas, opiniones o conceptos atentatorios a los principios mora-

(48) *Ob. cit.*, pág. 108.

(49) J. ANTÓN ONECA y J. A. RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Derecho Penal*, tomo I por J. ANTÓN ONECA, Madrid 1949, pág. 162 y pág. 411.

(50) En este sentido QUINTANO, *Comentarios...*, cit., pág. 796.

(51) Fue ponente el Excmo. Sr. D. Manuel García Miguel. Tiene el núm. 648 y la referencia de *Aranzadi* es 2651.

(52) Ver nota 28 de este trabajo.

les consagrados como básicos e intangibles a virtud de la norma de cultura vigente en la comunidad, con la correlativa ofensa, en todo caso y, por lo general, con el consiguiente peligro para la incolumidad y práctica subsistencia de aquellos valores éticos fundamentales que la Ley punitiva debe tutelar con toda energía...».

Después el Supremo atiende en su razonamiento al mal ejemplo o al agravio que infieren a los comunes sentimientos de decencia.

B) La antijuricidad se crea con el precepto penal. Precisamente en la oposición y contradicción con las normas de cultura reconocidas por el Estado, ha de contemplarse la antijuricidad con el alcance y sentido que expresó Max Ernst Mayer (53), quien señaló que los preceptos penales son normas de cultura reconocidas por el Estado, en el sentido de mandatos y prohibiciones por cuyo medio la sociedad exige determinadas conductas en su propio interés. Por cultura debe entenderse, como certeramente recogió Quintano (54), «el acervo intelectual y moral existente en un determinado lugar y tiempo, aquel precisamente en que el hecho incriminado aparece en el mundo exterior». También la sentencia citada de 1971 ha hecho referencia a las normas culturales y además otras referentes al escándalo público genuino, como las de 12 de julio de 1888, 30 de enero de 1918, 9 de enero de 1928, 17 de enero de 1929, 20 de febrero y 1 de marzo 1958, 7 de marzo de 1963, etc.

C) Con referencia a la faz negativa de la antijuricidad, algún autor encuentra alguna actividad totalmente eximente, «la exposición rigurosamente científica de los fundamentos técnicos de las diversas ciencias naturales o sociales...», añadiendo que «la libertad científica de investigación es absoluta e insobornable» así como «la indemnidad de que gozan quienes desde un plano estrictamente científico o doctrinal estudian o exponen las más arduas cuestiones de sexología o moral matrimonial y privada» (55). Por el contrario, otros autores encuentran incardinado en el precepto, «las doctrinas de carácter científico, social, médico, etc.» (56) a diferencia precisamente de lo que ocurre con el artículo 431.

Ya el Código de 1928 excluía de la aplicación del artículo 677 —restringido a teorías y prácticas anticoncepcionales en aquel texto— las publicaciones meramente científicas y los actos de corporaciones técnicas. Ya la Circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 1893, incluida en la Memoria de dicho año señaló que «acerca de la organización de la familia, es lícito pensar como cada cual quiera o pueda, siempre que no sea pretexto de exposición de doctrinas contrarias a la moral pública, como lo sería provocar a su establecimiento sobre bases de la deshonestidad, del estupro, del adulterio, del incesto, de la plura-

(53) MAX E. MAYER, *Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrecht*, Heidelberg 1923, 2.^a ed., págs. 44 y ss.

(54) *Comentarios...*, cit., pág. 275.

(55) JIMÉNEZ ASEÑO, *ob. cit.*

(56) CUELLO Y CAMARGO, *ob. cit.*, pág. 612.

lidad matrimonial, del infanticidio, del aborto, de la corrupción corporal de sus individuos y de la prostitución, porque este escándalo, si tiene lugar por medio de la imprenta, halla su adecuada sanción en este artículo y si de otra manera se produce, la encontrará el 456 (hoy 431), como ofensivo al pudor y a las buenas costumbres».

El precepto, si no se restringe su aplicación o si no se extienden los motivos de exención de responsabilidad en su alcance, puede llegar a extensiones desmesuradas y recordar prácticas inquisitoriales, en cuanto a persecución por las opiniones. Puede resultar incompatible con la Constitución, que reconoce el derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier medio de reproducción —art. 20 a)— la libertad ideológica —art. 16— y la libertad de cátedra —art. 20 c)— porque los únicos límites a estas libertades se encuentran «en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y la infancia —art. 20, 4—. La aplicación del artículo 432, existiendo el artículo 431 de suficiente amplitud y alcance, buscando allí la punición de determinadas doctrinas e ideas, puede conducir a posturas intolerantes y por ello resulta fundamental, pero no sencilla la discriminación de objetivos para no incidir en espacios reservados a la ciencia o al arte (58).

4. En cuanto a la culpabilidad o elemento subjetivo, se ha entendido como la conciencia de que las doctrinas expuestas sean contrarias a la moral pública y por la voluntad de exponerlas (59).

La jurisprudencia —sentencia de 23 de junio de 1978, ya examinada— ha estimado como elemento subjetivo la intención del autor de lesionar el bien jurídico protegido por el precepto. Mas tal cosa no se puede deducir del artículo 432, que constituye una infracción formal, como hemos visto. Tal declaración jurisprudencial, intrascendente para su resolución que marchó por otros derroteros, no puede sostenerse, pues únicamente permitiría aplicar el artículo en supuestos de que el sujeto buscara atacar ideas o creencias arraigadas en la conciencia social.

5. Finalmente y con relación a la penalidad hemos de destacar que el artículo, desde su creación en 1870, ha sancionado las conductas allí incriminadas con multa, desde la cuantía de 125 a 1.250 pesetas en el momento de su creación hasta la de 20.000 a 200.000 pesetas, actualmente con motivo de la reforma de dicha sanción por la Ley de 8 de mayo de 1978.

El más moderado de nuestros textos penales fue el Código de 1932, porque sesenta y dos años más tarde de la creación del delito

(57) C. VIADA Y LÓPEZ-PUIGSERVER, *Doctrina penal de la Fiscalía del Tribunal Supremo*, Madrid 1961, pág. 214.

(58) QUINTANO, *Comentarios...*, cit., pág. cit.

(59) CUELLO, *ob. últ. cit.*, pág. cit.

duplicó las cuantías y el más riguroso en esta sanción pecuniaria fue el de 1928, que mucho más reciente y próximo a la creación impuso de 1.000 a 10.000 pesetas y además la inhabilitación especial. Las sucesivas reformas han tenido que atender a la continua y creciente devaluación monetaria.

Debe tenerse en cuenta, que conforme a lo señalado en el párrafo segundo del artículo 445 del Código penal «los maestros o encargados en cualquier manera de la educación o dirección de la juventud serán, además, condenados a inhabilitación especial».

IV. HECHOS CONSTITUTIVOS DE ESTE DELITO

El Código de 1928 se refirió en su texto a «los que fuera de publicaciones meramente científicas o actos de corporaciones técnicas, propaguen teorías o prácticas anticoncepcionales» (60). Este artículo fue muy criticado (61), pero lo que no cabe ninguna duda es que supuso una notable restricción con respecto al texto precedente —art. 457 del Código de 1870— ya que sólo hacía referencia a doctrinas anticonceptivas y no a otra clase de doctrinas inmorales, aun limitadas al ámbito del sexo y, por otra parte, excluía de la aplicación la práctica científica.

Por ello no debe extrañar que aun durante la vigencia, primero del texto de 1870, puesto de nuevo en vigor por la República, y después por el Código de 1932 y de otras reformas posteriores, se intentaran incardinar estas actividades en el precepto que nos ocupa.

Incluso la sentencia de 21 de diciembre de 1935 estimó como escándalo público «el anuncio público de una sustancia destinada a evitar la procreación humana, indicando al mismo tiempo la forma y manera de utilizarla para que produzca el efecto deseado, no puede menos, en buenos principios de moral, de ser constitutiva del delito de escándalo público, ya que tal hecho, aun prescindiendo de la doctrina de la Iglesia, tiende a contrariar la misma naturaleza, facilitando el vicio y la prostitución, sin que pueda influir en tal calificación la circunstancia de que no fueran repartidas las hojas impresas en que se anunciaba el producto...».

Esta doctrina jurisprudencial ha inducido a error a algún tratadista, por la evidencia en el caso enjuiciado de la publicidad y la exposición pública, en orden a la aplicación del precepto que nos ocupa (62). Pero la Ley de 24 de enero de 1941 estableció el delito de propaganda anticonceptiva, después recogido en el núm. 5 del

(60) A. JARAMILLO GARCÍA, *Novísimo Código Penal comentado y co-tejado con el de 1870*, vol. II, Salamanca 1928, pág. 257.

(61) LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA y JOSÉ ANTÓN ONECA, *Derecho Penal conforme al Código de 1928*, 1.^a ed., t. II, Madrid 1929, pág. 251.

(62) En este sentido JIMÉNEZ ASENJO, *ob. cit.*, hace referencia a que la mentada resolución parece involucrar ambos preceptos.

artículo 416 del Código penal de 1944, bajo el capítulo del aborto: «La divulgación en cualquier forma que se realizare de los destinados a evitar la procreación, así como su exposición pública y ofrecimiento en venta». No he encontrado un sólo caso en la jurisprudencia del Tribunal Supremo aplicable a tal delito, pero el resultado de dicha reforma es que el antiguo artículo 433 —hoy 432— ya sólo podía castigar la exposición pública por medio publicitario o con escándalo de doctrinas contrarias a la moral pública no referidas a la limitación de la natalidad o a prácticas anticonceptivas (63).

Los dos últimos números —4.º y 5.º— del artículo 416 fueron suprimidos por la Ley 45/1978, de 7 de octubre, y por consiguiente han devenido impunes. A mi juicio el mayor disparate de la Ley de 1941 y del Código de 1944 en este punto, radicó en la equiparación de estas conductas al aborto, cuando aparecían dictados los preceptos por intereses demográficos. Pese a que Groizard en 1913, cuarenta y tres años después de la creación de este delito, luego de criticarlo señalando que legislar en términos tan vagos equivalía a no legislar en el terreno práctico, añadía que no era de extrañar que no pueda citarse en los anales del foro un solo procesado por este delito (64). Pudieran haberse seguido repitiendo sus palabras mucho después, hasta 1971, más de cien años desde la creación de la infracción, en que el Tribunal Supremo conoce de un recurso de casación por infracción de Ley, contra una sentencia absolutoria en recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal y casó la sentencia.

El hecho hacía referencia a la publicación en una revista de una entrevista con un pederasta y drogadicto, razonando el Supremo que fue el periodista quien provocó tales declaraciones no espontáneas, convirtiéndose en gratuito portavoz de las inmorales y corruptoras ideas, que se incardina en el artículo 432 «por cuanto consigna y propaga por más que sea en calidad de ajenas en su origen, opiniones encomiásticas de vicios nefandos, ofensivas a los rectos sentimientos morales individuales y colectivos y susceptibles de contribuir a minar la moralidad ambiente y al embotamiento de los naturales resortes sociales de defensa contra malsanas y contagiosas aberraciones con cuyo arraigo o extensión no es permisible familiarizarse ni transigir».

Por el contrario, la más reciente de 23 de junio de 1978, revoca una sentencia, también de la Audiencia de Madrid, que condenó por este delito y se refería a un artículo en una revista que elogiaba, a través de distintas opiniones, los métodos anticonceptivos, así como el aborto y con menosprecio a las ideas contrarias y atacando las disposiciones legales y canónicas, a la vez que entre las páginas del texto aparecían fotografías y algún dibujo de mujeres desnudas y de una pareja también desnuda.

(63) Ver mi libro cit., pág. 73.

(64) *Ob. cit.*, pág. 147.

El Tribunal de Casación desciende a detalles y recoge que si en la publicación existen los extremos que recoge el oportuno Resultado de Hechos probados, adiciona con relación a las fotografías, de la mujer desnuda, «pero que tanto por la postura en que se halla, medio de perfil, sin que se perciban sus órganos sexuales, ni la menor actitud lasciva o provocativa», en cuanto a la otra, «silueta en verde, totalmente difuminada, de pie y uno frente a otro en actitud de besarse...».

En realidad los supuestos desnudos de la publicación, de constituir infracción delictiva, nunca sería en este precepto, sino en el artículo 431.

V. EL DELITO VENIAL

Señala Quintano que al relativismo inherente a toda esta materia hay que añadir además el resultante de que actos intrínsecamente idénticos puedan constituir la falta del núm. 5.º del artículo 566 (65) y aún puede añadirse también la falta del núm. 3.º del artículo 567 del Código (66).

Sanciona la primera de las infracciones leves que hemos mencionado a «los que de igual manera (por medio de la imprenta, litografía u otro medio de publicación) ofendieren levemente a la moral, a las buenas costumbres o a la decencia pública».

Para el autor últimamente citado las circunstancias de lugar y tiempo han de ser las que decidan, a más de los eventuales destinatarios de las obras y las finalidades al redactarlas (67), mientras Rodríguez Devesa sostiene que es la publicidad o el escándalo lo que convierten en delito, lo que en otro caso sería la falta citada del núm. 5.º del artículo 566 (68).

La reforma de 1963 dividió lo que antes constituía el núm. 4.º del mismo en dos números, el 4.º y el 5.º, e introdujo el adverbio «levemente» para diferenciar esta figura de los delitos de los artículos 431 y 432 (69). Este criterio parece acertado. Con el artículo 432, único que nos ocupa, coincide con hacer mención de la alternativa de la imprenta u otro medio de publicidad, pero difiere en la omisión del escándalo que aparece como disyuntiva en el delito, y añadir a la moral, común en ambos preceptos las buenas costumbres y la decencia pública. Creo que el Código no ha pretendido distinguir tan confusos e imprecisos conceptos culturales y por ello reitero que la distinción con la falta, que como delito venial examinamos, debe encontrarse en la mayor o menor inten-

(65) *Comentarios...*, cit., pág. cit.

(66) ARROYO DE LAS HERAS y LUZÓN CUESTA, *Código Penal*, texto revisado 1963, Barcelona 1963, pág. 176.

(67) QUINTANO, *Comentarios...*, pág. cit.

(68) *Ob. cit.*, pág. cit.

(69) F. BUENO ARÚS, *La reforma del Código Penal español de 1963*, en *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 162, pág. 561.

sidad de la ofensa a los valores comunitarios; el propio legislador manifestó su voluntad al reformar el precepto añadiendo un adverbio de modo, que modifica la acción.

Diferenciarlo por la publicidad no es correcto, pues en ambas infracciones se alude a ella. Lo que sí es cierto, es que la levedad de la acción, de la conducta vendrá determinada por el tiempo, lugar y demás circunstancias.

La jurisprudencia ha reputado como constitutivos de esta falta, la publicación en la prensa de anuncios, aun en forma anónima, que tiendan a facilitar actos inmorales —sentencias de 11 de marzo y 11 de noviembre de 1911 y 3 de marzo de 1930— así como en periódicos no profesionales de anuncios referidos a enfermedades venéreas, empleando frases ofensivas a la moral —sentencias de 14 de noviembre de 1908, 29 de enero y otras de 1909.

El otro precepto, el núm. 3.º del artículo 567, sanciona a «los que con la exhibición de estampas o grabados o con otra clase de actos ofendieren levemente a la moral, a las buenas costumbres o a la decencia pública».

De la otra falta sólo se diferencia en las formas comisivas: exhibición de estampas o grabados u otra clase de actos, y su aplicación como infracción leve resulta más difícil, pero no imposible conceptualmente por la amplitud del texto.

Aunque el Tribunal Supremo ha utilizado esta falta para la exhibición de objetos pornográficos en determinadas circunstancias, en sentencia de 9 de julio de 1891, señaló que si la cultura propia de todo tráfico honesto aconseja excluir la denominación grosera que a un producto se dé por su fabricante, no puede atribuirse al expendedor ánimo de ofensa a la moral y las buenas costumbres por el mero anuncio de la mercancía.

El artículo 20 de la Constitución y los delitos de desacatos

LORENZO MORILLAS CUEVA

Profesor Adjunto Numerario de Derecho Penal
en la Universidad de Granada

SUMARIO: I) La libertad de expresión.—II) Sus límites.—III) Límites penales.—IV) El delito de desacato: A) El elemento subjetivo. B) La "exceptio veritatis".—V) Conclusiones.

I. El artículo 20 de la Constitución española reconoce y protege en su número primero, letra a), el derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción. Junto a esta clásica formulación del derecho a expresarse libremente, el texto constitucional proclama en la letra d) el derecho a la información veraz (1). Ambos están completados en el mismo número y artículo con los derechos a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica y a la libertad de cátedra (letras b y c).

La libertad de expresión que podemos definir con De Esteban y López Guerra como «el derecho a recibir información objetiva y veraz, a expresar libremente las propias ideas y opiniones y a tener acceso para ello, individualmente o como grupo, a los medios que posibilitan la efectiva difusión de tales ideas y opiniones» (2) se manifiesta, a juicio de Duchacek, como condición previa de todos los derechos de participación política, especialmente el derecho de voto y el derecho a constituir partidos políticos y grupos de intereses (3). La capital importancia de las libertades públicas y en especial de la que escribimos hace que su efectiva presencia sea absolutamente imprescindible en un auténtico estado social y democrático.

(1) La conjunción en su vertiente activa del derecho de información y de la libertad de expresión es, según Terrón Montero, una importante novedad de nuestra Constitución con respecto a otras europeas. Vid. TERRÓN MONTERO, J., *Libertad de expresión y Constitución*, "Documentación Administrativa", núm. 187, Madrid 1980, pág. 217.

(2) ESTEBAN, Jorge de y LÓPEZ GUERRA, L., *El régimen constitucional español*, 1, Barcelona 1980, pág. 165.

(3) DUCHACEK, I., *Derechos y libertades en el mundo actual*, Madrid 1976, pág. 289.

co de Derecho, tal como define España el artículo uno de la Constitución.

No obstante, aunque la valoración de un texto constitucional depende en gran medida de la extensión de los derechos y libertades que reconoce a sus ciudadanos (4), la simple proclamación formal no es indicativa del real reconocimiento práctico de esos derechos, pues difícilmente se puede pensar en un desarrollo total de las libertades y sí en una evaluación gradual. Es obvio en el caso de la libertad de expresión su menor expansión en los países donde el Estado interviene y controla los órganos de información que en aquellos en los que es un mero concurrente. Pero incluso en éstos se ve mediatizada por la presencia de grupos de presión. Lo cierto es, en definitiva, como dice Gómez-Reino y Carnota, que el grado de mayor o menor libertad de los individuos depende primordialmente de la interpretación y la aplicación que de los preceptos constitucionales hagan progresivamente los distintos poderes públicos (5).

Una prueba evidente de esta última afirmación puede ser encontrada en el Derecho Constitucional comparado y en la historia constitucional española.

En Derecho comparado el principio de libertad de expresión está ampulosamente declarado en prácticamente todas las Constituciones tanto de países que responden al modelo occidental de estado de Derecho (6), como de los que soportan un fuerte intervencionismo estatal. A título de simple ejemplo conviene citar algunos. La Ley Fundamental para la República Federal Alemana (Ley Fundamental de Bonn), que define en el artículo 20 a la República como un Estado Federal democrático y social en el artículo 5.º, número 1.º, proclama: «Cada uno tendrá derecho a expresar y difundir su opinión por la palabra, el escrito y la imagen, y a informarse en las fuentes de acceso general. Se garantiza la libertad de prensa y la libertad de información a través de la radiofonía y del cinematógrafo. No se podrá establecer la censura». La Constitución de Albania en el artículo 2.º confirma a la República Socialista Popular de Albania como un «Estado de dictadura del proletariado, que expresa y defiende los intereses de todos los trabajadores» y en el 52 reconoce que «los ciudadanos gozarán de libertad de expresión, prensa, organización, asociación, reunión y manifestación pública». Por su parte en el artículo 50 de la Constitución de la URSS se puede leer: «De conformidad con los intereses del pueblo y a fin de fortalecer y desarrollar el régimen socialista, se garantiza a los ciudadanos de la URSS la libertad de palabra, de prensa, de

(4) Vid., en este sentido, GÓMEZ-REINO Y CARNOTA, E., *Las libertades públicas en la Constitución*, en *Lecturas sobre la Constitución española*, I, Madrid 1978, pág. 31.

(5) *Ibid.*

(6) Sobre el contenido y problemática del Estado de Derecho, vid., por todos, BARATTA, A., *El Estado de Derecho. Historia del concepto y problemática actual*. Sistema núms. 17 y 18, abril 1977, págs. 11 y 12.

reunión, de mitin y de desfiles y manifestaciones en la vía pública».

En el Derecho constitucional español sucede algo parecido. Desde la Constitución de Cádiz (7) a la de 1876 (8) e incluso al Fuero de los Españoles (9) el reconocimiento de la libertad de expresión es un hecho programático y en pocas ocasiones una realidad concreta.

Es comprensible, por tanto, que para poder hablarse de un régimen de libertad no baste con el reconocimiento formal de meros postulados, sino que es absolutamente necesario el establecer los presupuestos democráticos y las garantías precisas para ello. En esta idea, Gómez-Reino y Carnota nos recuerdan, en alusión al pasado español más inmediato, cómo la libertad de expresión a pesar de su mención en el Fuero de los Españoles fue «amordazada y dio paso al control total por el Estado de los medios de comunicación social y al adoctrinamiento de los ciudadanos».

Incluso, añadimos nosotros, cuando durante este tiempo se quiso proteger penalmente dicha libertad, ello se hizo de modo ficticio y engañoso. Pues si bien el artículo 193, en la actualidad vigente, pudo ser la garantía para que el ciudadano se expresase libremente, la remisión que contiene a «fuera de los casos permitidos por las leyes» sirvió a la administración para, a través de la técnica de las leyes penales en blanco, mantener impunemente la censura previa primero y después, con la aprobación de la Ley de Prensa e Imprenta, la posibilidad de ordenar, con carácter previo a las medidas judiciales, el secuestro a disposición de la autoridad judicial del impreso o publicación, así como sus moldes para evitar su difusión «cuando (...) pudiera ser constitutivo de delito». Todo esto produjo, como gráficamente escribe Muñoz Conde, los más «execrables abusos» contra los derechos ciudadanos y convirtió en la práctica en letra muerta y en una burla del derecho de expresión al artículo 12 del Fuero de los Españoles (11).

(7) Artículo 371 de la Constitución de 1812: "Todos los españoles tienen libertad de escribir, imprimir y publicar sus ideas políticas sin necesidad de licencia, revisión o aprobación alguna anterior a la publicación, bajo las restricciones y la responsabilidad que establezcan las leyes".

(8) Artículo 13 de la Constitución de 1876: "Todo español tiene derecho: De emitir libremente sus ideas y opiniones, ya de palabra, ya por escrito, valiéndose de la imprenta o de otro procedimiento semejante, sin sujeción a la censura previa (...)".

(9) Artículo 12 del Fuero de los Españoles: "Todo español podrá exponer libremente sus ideas mientras no atenten a los principios fundamentales del Estado". Las Constituciones no citadas en estos ejemplos también, lógicamente, proclamaban este principio. Así, Constitución de 1837 (art. 2.º), Constitución de 1845 (art. 2.º), Constitución de 1869 (art. 17) y Constitución de 1931 (art. 34).

(10) GÓMEZ REINO Y CARNOTA, E., *Las libertades...*, cit., pág. 32.

(11) MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. P. E.*, 2.ª reimp., Sevilla

En definitiva, la contemplación de cualquier derecho o libertad ha de hacerse no sólo desde el punto de vista exclusivamente constitucional, sino también desde el de las garantías y límites que a su ejercicio imponen las propias leyes.

Desde la primera perspectiva el horizonte para la libertad de expresión se va aclarando paulatinamente con el cambio político iniciado en España a partir de 1975. La realidad del propio artículo 20 de la Constitución que en su número 2 impide que el ejercicio de este derecho pueda verse restringido por algún tipo de censura previa, además de las normas promulgadas antes del texto constitucional con objeto de vaciar de contenido el sistema anterior (12), suponen un indudable progreso. De todas maneras, como apunta Terrón Montero, bastantes son los aspectos que están aún pendientes de las transformaciones necesarias para adecuar nuestra legislación protectora del derecho a la libertad de expresión al nuevo espíritu constitucional (13).

II. Si importante es, como hemos visto, la proclamación de las libertades y derechos fundamentales en los textos constitucionales y la paralela garantía de su real ejercicio en leyes concretas igualmente primordial e inherente a lo anterior es la fijación de los límites a los que en verdad obliga la convivencia pacífica de los derechos entre sí y de éstos con el complejo mecanismo estatal. Desde este ángulo, también la intensidad de los límites permite averiguar el grado de reconocimiento de hecho y de observancia práctica que a las libertades les tributa el Estado. En la actualidad, como dice Loewenstein, «no sólo los regímenes autocráticos niegan el reconocimiento a las libertades individuales, con el argumento de que tales ámbitos inaccesibles a los detentadores del poder serían incompatibles con el ejercicio concentrado del poder, sino también en el Estado democrático constitucional se han producido serios conflictos entre el impulso del hombre a

1978, págs. 558-559. En parecido sentido vid. RODRÍGUEZ RAMOS, L., *Libertades cívicas y Derecho Penal*, Madrid 1975, págs. 60 y ss.

(12) Terrón Montero cita el Real Decreto-Ley 1.º de abril de 1977, que entre otros puntos contiene: a) el sometimiento de la libertad de expresión y el derecho a la difusión de las informaciones a las limitaciones establecidas en el ordenamiento jurídico con carácter general; b) la derogación del artículo 2.º de la Ley de Prensa e Imprenta; c) la supresión de las facultades de suspensión atribuidas a la Administración por el artículo 64 de la Ley de Prensa e Imprenta. Vid. TERRÓN MONTERO, J., *Libertad de expresión...*, cit., pág. 218. Sobre la incidencia de este Real Decreto y de la Ley 26 de diciembre de 1978 sobre protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona en el Derecho penal vid. RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., *Derecho Penal español*, P. E., 8.ª ed., Madrid 1980, págs. 770-771.

(13) Vid. TERRÓN MONTERO, J., *Libertad de expresión...*, cit., página 219. Para Rodríguez Devesa, por ejemplo, existe una flagrante contradicción entre el Código penal y la LOP, de una parte, y la Constitución de 1978, art. 55, 1, de otra. Vid. RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., *Derecho Penal...*, cit., P. E., pág. 770.

desarrollar libremente su personalidad y las necesidades de una existencia colectiva. El conflicto entre la libertad individual y la seguridad estatal se ha acentuado considerablemente en nuestro tiempo» (14).

Ni la libertad de expresión ni ninguna otra libertad pueden ser concebidas desde el momento en que se desarrollan en un plano colectivo con carácter absoluto (15). Su ejercicio tiene que ajustarse no sólo a las normas como expresión formal del ordenamiento, sino también a los valores y postulados que lo integran materialmente (16). Debe, en suma, coexistir con los demás principios y derechos. Esto origina, pues, un conjunto de limitaciones a las libertades fundamentales que unas veces son esbozadas de modo intrínseco, como el fraude a la ley o el abuso del derecho, sin que sea necesaria su alusión expresa en la Constitución y otras con carácter extrínseco concretadas en ella (17). En este último sentido el número 4 del artículo 20 de la Constitución previene que «estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia».

Ahora bien, el imprescindible reconocimiento de semejantes limitaciones no puede llevar a una subrepticia interpretación que introduzca una vía idónea para descargar de contenido el ejercicio de los derechos. Así lo entiende la Constitución al señalar en el artículo 53-1 que «los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1.a)». Se trata, en afortunada frase de De Esteban y López Guerra de «un límite a la imposición de límites o condiciones en el ejercicio de los derechos fundamentales», que veta al legislador y aun al legislador orgánico la posibilidad de vaciar los derechos y libertades recogidos en el texto constitucional (18).

Es constatable, sin embargo, que no son pocas las naciones donde bajo la fácil y cínica excusa de supuestas lesiones a los intereses del Estado se estrangula en su inicio el desarrollo de las libertades y en especial de la libertad de expresión. Límites tan

(14) LOEWENSTEIN, K., *Teoría de la Constitución*, Barcelona 1964, págs. 395-396.

(15) Vid., en este sentido, PECES-BARBA, G., *Derechos fundamentales*, Madrid 1980, págs. 110 y ss.

(16) Vid. ESTEBAN J. de y LÓPEZ GUERRA, L., *El régimen constitucional...*, cit., pág. 132.

(17) Vid., PECES-BARBA, G., *Derechos...*, cit., pág. 111. ESTEBAN, J. de y LÓPEZ GUERRA, L., *El régimen constitucional...*, cit., pág. 132.

(18) ESTEBAN, J. de y LÓPEZ GUERRA, L., *El régimen constitucional...*, cit., pág. 133.

complejos y ambiguos como moral, frecuentemente utilizada sinónima de la tradición de unos pocos para frenar el progreso (19), como orden público (20) o como principios fundamentales del Estado, cuando la organización general del país no es democrática, sirven de coartada a los regímenes autoritarios. El Derecho penal no es ajeno a estos abusos en los límites a las mínimas garantías del individuo, pues, al ser utilizado con una función totalmente contraria a la que en la actualidad requiere su presencia, se transforma en punta de lanza de gobiernos que convierten la pena en un instrumento de dominación política para asegurar su propia permanencia (21). Recuérdese el artículo 165 bis b) introducido en el Código penal español por la reforma de 1967, que supuso una transcripción casi literal del artículo 2.º de la Ley de Prensa y que, consecuentemente, con ella fue derogado por el citado R. D.-Ley de 1 de abril de 1977. Decía: «Serán castigados con las penas de arresto mayor y multa de 10.000 a 100.000 pesetas los que infringieren por medio de impresos las limitaciones impuestas por las leyes a la libertad de expresión y al derecho de difusión de información mediante la publicación de noticias falsas o informaciones peligrosas para la moral o las buenas costumbres; contrarias a las exigencias de la defensa nacional, de la seguridad del Estado y del mantenimiento del orden público interior y de la paz exterior, o que ataquen a los Principios del Movimiento Nacional o a las Leyes Fundamentales, falten al respeto debido a las instituciones y a las personas en la crítica de la acción política o administrativa, o atenten contra la independencia de los Tribunales».

En definitiva, el problema no radica en la aceptación o no de determinados límites a los derechos y libertades, lo que es un hecho constatable de difícil oposición, sino en esclarecer con exactitud el sentido y la dirección de esas limitaciones para impedir que a través de ellas lo que formalmente se presenta como garantía del Estado democrático desvirtúe en la práctica en el

(19) Incluso, como dice Peces-Barba, en una sociedad pluralista y por consiguiente diferenciada, y en la que coexisten diferentes ideologías y corrientes doctrinales, la determinación de este límite puede ser especialmente compleja. PECES-BARBA, G., *Derecho...*, cit., pág. 115.

(20) Peces-Barba exige para afirmar que el límite del orden público no se exceda en la regulación de las libertades públicas, haciéndolas ilusorias: a) Que el país de que se trate tenga una organización democrática. b) Que los límites de los derechos fundamentales por motivos de orden público sean definidos por Ley. c) Que la competencia de las autoridades administrativas, y especialmente de las autoridades encargadas de la seguridad y de la policía estén, en este campo, acotada y limitada por las leyes. d) Que, en todo caso, la limitación de un derecho fundamental por razones de orden público sea necesaria, eficaz y razonable o proporcionada al desorden que se pretende evitar. PECES-BARBA, G., *Derecho...*, cit., pág. 117.

(21) Sobre la utilización del Derecho penal por los regímenes totalitarios. vid. MORILLAS CUEVA, L., *Derecho Penal e ideología*, en *Derecho y Economía en la Sociedad española actual*, Granada 1978, págs. 57 y ss.

sostén de la sociedad autoritaria. En este sentido nuestra Constitución parece estar alerta y seguir una línea progresista de no fijación de límites abstractos de carácter general y sí, por el contrario y en todo caso, de límites específicos para determinados derechos, entre los que se encuentra el de libertad de expresión. Ello no quiere decir, como expone Gálvez, que los derechos proclamados por el artículo 20 de la Constitución sean de inferior jerarquía o estén debilitados por los restantes derechos constitucionales, lo único que sucede es que el número 4 del citado artículo fija en este orden de ideas una formulación particularizada del principio constitucional que viene a proclamar la necesidad de respetar el contenido de los restantes derechos en el ejercicio de uno determinado (22).

III. Bosquejado en los epígrafes anteriores el contenido y los límites del derecho a la libertad de expresión contenido en el artículo 20 de la Constitución es preciso en orden a la brevedad y a la exacta adecuación sistemática, recortar al máximo el objeto de este trabajo. Con semejante servidumbre excluimos ya cualquier comentario a límites de signo no penal.

En el ámbito punitivo, el número 4 del artículo 20 y el resto de las limitaciones que con carácter intrínseco se desprenden del texto constitucional, se bifurcan y justifican en dos órdenes de intereses: el público general y el particular (23). Este último se proyecta, entre otros, en los delitos contra el honor, calumnia e injuria, del título X, libro 2.º, artículos 453 a 461, y en el descu-

(22) Vid. GARRIDO FALLA, F., GÁLVEZ, J., y otros, *Comentarios a la Constitución*, Madrid 1980, pág. 260.

(23) Nos acercamos al problema específicamente penal, como el lector puede comprobar sólo desde la perspectiva negativa, es decir, desde los límites punitivos al ejercicio del derecho a la libre expresión. En el aspecto positivo, desaparecido el comentado artículo 165 bis b) junto con el bis a), la presencia en nuestro texto penal de los artículos 165 y 193 no hace sino proteger el desarrollo efectivo del principio constitucional. El primero redactado conforme a la Ley Orgánica 4/1980, de 21 mayo, castiga con las penas de arresto mayor y multa de 25.000 a 200.000 pesetas a "los que impidieren u obstaculizaren el legítimo ejercicio de la libertad de expresión y de difusión informativa". El segundo, al que ya nos hemos referido, castiga con inhabilitación absoluta a "la autoridad gubernativa que, fuera de los casos permitidos por las leyes, estableciere la censura previa de imprenta, recogiere ediciones de libros o periódicos o suspendiere su publicación". La vigencia y efectividad de este artículo es ahora mayor dado el cambio producido en las disposiciones a las que como norma penal en blanco se remite. Por último, sólo queda el artículo 165 bis de carácter exclusivamente técnico que sanciona con la pena de multa de 25.000 a 200.000 pesetas a "los autores, directivos, editores o impresores, en los casos que proceda por la forma de su participación, de impresos que se reputen clandestinos, entendiéndose por tales los que no lleven pie de imprenta o nombre y domicilio del autor". Permanece, pues, en este aspecto la libertad de expresión amparada y defendida de este modo directa e indirectamente por la garantía que supone en el plano penal la supresión de todo delito específico de opinión, quedando sometida exclusivamente a los límites que con carácter general tipifica el Código.

brimiento y revelación de secretos del capítulo VII, título XII del mismo libro, artículo 497 a 499, sin olvidar la falta del artículo 566, especialmente en su número 2.º.

El primero de los órdenes indicados es de concreción más compleja especialmente porque algunos de los tipos en él contenidos están a caballo entre lo público y el interés individual. De cualquier forma, podemos incluir como condicionantes de la libertad de expresión, entre otros, la apología del delito que con carácter general se castiga como falta en el artículo 566-4.º, completada por la provocación a través de los medios de difusión a la desobediencia de las leyes o de las autoridades constituidas, introducida por la Ley Orgánica 4/1980, de 21 de mayo, y la apología pública, oral o escrita o por medio de la imprenta u otro procedimiento de difusión de los delitos comprendidos en el título II del libro 2.º, o de los cometidos por bandas o grupos armados y sus conexos o de sus culpables, que con alcance más reducido introdujo asimismo la citada Ley Orgánica de 21 de mayo en el artículo 268, los delitos de prevaricación de abogados y procuradores en su modalidad de descubrimiento de secretos de sus clientes, habiendo tenido conocimiento de ellos en el ejercicio de su profesión del artículo 360, la violación de secretos cometidos por funcionarios públicos de los artículos 367 y 368, las injurias contra el Jefe del Estado y su sucesor, contra las Cortes Generales y contra los Ministros, artículos 146-1.º, 147, 148, 156, 157-2.º y 3.º, 158, 161-1.º y 162, la falta del artículo 566-3.º sobre publicación maliciosa de noticias faltas de las que pueda resultar algún peligro para el orden público o daño a los intereses o al crédito del Estado y las de los números 5.º y 6.º del mismo artículo, e incluso el controvertido delito de escándalo público de los artículos 431 y 432 (24).

Particular mención hemos de hacer a la Ley Orgánica 2/1981, de 4 de mayo, que modifica y adiciona determinados artículos del Código penal y el de Justicia Militar. Esta ley elaborada en momentos muy difíciles para la convivencia democrática española arbitra medidas penales «contra quienes mediante el desprecio del orden constitucional establecido por las Cortes, y ratificado en virtud de referéndum por el pueblo español, ponen en peligro la convivencia pacífica e institucional de un Estado de Derecho».

(24) El delito de escándalo público a pesar de estar tipificado dentro del título IX del libro 2.º referente a los delitos contra la honestidad, y al margen de la manifiesta ambigüedad de sus postulados con nociones tan indeterminadas como "pudor" y "buenas costumbres" o "hechos de grave escándalo o trascendencia", sanciona ataques a la comunidad, ya que es opinión dominante en nuestra doctrina que el bien jurídico protegido es colectivo, ya sea la moral colectiva, la honestidad pública, el pudor o las buenas costumbres. Vid., en este sentido: MARTÍNEZ-PÉREA, J. M., *El delito de escándalo público*. Madrid, 1970, pág. 14. MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal cit.*, págs. 341-342. RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., *Derecho Penal... cit.*, pág. 195.

Con este sustento la Ley hace especial énfasis en las posibles actuaciones que se puedan producir a través de los medios de comunicación de masas «en cuanto que se constituyan en instrumentos de provocación a la subversión violenta del sistema democrático vigente». Así, castiga expresamente en el número 1.º de un nuevo artículo 216 bis a), que incorpora al Código penal, la conspiración, proposición y provocación a los delitos comprendidos en los artículos 174 bis b), 214 y 217, hechas públicamente o por medio de la imprenta, la radiodifusión o cualquier otro medio que facilite su publicidad, con la pena inferior en un grado a la que correspondería al autor de dichos delitos (25). El párrafo 2.º sanciona con la misma pena al reo de apología de los delitos a los que se refiere el párrafo anterior y al de apología de la rebelión militar, aunque no llegue a cometerse, así como al de la de terrorismo realizado por medio de bandas o grupos armados a que se refiere la Ley Orgánica 11/1980, de 1 de diciembre (26). Uno de los puntos más controvertidos de la Ley se encuentra en el número 2 de este precepto que establece: «Admitida la querrela presentada por el Ministerio Fiscal por los delitos comprendidos en este artículo, el juez, a petición de aquél, ordenará el cierre provisional del medio de difusión y, si lo creyere procedente, la ocupación material de los instrumentos del delito. A los solos efectos de este número y, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 48, se entenderán en todo caso instrumentos del delito, las instalaciones, maquinarias y enseres por los que se hubiesen realizado las actividades tipificadas en el número 1 de este artículo, y aquellas que hubieran servido para preparar o confeccionar los comunicados. Dentro de los tres días siguientes a la adopción de las medidas anteriores, el juez oído el Ministerio Fiscal y a la vista de las alegaciones de las partes, las ratificará o dejará sin efecto, en todo o en parte, por medio de auto. Contra este auto podrá interponerse directamente recurso de apelación, a un sólo efecto, que será resuelto por la sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en el plazo de cuatro días. En todo caso, la sentencia que ponga fin al proceso deberá levantar o imponer definitivamente el cierre del medio de difusión». Esto que para algunos es un grave ataque al principio de libertad de expresión dirigido a determinados medios de comunicación, para otros es una vía útil para la defensa y la garantía del orden constitucional.

(25) Obsérvese que la cuantía de la pena es más rígida que la establecida con carácter general para la conspiración, proposición o provocación para delinquir a las que el artículo 51 del Código penal ofrece la posibilidad de bajar uno o dos grados de la pena señalada por la ley para el delito consumado.

(26) También en esta figura la pena se reduce exclusivamente un grado a diferencia del delito de apología contenido en el artículo 268 que admite la discrecionalidad de bajar uno o dos. Sobre la apología en el Derecho penal vid.; GONZÁLEZ GUITIÁN, L., *Algunas consideraciones sobre el concepto de apología en el Código penal y en el Proyecto de 1980*, en *Estudios Penales y Criminológicos IV*. Santiago de Compostela, 1981, páginas 283 y ss.

Sin entrar en estas líneas en la controversia, más ideológica que técnica, lo cierto es que la presencia en la Ley, al margen de la reiteración sancionatoria para determinadas conductas perfectamente anulables con las normas antes vigentes, de las medidas cautelares indicadas supone un grave quebranto a la libertad de expresión que puede llegar a la frontera de lo permitido en un régimen de convivencia de libertades si la norma no es interpretada con un inequívoco espíritu democrático (27).

Hemos dejado para el final el límite penal a la libertad de expresión que va a configurar el resto de este trabajo: el delito de desacato en sus modalidades de calumnia, injuria o insultos a los ministros, autoridades, etc.

La importancia de esta figura delictiva con respecto al artículo 20 de la Constitución es indudable. De la libertad de expresión y difusión de los pensamientos, ideas y opiniones nace consecuentemente el derecho a la crítica política y administrativa, entendida como derecho a ejercer por los ciudadanos una función fiscalizadora de la obra de los órganos de gobierno. Se presenta así una doble vertiente, como componente del derecho a la información y como opción individual de la persona en un estado democrático, absolutamente necesaria para la auténtica participación política. Como dice Martínez Albertos «cuando se defiende la libertad de crítica de los ciudadanos se está defendiendo uno de los últimos instrumentos de liberación y de autonomía que todavía sobreviven en la sociedad (...)» (28). No obstante, la plácida formulación teórica de la libertad de expresión y crítica deja de ser pacífica cuando se trata de adentrarnos en su contenido y finalidad. Esclarecedoras son las citas que recoge Desantes Guanter para situar los extremos de su comprensión, que van desde considerarla como la única misión de la prensa, caso de Per Mømsen, hasta el cínico razonamiento de Goebbels: «A pesar de todo, podemos afirmar que nuestro gobierno está de acuerdo con las leyes de una democracia "enoblecida". Fuimos los campeones de la crítica y hoy podemos enfrentar la crítica dentro de la legalidad. Pero con una diferencia: el derecho a la crítica si tiene algún significado y no constituye tan sólo una insensatez democrática, puede ser concebido para bien del pueblo —que ha de ser colocado por encima de la crítica—, pero debe ser ejercido por el más inteligente contra el más estúpido y nunca al contrario. Basta, por tanto, con demostrar que, durante el tiempo que estuvimos en la oposición, nosotros los nacionalsocialistas, éramos evidentemente los más inteligentes» (29). Lamentable-

(27) La propia Ley Orgánica traslada en su artículo 4 los postulados recogidos por el Código penal en el artículo 216 bis a) al artículo 538 bis del Código de Justicia Militar, con parecido contenido.

(28) Citado por DESANTES GUANTER, J. M., *La función de informar*. Pamplona, 1976, pág. 311.

(29) *Ibid.*, pág. 309.

mente a lo largo de la historia ha tenido más primacía la opinión de Goebbels que la de Per Momsen (30).

Es indudable que al derecho de crítica a la actuación pública de la autoridad, como declara la sentencia de 20 de diciembre 1977, que a todo ciudadano pertenece se corresponde el deber de respetar el patrimonio moral del enjuicio o criticado, que como uno de los derechos de la personalidad goza de la correspondiente protección penal. Fundamental entonces es el equilibrio entre la crítica política y administrativa por muy duro, apasionado e incluso injusto que sea el juicio, y el respeto debido a la dignidad de la persona y de las instituciones fundamento del orden público y de la paz social tal como proclama la propia Constitución en el artículo 10.

El auténtico problema se manifiesta como en toda cuestión de límites, en determinar hasta dónde llega el ejercicio legítimo del derecho a la crítica, sin desbordar el ámbito que le es propio, y cuando se produce la transgresión de lo legal para entrar en el ámbito de la infracción criminal. Esta es la cuestión que en adelante nos ocupará. Con tal finalidad vamos a indagar en el fundamento real del delito de desacato según nuestra doctrina y jurisprudencia y a establecer los elementos más importantes que configuran estas infracciones para, de un lado, situar su comprensión actual y, de otro, elaborar algunas propuestas de lege ferenda que sirvan para una mejor adecuación de este delito con el marco constitucional propiciado por el artículo 20 y subsidiariamente por el artículo 53-1 de nuestra Constitución.

IV. Algunos de los hechos considerados por nuestro Código penal como desacatos tienen una profunda raigambre en la historia de la legislación punitiva. En el Derecho romano la injuria dirigida al magistrado en el ejercicio de sus funciones fue castigada, como «injuria atrox», con pena extraordinaria que en algunos casos llegó a ser la pena capital (31). Lo mismo sucedía si se atacaba el decoro de las autoridades públicas, pues se entendía conculcado el concepto de «maiestas», del cual la «dignitas» era parte integrante (32). En nuestra realidad codificadora los desacatos no aparecen verdaderamente castigados como tales hasta la reforma de 7 de julio de 1850 del Código de 1848, en el que se introducen dentro del título III del libro 2.º referente a «los delitos contra la seguridad interior del Estado y el orden público» en el capítulo III bajo el epígrafe general «de los atentados y desacatos contra la autoridad, y de otros desórdenes públicos», especialmente en los artículos 192 y 193. El Código de 1870 desglosa en dos el título anterior: Delitos

(30) Vid., más amp'liamente: *Ibd.*, pág. 310.

(31) Vid., CUELLO CALÓN, E., *Derecho Penal*. Revisado y puesto al día por Camargo Hernández. Tomo II. P. E. Vol. 1.º, 14.ª ed. Barcelona, 1975, pág. 167.

(32) Vid., con mayor amplitud: OCTAVIO DE TOLEDO, E., *El bien jurídico protegido en los capítulos VI y VII del Título II del Código Penal*. "Cuadernos de Política Criminal", núm. 1, 1977, págs. 115 y ss.

contra la Constitución (título II) y Delitos contra el orden público. Este último disgrega a su vez el anterior capítulo III en tres nuevos: «De los atentados contra la autoridad y sus agentes, resistencia y desobediencia» (capítulo IV), «De los desacatos, insultos, injurias y amenazas a sus agentes y a los demás funcionarios públicos» (capítulo V) y «Desórdenes públicos» (capítulo VI). El Código penal de la dictadura los mantiene en el título III, como delitos contra el orden público, en la sección segunda del capítulo V con la denominación de «desacatos, injurias y amenazas a las autoridades, a sus agentes, a los funcionarios públicos y a las corporaciones u organismos oficiales» (artículos 324 a 329). Pocas variaciones se producen en el Código de 1932, como no sean la vuelta a la sistemática y redacción del Código de 1870. El Código de 1944 unifica en el título II de delitos contra la seguridad interior del Estado la mayoría de estas infracciones, acotando el capítulo VIII para los desacatos, insultos, injurias y amenazas a la autoridad e insultos, injurias y amenazas a sus agentes y a los demás funcionarios públicos, con cuya ordenación se llega a la actualidad.

En la legislación comparada son muchos los Códigos penales que contienen una estructura diferenciada de la injuria común más o menos similar a la que regula el decasato en el derecho hispano. Así, bastantes países castigan los ultrajes y violencias contra los depositarios de la autoridad como modalidades de los delitos contra el orden o la paz públicos, entre ellos Francia, Bélgica, Uruguay y Chile. Otros, como infracciones contra la autoridad pública —Suecia, Paraguay, Méjico—, la cosa pública —Panamá, Venezuela—, la Administración pública —Italia— o el orden administrativo —Rusia.

Anotación particular merecen los Códigos penales de Polonia y Alemania. El primero establece una interesante graduación en torno al tema (33). El segundo, admite una mayor protección del honor a favor de las «personas que actúan en la vida política del pueblo» en el artículo 187 a) pero incluido entre los hechos punibles contra el honor, junto con la injuria genérica (34).

(33) En el capítulo XXXVI, sobre infracciones contra el orden público, castiga en el artículo 270 a “los que públicamente insulten, se burlen o humillen a la nación polaca, la República Popular de Polonia, su régimen constitucional o sus órganos superiores”. En el capítulo XXXVII, infracciones contra la actividad de las instituciones del Estado y sociales, en el artículo 237 a “los que injurian un órgano del Estado, una organización política, un sindicato, una asociación de alta utilidad pública, u otra organización social de importancia nacional, en el lugar de su actividad o públicamente” y en el 236 a “los que injurian a un funcionario público o a una persona llamada a asistirle durante o en ocasión del ejercicio de sus deberes de servicio”. En el capítulo XXIV, infracciones contra el honor y la integridad corporal, en el artículo 178-1.º “al que impute a otra persona, grupo de personas o a una institución una conducta o rasgos propios que puedan rebajarlo ante la opinión pública o exponerlo a perder la confianza requerida para el puesto, la profesión o el género de actividades que tiene”.

(34) Vid., LENCKNER, T., *En Strafgesetzbuch Kommentar. Begründet von Schönke und fortgeführt von Schröder*, 20 ed., München, 1980, página 1280.

En definitiva, tanto la historia como el derecho comparado nos muestran que, aun desde hipótesis diferenciadas, la presencia en los Códigos penales de estas infracciones es un hecho tanto en los países respetuosos de las libertades como en aquéllos con realidades totalitarias. La diferencia radica en la heterogeneidad de interpretaciones.

El primer problema importante que suscita un acercamiento genérico a los delitos de desacatos es la concreción de su fundamento y del bien jurídico protegido.

La doctrina no es uniforme en esta cuestión, pese a que en la mayoría de los casos su comprensión se ve lógicamente mediada por los criterios sistemáticos seguidos por nuestro Código. De cualquier forma, la opinión que se decanta como dominante es la que gira en torno a los conceptos de orden público y principio de autoridad. Hay autores, no obstante, que incluso cercanos a este planteamiento no se identifican totalmente con él. De este modo, para Jaso Roldán son delitos que atacan el normal funcionamiento de la vida del Estado, «que exige que las personas que aparecen como titulares de sus órganos, en cuanto tales, gocen de una especial protección, derivada del hecho de que estando encargados de la ejecución de las leyes en sentido amplio, es frecuente su contacto con la esfera de los intereses particulares y que, como consecuencia de su función, lesionen los mismos, siendo necesario ponerlos a cubierto de las reacciones de los que, sintiéndose agraviados reaccionan, no por las vías legales, sino ilegítimamente y a veces de forma peligrosa» (35). Por su parte, Córdoba Roda considera tutelado el honor y la seguridad de los funcionarios públicos, «en su calidad de partícipes del ejercicio de funciones públicas, y no en la de personas físicas» (36).

Nuestra jurisprudencia es prácticamente unánime en considerar amparado el principio de autoridad que «debe protegerse a ultranza por razones de interés público y de orden jurídico que debe primar en toda sociedad organizada» (37). Esta correlación entre principio de autoridad y orden público es una constante en las sentencias de nuestro más alto Tribunal a la hora de fundamentar la punición de estos delitos, pues implican «una ofensa moral al principio del poder "erga subditus" que como derecho-deber comprende desarrollar socialmente a la autoridad, que de un lado afecta a la potestad y de otro a la dignidad como atributos emanados de la soberanía inherentes al ejercicio de la función pública» (38).

(35) JASO ROLDÁN, T. En ANTÓN ONECA, J., RODRÍGUEZ MUÑOZ, J. A., *Derecho Penal*. T. II. P. E. Madrid, 1949, pág. 92.

(36) CÓRDOBA RODA, J., *Comentarios al Código Penal*. Barcelona, 1978, pág. 538.

(37) Sentencia 15 diciembre 1980.

(38) Sentencia 21 enero 1978. En parecido sentido, Sentencias 6 febrero 1959, 28 noviembre 1966, 28 octubre 1969, 28 enero 1970, 13 noviembre 1970, 8 octubre 1973, 31 octubre 1974, 16 noviembre 1977, 29 junio 1979, 15 diciembre 1980.

De la línea jurisprudencial participa Rodríguez Devesa para quien el bien jurídico protegido es «el principio de autoridad, la dignidad de la función, cuya relación con el orden público se pone de relieve pensando que no hay disciplina social y política posible si los órganos a través de los que el Estado cumple sus fines no son respetados» (39). Muñoz Conde que incluye los desacatos entre los delitos contra el orden público parece adherirse explícitamente, por medio de la sentencia 8 octubre 1973 que le sirve de ejemplo, también a este entendimiento (40), a pesar de que con posterioridad matiza que «se protege sólo de un modo indirecto el orden público entendido como tranquilidad en las manifestaciones colectivas, siendo lo fundamental, guste o no, el ejercicio y la dignidad de la función pública» (41).

Frontalmente diferente, al menos en el fondo, es el planteamiento de Octavio de Toledo que inicialmente sitúa el problema en el concepto de orden público que se dice proteger. La identificación de éste con orden social a la que conduce la tesis jurisprudencial y la mantenida por Rodríguez Devesa, desemboca, según el autor que glosamos, en una configuración amplia de aquél, lo que significa una noción «desenfocada, agigantada (gravemente arcaizante, en íntimo contacto con «esencias» de corte absolutístico, de dominación), por cuanto se refiere a la honorabilidad del cargo (aproximándose así, a pesar de todo, a los delitos contra el honor, si bien un honor estatal indisponible incluso por el propio Estado), sumisamente «acatada» (contemplada, cuadraría mejor)» (42). Frente a esta idea, admite de lege data como acogible, la interpretación de estos delitos como atentatorios contra el orden público pero en la acepción estricta patrocinada por Muñoz Conde (43), lo

(39) RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., *Derecho Penal...* cit., pág. 847.

(40) MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal*, cit., págs. 599-560.

(41) MUÑOZ CONDE, F., *Delitos electorales*. Cuadernos de Política Criminal, 1977, pág. 177, nota 32. Esta nota es un apunte incidental de Muñoz Conde a determinados puntos expuestos por Octavio de Toledo en el trabajo, ya citado, "El bien jurídico protegido en los Capítulos VI y VII del Título II del Código Penal", a su vez posteriormente contestada por este último autor en "De nuevo sobre el interés protegido en atentados, desacatos y figuras afines". Cuadernos de Política Criminal, 1980, págs. 103 y ss. De semejante polémica participaremos y daremos noticia a continuación, concretada sólo a los delitos de desacatos.

(42) OCTAVIO DE TOLEDO, E., *El bien jurídico...*, cit., pág. 122. Asimismo: De nuevo..., cit., págs. 105 y ss.

(43) Recordemos que Muñoz Conde define el orden público como "tranquilidad o paz en las manifestaciones colectivas de la vida ciudadana". Vid., MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal*, cit., pág. 578. La Sentencia 16 noviembre 1977 también define el orden público en su concepto estricto lógicamente con ciertas similitudes, pero también con notorias diferencias con respecto a la de Muñoz Conde: "la tranquilidad, paz y desenvolvimiento normal de las manifestaciones, servicios colectivos y actividades comunitarias de la vida ciudadana y órganos estatales".

que conduce para aquél que no para éste (44) a vaciar en la práctica de contenido los delitos de desacatos como infracciones contra la seguridad interior del Estado, pues «de no haber el ataque que el tipo exija (lesión o puesta en peligro concreta o abstracta) de tal bien jurídico (y en los hechos enjuiciados por el T. S. normalmente falta la alteración de la «tranquilidad o paz», o bien está ausente el dato plural, «manifestaciones colectivas» que debe acompañarles) no existirá el respectivo delito de desacato. El delito común subyacente cobrará entonces toda su virtualidad en relación con la agravante 16, primer inciso, del artículo 10» (45).

Desde nuestro punto de vista, a todas estas hipótesis cabe hacerles algunas matizaciones con la finalidad última de lograr tanto de lege data como de lege ferenda una mejor adecuación y equilibrio entre estos delitos y el principio de libertad de expresión, especialmente a la amplia comprensión jurisprudencial que en líneas generales se mantiene prácticamente igual a pesar del cambio constitucional y político.

Coincidimos con Octavio de Toledo en la necesaria desmitificación de la «autoritas» y de la «dignitas» (46), no en el sentido lógicamente de su desprotección, sino en el de reducción a lo normal, sobre todo desde el momento en que la persona que ostenta la autoridad lo hace como mera representante del colectivo social a quien debe rendir cuentas de su gestión y dignidad en el ejercicio del cargo. Por ello el concepto de dignidad de la autoridad o funcionario público no puede identificarse con la dignidad de la función pública no sólo porque, como dice Octavio de Toledo, pensar que la función pública, y no las personas que la ejercitan o participan de su ejercicio, tiene dignidad, es mucho suponer (47), sino asimismo porque no se puede caer en la fácil tentación de identificar dignidad o respeto a las instituciones públicas con dignidad de los que provisionalmente ocupan los cargos públicos,

(44) Aquí radica especialmente el punto de fricción entre Octavio de Toledo y Muñoz Conde. Aunque ambos parten de un concepto estricto de orden público, aquél señala críticamente cómo Muñoz Conde, a pesar de propiciar una acepción restringida, en cuanto objeto de protección y criterio de agrupamiento sistemático de los delitos comprendidos en los capítulos III a X (excepto VII) del título II, más tarde, al analizar la inclusión entre estos delitos contra el orden público de los desacatos, describe tal bien jurídico conforme a opiniones jurisprudenciales que propugnan una concepción amplia del orden público. Vid., OCTAVIO DE TOLEDO, E., *De nuevo...*, cit., pág. 109.

(45) A través de esta argumentación Octavio de Toledo introduce hábilmente de lege data las propuestas que defiende de lege ferenda: suprimir los tipos de desacatos (también los atentados y figuras afines) y considerarlos en los tipos "comunes", en todo caso de forma agravada. Alternativamente sugiere, con menor fuerza, su traslado a una agrupación sistemática dedicada a la protección de las actividades estatales. Vid., OCTAVIO DE TOLEDO, E., *De nuevo...*, cit., pág. 126. El bien jurídico..., cit., págs. 133-134.

(46) Vid., OCTAVIO DE TOLEDO, E., *De nuevo...*, cit., págs. 117-118.

(47) *Ibid.*, pág. 116.

puesto que en ocasiones probar la indignidad cierta de una autoridad puede suponer la dignificación de la institución que representa.

Todo esto no significa ni mucho menos que el insulto, la injuria y la calumnia dirigidas a una autoridad o funcionario público no deban estar castigadas incluso con mayor pena que la establecida para las ofensas a los particulares, pero bajo entendimiento de ataques cualificados por razón del sujeto pasivo contra el honor, admitiéndose de este modo la prueba de la verdad de los hechos imputados, o en todo caso, para determinados supuestos, como infracciones contra el normal desenvolvimiento de los órganos administrativos y políticos. Es incongruente con nuestra realidad constitucional fundamentar semejantes infracciones en conceptos tan vagos y discutibles en su contenido como el de «principio de autoridad» que si bien es absolutamente imprescindible en una sociedad organizada no se le puede atribuir el valor de superbien jurídico para entroncarlo en todas sus dimensiones con el concepto de orden público.

De lege data, en consecuencia, no nos parece adecuado incluir los desacatos como delitos contra el orden público. Ni las discutibles razones históricas esgrimidas por algunos ni mucho menos ideológicas obligan a ello. Cabe aceptar que de manera indirecta el orden público puede verse afectado con la realización de estas conductas pero de igual forma es atacado en su concepción amplia por todos los delitos tipificados en el Código, con lo que su valor sistemático en este sentido es nulo (48). Tampoco el concepto estricto es lo suficientemente ajustado para considerarlo como prevalente objeto de protección. Parece claro, por tanto, que el bien jurídico amparado es como defiende Jaso Roldán, el normal funcionamiento de la vida del Estado o lo que es lo mismo el orden administrativo cuyo quebranto, según el legislador, supone un atentado contra la seguridad interior del Estado.

Esta conclusión que impone la regulación actual de estos hechos en el Código penal no es de recibo en lege ferenda ni adecuada en su interpretación práctica tal y como la realiza el T. S. De lege ferenda estamos de acuerdo con Octavio de Toledo en que es necesario combatir la ultraprotección normativo-penal otorgada a las personas que llevan a cabo «actividades públicas» y cuya exageración puede llevar a lo que algún autor denomina «monopolio de funcionarios», especie de coraza inaccesible a la crítica y sobre todo al control ciudadano. En este sentido y en vista también de salvaguardar y defender el recto desempeño de la función pública lo más idóneo para una política criminal acertada es trasladar todo aquello que supone un estricto ataque a la honorabilidad de los funcionarios públicos o autoridades a los delitos comunes contra el honor con la correlativa aplicación de la agravante 16 del artículo 10 y si ésta fuera suprimida como sucede en Proyecto de

(48) Vid., MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal*, cit., pág. 578.

Código penal, con la creación dentro de la calumnia y de la injuria de un tipo agravado en razón a la cualidad de autoridad o funcionario público del sujeto pasivo, dejando en todo caso entre los delitos contra la seguridad interior del Estado los hechos que socaven de forma directa la autoridad del propio Estado o de sus instituciones como tales.

Paralelamente a esta propuesta de futuro se precisa reconducir la aplicación de los delitos de desacatos a través de una interpretación más ajustada al principio de libertad de expresión. Esto se puede conseguir sin forzar excesivamente los tipos ni el objeto de protección actual con dos correctivos a la línea mayoritaria que nuestra jurisprudencia mantiene, y que con carácter alternativo proponemos. Se refieren al elemento subjetivo del delito y a la necesidad de la «exceptio veritatis».

A) La doctrina del T. S. es unánime en significar que el delito de desacato comporta dos elementos fundamentales. Uno objetivo, constituido a su vez por la existencia de una calumnia, injuria, insulto o amenaza proferida por el sujeto activo, por la necesidad de que tales manifestaciones tengan como destinatario a un ministro, autoridad o funcionario en los supuestos previstos y que éstos se encuentren en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas. Un elemento subjetivo, formado por el ánimo injuriandi o intención deliberada de ofender a la persona que representa y encarna el principio de autoridad (49).

Con referencia expresa al elemento subjetivo (50) admitimos con el T. S. que se trata de un delito de tendencia finalista que exige además del dolo genérico un elemento tendencial o teleológico, pero discrepamos, y aquí situamos la primera corrección, en que este elemento sea únicamente el ánimo difamandi o injuriandi ya que dada la ubicación sistemática de estos delitos y el bien jurídico protegido parece oportuno para acercarnos de lege data a las líneas político criminales expuestas con anterioridad, ampliarlo con la intención específica del sujeto activo de ofender el principio de autoridad o de atacar, desde nuestra perspectiva del bien jurídico, el buen funcionamiento de la Administración, se logre o no; como de alguna manera reconoce la sentencia 15 diciembre 1980.

(49) En este sentido, vid., Sentencias, entre otras: 12 marzo 1975, 3 julio 1975, 22 marzo 1976, 14 mayo 1977, 16 noviembre 1977, 20 diciembre 1977, 21 enero 1978, 9 mayo 1978, 21 octubre 1978, 6 febrero 1979, 29 octubre 1979, 7 julio 1980, 30 julio 1980, 15 diciembre 1980, 21 abril 1981 y 28 mayo 1981.

(50) Con respecto al elemento objetivo en el epígrafe siguiente profundizaremos sobre el alcance de los términos injuria, calumnia e insulto. Para un estudio detallado del concepto de autoridad y funcionario público a tenor del artículo 119 del Código penal, vid., entre otros, COBO, M., *Examen crítico del párrafo 3.º del artículo 119 del Código Penal Español*. Separata de la Revista de Legislación y Jurisprudencia, 1962 (febrero), págs. 3 y ss. LÓPEZ-FONT MÁRQUEZ, J. F., *La noción de autoridad en la legislación y jurisprudencia penal*. Revista de Administración Pública, núm. 92, mayo-agosto 1980, pág. 365.

En consecuencia si las expresiones por parte del sujeto agente son pronunciadas sólo con ánimo de injuriar o calumniar a la persona autoridad o funcionario por sí misma, o con los ánimos más controvertidos, defendendi, narrandi, consulendi, corrigendi o criticandi, o los hechos quedarán impunes (51) o habrá que trasladarlos a los delitos genéricos de calumnia e injuria, con la agravante 16 del artículo 10, o a las faltas del artículo 570, 5.º y 6.º. Se logra así limitar la excesiva amplitud de los tipos de desacatos, eliminando supuestos cuya punición raya los límites soportables para el buen funcionamiento de la libertad de expresión, y mantener, por otra parte, la gravedad sancionadora para conductas que presuponen un real exceso a la libertad citada, eso sí, con la garantía de la exceptio veritatis al llevarlas a los delitos contra el honor.

La conjunción del ánimo de calumniar o injuriar con el de menosprecio al principio de autoridad o a la Administración ha de valorarse atendiendo a las circunstancias de hecho, a los móviles y a los factores objetivos y subjetivos de la relación, que en cada caso dibujan el alcance penal de la conducta.

Esta tesis que propugnamos obliga a rechazar la idea jurisprudencial que admite como constitutivo del factor subjetivo el denominado dolo de consecuencias necesarias que implica que «cualquiera que sea el móvil privado de la conducta ofensiva, no por eso decae el referido elemento subjetivo del injusto, puesto que el agente, ya sea con plena imputabilidad o con ella disminuida, en cuenta pueda conocer el carácter y dignidad de la persona revestida de autoridad que le confiere el ejercicio de la función jurisdiccional, no vacila en dirigirle conceptos o expresiones ofensivas (...)» (sentencias 21 octubre 1978, 12 marzo 1975 y 21 abril 1981). Asimismo la presunción inicial de ánimo bajo el amparo del artículo 1 número 2.º del Código penal, que rehusamos porque en cualquier caso el citado artículo se refiere al dolo genérico y no al dolo específico que al tratarse de un elemento subjetivo del injusto habrá que detectarlo a través del examen minucioso del contexto del propio delito, de las circunstancias que lo rodean e incluso del ambiente sociocultural donde los hechos tienen lugar.

B) En defecto de esta primera conclusión, la segunda corrección que proponemos con carácter alternativo que no complementario gira en torno a la admisibilidad de la prueba de la verdad en

(51) Vid., en este sentido, Sentencia 6 febrero 1979 (impune porque destaca sólo ánimo de crítica).

(52) La interpretación que proponemos no supone en todos los casos una minusvaloración punitiva de estos hechos. Reflexiónese, por ejemplo, que la calumnia dirigida contra una autoridad se castiga como desacato si es grave con la pena de prisión menor y multa de 20.000 a 200.000 pesetas si es pronunciada en su presencia o en escrito que se le dirija y con la pena de arresto mayor y multa de 20.000 a 200.000 pesetas si es fuera de su presencia o en escrito que no le estuviere dirigido. Por su parte, la calumnia del 454 se sanciona con prisión menor y multa de 20.000 a 200.000 pesetas, pero en el caso que nos ocupa sería en su grado máximo por la presencia de la agravante 16.

los delitos que analizamos. La cuestión ha sido fuertemente discutida en la doctrina y en la jurisprudencia.

El problema inicial que se precisa dilucidar es el alcance de los conceptos de calumnia e injuria recogidos por los artículos 240, 241, 244 y 245 (53). Para un sector de la doctrina, especialmente Muñoz Conde, el contenido de estos términos no es el mismo que tienen en los delitos contra las personas dada la autonomía del desacato (54). Otro grupo, acaso mayoritario, opina, sin embargo, de forma contraria al aceptar que la noción corresponde a la de los artículos 453 y 457, y a ellos hay que remitirse (55). La jurisprudencia se define también en este sentido, ya sea considerando los tipos de desacatos como normas penales en blanco que han de completarse con las «expresivas descripciones» de los artículos referentes a la calumnia y a la injuria (sentencias 15 diciembre 1980 y 21 de enero 1978) ya aceptando que se tratan de delitos especiales pero coordinados con las calumnias e injurias —también, amenazas— (sentencia 2 febrero 1981) o simplemente coordinarse con ellas (sentencias 29 octubre 1980, 10 noviembre 1979, 9 mayo 1978 y 14 mayo 1978) o revestir sus caracteres (sentencia 3 julio 1975), ya defendiendo que son modalidades agravadas de los delitos contra el honor (sentencias 16 noviembre 1977 y 30 julio 1980 —AP Almería).

Desde nuestro punto de vista consideramos estas infracciones, tal como están redactadas y colocadas sistemáticamente, delitos autónomos en razón a la diferencia del bien jurídico protegido pero íntimamente relacionadas con las tipificaciones del título X de las que recogen las definiciones de calumnia e injuria, que son conceptos normativos desarrollados en los artículos 453 y 457. En definitiva, para averiguar el significado de estos términos utilizados por el Código en los artículos 240 y siguientes hay que acudir a los delitos concordantes de calumnia e injuria.

(53) El término insultar no pasa de ser una especie de injurias, por lo que es sentir mayoritario que la expresa previsión que de él hace la ley en estas infracciones debe ser estimada superflua, Vid., CÓRDOBA RODA, J., *Comentarios...*, cit., pág. 543. MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal*, cit., pág. 601. RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., *Derecho Penal...*, cit., pág. 848.

(54) MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal*, cit., págs. 599-600. Más problemática es la posición de Rodríguez Devesa, ya que si inicialmente afirma que "es obligado el manejo de los respectivos conceptos de calumnia, injuria y amenaza (...)", más adelante concreta que "la acción es algo más que una simple injuria, calumnia o amenaza, porque en ella se inserta una situación especial (...)", para llegar a la conclusión de que "aunque en la descripción de los tipos se utilicen por el Código elementos valorativos como los indicados, no estamos ante unos delitos contra el honor o la libertad cualificados por la condición del sujeto pasivo, sino ante delicta sui generis (...)". RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., *Derecho Penal...*, cit., págs. 847-848.

(55) Vid., JASO ROLDÁN, T., *Derecho Penal*, cit., pág. 94. FERRER SAMA, A., *Comentarios al Código Penal*, tomo III. Murcia, 1948, pág. 229. QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Curso de Derecho Penal*, tomo II. Madrid, 1963, pág. 484. CÓRDOBA RODA, J., *Comentarios...*, cit., pág. 542.

La solución de esta controversia es sumamente importante para esclarecer el problema de base planteado en este epígrafe. Así, para Muñoz Conde una de las consecuencias que se deriva de la autonomía del desacato es la no vigencia en él de la *exceptio veritatis*, lo que significa que aun siendo verdad aquello que se afirma o dice del funcionario o autoridad, no se está autorizado para utilizarlo como menosprecio al principio de autoridad (56). Parecida en este sentido es la opinión de Rodríguez Devesa. Con referencia a la calumnia, donde la falsedad de la imputación está incorporada a la definición según el artículo 453, la rechaza porque «la inoportunidad del momento elegido para sentarla puede dejar en pie una conducta injuriosa, y, por tanto, el desacato». En la injuria razona la negativa de forma totalmente distinta en razón a que la falsedad de la imputación no está recibida por el tipo y no existe en el desacato un precepto paralelo al artículo 461 (57).

De signo contrario, Ferrer Sama, Jaso Roldán, Quintano Ripollés y Córdoba Roda aceptan unánimemente, en el caso de la calumnia, que si se prueba la verdad de lo imputado falta un elemento conceptual del delito y consecuentemente debe descartarse la estimación de la acción de calumnia a efectos de considerar los delitos de desacatos (58).

En las injurias también admiten la prueba de la verdad pero no para todas ellas, sino sólo para las equivalentes a las indicadas en el artículo 451, esto es, las concernientes al ejercicio del cargo. De este modo, dice Ferrer Sama, cuando la injuria constitutiva del desacato se haya dirigido contra autoridad en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas, pero no consista en la imputación de hechos concernientes al ejercicio del cargo, la *exceptio veritatis* no entrará en juego, pues en estos casos falta la base sobre la que se apoya dicha excusa» (59).

La jurisprudencia de forma poco consecuente con la remisión que la mayoría de las sentencias hacen a los artículos 453 y 457 niega en gran parte de sus resoluciones la admisibilidad de la prueba. No obstante, las sentencias 17 junio 1872 y 18 abril 1934 sostienen lo contrario y la más reciente de 9 de mayo de 1969 reconoce la posibilidad de excluir el dolo probando la certeza de las imputaciones (60).

(56) MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal*, cit., pág. 600.

(57) RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., *Derecho Penal*, cit., pág. 850.

(58) Vid., FERRER SAMA, A., *Comentarios...*, cit., pág. 230. JASO ROLDÁN, T., *Derecho Penal*, cit., pág. 94. QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Curso...*, cit., pág. 484. CÓRDOBA RODA, J., *Comentario...*, cit., pág. 547.

(59) FERRER SAMA, A., *Comentarios...*, cit., pág. 231. En igual sentido, JASO ROLDÁN, T., *Derecho Penal*, cit., pág. 94. CÓRDOBA RODA, J., *Comentarios...*, cit., pág. 547.

(60) La citada Sentencia de 1969 teje esta argumentación de forma negativa al declarar: "Para que la exclusión del dolo se produjera, el acusado tenía que haber propuesto, probado y conseguido que el Tribunal de Instancia estimase ciertas y justificadas todas las imputaciones que se hacen contra la Autoridad Gubernativa".

La negación de la *exceptio veritatis* en los delitos de desacato según están tipificados e interpretados por el T. S., supone un fuerte recorte a la libertad de expresión y a la libertad de crítica política y administrativa. Piénsese que con la extensión de la injuria o del insulto puede llegar, por citar sólo un ejemplo, a ser desacato la publicación de un artículo periodístico donde con pruebas se denuncia el incumplimiento en el cargo de una autoridad o funcionario. Por otro lado, no puede escudarse el rechazo en el bien jurídico protegido, ya que, siendo el orden público o el buen funcionamiento de la Administración o la propia seguridad interior del Estado, que mejor protección de estos bienes que junto a la imprescindible salvaguarda de la autoridad y de la función pública se vele por la honorabilidad de los que ejercen esa delegación social que es la misma autoridad. En este sentido, los artículos referidos a los desacatos deben de tener también propósitos depuradores, pues si ellos se dan con referencias a los particulares, con más motivo su presencia es necesaria aquí. De alguna manera la sentencia 29 junio 1979 se acerca a muchos de estos puntos: «las autoridades, sus agentes y los funcionarios públicos deben conducirse en el ejercicio de las funciones públicas encomendadas con el tacto, mesura, prudencia, compostura, rectitud, ecuanimidad y buenos modales que deben caracterizar a quienes ejercen tales funciones, por lo cual cuando se extralimitan en las mismas o se producen con violencias innecesarias, brutalidad, abuso de poder o manifiesta parcialidad, o de modo desconsiderado y descometido, quedan automáticamente despojados de su privilegiado rango, y las reacciones de los particulares, las ofensas causadas por éstos y cualquier vía de hecho se calificarán como si la autoridad, sus agentes o los funcionarios públicos, también fueran particulares».

Técnicamente, por otro lado, nada impide sumarnos a la tesis afirmativa defendida por Ferrer Sama, Quintano Ripollés, Jaso Roldán y Córdoba Roda. Es decir, reconocimiento de la *exceptio veritatis* en los desacatos tanto en su modalidad calumniosa como injuriosa, aunque en esta última sólo cuando vaya dirigida a funcionario o autoridad sobre hechos concernientes al ejercicio de su cargo, por lo que no cabrá la prueba de la verdad si se acusa, por ejemplo, de invertido sexual (61).

V. Con las dos propuestas que con carácter alternativo hemos defendido en el epígrafe anteriores tratamos de limitar la amplitud con que en la práctica se interpretan estos delitos. Ni estamos de acuerdo con ella ni con la actual regulación del Código. De aquí las propuestas de *lege ferenda* que propiciamos tendientes a la consecución de unos tipos que amparen, sin necesidad de protecciones especiales, la honorabilidad de las personas castigando aquellas acciones y manifestaciones que contra ella atenten, cualesquiera que sean los agentes y las víctimas y con la garantía social que

(61) Vid., con este ejemplo, FERRER SAMA, A., *Comentario...*, cit., pág. 231. CÓRDOBA RODA, J., *Comentarios...*, cit., pág. 548.

supone la prueba de la verdad en los términos que la concebimos, sin que ello impida, en los casos que proceda, una determinada agravación punitiva en atención al carácter de autoridad o funcionario público del sujeto pasivo dentro de los mismos delitos contra el honor, ni evite la protección, en otros títulos del Código, del Estado y sus instituciones contra los ataques injuriosos, y tendientes, al mismo tiempo, a garantizar en toda la amplitud posible la libertad de expresión sin merma ni inhibición del derecho legítimo a la crítica política, administrativa y social. Esto es lo que, en definitiva, hemos intentado en las páginas anteriores: armonizar el artículo 20 de la Constitución con los delitos de desacatos, sin negar en ningún momento la imprescindible protección que a las autoridades, a sus agentes o a los funcionarios públicos hay que dispensar, pero situándola en sus justas dimensiones.

El Proyecto de Código penal no es receptivo a semejantes tesis y se reduce a mantener prácticamente con el mismo contenido, en los arts. 545 a 548 del capítulo V del título XII —«Delitos contra los poderes y el orden público»—, «Los desacatos a la autoridad y las injurias y amenazas a sus agentes y a los demás funcionarios públicos». Con ello, citamos a Octavio de Toledo, «se está perdiendo una excelente oportunidad, quizá histórica, de superar finalmente, por lo que al ámbito penal concierne y en específica referencia a la materia que comentamos, los residuos del absolutismo, los derivados del «principio monárquico» (contradistinto del llamado «principio democrático»), a partir de situar a los funcionarios públicos en el plano que realmente les corresponde: al servicio de la sociedad y no superpuestos a ella» (62). El cambio ha sido pergeñado en este trabajo.

(62) OCTAVIO DE TOLEDO, E., *De nuevo...*, cit., pág. 118.

La reforma penal panameña

CARLOS ENRIQUE MUÑOZ POPE.

Profesor de Derecho Penal de la Universidad de Panamá

SUMARIO: I. Introducción.—II. La “Comisión Revisora” del anteproyecto del Código Penal de 1970.—III. La parte general del anteproyecto revisado.—IV. La parte especial del anteproyecto revisado.—V. La cuestión penitenciaria.—VI. Conclusiones

1.—INTRODUCCION

El Código penal panameño de 1922, vigente a partir del 17 de enero de 1923 ha sobrevivido a diversos intentos de sustitución total en 1928, 1943 y 1952.

En 1969 se designa al licenciado Arístides Royo, profesor de Derecho penal de la Universidad de Panamá, para que redacte un «anteproyecto» en el plazo de «siete meses» (1). Posteriormente este plazo fue extendido a «diez meses» (2) y el 5 de marzo de 1970 Royo entregó al Gobierno Militar instaurado el 11 de octubre de 1968 el texto de su anteproyecto, al que acompañaba una «Declaración Preliminar» y una «Exposición de Motivos» (3).

Un amplio estudio sobre este anteproyecto ha sido realizado por Muñoz y Villalaz (4), quienes han puesto de manifiesto numerosos desaciertos recogidos en el texto elaborado por Royo.

(1) Decreto de Gabinete número 121 de 8 de mayo de 1969. Publicado en la “Gaceta Oficial”, número 16.365, de 21 de mayo de 1969.

(2) Decreto de Gabinete número 349, de 14 de noviembre de 1969. Publicado en la “Gaceta Oficial”, número 16.496, de 1 de diciembre de 1969.

El sistema utilizado por el legislador al fijar un determinado plazo para la elaboración del anteproyecto supone un trabajo elaborado con prisas, lo que no es recomendable en textos de esta naturaleza.

(3) El texto presentado al Ejecutivo fue denominado por Royo como “Proyecto de Código Penal” y constaba de 476 artículos y una “disposición final”; estaba acompañado, además, de una “Declaración Preliminar” y una “Exposición de Motivos”, que han sido suprimidas al efectuarse la impresión del texto del anteproyecto.

(4) Véase Campo Elías MUÑOZ R. y Aura E. G. DE VILLALAZ, *Observaciones al anteproyecto de Código penal elaborado por el Dr. Arístides Royo*, Universidad de Panamá, Imprenta Universitaria, Panamá, 1975, 179 págs.

Las críticas contra el texto de 1970 propiciaron la creación de una «Comisión Revisora» del anteproyecto con el objeto de actualizar y revisar el articulado del mismo y efectuar una armonización entre éste y el anteproyecto de Código Judicial que regulaba lo relativo al «procedimiento penal» en su Libro Tercero.

La labor de la «Comisión Revisora» se ha desarrollado durante 1976-1978 y el 19 de junio de 1979 le fue entregado al Presidente de la República el texto que ha resultado después de la revisión efectuada al anteproyecto de 1970.

Tomando en cuenta que el Ejecutivo ha remitido dicho texto revisado al Organó Legislativo para su discusión y aprobación, consideramos propicia la ocasión para centrar nuevamente nuestra atención sobre el anteproyecto revisado, prescindiendo de cualquier consideración sobre el texto original de 1970, al que hemos dedicado atención en otras oportunidades (5).

No se entienda esto como que circunscribimos la reforma penal única y exclusivamente a la reforma del Código penal, puesto que una correcta reforma penal requiere la modificación de las estructuras procesales, penitenciarias y de organización judicial, además de otros aspectos que salen del ámbito jurídico, como, por ejemplo, el económico.

II.—LA «COMISION REVISORA» DEL ANTEPROYECTO DE CODIGO PENAL DE 1970

La «Comisión Revisora» de los anteproyectos de Códigos fue concebida como el medio más eficaz para lograr una reestructuración profunda del anteproyecto de 1970 y quedó integrada por representantes de diversos sectores de la sociedad panameña.

En la citada comisión habían representados sectores educativos, profesionales, sindicales, universitarios, empresariales y miembros de la administración de justicia (jueces, magistrados y fiscales).

Lamentablemente la gran mayoría de los integrantes de la Comisión no eran especialistas en Derecho penal, lo que en cierta medida dificultó el trabajo de la Comisión y propició la incorporación de los profesores de Derecho penal de la Universidad de Panamá a los trabajos de la revisión cuando ya se llevaban más de dos meses de trabajo.

Esta mayoría de «legos» en la comisión y la participación de los «prácticos» que representaban al Organó Judicial y al Ministerio Pú-

(5) Confróntese, entre otros, nuestros siguientes trabajos: *Medidas de seguridad y responsabilidad civil en la revisión del anteproyecto de Código penal de 1970*, en *Actas. Primer Seminario de Actualización en Ciencias Penales*, Universidad de Panamá, Panamá, 1977, págs. 41 y ss.; *Perspectivas futuras del Derecho penal panameño*, en *ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES*, tomo XXXI (1978), págs. 339 y ss.; *En torno al Código penal vigente y su posible reforma*, en "Lex", Revista del Colegio Nacional de Abogados de Panamá, segunda época, mayo-agosto de 1979, núm. 13, págs. 83 y ss.

blico (Ministerio Fiscal en España) hizo presentir la posibilidad de trasplantar al nuevo texto el viejo Código de 1922, pues en más de una ocasión se prefirió «mantener la redacción de las disposiciones del Código penal vigente por considerar que en la práctica han resultado más efectivas» (6).

De esta forma el texto resultante de los trabajos de la «Comisión Revisora» (7) mantiene en algunos aspectos la influencia del Código de 1922.

Esta experiencia panameña parece no dejar duda acerca de los peligros de crear comisiones codificadoras en las que los especialistas en la materia objeto de interés estén en evidente minoría. Somos convencidos de que en la revisión del anteproyecto panameño de 1970 la participación directa de «legos» ha sido desfavorable y la de los «prácticos» debió ser sensiblemente reducida, puesto que en realidad dicha participación numérica era superior a la de los especialistas.

Y es que, como advierte Rodríguez Mourullo, «una reforma penal no se concibe hoy sin el concurso de los estudiosos del Derecho criminal» (8) y en muchos de los países de Hispanoamérica los «prácticos» no son siempre los «estudiosos» de la ciencia jurídica, sea ésta el Derecho penal o cualquier rama del Derecho.

III.—LA PARTE GENERAL DEL ANTEPROYECTO REVISADO

La parte general del anteproyecto revisado, al igual que el anteproyecto original de 1970, sigue muy de cerca los postulados que en su día inspiraron la redacción de un Código Penal Tipo para Latinoamérica y, sin lugar a dudas, es un texto inspirado en éste.

Cierto es que el Código Tipo ha sido cuestionado desde aspectos diversos por Bacigalupo (9) y Bustos Ramírez (10), quienes han puesto de manifiesto las contradicciones y el dogmatismo del texto propugnado por el profesor Novoa Monreal.

Ello no ha sido obstáculo, sin embargo, para que el Código Tipo haya entrado en la parte general de la revisión del anteproyecto de 1970, toda vez que aunque no sea un texto moderno es un estadio

(6) Oscar CEVILLE, *Motivos orientadores de la revisión*, en "Actas", cit., pág. 21.

(7) Además de los trabajos citados en notas anteriores, una exposición sobre el anteproyecto de 1970 y la revisión del mismo puede encontrarse en mi tesis doctoral *La codificación penal en Panamá*, Universidad Complutense, 1981, XXIII + 456 págs, no publicada, págs. 380 y siguientes.

(8) Gonzalo RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho Penal. Parte General*, tomo I, Editorial Civitas, S. A., Madrid 1978, pág. 74.

(9) Enrique BACIGALUPO, *El sistema de reacciones penales en las recientes reformas y proyectos latinoamericanos*, en "Cuadernos de Política Criminal", 1977, núm. 2, págs. 3 y ss.

(10) Juan BUSTOS RAMÍREZ, *Consideraciones respecto a la estructura del delito en la reforma penal latinoamericana*, en "La reforma del Derecho penal", Universidad Autónoma de Barcelona, Bellaterra, 1980, páginas 23 y ss.

intermedio entre la realidad existente en nuestra legislación y las legislaciones más avanzadas de la actualidad.

El sistema de reacciones penales del texto revisado mantiene la dualidad de «penas» y «medidas de seguridad» que ya traía el anteproyecto de 1970, si bien introduce en estos temas algunas modificaciones de importancia.

Por lo que respecta a la pena, es preciso señalar que aún se mantiene en el texto revisado la antigua distinción entre «penas principales» y «penas accesorias», que tuvieron notable auge en épocas pasadas pero que se encuentran en franca crisis en la actualidad (11).

Como penas «accesorias» figuran la inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas, la inhabilitación para el ejercicio de una profesión, oficio, arte o industria; la interdicción legal limitada a los derechos que se determinen en cada caso y, finalmente, el comiso.

Estimamos que esta distinción debe desaparecer y lo mismo debe suceder con las penas que se reputan como «accesorias» ya que la «inhabilitación» no es más que una supervivencia del pasado en donde la pena era concebida como una forma de marginar o segregar al que infringía la ley penal y la pena de inhabilitación constituía una forma de mantener una forma de segregación aunque el sujeto no estuviera privado de su libertad. Respecto del «comiso», al mismo puede dársele una diversa consideración, ya como pena principal o como una medida administrativa a cargo de autoridades de esta naturaleza cuando ya esté comprobada la existencia del delito por parte de los tribunales de justicia.

Por lo que respecta a las «penas principales», que quedan reducidas sólo a prisión y días-multa, la concepción que de las mismas subsyace en la revisión del anteproyecto es imprecisa y hasta contradictoria.

La «prisión» tiene una duración de treinta días a veinte años y debe ejercer «sobre el sancionado una acción de readaptación social». La readaptación social del sujeto implica una determinada concepción de la pena privativa de libertad que se proyecta fuera del ámbito penal e incide, muy particularmente, en el problema penitenciario. Sobre este aspecto nos ocuparemos más adelante.

Decimos que el anteproyecto revisado trae una concepción imprecisa y hasta contradictoria de la pena porque en el texto del mismo sólo se plantea la necesidad de fundar la imposición de la pena en la comisión de un hecho, sea doloso o culposo (art. 30), pero nada se advierte respecto a la culpabilidad del sujeto como la verdadera medida de la pena.

En cuanto a la pena «pecuniaria», que en el anteproyecto revisado

(11) A pesar de esta incuestionable crisis de la distinción entre «penas principales» y «penas accesorias» los nuevos códigos penales de Colombia (1980) y Cuba (1979) mantienen esta distinción. Sobre estos Códigos se ha ocupado recientemente Rivacoba (Cfr. Manuel de RIVACOBA y RIVACOBA y Eugenio Raúl ZAFFARONI, *Siglo y medio de codificación penal en Iberoamérica*, Edeval, Valparaíso, 1980, págs. 49 y ss. y páginas 79 y ss.).

continúa denominándose «días-multa», el límite máximo ha sido reducido de 500 a 365 días-multa, determinándose el importe del mismo «de acuerdo con la situación económica del procesado, en atención a su caudal, rentas, medios de subsistencia, nivel de gastos u otros elementos de juicio que el Tribunal considere apropiados. Si el reo viviere del producto de su trabajo, el día multa no podrá exceder del 50 por 100 de su salario diario».

Este sistema de «días-multa» o «fracciones multa» no ha sido cuestionado por nadie en nuestro país, aunque Muñoz y Villalaz advierten «que, en definitiva, será el criterio con que se aplique el que determinará su eficacia práctica» (12). Debemos dejar constancia, no obstante, de las enormes dificultades inherentes a esta forma de concebir la pena de multa, ya que se trata de un sistema que mantiene diversas variantes en los distintos países que lo han consagrado (13), de modo que prácticamente cada texto penal trae una modalidad acomodada para cada país en particular (14).

En cuanto a los presupuestos del delito, muy brevemente, deseamos destacar la existencia de una fórmula general que permite la incriminación de aquellas conductas que impliquen la «comisión por omisión».

La culpabilidad queda referida a los supuestos «dolosos» y la «culpa» reducida a los supuestos en que expresamente se determine en la parte especial. Quedan, en consecuencia, excluidos los posibles casos de responsabilidad objetiva que se mantienen en la actualidad en la legislación vigente.

Respecto de la «autoría y participación», la revisión ha desechado el concepto de autor que traía el anteproyecto de 1970, según el cual eran «autores quienes ejecutan directamente el hecho delictivo con dominio del acto típico» (art. 54). Ahora sólo es autor el que realiza la conducta descrita como punible (art. 38).

IV.—LA PARTE ESPECIAL DEL ANTEPROYECTO REVISADO

En el Libro Segundo del anteproyecto revisado es donde encontramos las modificaciones más trascendentales al texto original del anteproyecto.

La descripción de las figuras típicas comienza por los delitos que atentan contra los bienes individuales que tienen mayor preeminencia frente a los bienes jurídicos, sociales y estatales.

La revisión ha establecido la pena para el homicidio en prisión de cinco a doce años y para las figuras agravadas en prisión de quince a

(12) MUÑOZ Y VILLALAZ, *Observaciones*, cit., pág. 7.

(13) Como ya ponía de manifiesto José Luis MANZANARES SAMANIEGO, *La pena de multa*, Mancomunidad de Cabildos de Las Palmas, 1977.

(14) Un reciente trabajo de José Luis MANZANARES SAMANIEGO, *La pena de multa en el proyecto de Código penal*, ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES, tomo XXXIII (1980), págs. 17 y ss., no deja ninguna duda al respecto.

veinte años, lo que significa que, salvo la excepción más adelante señalada, no hay delitos que tengan una pena que cuantitativamente puede ser tanto o más grave que la prevista para el homicidio simple.

Sólo algunos de los delitos previstos en el título sobre «delitos contra la personalidad jurídica del Estado» tienen una pena que sea más grave que las previstas para el homicidio simple.

De esta forma se ha querido evitar el incurrir en el error de sancionar hechos de muy distinta significación social con la misma pena o sancionar hechos menos reprobables con penas sensiblemente más graves que otros hechos considerados objetivamente mucho más graves y penados en forma más benigna.

La nueva escala valorativa toma como punto de partida el delito de homicidio y su respectiva pena y a partir del mismo se estructuran todas las distintas figuras delictivas y sus correspondientes penas.

De esta forma hay numerosos hechos delictivos sancionados con penas inferiores a dos años de prisión, de modo que puede operar válidamente la suspensión condicional de la ejecución de la pena de prisión o, incluso, convertir las de prisión inferiores a un año a «días-multa» cuando no sea posible la suspensión de dicha prisión.

Completa esta concepción en la parte especial la aplicación de «días-multa» como pena única o alternativa en numerosos supuestos «culpables». Como ejemplo podemos mencionar que las lesiones culposas están sancionadas con prisión de seis meses a dos años o con veinticinco a cien días multa; en los delitos contra el honor, por el contrario, la pena de «días-multa» es la aplicable en forma exclusiva constantemente.

V.—LA CUESTION PENITENCIARIA

La reforma de la legislación penitenciaria va necesariamente unida a una verdadera reforma penal, pues de nada vale tener nuevo Código penal si la ejecución de la pena privativa de libertad, que es la consecuencia jurídica del delito que más se utiliza en el anteproyecto revisado, se continúa realizando en las mismas condiciones que como hasta el momento.

En Panamá carecemos de una verdadera legislación penitenciaria, ya que la Ley 87 de 1941 (15), *sobre establecimientos penales y correccionales*, no contiene la regulación de la ejecución de la pena privativa de libertad sino tan sólo unas normas sobre la administración general de los centros penitenciarios, las clases de los mismos y trabajo de los penados.

Muchos son, por tanto, los problemas que se presentan en la realidad diaria y que no encuentran solución alguna en la legislación vigente, pero muchos más son los que se tratan al margen de la ley o en abierta violación de la misma.

(15) Ley número 87, de 1 de julio de 1941, publicada en la "Gaceta Oficial", número 8.559, de 19 de julio de 1941.

Y esto se debe, fundamentalmente, a que nuestras cárceles están a cargo de la Guardia Nacional, único instituto militar del país, ya que las instalaciones que funcionan como tales están dentro de los complejos militares y dirigidos por el oficial bajo cuya responsabilidad está el centro respectivo (16).

Por otra parte, la gran cantidad de sujetos procesados junto a los penados es significativa, sin que exista ningún tratamiento legal para unos y otros, pues todos son sometidos al mismo régimen, lo que convierte en la práctica el período de «detención o prisión preventiva», en una verdadera pena privativa de libertad.

Aunque esto ya incide en la cuestión procesal penal debemos señalar la gran cantidad de «procesados» en nuestras cárceles, que se ven afectadas por esta realidad legislativa: al mes de diciembre de 1980 habían en las cárceles panameñas 2.272 personas, de las cuales sólo 684 cumplían una condena impuesta y el resto, o sea, 1.588, eran sujetos procesados cuyos casos estaban en muy diferentes etapas procesales.

Esta situación es de por sí grave y dramática, ya que debemos tener en cuenta que, de acuerdo con estudios realizados al respecto, el 80 por 100 de los detenidos preventivamente por meses y hasta varios años son luego sobreesidos al momento en que el juez valora la causa o absueltos al momento de dictar sentencia (17).

VI.—CONCLUSIONES

Una verdadera reforma penal no puede circunscribirse únicamente a cambiar un código penal por otro, pues hay una serie de aspectos que inciden en la cuestión y a los que hay que prestarles mucha atención. Hacer lo contrario es engañarnos.

La actual reforma del procedimiento penal deberá tener en cuenta los problemas que suscita en estos momentos la regulación del instituto de la «detención preventiva», que debido a la amplitud con que está concebida es la responsable del alto índice de procesados privados de su libertad por meses y generalmente hasta por años.

El sistema penitenciario actual requiere una modificación radical de modo que penados y procesados no convivan en la misma celda ni estén sometidos al mismo régimen. En ningún caso la dirección de las instituciones penitenciarias deberá continuar a cargo de la Fuerza Pública (Guardia Nacional).

Cierto es que algunas de estas reformas no pueden efectuarse a corto ni a medio plazo, pero hay que tomar conciencia de ello de una

(16) Sólo el «Centro Femenino de Rehabilitación Especial», que opera como cárcel de mujeres, está al margen de esta situación. La dirección de este centro está a cargo de una orden de religiosas.

(17) En este sentido, véase Campo ELÍAS MUÑOZ R. y Aura E. G. DE VILLALBAZ, *Las penas privativas de libertad y la detención preventiva en la legislación panameña*, en «Lex», segunda época, septiembre-diciembre de 1975, núm. 2, págs. 119 y ss. (especialmente pág. 140).

vez por todas y planificar la reforma completa que luego deberá acometerse por etapas.

Con toda razón el profesor Rodríguez Devesa ha señalado que una «reforma en profundidad y radical demanda que cooperen, con los juristas especializados en la disciplina, economistas, administrativistas, procesalistas, psiquiatras, psicólogos y criminólogos, así como estudios históricos y de Derecho comparado que no cabe improvisar. Y, además, la creación de nuevos establecimientos penitenciarios y preparar a un personal técnico adecuado, comenzando por la judicatura, que sea capaz de llevar a la práctica los sueños del legislador, el propósito de conseguir unas leyes más moderadas, más efectivas, más de acuerdo con las condiciones sociopolíticas...» (18).

(18) José M.^a RODRÍGUEZ DEVESA, *Suplemento a la séptima edición, Derecho Penal Español, Parte Especial*, Madrid, 1980, pág. 7.

Sobre la necesidad de una nueva política criminal

JOSE MARIA RODRIGUEZ DEVESA

Catedrático de Derecho Penal

La muerte de don José Antón Oneca ha sido para la Ciencia española del Derecho penal algo más que la pérdida de una de sus figuras más preclaras. Con él hemos perdido a un hombre ejemplarmente honesto. Su vida fue irreprochable. En la cátedra, en la magistratura, en sus convicciones políticas, la rectitud y claridad más diáfanas presidieron sus actos. Jamás se dejó llevar por otros dictados que los de su conciencia. No se dejó arrastrar por la influencia o la recomendación, ni cuando era magistrado de nuestro más alto tribunal, ni cuando actuó como juez de oposiciones a cátedra. Prefirió la prisión o los trabajos forzados antes que ponerse una boina verde que le ofrecían sus amigos, que los tuvo y muchos en ambos bandos durante la guerra civil, porque para él significaba disfrazar sus ideas republicanas de las que nunca hizo ostentación pero a las que no estaba presto a renunciar ni aun en situaciones como las que cualquier otro hubiera calificado de necesidad extrema. Las breves consideraciones que siguen son un modesto tributo a un maestro, un amigo de los tiempos difíciles (que en los fáciles todo son protestas de amistad) y muy en particular a una vida que refulge estelar en estos momentos en los que los pactos, las combinaciones y concertaciones tienden a instalarse en la Universidad cuyo recinto les debería estar vedado.

Paréceme que el tema más apropiado para esta ocasión es intentar perfilar las bases y directrices de una nueva política criminal que en estas postrimerías de siglo venga a sustituir a las que hemos heredado del siglo XIX, lo cual no es posible sin tener en cuenta las profundas transformaciones que de entonces acá se han producido, en especial tras la segunda guerra mundial. Para Antón Oneca «la ciencia del derecho penal es en primer término dogmática jurídica, o sea sistema del derecho punitivo» (1), más

(1) José ANTÓN ONECA, *Derecho penal, Parte general*, Madrid, 1949, 11.

el sistema no puede nunca obtenerse por completo del derecho positivo, de donde surge «la necesidad de acudir, con carácter limitado y complementario, al derecho ideal o justo» (2). La política criminal era inseparable, para él, de la ciencia del Derecho penal en cuanto constituye «crítica de las instituciones vigentes y preparación de su reforma, conforme a los ideales jurídicos que se van constituyendo a medida que el ambiente histórico cultural sufre modificaciones» (3).

El siglo XIX, en que nace el Código penal de 1848 todavía vigente aunque maltrecho y perforado múltiples veces en sus paredes, maestras se caracteriza a mi entender por contrastes tajantes; el hombre delincuente y el honrado, ricos y pobres, explotadores y explotados, mujeres honestas y prostitutas, vagos y trabajadores, el individuo y la sociedad o el Estado (4). *La guerra y la paz* dan un título expresivo a una de las más famosas novelas de Tolstoi. A lo largo de lo que va de siglo, la industrialización creciente que marca la segunda ola en cuya cresta parece que estamos inmersos hoy (5) arroja el hecho, fundamental a mi juicio, del paso de una economía más o menos local a una economía mundial. No se pueden producir automóviles para una ciudad, ni siquiera para un mercado nacional. La agricultura no se ha librado de esta ley implacable que traspasa todas las barreras geográficas y políticas. Argentina produce trigo para la URSS. La Coca-Cola es un símbolo expresivo. La clase obrera construye poderosos sindicatos cuya fuerza doblega en muchas ocasiones a las empresas. La vieja noción de soberanía, era incompatible con la presencia de bases militares en tiempo de paz en el territorio nacional. Las alianzas militares, que hasta la segunda guerra mundial se concertaban para el caso de entrar en guerra contra un enemigo común, obligan ahora a sostener incluso en tiempo de paz costosísimos artilugios bélicos y tropas extranjeras. Frente al clásico concepto de soberanía, múltiples organizaciones inter y supraestatales imponen unos límites no hace mucho inconcebibles, al tiempo que los grandes movimientos de masas facilitados por medio de numerosos transportes arrojan oleadas de emigrantes y turistas a todas las partes del globo.

Acaso lo más llamativo sea el contraste con las pretensiones democráticas que informan hoy todos los sistemas políticos al este y al oeste del llamado telón de acero y la realidad de un Estado dotado por doquier de unos poderes jamás conocidos. El más poderoso de los monarcas absolutos tenía por fuerza que soportar un grado de libertad en sus súbditos del que hoy carecemos. La informática y una burocracia inmensa tejen una tupida red a la

(2) José ANTÓN ONECA, *ob. cit.*, 12.

(3) José ANTÓN ONECA, *ob. cit.*, 12.

(4) Recuérdese la clasificación del Código penal de 1822 de todos los delitos en delitos contra la sociedad y contra los particulares, latente en los Códigos posteriores hasta el vigente.

(5) Véase: TOFFLER, *La tercera ola*, trad. Adolfo MARTÍN, 2.^a ed., 1980, *passim*.

que no es factible sustraerse. No hay sino recordar aquello de que las leyes se guardan pero no se cumplen, un tópicos en las provincias de ultramar, o la exigencia de las Cortes al Emperador Carlos I de España, V de Alemania, de que jurase observar las leyes del Reino para reconocerle como rey, o la grandiosa gesta de la guerra de la independencia contra los ejércitos de un Napoleón victorioso a quien se habían sometido la nobleza, el clero y la alta burguesía, guerra llevada a cabo por un pueblo no tan esquilado en hombres y en recursos por el Estado (6). La eufemísticamente denominada «presión fiscal» pone en quienes detentan el poder unos medios que los más absolutos de los monarcas obtenían penosamente, la burocracia nos envuelve con papeles sin los cuales nadie puede moverse, votar, circular con un vehículo de motor, traspasar una frontera, construir una casa, vender su cosecha, abrir un establecimiento, fundar una empresa cualquiera. La maquinaria administrativa deja en paños menores al que conocemos con la despectiva denominación como Estado policía. Los llamados «poderes» legislativo y judicial han quedado reducidos a una mínima expresión, eso sí, dentro del marco de las más pomposas declaraciones. La proliferación de leyes, fundamentales o no, y su prolijidad, al igual que el constante aumento teórico de las atribuciones y competencias de los órganos jurisdiccionales, no encuentra paralelo correlato en una firme voluntad de que las leyes sean cumplidas. Basta tomar en las manos los gruesos volúmenes donde con letra menuda recoge la editorial Aranzadi cada año las disposiciones de todo orden que se dictan para percatarse de que es materialmente imposible su aprendizaje y consiguiente aplicación.

El trasunto de lo que venimos diciendo en el aspecto que aquí nos preocupa es un aumento creciente de la criminalidad, que, rebasando la esfera local a que en la Edad Media estaba prácticamente constreñida, ha alcanzado cotas nunca conocidas. Al igual que la delimitación entre la guerra y la paz se esfuma, pues hoy un país puede no estar en guerra con otro y mantener dentro de él unidades combatientes o «asesores técnicos» que «ayudan» a sedicentes gobiernos o «movimientos de liberación» en su lucha por conquistar o consolidar el poder, o bien da refugio a guerrilleros o grupos «terroristas» que llevan a cabo la llamada guerra sucia contra un país del que se proclaman amigos y con el que incluso sostienen relaciones diplomáticas al tiempo que alimentan la guerra civil abierta o encubierta. Los grandes traficantes de armas, de seres humanos —para prostituirlos, esclavizarlos o someterlos a condiciones de trabajo análogas a la esclavitud— viven con toda tranquilidad en terceros países cuyas leyes respetan, lo que basta para que no sean molestados.

La fluidez de las comunicaciones y las enormes ciudades, que

(6) MARX y ENGELS, *Revolución en España*, prólogo, notas y traducción de Manuel SACRISTÁN, 4.^a ed., Barcelona, 1973, 77 ss.

como el alcantarillado a las ratas permiten sobrevivir indefinidamente fuera del alcance de la ley (7), al lado de la ineficacia del poder judicial, ese «poder» en *quelque façon nul* como decía Montesquieu (8), se une a otros complejos factores, como el resurgimiento de la vieja teoría de que todo el mundo es culpable menos el criminal y un correccionalismo decimonónico, compendiado en la famosa frase: «Odia al delito y compadece al delincuente» (9) resucitada en las tesis de la reinserción, rehabilitación o readaptación social del delincuente como fin orientador de la pena, las cuales han dado por resultado el debilitamiento de la prevención general (consecuencia también de la imposibilidad de prever cuál es la pena que en realidad se va cumplir en el momento de pronunciar sentencia) y unas cifras inauditas de impunidad que se traducen en la cifra negra, tanto de la pequeña como de la gran delincuencia (10).

Añádase que bajo la capa de sociedades honorables se enmascaran, dentro de una fraudulenta legalidad, toda clase de actividades criminales, desde la estafa al sindicato del crimen, con poderosos medios económicos, proporcionados en ocasiones por Estados que se dicen amigos aunque están interesados en corromper, no ya a altos funcionarios, sino a los mismos que ocupan la jefatura del país para obtener concesiones o beneficios económicos o estraté-

(7) Ya GAROFALO, *La Criminología. Estudio sobre la naturaleza del crimen y teoría de la penalidad*, versión española de Pedro Borrajo, Madrid, 1912, 437, decía: "por otra parte, ni es necesario emigrar, ni siquiera irse muy lejos, basta mezclarse á la multitud de una gran ciudad, basta cambiar de habitación, para que los agentes de la seguridad pública declaren infructuosas sus pesquisas".

(8) MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, ed. París, 1878, 146.

(9) Frase atribuida a Concepción ARENAL, esculpida a la entrada de muchas prisiones españolas.

(10) Algo más que un problema es que en el tráfico de drogas se condena al indio que pisa la coca en Bolivia, al pequeño traficante en Costa Rica o al "camello" en España, mientras que los que dirigen, organizan y se benefician de este inmundo comercio con los cuerpos y con las armas son inaccesibles a la acción de los tribunales. Esta clamorosa injusticia alcanza grados de cinismo internacional. Un ejemplo de primera magnitud es el tema de la cocaína en Bolivia. Cuando estuve en 1978 se me informó de que las dificultades para cortar la fabricación y exportación tropezaban de continuo con el hecho de que el kilo de cocaína pura en Bolivia costaba 8.000 dólares y se vendía en Nueva York a 240.000 mezclada. Es claro que la responsabilidad de que se siga utilizando recae sobre los compradores, del mismo modo que muchos delitos contra la propiedad desaparecerían si no existiera el receptor que compra las joyas u objetos robados a bajo precio. Son los EE. UU. los que alimentan el cultivo de la coca en Bolivia. Es pura hipocresía el hacer recaer sobre este país, pobre entre los pobres, toda la responsabilidad (sin duda con inconfesables móviles de explotación de sus otras muchas riquezas a bajo precio) cuando la lucha contra la cocaína y el cocainómano debe centrarse en los países que la consumen adquiriéndola a precios que, por los beneficios que dejan a los compradores, estimulan la producción y contrabando por los medios más increíbles. La política internacional de bloqueo enmascara otros intereses inconfesables.

gicos (11). Desde el mismo Estado no es raro encontrar casos en que se cierran los ojos a delitos gravísimos cometidos por «grupos incontrolados» o incluso por grupos o sectores de funcionarios que deberían estar al servicio del pueblo en lugar de exprimirle de mil modos en su propio beneficio, o para conseguir recursos para ese insaciable Moloch cuya avidez, cubierta por la hipócrita capa de las necesidades comunes, no se sacia jamás alimentando los más perniciosos parásitos que bajo el pretexto del bien común perciben sueldos fabulosos, viajan fastuosamente y no se hartan nunca de comer y beber pasando las facturas a cargo de la «política». Lo más grave, evidente desde que la comisión por omisión ha encontrado un claro lugar al lado de los delitos de resultado, es el abandono de las funciones de proteger una mínima seguridad, de manera que en más de un país, de los que se califican inequívocamente de democráticos, el pueblo se halla desamparado, aunque se rasguen las vestiduras cuando un país islámico, como Irán, trate de restablecer la venganza de la sangre. Este terrorismo por omisión no ha sido suficientemente subrayado en el mundo moderno, oscurecido por el clamor incesante sobre los derechos humanos de los criminales que ahoga el llanto de las víctimas. La dimisión del Estado en su misión de asegurar una pacífica convivencia encuentra expresión de múltiples formas, como, por ejemplo, los manuales de autoprotección o el fabuloso incremento del negocio de las puertas blindadas.

No es posible trazar las líneas de una futura política criminal sin tener en cuenta la masificación de los fenómenos criminales. Los progresos técnicos han introducido cambios radicales en el planteamiento individualista de la lucha contra el delito. La publicidad y la técnica puestas al servicio de organizaciones criminales están ocasionando que autores y víctimas se presenten en masa. Lo que antes era excepcional y preocupante sólo en los delitos contra la Constitución del Estado o el orden público, se extiende ahora a múltiples áreas delictivas, la estafa, por ejemplo, cuyas dimensiones gigantescas parece que no se han percibido en España hasta la catástrofe de la masiva comercialización del llamado «aceite tóxico» con miles de víctimas y muchos millones de beneficio para los autores, es un mínimo exponente de otros muchos fraudes por cientos o miles de millones de pesetas. Lo que antes era delincuencia política se ha organizado sobre una amplia base de delitos comunes («impuesto revolucionario», robos, asesinatos) en los que no se vacila en utilizar a «mercenarios» que actúan por la soldada y no por elevados ideales, manchados en los dirigentes que viven

(11) Por ejemplo, «cuando están a punto de iniciarse las prospecciones petrolíferas, la URSS, a través de numerosos funcionarios guineanos que estudiaron en Moscú y en los países del Este (hoy situados en puntos clave de Guinea Ecuatorial), está llevando a cabo una metódica ofensiva encaminada a boicotear la acción de España y de la CEE», según noticias fechadas en Malabó, difundidas por la Agencia EFE y aparecidas en los matutinos del 4 de septiembre de 1981.

a costa de las ideologías que declaran defender cubiertos con sustanciosas cuentas bancarias. El proceso concebido para un delincuente y un delito, salvo casos de coparticipación y delitos «conexos», es un instrumento inútil si hay que recibir declaraciones a miles o cientos de testigos o víctimas, o esperar a saber el número de muertos que ha causado la llamada «neumonía atípica» para dar por concluso un sumario.

Se impone una revisión en profundidad de las concepciones heredadas del siglo pasado sin que, por supuesto, deba pensarse ni por un sólo instante en abandonar los principios de legalidad y de que no hay pena sin culpabilidad adquiridos tras siglos de dramáticas experiencias, de sangre y de lágrimas. Las precedentes reflexiones sobre lo que va de ayer a hoy podrían concretarse desde el punto de vista político criminal en las propuestas que siguen.

Es absolutamente necesario reducir el número de delitos, requisito *sine qua non* para una más fácil y eficaz aplicación de la ley. Se impone, por tanto, una severa autolimitación del propio Estado detentador del *ius puniendi*. Pero no basta con esa reducción. Durante los últimos siglos la dogmática jurídico-penal se ha construido y ha girado en torno al eje del homicidio (12), es decir, sobre los delitos de resultado. Aquí los avances de la ciencia permiten con suma frecuencia diferir la producción de ese resultado de muerte ó lesiones que se toma punto de referencia para proporcionar la pena, o bien que aparentemente el resultado se evite, esto es, la muerte a causa del disparo de un arma de fuego no se produce directamente, porque el paciente es dado de alta como curado, pero su organismo debilitado sucumbe meses o años después a una infección sobrevenida y en otro supuesto inocua. También ocurre que el tratamiento curativo, por seguir con este ejemplo, iniciado con perspectivas estadísticas de éxito es el causante inmediato de la muerte por imprudencia médica o un virus extraño insertado en una transfusión de sangre. Hay que desplazar el acento al comportamiento, desplazando hasta donde sea posible la importancia penal de las consecuencias al ámbito de la responsabilidad civil, lo que habría de determinar un giro copernicano en los delitos contra la propiedad, pongamos por caso. La reducción propuesta debe implicar la búsqueda de soluciones para la delincuencia picajosa, inevitable, cúmulo de bagatelas que entorpecen la administración de justicia (13). En esta línea ha de situarse la exigencia de favorecer

(12) Cfr. SCHAFFSTEIN, *La ciencia europea del derecho penal en la época del humanismo*, trad. RODRÍGUEZ DEVESA, Madrid, 1957, 168, n. 15: "La circunstancia de que precisamente los delitos de homicidio hayan suministrado hasta entrado el siglo XVIII el marco para el tratamiento de las teorías generales del delito es todavía hoy relevante para la hechura de éstas".

(13) Entre los temas urgentes se halla la devolución al derecho administrativo de una serie de infracciones de tráfico que nunca debieron haber salido de él. Su sumisión a la jurisdicción penal, aparte del recargo que supondría si efectivamente se aplicasen los preceptos actuales, significa una parodia de proceso, pues ¿qué defensa cabe, salvo la ale-

el desistimiento y conceder amplios efectos atenuatorios o, incluso, excusantes, al arrepentimiento activo eficaz aunque haya comenzado el proceso. La enorme corrupción de las administraciones o la impunidad general del aborto, por no hablar de delitos colectivos que alteran gravemente el orden público o constitucional han de atribuirse en gran medida a ese cepo sin retorno en que cae el que ha realizado un hecho punible. Bien entendido que nada de lo que propugnamos ha de entenderse como una defensa del Derecho penal de voluntad.

Las más sabias modificaciones de la legislación son letra muerta, un cáncer que corroe el ordenamiento jurídico, si no se aplican. No hay política criminal con futuro que no pase por una reconsideración del proceso penal, sin abandonar las garantías que han de centrarse en la presencia del juez desde el primer momento, en el principio de inmediación en la práctica de la prueba que evite las múltiples corruptelas que nos aquejan y las enormes dilaciones en la administración de Justicia. Esto presupone una independencia (14), que ponga fin a las servidumbres de los organismos jurisdiccionales, a quienes no debe escapar del Rey abajo ninguno, un aumento cuantitativo considerable del número de jueces, una preparación específica de éstos que los faculte para dirigir a la policía judicial e imprimir la imprescindible celeridad a los juicios (15). Claro es que esa policía judicial de que hablamos, distinta de las fuerzas antidisturbios o de otro género, ha de recibir una preparación muy diferente de la actual, ha de ser capaz de investigar una contabilidad o las variadas fórmulas jurídicas que ocultan actividades criminales, actuando en estrecha colaboración con el juez. No es suficiente detener a un delincuente que le consta ha cometido a veces atroces delitos, sino que ha de obtener por medios lícitos, que se le deben facilitar, las piezas de convicción necesarias.

La política criminal del futuro ha de atravesar inexorablemente por una estrecha cooperación internacional. Lo hecho hasta ahora, tras el estrepitoso fracaso de la creación de un derecho interna-

gación de inimputabilidad, frente a una acusación por conducir bajo la influencia de bebidas alcohólicas o sin el debido permiso? La prueba del alcohol *in situ* o la verificación de que se trata de una vía pública y de que se carece de permiso o está caducado no puede dar lugar más que a una caricatura de juicio.

(14) ANTON ONECA, *El perdón judicial*, Madrid, 1922, 88, expresó en su juventud esta preocupación al afirmar la necesidad de buscar las garantías para el justiciable "en la fortificación del órgano, favoreciendo la especialización criminológica y la *independencia* de los magistrados" (el subrayado es mío). Me permito añadir que esta independencia es imposible, a no ser en casos heroicos, cuando el nombramiento de Presidentes de Sala, por ejemplo, está en manos ministeriales, que vale tanto como decir del Ejecutivo.

(15) Cesare BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, 1764, XIX: "Quanto la pena sarà più pronta e più vicina al delitto commesso, ella sarà tanto più giusta e tanto più utile". ¡Cuán fácilmente se dan al olvido estas viejas verdades!

cional penal que hiciera frente a la guerra de agresión y a los crímenes contra la Humanidad, es insuficiente. Ciertamente que la Interpol ha demostrado ser un instrumento útil para la localización de delinquentes que se hallan reclamados y se ocultan en otros países. Pero su alcance, por desgracia, no pasa de ahí. Desde luego sería ilusorio pensar que se puede llegar a una solidaridad a escala mundial, a no ser en los términos vagos y gaseosos en que se viene produciendo por mor de las diversas concepciones dominantes en los grandes bloques de Estados. Entiendo, sin embargo que sin perjuicio de tratar de reforzar ese mínimo de cooperación que hoy existe a nivel interestatal, habría que desplegar en los próximos años un gran esfuerzo para lograr cuando menos en grupos de países unidos por lazos culturales e históricos estrechos, como ocurre con los que forman parte del Consejo de Europa, una unificación legal en la formulación de ciertos tipos penales, v. gr., homicidio, asesinato, falsificación de moneda, tráfico de drogas y otros en número limitado, y no sólo de los tipos penales, sino de las penas a imponer. Se debería descartar en materia de extradición toda ingerencia política y atenerse a las decisiones judiciales sin intromisiones gubernamentales. Muy en particular, lo mismo que propuse y se aceptó en la reunión de Neuchâtel de la Fundación internacional penal y penitenciaria el año 1979, se impone la creación de un registro internacional de antecedentes penales para los delitos más odiosos (tráfico de esclavos, piratería aérea o no, tráfico de drogas, trata de seres humanos, contubernios económicos criminales y algunos más) no admitiendo que estos criminales puedan hallar cómodos refugios desde donde dirigir sus nocivas actividades y que, como viene ocurriendo, Estados que se dicen civilizados se beneficien de estos delitos cerrando los ojos al origen de los ingresos que tales enemigos del género humano les reportan.

Los delitos económicos en el proyecto de Código penal (*)

GONZALO RODRIGUEZ MOURULLO
Catedrático de Derecho penal

I

En 1934 Jiménez de Asúa, al prologar el libro de Antonio Rodríguez Sastre sobre «El delito financiero» decía: «Hace sesenta años el español de *presa*, ansioso de despojar a otro de su fortuna o de sus ahorros *se echaba al monte*, con clásico calañés y trabuco naranjero, escapando de sus perseguidores a lomos de la jaca andaluza. Hoy crea sociedades, desfigura balances, simula desembolsos y suscripciones y... escapa sobre el cómodo asiento de su automóvil» (1).

Desde entonces esta clase de delincuencia se fue desarrollando en España al compás de las circunstancias vividas por el país. Desde 1939 a la década de los cincuenta la delincuencia económica fue la característica de toda época de posguerra, dominada por la escasez que engendra, a su vez, el llamado «mercado negro». En la década de los sesenta, en que España experimenta una intensa expansión económica, florecen las prácticas abusivas propias de un proceso de desarrollo acelerado bajo los auspicios de un régimen político autoritario. Al aumentar las condiciones y facilidades para hacer negocios lícitos, aumentan también las oportunidades de hacerlos fraudulentos. En este sentido, la planificación del desarrollo económico se convierte al mismo tiempo en un importante factor criminógeno, sobre todo cuando esa planificación no está sometida a un control democrático y a su sombra puede, por tanto, crecer con pujanza la corrupción. A partir de los primeros años de la década de los setenta la delincuencia económica acusa en nuestra patria el impacto de la recesión, que impulsa a algunas empresas,

(*) Texto de la ponencia mantenida en la sesión de apertura de las Jornadas de estudio sobre delitos económicos y economía de mercado, organizadas por la Fundación "Fondo para la investigación económica y social" y celebradas en Madrid los días 24 y 25 de septiembre de 1981.

(1) L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Prólogo* al libro de A. RODRÍGUEZ SASTRE, *El delito financiero* (Madrid), págs. 4 y 5.

para subsistir, al ejercicio de actividades de dudosa ilicitud, cuando no abiertamente ilegales (2).

Para combatir este complejo fenómeno de la criminalidad económica no se ha contado con un arsenal legislativo adecuado.

La legislación especial, anticuada unas veces, nacida al calor de motivaciones coyunturales otras, asistemática y falta de coordinación siempre, ha resultado de eficacia casi nula. Para colmo, buena parte de esta legislación sustraía el conocimiento de la materia al Poder Judicial y atribuía potestades sancionadoras a la Administración Pública incompatibles con las exigencias del Estado de Derecho, complicándose definitivamente las cosas cuando, como ha sucedido en más de un famoso caso, de alguna manera la misma Administración Pública se hallaba implicada en el asunto.

Por otra parte, el Código penal adolece de arcaísmo para enfrentarse con esta clase de delincuencia. Aunque los Tribunales, con encomiable esfuerzo, emprendieron en los últimos años, en tanto les fue posible, una interpretación progresiva, que Jiménez de Asúa echaba de menos en el prólogo antes citado, el indeclinable principio de legalidad impone inexorablemente sus límites. Del Código penal sólo pueden ser aplicados con alguna utilidad los delitos de falsedad y los delitos contra la propiedad. Pero los primeros, por su estructura, no permiten captar la vertiente económica del hecho, que —en el mejor de los casos— se castigará como alteración de la fe pública, pero no como perturbación del orden económico. Los delitos contra la propiedad previstos en nuestro Código se resienten de su ascendencia histórica. Salvo contadas excepciones, proceden del Derecho romano y nacieron, por tanto, pensados para una economía agraria y de esclavos que poco o nada tiene que ver con la sociedad post-industrial de nuestros días. Aparecen configurados, por lo demás, desde el punto de vista del comerciante individual, mientras hoy prepondera en la vida económica de nuestro país la actividad a través de sociedades y, en especial, de sociedades anónimas, de masiva creación, lo que todavía dificulta más la aplicación de dichos delitos a la realidad actual.

Es lógico que, ante semejante panorama —aumento preocupante de la criminalidad económica como consecuencia del desarrollo del país y falta de un adecuado sistema legal— los órganos encargados de administrar la justicia penal hayan denunciado las lagunas al respecto de nuestro ordenamiento y reclamado su reforma.

El Fiscal del Tribunal Supremo, en la apertura de los Tribunales de 1968, pidió:

«... junto a la Organización jurídica del Estado deben ser suficientemente garantizados sus ordenamientos económico y financiero. De ahí surge la razón esencial de una particular y

(2) Vid. C. VILADAS JENE, *Notas sobre la delincuencia económica en España*, en ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES (1978), páginas 636 y ss.

vigorosa protección de la Economía y Hacienda dentro del campo penal... de entre las que destacan las infracciones en las sociedades mercantiles y singularmente en la anónima».

El mismo Fiscal en la Memoria elevada al Gobierno en 1970 indicó: «El aumento de la producción y el consumo, la creciente actividad económica, el clima de negocios fáciles y los ejemplos de rápido enriquecimiento han estimulado a muchos audaces a lanzarse al campo de la industria y el comercio sin preparación ni experiencia, más con espíritu de jugador que con el de hombre de empresa. Con frecuencia las ganancias no son tan cuantiosas como se imaginaba y se acude al uso y abuso del crédito para salir adelante, hasta que llega el momento de sobreseer en el pago de las obligaciones, y la suspensión y la quiebra se hacen inevitables. Las consecuencias para esos desaprensivos negociantes no son demasiado graves, ya que rara vez se produce una declaración de quiebra culpable o fraudulenta, porque se encubren en un piadoso expediente de suspensión de pagos. Desde que esos empresarios descubren los primeros síntomas del desastre hasta que aquél se consuma y se hace público, se entregan a desesperadas maniobras para salvarlo o retrasarlo, incurriendo a veces en grandes falsedades que dan lugar a procesos penales».

En la Memoria del siguiente año, el Fiscal del Tribunal Supremo incidió, una vez más, con mayor detenimiento en lo que denominó «delitos contra la economía de los grandes grupos», ofreciendo un repertorio detallado de las conductas y situaciones con posible significación penal que suelen presentarse. Dijo entonces el Fiscal: «Al abordar en la presente Memoria esta clase de delincuencia, que sobrecoge al mundo económico de nuestros días, queremos, principalmente, referirnos a los delitos contra los intereses económicos de grandes grupos de personas, unidas entre sí por el vínculo de una inversión común de sus ahorros, pero también por una desilusión común por el sentimiento general de desamparo frente a maniobras que pudieran quizá ser previstas, pero que nadie, posiblemente por la dispersión del grupo o por la falta de capacidad social o técnica de sus componentes ha logrado evitar. Este fenómeno delictivo provoca un gran impacto social y las gentes no llegan a comprender cómo pueden producirse estas situaciones, en que todo se verifica «a gran orquesta». De una parte, cientos de personas afectadas por la catástrofe financiera y, de otra, empresas o grupos de empresas moviendo los hilos de la maniobra, con desprecio de los intereses ajenos, en bloque. Por encima de todo ello una organización que deslumbra la vista, en un ambiente de inconcebible estimación personal y respeto traumático a las siglas y nombres comerciales, cada día más ostentosos».

Por su parte, la Sala Segunda del Tribunal Supremo, en su importante Sentencia de 23 de junio de 1973, llamaba la atención sobre el vacío normativo de nuestra legislación penal que, en el decir del Alto Tribunal, «no regula —como fuera de desear, dada

la necesidad que la defensa social exige— de forma expresa y directa los delitos financieros de riesgo», que «atacan el interés social del orden público económico» y, entre otras, presentan como características esenciales «integrar el sujeto activo, sociedades o grupos de personas que actúan a medio de sus órganos de manifestación» y «formar el sujeto pasivo muchas personas unidas entre sí generalmente por el vínculo común del ahorro, dando lugar al delito-masa».

Al mismo tiempo que los órganos encargados de administrar la justicia penal mostraban, en los términos que acabamos de recordar, su preocupación por la delincuencia económica, lo hacía también nuestra doctrina a través de la voz de autorizados penalistas. Así, en 1971, Sáinz Cantero, después de denunciar sin rodeos el trato de favor que venían recibiendo en nuestro país los delincuentes de cuello blanco, señaló que «la más urgente labor ha de realizarse en el plano legislativo: las leyes vigentes —escribió entonces— están pidiendo a gritos una actualización que no descarta la idea de incorporar nuevas tipicidades, acuñadas en normas también nuevas» (3).

El Proyecto de Código penal de 1980 quiso dar respuesta, a través del título de delitos contra el orden socio-económico, a las insistentes reclamaciones de la praxis y la doctrina penal.

II

El antecedente más inmediato del citado Título lo constituye un Anteproyecto elaborado por la Comisión General de Codificación de 1969, en el que figura la propuesta de incorporar al Código penal un Título VII bis, bajo la rúbrica de «Delitos contra la economía pública». Dicho Anteproyecto sirvió de base a la Ley de 15 de noviembre de 1971 que introdujo en el Código penal las distintas modificaciones previstas en el mencionado Anteproyecto, salvo precisamente el Título de «Delitos contra la economía pública», que no llegó, por tanto, a convertirse en Derecho positivo.

En la Exposición de Motivos del referido Anteproyecto se decía: «El nuevo título de "Delitos contra la economía pública" que ahora se inserta en el texto del Código, responde a la necesidad, unáni-

(3) J. A. SÁINZ CANTERO, *Delincuencia económico-financiera*, en *Delito y sociedad*, XXVIII Extraordinario de *Cuadernos para el Diálogo* (diciembre 1971), pág. 17. La preocupación por la materia fructificaría a lo largo de los años 70 en obras de carácter general como la de mi maestro J. DEL ROSAL, *Derecho Penal de sociedades anónimas* (Madrid, 1971), la de A. FERNÁNDEZ ALBOR, *Estudios sobre criminalidad económica* (Barcelona, 1978) y la de M. BAJO FERNÁNDEZ, *Derecho Penal económico* (Madrid, 1978). Esta última tuvo un decisivo influjo en el Proyecto de Código Penal de 1980.

memente sentida, de castigar con la severidad propia de la sanción penal, una serie de conductas que inciden, no tanto en el patrimonio individual, como en los intereses económicos de la colectividad, produciendo, a través de la inobservancia abusiva de las normas rectoras de la libertad económica, una lesión o un riesgo que afectan ante todo, a la economía del país. No se trata, pues, en modo alguno, de castigar la infracción de disposiciones del Gobierno en materia económica, al modo de los países de economía "dirigida", sino de sancionar el mal uso, egoísta y abusivo, que de la libertad en materia económica pueda hacerse en perjuicio de los demás.

A tal necesidad respondían los artículos 539, 540 y 541 del Código vigente, cuya insuficiencia —a la que tal vez que haya contribuido en no escasa medida, su inadecuada colocación sistemática, que dificulta penetrar en la verdadera entidad de estos delitos—, ha quedado incontestablemente demostrada.

La consideración del bien jurídico que se pretende defender, que debe ser entendido en sus justos límites, por una parte, y la conciencia, por otra, de las consecuencias que comporta al Estado de Derecho que exige siempre las garantías de la jurisdicción para la imposición de las penas graves con que estas infracciones deben ser castigadas, han obligado a incluir entre los delitos contra la Economía Pública, las infracciones más graves en materia de competencia ilícita, contrabando y delitos monetarios, cuyo castigo venía reservado a la Administración. Ello ha de determinar, naturalmente, una doble consecuencia: para completar el sistema sin merma de las garantías jurisdiccionales a que se ha hecho mención, se hace necesario ordenar otro de riguroso control judicial, respecto de las infracciones de menor gravedad que conserven su condición de meramente administrativas; para restablecer la armonía entre el Código penal y las leyes y disposiciones que venían regulando la materia, es indispensable la revisión y refundición de éstas, limitando su contenido a lo no previsto en el Código (a cuyos fines se establecen las autorizaciones oportunas).

La propia naturaleza del bien jurídico a que se ha hecho mención y las particularidades que ofrecen las conductas que se previenen, han aconsejado cierto tratamiento especial en cuanto a la consumación de los delitos y responsabilidad penal de los actos ejecutados obedeciendo designios de personas jurídicas.»

Pese al ambicioso rótulo, en el propuesto título de «delitos contra la economía pública» destacaban más —como observó en aquellos momentos el Fiscal de la Audiencia Provincial de Huesca— las grandes ausencias que la escasa normativa novedosa. Se echaba de menos especialmente la contemplación de las conductas constitutivas de lo que se viene denominando entre nosotros delitos de sociedades o financieros.

En todo caso, el Anteproyecto de 1969 merece ser recordado como una muestra de la inquietud que por la materia se sintió

ya entonces a niveles legislativos y queda ahí —por muchas que fuesen las deficiencias que padecía— como un primer intento frustrado, con el que enlaza ahora el Proyecto de 1980.

El contenido del Título de «delitos contra el orden socioeconómico» del Proyecto de 1980 presenta un triple origen. Parte de los delitos en él incluidos ya aparecen regulados en el Código penal vigente (por ejemplo, el delito fiscal, actualmente entre las falsedades; los delitos laborales, entre los delitos contra la libertad y seguridad; el cheque en descubierto, la insolvencia punible o las maquinaciones para alterar el precio de las cosas entre los delitos contra la propiedad). Otro grupo de delitos proceden de la legislación especial (por ejemplo, propiedad industrial, delitos relativos al control de cambios, delitos de contrabando). Finalmente, un tercer grupo está integrado por figuras delictivas de nueva creación (por ejemplo, los llamados delitos financieros y los delitos contra la ordenación urbanística).

La conveniencia de proceder a semejante agrupación fue cuestionada en el seno de la Sección IV de la Comisión General de Codificación. Hay que destacar en este sentido la bien argumentada enmienda que a la totalidad del título expuso y defendió Torio, dirigida —según sus propias palabras— a que el contenido del título «se disuelva en el sistema, o a que en otro caso, se reduzca a aquellos delitos que atacan intereses económicos de la colectividad de forma dominante». Partiendo de la idea de que «los delitos contra el orden económico atacan valores económicos supraindividuales», y de que no todos los delitos económicos deben estar regulados en el Código penal, ya que, puesto que la economía es fluctuación, la sede natural de tales delitos se encuentra en la legislación penal especial, Torio sostuvo que debían emigrar del Título, por de pronto, tres grupos de delitos. El primero integrado por aquellos comportamientos que atacan primariamente al patrimonio de las personas, como serían, según Torio, los supuestos de insolvencia, infracciones de los derechos de autor y de la propiedad industrial, el fraude de subvenciones y la letra vacía. El segundo grupo estaría formado por las infracciones laborales y las infracciones urbanísticas. Las infracciones laborales —indicó con razón Torio— son fundamentalmente Derecho social, protección de la fuerza del Trabajo y de la Seguridad Social, no protección del orden económico, y en cuanto a las infracciones urbanísticas, el espacio urbano es fundamentalmente un espacio humano, no económico, no susceptible de compra y venta, sin que el móvil lucrativo en la especulación de terrenos pueda servir de criterio clasificador. En el tercer grupo de delitos que, en opinión de Torio, deberían ser desplazados del Título figuraban los delitos relativos al control de cambios y las infracciones de contrabando, que deberían permanecer en el marco de la legislación penal especial, ya que el Código penal debe reservarse para los hechos que posean lo que cabe denominar «permanencia político criminal».

Otras autorizadas opiniones vertidas en el seno de la Sección IV de la Comisión General de Codificación se pronunciaron, en cambio, favor del mantenimiento del Título. Así, Cerezo observó que, aunque estimaba grandemente la enmienda presentada por Torio, no compartía su opinión. «Ciertamente —manifestó Cerezo en el mencionado debate— se puede hacer un reajuste del contenido del Título de los delitos contra el orden económico, pero se debe mantener este Título, porque el Código penal que se está elaborando es un Código penal de futuro, un Código penal que normalmente habrá de regir en los últimos años del siglo xx y primeros del xxi, y que ha de responder por tanto a un modelo distinto de la sociedad y la economía liberal que parece inspirar la enmienda del señor Torio. El Título VIII propuesto se halla en la línea del Proyecto alternativo de Código penal alemán y de la doctrina más actual y responde a las orientaciones de la economía social de mercado y de democracia avanzada que aparece insistentemente en nuestra Constitución».

La Ponencia Especial, encargada de redactar el Anteproyecto, mantuvo su criterio de introducir el nuevo Título en base, principalmente, a las siguientes razones:

1.^a Que es verdad que hay un concepto estricto de delito económico, entendido como comportamiento que ataca prioritariamente intereses supraindividuales, pero no es menos cierto que, a su lado, coexiste, en la legislación y la doctrina, otro concepto más lato —que es el utilizado en el Proyecto—, conforme al cual se entiende también por delito económico el que lesiona intereses patrimoniales cuando dicha lesión —a veces por la simple forma de la ofensa— trasciende del interés patrimonial privado y perturba la regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes o servicios, o quebranta la confianza pública en la intervención estatal en la economía.

2.^a Era absolutamente necesario introducir en el futuro Código algunas figuras delictivas de nueva creación, tales como las de los delitos societarios, llamados en el Proyecto financieros en gracia a una terminología patria que se remonta, por lo menos, a los estudios pioneros de Rodríguez Sastre. La ausencia de tales delitos en el sistema vigente constituye —como recordó Torio en el debate antes mencionado— «una laguna escandalosa». Pensó entonces la Ponencia que, si en todo caso había que introducir estas figuras de nuevo cuño, debía aprovecharse la ocasión para atraer a su lado otras de similar significación económica que actualmente se encuentran, desde el punto de vista sistemático, mal localizados en el vigente Código, como sucede con el delito fiscal, inserto hoy entre las falsedades, o las maquinaciones para alterar el precio de las cosas, ahora incluido entre los delitos contra la propiedad.

3.^a La incorporación de algunas infracciones procedentes de la legislación especial, como las relativas al control de cambios y al contrabando, se estimó positiva por atendibles consideraciones

pragmáticas. Los Códigos no son —como ya dijera Pacheco— tratados científicos, sino libros para la práctica. Al incorporar tales infracciones al Código penal se pretende reafirmar definitivamente su carácter auténticamente penal y común —con las garantías tanto materiales como procesales que de ello derivan—, borrando así la imagen de que son infracciones administrativas y que deben ser objeto de jurisdicción especial, como acontecía en efecto en la legislación hasta hace poco vigente. Por otra parte, su presencia en el Código penal debe contribuir a formar una conciencia social que repruebe estos hechos —por ejemplo, evasión de divisas— no como unas «infracciones especiales», sino —para entenderse y como se dice a nivel de vulgo— como verdaderos «delitos de Código penal», igual que el hurto y el robo. Por lo demás al ser la regulación de tales infracciones sustancialmente Derecho penal en blanco, las posibles fluctuaciones en la materia se introducirán por vía extrapenal y no alterarán la debida «permanencia» que debe ostentar el Código penal, que resultará automáticamente adaptado a la nueva situación, sin necesidad de reformarlo, en cuanto se modifique la correspondiente legislación no penal.

La Ponencia Especial redactora del Anteproyecto reconoció desde el primer momento que la rúbrica de delitos contra el orden económico, aunque se utilizase —como en efecto se utilizaba— el concepto más amplio de esta categoría delictiva, no cubría el contenido ciertamente complejo del Título, por lo que, de acuerdo con lo sugerido en el debate en el seno de la Sección IV de la Comisión General de Codificación, decidió sustituir el epígrafe de delitos contra el orden económico por el de delitos contra el orden socioeconómico.

III

El Título de los delitos contra el orden socioeconómico ha sido calificado en su conjunto por distintos comentaristas como la novedad más importante de la Parte Especial del Proyecto de Código penal español de 1980 (4), como uno de los grandes pilares de la reforma, una de las razones que más ampliamente la justifican, aunque no todo en él sea novedad y aunque no toda su regulación sea perfecta (5).

Cuando quienes integrábamos la Ponencia Especial que redactó el Anteproyecto nos decidimos por la formación de este nuevo Título, cuya inclusión estaba anunciada tan sólo como posible en las Líneas Generales de la Reforma, previamente aprobadas por el

(4) G. QUINTERO, *Observaciones sobre la parte especial del anteproyecto de Código Penal*, en *La reforma del Derecho Penal* (Barcelona, 1980), pág. 259.

(5) E. RUIZ VADILLO, *Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal* (Madrid, 1980), pág. 61.

Gobierno, fuimos plenamente conscientes, dada la naturaleza de la materia objeto de regulación, que dicho Título se iba a convertir en uno de los más polémicos del Proyecto. Así ha sido y era lógico que fuese así. En una sociedad pluralista, como la española de hoy, en la que coexisten ideologías de distinto signo defensoras de modelos socioeconómicos también dispares, es natural que unos piensen que el Proyecto ha ido demasiado lejos y otros entiendan que peca de tímido y se ha quedado corto. Con todas estas discrepancias, que son enriquecedoras, había que contar y hemos contado. Cosa distinta es que las diferentes críticas que hasta ahora se han formulado resulten todas ellas debidamente fundadas y presenten la objetividad y el rigor científicamente exigibles.

Mientras algunas de estas críticas se dirigen contra la concreta formulación de ciertas figuras delictivas en particular, otras cuestionan la propia razón de ser del Título de delitos contra el orden socioeconómico como tal. No es este el momento ni el lugar para entrar en un análisis pormenorizado de las primeras. Quiero dejar constancia, en todo caso, de que comparto muchas de las objeciones y correspondientes propuestas de modificación de algunos tipos en particular, que, tal como aparecen en el Proyecto del Gobierno, son portadores de esos elementos irracionales que a veces engendra el propio proceso legislativo. Figuras de delito hay, en efecto, que tenían un determinado sentido en el borrador redactado por la Ponencia Especial, dejaron de tenerlo en el Anteproyecto aprobado por la Sección IV de la Comisión General de Codificación y se convirtieron en auténticos dislates en el Proyecto del Gobierno. Cito, como muestra, lo sucedido con los artículos relativos a la letra de cambio vacía y a la suspensión de pagos. Todos los defectos de esta índole son subsanables y creo que la mayoría de ellos —al menos los más graves— están ya en vías de superación a través de muchas de las numerosas enmiendas formuladas al Proyecto en el Congreso de los Diputados. En este sentido existe la esperanza fundada de que el texto definitivo del título de delitos contra el orden socioeconómico mejore sustancialmente.

Si bien, como acabo de indicar, comparto la mayoría de las críticas formuladas en relación con algunas figuras delictivas en particular, no puedo decir lo mismo por lo que se refiere a las críticas dirigidas contra el título de delitos socioeconómicos en su totalidad. Algunas de estas críticas no me parecen suficientemente fundadas. Así:

a) Se ha dicho del título en su conjunto que es *demagógico*. Pienso que esta acusación es fruto de un juicio subjetivo, que merece por nuestra parte, como todas las opiniones, el debido respeto, pero que carece de la necesaria base objetiva. Es más, me atrevería a decir que verdaderamente se hace demagogia cuando se tacha de demagógico al título. He aquí, por ejemplo, lo que un ilustre y conocido penalista, distorsionando el sentido de unos pasajes de la Exposición de Motivos del Proyecto, ha escrito:

«Esta reiterada presentación de dos cuestiones tan alejadas como son la moral sexual y el llamado orden socioeconómico pone al descubierto el ambiente contemporizador que ha debido presidir en la elaboración del Proyecto, al par que minimiza la función de la reforma penal. Lo cierto es que con ese consenso aparente, la denostada burguesía ha perdido la protección penal que hasta ahora garantizaba su convencional moral sexual, sin obtener a cambio más que un amplio esquema de limitaciones al desenvolvimiento de sus actividades mercantiles e industriales, con la amenaza de muy graves sanciones penales en el ejercicio desviado de aquéllas» (6). Es evidente que las cosas no son así. No se puede imputar al Proyecto que haya despojado a la «denostada burguesía» de las garantías penales de su convencional moral sexual. Lo que sucede es que los convencionalismos que regían tal materia en 1848 y 1870, fechas de las que procede en definitiva la regulación de los actuales delitos contra la llamada honestidad, no son los mismos que inspiran la moral sexual de la sociedad española de 1981. El Proyecto no hace sino aproximar la ley a la realidad, y no se puede atribuir al Proyecto —ni para bien ni para mal— que los vientos de la historia hayan cambiado los convencionalismos en el marco de la moral sexual, del mismo modo que los han cambiado en tantos otros sectores de la vida social. Y más desconcertante resulta todavía la segunda parte de la alerta lanzada a la denostada burguesía, detrás de la cual anida la asombrosa queja de que el Proyecto comporta «la amenaza de muy graves sanciones penales» en el ejercicio desviado de las actividades mercantiles e industriales. ¿Qué se quiere sugerir con ello? ¿Que el Proyecto en vez de criminalizar debía bendecir el ejercicio desviado por parte de la burguesía —y que conste que esta es la terminología del citado crítico, y no mía— de las actividades mercantiles e industriales?

Y a todo esto apenas es preciso aclarar que la Exposición de Motivos menciona conjuntamente la moral sexual y el tráfico mercantil e industrial a título de ejemplo y como muestra de dos campos en los que el profundo cambio social operado en España desde la promulgación del Código de 1848 hasta nuestros días suscita exigencias político-criminales de signo opuesto: necesidad de proceder a ciertas despenalizaciones en un caso; necesidad de criminalizar nuevas conductas, en otro. Detrás de estas alusiones ni hubo ni hay oscuros consensos.

b) Se ha reprochado al título de delitos contra el orden socioeconómico que peca de «improvisión imaginativa o libresca». «Para valorar el Proyecto —se ha escrito— en este orden de cosas, lo primero que tendríamos que saber es si sus redactores han dispuesto o no de un abundante *material fáctico* en el que hayan advertido repeticiones de conductas o proliferación de comporta-

(6) J. M.^a STAMPA BRAUN, *La reforma del Derecho Penal económico español* (Colección *Informes* del Instituto de Estudios Económicos) (Madrid, 1980), pág. 10.

mientos que, tanto por el objeto y la dirección del ataque, como por su frecuencia e intolerabilidad justifiquen el recurso a la *última ratio* de la política social, que es el Derecho penal. En principio, nos inclinamos a la suposición negativa, con las inherentes consecuencias de improvisación imaginativa o libresca» (7).

A la vista de esta observación crítica cualquiera podría pensar que en nuestra patria no se advierte repetición alguna de prácticas abusivas, gravemente perjudiciales y particularmente intolerables para el buen orden del tráfico mercantil e industrial, cometidas, por ejemplo, a través de sociedades, que o bien quedan impunes, por las lagunas —que, como antes recordaba, Torio calificó con razón en algunos casos de escandalosas— de que adolece nuestra vigente legislación o bien se castigan por los Tribunales a través de tipos que no resultan enteramente adecuados, forzando al límite el principio de legalidad, cuando no sobrepasándole en aras de la justicia material. Cualquiera diría, ante el comentario que estamos analizando, que los casos acontecidos en nuestro país en los últimos años, cuya antología dio pie para que un conocido periodista publicase un libro con el significativo título de «*Los negocios ejemplares*», no fueron nunca realidad, sino sueños imaginativos de los redactores del Proyecto.

Es verdad —y lo lamentamos profundamente— que no se cuenta en nuestro país con las pertinentes investigaciones criminológicas tan valiosas siempre a la hora de orientar la política criminal. Carencia que no es privativa, por cierto, de esta materia relativa a la delincuencia económica. Pero de ahí, a decir que la creación del título que estamos comentando es «improvisación imaginativa o libresca» de los redactores del Proyecto, media un abismo, porque si no estudios criminológicos completos, sí existe en nuestro país una copiosa experiencia derivada de la praxis judicial, es decir, de la vida misma, que ha denunciado con precisión los vacíos del sistema vigente y señalado incluso, en concreto, las conductas necesitadas de punición. Me remito, sin más, a las Memorias del Fiscal y a las declaraciones jurisprudenciales de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo que antes he mencionado. Aconsejo, por ejemplo, que se compare el capítulo de delitos financieros con lo expuesto en la Memoria del Fiscal del Tribunal Supremo de 1971, exposición que no es fruto de imaginaciones nocturnas, sino del ejercicio diario ante los Tribunales de Justicia.

c) Desde un punto de vista ya más técnico, se ha afirmado que «el Proyecto ha partido de una concepción muy difusa, y por tanto inaceptable, del bien jurídico protegido» (8). Hablar del «orden socioeconómico» como de «un bien jurídico» así en singular, me parece un grave error. Quien se acerque a dicha rúbrica con la pretensión de ver en ella «un» bien jurídico, ha de sentirse necesariamente defraudado y es lógico que acabe viendo un bien jurídico

(7) J. M.^a STAMPA BRAUN, *La reforma*, cit., pág. 2.

(8) J. M.^a STAMPA BRAUN, *La reforma*, cit., pág. 69.

muy difuso, por la sencilla razón de que tal epígrafe no expresa «un» bien jurídico (9), sino que es una pura categoría sistemática de referencia, como lo son las rúbricas «delitos contra las personas» o «delitos contra la seguridad interior del Estado». Esto debiera estar fuera de discusión desde el momento en que se utiliza la expresión orden económico, ya que detrás del término «orden» está aludido un «conjunto» de intereses (10), y debiera estar todavía más claro desde el momento en que se le añadió el calificativo social. Si se dijo, con razón, que el concepto de orden económico es un concepto evanescente con mayor motivo lo será el de orden socioeconómico, al sumar la ambigüedad que el adjetivo social comporta. Para determinar si el Proyecto ha protegido o no en su Título VIII los intereses que merecían protección, no hay más remedio que descender al análisis de los tipos en particular, sin que sea válido criticar globalmente su contenido a base de quedarse en la corteza de la rúbrica que, a efectos sistemáticos, lo preside. Pero de este modo nos situamos ya en el terreno de las críticas dirigidas contra la configuración de algunos delitos en particular, muchas de las cuales, como antes dije, comparto (11).

IV

En resumen —y con esto concluyo— pienso que la introducción del Título de delitos contra el orden socioeconómico pese a sus innegables defectos, en su conjunto merece una valoración positiva. A través de él, el Proyecto quiere dar respuesta a una necesidad, repetidamente denunciada por la praxis y la doctrina penal. Se trata de organizar de un modo coherente la lucha —a nivel de la legislación penal— contra la criminalidad económica y coadyuvar así a la erradicación del fraude y otras prácticas ilegales especialmente graves del ámbito del tráfico mercantil e industrial, lo que sin duda reportará un efecto beneficioso, antes de nada, para la propia generalidad de los empresarios. Cuando, con el propósito de complacerles, se alerta a los empresarios sobre la grave amenaza que para sus actividades entraña el Proyecto de Código

(9) Como con razón advierte M. BAJO FERNÁNDEZ, *Los delitos contra el orden socio-económico en el Proyecto de Código Penal*, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, número 3 Monográfico (1980), pág. 20, “e’ hecho de que la rúbrica del título rece Delitos contra el orden socio-económico no quiere decir que sea éste el bien jurídico protegido, técnicamente hablando”.

(10) Una de las definiciones de “orden” es precisamente la de “disposición de un conjunto de entidades”.

(11) Desde el punto de vista político-criminal es obvio, por lo demás, que no se trata de aislar un bien jurídico y a partir de él deducir qué comportamientos han de punirse, sino de determinar, a la vista de la realidad social, qué acciones, por su gravedad e intolerabilidad para la convivencia social, deben ser incriminadas. Sólo una vez determinadas se comprobará a qué bienes afectan esas acciones necesitadas de punición.

penal, lejos de defender sus intereses, se está ofendiendo de un modo grave e injusto a la generalidad del empresariado español, pues temer que la entrada en vigor del nuevo Código pueda paralizar la actividad mercantil e industrial significa, ni más ni menos, presuponer que la vida empresarial española está basada sobre el fraude y la ilegalidad.

Hacia una teoría de las fuentes materiales del Derecho penal

LUIS RODRIGUEZ RAMOS

Profesor Agregado de Derecho penal. Universidad Complutense

En homenaje a José Antón Oneca

SUMARIO: I) Introducción.—II) Condicionamientos y exigencias constitucionales: 1. Deducibles de la unidad del Ordenamiento jurídico. 2. Precedentes de los derechos fundamentales de la persona y de otros principios constitucionales: A) El principio de intervención mínima. B) Exigencias de la seguridad jurídica. C) Hacia un derecho sancionador no estigmatizante.—III) Criterios e instrumentos técnicos: 1. La planificación previa: objetivos y costos. 2. Elaboración de las normas penales: A) Coordinación horizontal y vertical. B) Simplificación de las normas penales existentes. C) Rango de ley orgánica. 3) El órgano gestador de la norma penal.

I. INTRODUCCION

En la Parte general del Derecho penal no se suele considerar el tema de las denominables fuentes materiales, substanciales o reales. Sí se estudian con detalle el principio de legalidad y el posible reconocimiento de diversas fuentes formales (ley, decreto-ley, costumbre, jurisprudencia, etc.), pero se obvian referencias al origen de los contenidos de las normas penales. Estas páginas pretenden, en cambio, acometer nocionalmente la tarea de tratar sobre el origen del contenido, de la materia, del fondo, de la substancia de las normas punitivas, prescindiendo del continente, de la forma, de la superficie, de los accidentes de dichas normas (1),

(1) No se utilizan aquí "contenido" y "forma" como contrarios dialécticos (ORTONEDA, *Principios fundamentales del marxismo-leninismo*, Madrid-Méjico 1974, págs. 480 y ss.), sino más bien en el sentido del hilemorfismo aristotélico de continente-contenido, forma-materia, accidentes-substancia. Los problemas de la ley penal que suelen tratarse

circunscribiéndose la investigación al origen y filtros de los contenidos —mandatos y prohibiciones— que el legislador penal incluye en los preceptos de tal carácter.

La criminología tradicional positiva operaba, como es sabido, sobre bases incuestionadas tratando de explicar el qué, cuándo, cómo, por qué y demás notas de la delincuencia. A partir de la llamada Criminología interaccionista se acomete la labor de cuestionar las definiciones legales, planteándose la problematización de la actividad criminalizadora (2). La Nueva Criminología, o Criminología crítica o radical profundiza en ese planteamiento, analizando la incidencia del Estado —poder e intereses— en la actividad criminalizadora y descriminalizadora (3). Se compartan o no,

extensamente, se circunscriben principalmente a los aspectos formales (vigencia en el tiempo y en el espacio, aplicación a las personas, interpretación, analogía), y no al contenido de las prohibiciones y mandatos que incluyen.

Sobre esta misma temática, pero con mayor amplitud y fundamentación, se ha enviado una ponencia al Primer Congreso Nacional de Derecho Penal (Méjico), bajo el título *Fuentes materiales del Derecho penal. Criterios políticos y técnicos para la creación y abrogación de las normas penales*.

(2) Sobre esta evolución de la Criminología, a partir del interaccionismo, puede verse ANIYAR DE CASTRO, *Conocimiento y orden social: Criminología como legitimación y Criminología de la liberación. Proposiciones para una criminología latinoamericana como teoría crítica del control social*, Universidad de Zulia (Maracaibo, Venezuela), 1981, páginas 5 y ss.

(3) Se articula entonces un cúmulo de críticas concretas al Derecho penal, generalmente novedosas y profundas, tales como su carácter ideológico que llega a criminalizar la desigualdad o discrepancia social por parte de los poderosos a la hora de crear, aplicar y ejecutar las normas penales; la utilización del principio de legalidad o de reserva al convertir comportamientos en injustos penales, administrativos o civiles en función de la clase dominada o dominante en que suelen acaecer, la criminalización de conductas no claramente nocivas para la vida social, por ser útil para preservar el orden vigente fijando fronteras que permitan al grupo o clase percibir su identidad y cohesión, la vigencia del principio de culpabilidad cuando hay una disparidad de valores en los distintos sectores sociales, el aislamiento científico del Derecho penal respecto a la realidad social, etc.

Los recambios que se ofrecen sobre las bases de una teoría crítica del control social y como política criminal alternativa, en planteamientos que en algún caso se han formulado como "Criminología de la liberación", se concretan en la programación y realización de una política social, antes que criminal y que penal, sobre los problemas de desviación y criminalidad, analizando por separado las conductas criminalizables o criminalizadas de las clases inferiores y superiores, haciendo hincapié en la tutela penal de los intereses sociales de la colectividad (vida, vivienda, salud, etc.) obviando la sobrevaloración de la eficacia del Derecho penal, descriminalizando las figuras que se basen en una actitud ética y autoritaria del Estado (aborto, por ejemplo), sustituyendo la cárcel y demás sanciones estigmatizantes por otras, reorganizando la policía y la estructura y procedimiento judiciales para evitar la criminalización selectiva en la aplicación de la ley penal, acabando con el mito de la resocialización, contrayendo al máximo el Derecho punitivo

total o parcialmente, las críticas y soluciones procedentes de las nuevas corrientes criminológicas y sin perjuicio de reconocer que, en último término, la problemática es antes política que jurídica (concibiendo lo jurídico como la estabilización de un proyecto político), es preciso analizar y, en lo que tienen de evidente, aceptar tales denuncias para conseguir, en primer término, una concienciación de los penalistas y, posteriormente, cambios de actitud en la elaboración de la Ciencia del Derecho penal, de mayor o menor amplitud en función del talante ideológico de cada científico, pues lo que parece patente es:

1.º Que si la Ciencia del Derecho penal tiene como objeto algo con una gran trascendencia práctica en la vida social, no puede limitarse a un estudio teórico de las normas ni, mucho menos, a operar en lo que Ihering denominaba «cielo de los conceptos», debiendo ocuparse de la creación, aplicación y ejecución de dichas normas analizándolas y criticándolas desde este nivel de realidad.

2.º Que si el Derecho penal tiene vinculaciones con las restantes ramas jurídicas y, junto con éstas, es un instrumento —por acción u omisión— de la actividad política del Estado, la Ciencia jurídico penal ha de conocer y operar con este factor.

3.º Que si el Derecho penal, en coherencia con todo lo anterior, es un instrumento de acción política para el logro de determinados objetivos de esta índole (en conjunción con un gran cúmulo de medios preventivos y represivos no penales igualmente utilizables y utilizados por el Estado), la Ciencia del Derecho penal no puede desconocer la realidad social a la que están dirigidas las normas penales ni, a efectos de criticar su necesidad y utilidad, ignorar los restantes instrumentos políticos y jurídicos que puedan acompañar o sustituir a los jurídico penales.

Esta llamada al Derecho penal y a su Ciencia desde la Criminología crítica hacia la realidad y la racionalidad, ¿hasta qué punto puede ser atendida sin perder tal Ciencia su carácter jurídico?, ¿deben desaparecer los juristas mutándose en criminólogos —políticos, sociólogos, etc.— o seguir existiendo y trabajando?, ¿tolera la

pero manteniendo las libertades y garantías propias del Estado de Derecho, etc., etc.

Como obras más accesibles sobre esta temática pueden verse: I. TAYLOR, P. WALTON y J. YOUNG, *La nueva criminología. Contribución a una teoría social de la conducta desviada*, Buenos Aires 1978. A. BARATTA, *Criminología crítica y política penal alternativa*, "Revue International de Droit Penal", núm. 1, 1978, págs. 43-55. Lola ANIYAR DE CASTRO, *Conocimiento y orden social, Criminología como legitimación y Criminología de la liberación. Proposiciones para una criminología latinoamericana como teoría crítica del control social*, Maracaibo (Venezuela 1981), y *Sistema penal y sistema social. La criminalización y descriminalización como funciones de un mismo proceso*, "Cuadernos de Política Criminal", 1981, págs. 345-358.

juricidad de la Ciencia del Derecho penal elementos políticos criminales?

Juzgar la oportunidad de criminalizar o descriminalizar una conducta es una decisión política, al menos en su forma o apariencia (4). ¿Puede el jurista pronunciarse sobre la oportunidad o inoportunidad de semejantes decisiones?, o más exactamente, ¿puede la Ciencia del Derecho penal abarcar esta problemática? La superación de las fronteras existentes entre el Derecho penal y la Política criminal es un tema de relativa actualidad (5), pero no se han logrado avances definitivos a pesar de las aportaciones de la llamada «dogmática crítica» (6). Conviene sin embargo, considerar, por una parte, que hay una serie de axiomas políticos que han sido conformados jurídicamente (7) y, por otra, que existen otros «momentos», «niveles» o «misiones» relativos al Derecho penal que no se reducen a la dogmática, aun cuando ésta merezca ser considerada el cénit científico por lo que tiene de sistema, al menos en tanto en cuanto lo sistemático siga mereciendo tal estimación. Estos niveles diversos al dogmático son los correspondientes a la creación, aplicación, crítica y enseñanza del Derecho penal.

El jurista teórico debe colaborar en la elaboración de los anteproyectos y proyectos de futuras normas penales, como de un modo más o menos directo y en mayor o menor medida suele hacer (8). Lógicamente su principal colaboración se centrará en la aplicación de los principios dogmáticos, pero en este punto la contribución debe consistir también en la necesidad de contar con cooperadores no juristas que puedan aportar conocimiento de la realidad y de las ciencias necesarias para su transformación, y con otros juristas que no sean de su especialidad para garantizar el engarce de las futuras normas, penales en este caso, con las restantes parcelas del ordenamiento jurídico (9). Al nivel de gestación de las normas penales los juristas penalistas han de huir de la tentación monopolística, tentación propia de ignorantes ensoberbecidos.

En el momento aplicativo del Derecho penal el jurista teórico

(4) H. ZIPF, *Introducción a la Política criminal*, Madrid 1979, páginas 84 y ss.

(5) C. ROXIN, *Política criminal y sistema del Derecho penal*, Barcelona 1972. J. CERREZO MIR, *Curso de Derecho penal español. Parte General*, I, Madrid 1976, págs. 67-69. G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho penal. Parte General*, I, Madrid 1977, págs. 21-22. H. ZIPF, *ob. cit.*, págs. 4-9. J. A. SÁINZ CANTERO, *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, I, Barcelona 1979, págs. 91-94. M. COBO DEL ROSAL y T. S. VIVES ANTÓN, *Derecho penal. Parte General*, I, Valencia 1980, págs. 117-121.

(6) M. COBO DEL ROSAL y T. S. VIVES ANTÓN, *ob. cit.*, págs. 120-121.

(7) Véase lo expuesto en el apartado siguiente de estas páginas.

(8) RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español. Parte General*, Madrid 1979, págs. 49-56, y en relación con las deficiencias relativas al Anteproyecto de Código penal español de 1979 (hoy Proyecto de Código penal 1980), págs. 149-153.

(9) Todas las críticas a la irrealidad e irracionalidad del Derecho penal coinciden en este punto. Véase lo indicado en el apartado IV de estas páginas, especialmente en el epígrafe 3.

no tiene por qué protagonizar (aun cuando pueda ser indirectamente inspirador) una actividad que corresponde a los profesionales del Derecho (jueces y magistrados, fiscales, abogados, etc.). Pero el penalista científico no puede olvidar que la ciencia que elabora antes que ciencia fue un arte, que como tal sigue existiendo en la actualidad (10), vocación pragmática del Derecho que exige del científico no olvidar lo concreto —lo real— en favor de lo abstracto —lo irreal—, considerando que las normas penales se promulgan no para divertimento especulativo o académico, sino para que incidan preventivamente en la vida social y, si se infringen, para ser aplicadas por los Tribunales, aspectos que en cada caso ha de conocer el científico y la Ciencia (11).

En su misión de criticar las normas penales vigentes, el penalista no puede tampoco limitarse a hacerlo desde una perspectiva estrictamente dogmática, pues contrastar dichas normas con criterios jurídicos extrapenales (constitucionales y de otras ramas jurídicas), ético sociales y, en definitiva, político criminales es una necesidad también evidente (12). Y en fin, la docencia del Derecho penal aunque se imparta en una Facultad de Derecho, no permite inscribirse en el aspecto puramente sistemático, porque se ofrecería una visión muy parcial del objeto de aprendizaje (13).

Estas rápidas reflexiones plantean la urgencia de reconocer y vivir el carácter interdisciplinar de la ciencia o conjunto de ciencias que estudien la criminalidad, pues todo intento de conocimiento científico de un tema criminal desde cualquier perspectiva precisa la consideración de los restantes aspectos. Esta propuesta de formar una Ciencia penal totalizadora se traduce en términos prácticos a la creación de Institutos de Ciencias penales, que investiguen y enseñen el fenómeno criminal desde todos los puntos de vista, lo que puede ser una fórmula feliz en cuanto eficaz para compatibilizar y complementar contenidos, sin necesidad de buscar prioritariamente integraciones a nivel teórico (14).

Cabe pues concluir esta cuestión sobre la juricidad o ajuricidad de la teoría de las fuentes materiales, respondiendo afirmativamente, desempolvando para ello la clásica definición de la jurisprudencia, como ciencia aplicativa del Derecho, mediante la fórmula

(10) BIONDO BIONDI, *Arte y Ciencia del Derecho*, Barcelona 1953, págs. 58, 61-62. RODRÍGUEZ DEVESA, *ob. cit.*, págs. 62-64. Y desde la Criminología crítica, ANIYAR DE CASTRO, *Sistema penal...*, *cit.*, páginas 346-348.

(11) Sobre las acepciones de "lo concreto" y, en particular, de su versión como "real", puede verse K. ENGISCH, *La idea de concreción en el Derecho y en la Ciencia jurídica actuales*, Pamplona 1968, especialmente págs. 73-74 y 187-250.

(12) RODRÍGUEZ RAMOS, *Apuntes de Derecho penal. Parte General*, t. I, Madrid 1978, págs. 56-58.

(13) RODRÍGUEZ RAMOS, *ob. cit.*, págs. 1 y ss.; *Apuntes de Derecho penal. Parte Especial*, t. I, Madrid, 1979, págs. 5 y ss.

(14) Sobre la Ciencia penal totalizadora puede verse F. MUÑOZ CONDE, *Introducción al Derecho Penal*, Barcelona 1979, págs. 131-134.

«divinarum atque humanarum rerum notitia» (15), en el sentido de que la creación de las normas, así como su aplicación, crítica y enseñanza (misiones todas ellas que ha de tener en cuenta la Ciencia del Derecho penal) no pueden ser idóneas si no cuentan con factores no estricta y directamente jurídicos como los político criminales, por lo que el jurista científico ha de conocer tales aspectos aun cuando sea mediante fuentes indirectas o secundarias (16), reclamando e integrándose humildemente para ello en las necesarias colaboraciones.

Pero para comprender, con la evidencia de lo concreto e intuitivo, lo anteriormente anunciado a nivel genérico, es el momento de iniciar los apartados más específicos de este trabajo.

II. CONDICIONAMIENTOS Y EXIGENCIAS CONSTITUCIONALES

Como anteriormente se indicaba, la decisión de criminalizar o descriminalizar conductas es, en último término, política dependiendo de las concepciones ético sociales de las fuerzas en el poder. Pero los criterios políticos que ahora se pretenden exponer no son tanto los partidistas y coyunturales cuanto los límites y mandatos constitucionales, más estables y, en principio, aceptados por todos los grupos políticos acatantes de la norma suprema. Se sigue para ello la Constitución española de 1978, pero serán extrapolables las conclusiones a otras constituciones de corte democrático. Dentro de los márgenes constitucionales, será la discrecionalidad política de los detentadores del poder el criterio final decisorio.

Estos límites y mandatos constitucionales que rigen la dinámica de las fuentes materiales del Derecho penal, son principios jurídicos del más alto rango formal, pero no por ello dejan de ser también principios políticos y ético sociales. Son políticos, en primer lugar, por lo que tienen de puntos de consenso entre las fuerzas políticas a la hora de dirigir y administrar el desarrollo de la vida social y, en segundo término, porque los órganos políticos deben seguir y respetar tales criterios en su funcionamiento. Son éticos estos principios por su contenido original, pues antes de alcanzar el rango de normas jurídicas eran un Código básico de lo bueno y de lo malo en la vida social, y en consecuencia crisol de la criminalización y descriminalización de un modo u otro.

(15) No se puede legislar ni aplicar la ley si se desconoce la realidad sobre la que se incide. Véase BIONDO BIONDI, *ob. cit.*, págs. 61-62.

(16) El jurista no puede investigar directamente una realidad desde ciencias que no conoce. Sí puede y debe, en cambio, escuchar y recoger las conclusiones que sobre tales aspectos proporcionen los correspondientes científicos.

Para describir estos criterios se alude, en primer término, a los deducibles de la unidad del ordenamiento jurídico, y después a los procedentes de los derechos fundamentales de la persona y de otros principios constitucionales, diversificando este epígrafe en tres apartados: el axioma de la intervención mínima, las exigencias de la seguridad jurídica y la necesidad de otorgar el rango de ley orgánica a las normas penales. Después será el momento de terminar, aludiendo a los criterios e instrumentos técnicos.

1. *Deducibles de la unidad del Ordenamiento jurídico.*

El párrafo 1 del artículo primero de la Constitución española dispone que «España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su *ordenamiento jurídico* la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político», y el artículo 9.º declara a su vez que «los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al *resto del ordenamiento jurídico*» (párrafo 1) al tiempo que establece: «la Constitución garantiza el *principio de legalidad*, la *jerarquía normativa*, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la *seguridad jurídica*, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos» (párrafo 3).

La existencia explícita a nivel constitucional de un Ordenamiento jurídico único, en el que rigen los principios de legalidad, de jerarquía normativa y de seguridad jurídica, entre otros, es un punto de partida importante para determinar algunos criterios necesariamente derivados de la referida previsión constitucional. Algunas de estas consecuencias cuentan con otros puntos de apoyo, como podrá verse en los siguientes epígrafes, derivados de los derechos fundamentales de la persona y de otros axiomas contenidos en la Constitución. La *relación vertical de subordinación* de las normas penales con la cúspide del Ordenamiento jurídico es la primera nota a destacar, si bien por obvia y, sobre todo, por genérica no es preciso detenerse en su análisis. Mayor interés despierta una segunda consecuencia de la unidad del Ordenamiento, referente a la *relación horizontal de coordinación* entre el Derecho penal y las restantes ramas jurídicas del mismo rango, coordinación que exige homogeneidad entre las normas penales y no penales conformadoras o incidentes en el mismo ámbito social o bien jurídico, al establecer los nexos de complementariedad y suplementariedad entre unas y otras; de esta necesaria relación horizontal de coordinación se derivan a su vez dos cuestiones y principios secundariamente constitucionales, en cuanto mediatos o indirectos, que son el posible carácter secundario o auxiliar

del Derecho penal y el llamado principio de intervención mínima (17).

En cuanto a la *naturaleza primaria o secundaria del Derecho penal* no es este el momento adecuado para agotar tan añejo y vasto tema, limitando por ello esta exposición a dos aspectos. El primero se refiere a la posibilidad de calificar el Derecho punitivo como secundario, en el sentido de subsidiario o «ultima ratio», consideración pacíficamente aceptada, coherente con la unidad del Ordenamiento jurídico que exige economía de normas y diversificación de funciones entre unas y otras, que encuentran apoyo en otros preceptos constitucionales luego comentados y, en fin, que viene a identificarse con la temática de la intervención mínima, por otra parte, esta aceptación de la secundariedad no hipoteca la autonomía del Derecho penal a la hora de determinar, legislativa o interpretativamente, el contenido de las normas penales, más allá de la limitación procedente de la aludida coordinación horizontal. El segundo aspecto, que plantea la cuestión en su ámbito más tradicional, consiste en diferenciar las áreas de incidencia del Derecho punitivo a estos efectos, pues mientras en determinados delitos (homicidio, robo, etc.) el Derecho penal es normativa jurídica primaria y principal, al no corresponder a otra rama jurídica la regulación de tales parcelas sociales de modo primordial, en otros muchos campos (protección penal del medio ambiente, del urbanismo, del control de cambios, etc.) las normas penales sólo son secundarias y auxiliares respecto a otras normativas (el Derecho administrativo, en los ejemplos precedentes), por lo que la determinación legislativa e interpretativa de los contenidos de las normas penales tendrá unos márgenes muy inferiores, dando lugar muchas veces a las llamadas leyes penales en blanco (18).

El *principio de la intervención mínima*, íntimamente conexo con los formulados como «última ratio», prohibición de exceso y carácter fragmentario del Derecho penal, tiene su fundamento material en los derechos básicos de la persona como luego se verá, pero encuentra también una base formal y sistemática en la unidad del Ordenamiento jurídico, en cuanto que exige dicha unidad a las diversas ramas jurídicas una distribución armónica de roles o

(17) La inconstitucionalidad o, más exactamente, anticonstitucionalidad de una ley penal podría sustanciarse a través del correspondiente recurso ante el Tribunal Constitucional (arts. 159 y ss. de la Constitución).

(18) Conviene señalar que la ley penal en blanco, si se complementa convenientemente la remisión a la norma no penal, puede ser un instrumento adecuado para la descripción del precepto, coherente con la unidad del Ordenamiento jurídico y con el carácter auxiliar que la norma penal tiene en los referidos casos; respecto a la autonomía de la ley penal en cuanto al efecto de la infracción, habría en todo caso que compatibilizarla con la tendencia a “despeculiarizar” el Derecho penal (véase el epígrafe C) del siguiente apartado). Sobre las leyes penales en blanco y, en general, sobre la naturaleza primaria o secundaria del Derecho punitivo, puede verse MUÑOZ CONDE, *ob. cit.*, págs. 18-23 y 60-70.

papeles. En efecto, las normas jurídicas prohíben o mandan, disuaden o estimulan y el incumplimiento de tales normas puede dar lugar a algún tipo de responsabilidad (civil, administrativa o penal); las normas penales, en una adecuada articulación con las no penales, sólo deben crearse cuando los bienes jurídicos reclamen la sanción más grave y, de ser necesarias, han de evitar superposiciones o solapamientos con las otras normas, pues supondrían concursos, con o sin colisiones, contrarios a la unidad del Ordenamiento jurídico (19).

Y en fin, también por razones derivadas de la unidad del sistema jurídico, que extiende al interior de la parcela penal las exigencias de economía normativa y de congruencia interna, cabe la referencia a la necesidad de *simplificar los preceptos penales*, evitando figuras redundantes. Esta descriminalización técnica y aparente, aquí planteada en términos formales, encuentra también su fundamento en la seguridad jurídica como luego se considera (20).

2. *Procedentes de los derechos fundamentales de la persona y de otros principios constitucionales.*

A) EL PRINCIPIO DE INTERVENCIÓN MÍNIMA.

El principio de la intervención mínima, que actúa como freno de la creación y mantenimiento de las normas penales, tiene también un fundamento material en la Constitución, como ya se advertía hace un momento. El reconocimiento de la libertad y del pluralismo político como valores superiores del Ordenamiento jurídico (artículo 1.º, 1); de la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad como fundamentos del orden político y de la paz social (artículo 10, 1), y en fin, todos los derechos y libertades previstos en el capítulo II del título I de la Constitución (artículos 14 a 38), limitan de muy diversas formas al legislador penal, al que le imponen en términos generales la intervención mínima, tanto por la mutilación de la libertad que suponen las prohibiciones y mandatos penales como también por la privación de alguno de los derechos o libertades fundamentales que siempre supone cualquier pena impuesta (21).

Esta previsión constitucional exige justificar una criminaliza-

(19) Véanse las referencias a estos mismos temas en el epígrafe siguiente y en el apartado IV, 2).

(20) Apartado B) del siguiente epígrafe. Véase también el B) del III, 2.

(21) H. ZIPF, *ob. cit.*, págs. 92-94. MUÑOZ CONDE, *ob. cit.*, págs. 71-79. SÁINZ CANTERO, *ob. cit.*, págs. 36-38. (En relación con el principio de intervención mínima).

ción o no descriminalización, probando la necesidad de protección penal de un bien jurídico (22), pues al margen incluso de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (artículo 9.º 3), una norma penal innecesaria merecería la consideración de anti-constitucional por lo que tuviera de limitación injustificada de alguna o algunas de las libertades constitucionales (23). En consecuencia, y confirmando de este modo cobertura constitucional a los criterios propuestos por Hulsman y Vasalli (24), resultarían inadmisibles las normas penales que pretendieran criminalizar o criminalizaran la mera discrepancia política, social o religiosa (25), que sólo intentaran crear un ambiente propicio para el tratamiento del delincuente o desviado, que mediante una criminalización simbólica quisieran hacer creer que se ha solucionado un problema social que requiere otros tratamientos políticos y jurídicos no penales (26) y, en general, siempre que se criminalicen conductas sin necesidad o sin posibilidad de eficacia.

Pero es preciso aducir un nuevo argumento en favor de la intervención mínima, relativo al tradicional destino de las normas penales a las clases sociales menos favorecidas, recientemente destacado por la Criminología crítica (27), argumento fundamentado en la igualdad que la Constitución considera como un valor superior del Ordenamiento jurídico (artículo 1.º 1), al tiempo que declara que todos son iguales ante la ley, «sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social» (artículo 14), y dispone que «corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social» (artículo 9.º 2). Pues bien, si la estadística demuestra que hay una relación directa entre los destinatarios reales de la mayor parte de las normas penales y la pobreza, la incultura, el despoder y la marginación, la efectividad y realidad de

(22) En relación con este punto puede plantearse todo lo relativo a un posible concepto material de delito (H. ZIPF, *ob. cit.*, págs. 97-102). Sobre las limitaciones procedentes de la necesaria protección de bienes jurídicos puede verse: G. QUINTERO OLIVARES, *Represión penal y Estado de Derecho*, Barcelona 1976, págs. 89-92; MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho penal*, Barcelona 1976, págs. 151-154; C. ROXIN, *Iniciación al Derecho penal de hoy*, Sevilla 1981, págs. 128-136.

(23) Véase nota (17).

(24) L. H. C. HULSMAN, *La Decriminalisation. Colloque de Bellagio*, 1973, y G. VASALLI, *Cahiers de Defense Sociale*, "Bulletin de la Societé Internationale de Defense Sociale", 1975, págs. 26 y ss., citados ambos por ANIYAR DE CASTRO, *Sistema penal...*, cit., págs. 350, 352.

(25) ANIYAR DE CASTRO, *Sistema penal...*, cit., pág. 350.

(26) La criminalización meramente simbólica. ANIYAR DE CASTRO, *Sistema penal...*, cit., págs. 349-350.

(27) Es la base de todas las críticas antes referidas (apdo. II.2).

este principio constitucional exigirá la iniciación y el mantenimiento de una corriente descriminalizadora, en extensión e intensidad (28), respecto a estos delitos que sólo cometen los pobres, al tiempo que se propician reformas tendentes al logro de la igualatoria aplicación de la ley penal (policía, justicia penal, normas penales y penitenciarias, etc.) (29) y se considera hasta qué punto algunas conductas ubicadas en sectores sociales no deprimidos deberían ser criminalizadas. Y claro está, ambas corrientes —la descriminalizadora y la criminalizadora— habrían de inscribirse en el marco de una acción político social congruentemente limitante de la acción político criminal y penal (30).

Este desarrollo del principio de igualdad fundamentado en la Constitución, puede también amparar algunas de las propuestas de Hulsman (31), evitando en lo posible la criminalización de comportamientos generalmente propios de los grupos socialmente más débiles, o que son discriminados o corren el peligro de serlo. Por las mismas razones de igualdad real y efectiva ante la ley penal, y sin perjuicio de que también desde la perspectiva de la necesidad-eficacia pudieran vetarse tales intentos, habría que aceptar las propuestas del mismo autor de evitar la criminalización de conductas que sólo pueda conocer la policía investigando por su propia cuenta y no en virtud de denuncia, o demasiado frecuentes como el adulterio o el aborto, o que son propias de gran número de personas, pertenecen a la esfera privada o, en fin, que un gran número de población considera sinceramente admisibles, en estos supuestos el principio de igualdad actúa propiciando la no criminalización por el agravio comparativo que supone para la exigua minoría castigada la gran mayoría que resulta impune, sumándose en igual sentido el argumento de la ineficacia y consiguiente innecesariedad de la norma penal.

B) EXIGENCIAS DE LA SEGURIDAD JURÍDICA

La seguridad jurídica es un principio garantizado por la Constitución (artículo 9.º, 3) que cobra especial virtualidad en el ámbito penal al concurrir con el de legalidad de los delitos (artículo 25, 1). Considerada esta seguridad jurídica desde un punto de vista pura-

(28) La descriminalización puede ser también "de grado", bien en el sentido de recortar el ámbito del ilícito penal, bien, sobre todo, en el reducir la pena prevista para determinado comportamiento.

(29) La criminalización y descriminalización pueden ser, como ya se ha indicado, de hecho o de derecho. El posible carácter selectivo de las actuaciones policiales, judiciales y penitenciarias provocará estas criminalizaciones o descriminalizaciones fácticas, muy en relación con la categoría social del infractor. Puede verse: ANIYAR DE CASTRO, *Sistema penal...*, cit., pág. 347.

(30) Véase el epígrafe C) de este apartado.

(31) ANIYAR DE CASTRO, *Sistema penal...*, cit., pág. 350.

mente formal, su función rectora en relación con las fuentes materiales de la norma penal se reduce, sin que por ello deba considerarse ni mucho menos baladí, a describir con precisión el ámbito del precepto evitando la concurrencia de elementos valorativos, por una parte, y por otra a obviar solapamientos y redundancias entre diversos preceptos penales que, lejos de suponer una sobreprotección del correspondiente bien jurídico, suelen resultar problemas concursales con el efecto contrario (32).

Pero la seguridad jurídica debe también considerarse en un sentido material, relacionándola con la eficacia del Derecho, que en el penal consiste en la eficacia de prevención general, por una parte, y en la efectiva imposición de la pena en los supuestos de infracción, por otra, existiendo obviamente vinculaciones entre los dos aspectos; pues bien, existe en el plano real inseguridad jurídica, aunándose a los anteriores como un argumento más en contra de la criminalización en tales casos, cuando el mecanismo infracción-castigo no funciona en un alto grado, por la incertidumbre que surge respecto a la aplicación real de la norma (33).

C) HACIA UN DERECHO SANCIONADOR NO ESTIGMATIZANTE

Asumiendo el espíritu de las críticas más modernamente recibidas por el Derecho penal, y sin entrar ahora en el ámbito de los cambios políticos que exigiría una completa materialización de dicho espíritu, parece oportuno dibujar un boceto de un nuevo modelo de Derecho penal. Ciertamente que todo lo dicho es compatible con el mantenimiento del carácter peculiar y estigmatizante del Derecho penal, con el único correctivo de reducir al máximo su contenido con los criterios expuestos; pero no es menos cierto que la solución sería más radical si, incidiendo en la esencia del Derecho penal, se lograra un salto cualitativo que, naturalmente, exigiría el complemento de un cambio en los aspectos no sustantivos de la justicia penal (34). Esta posible vía de evolución para el Derecho punitivo consistiría en su reconducción hacia campos no estigmatizantes, propios de otros derechos igualmente de responsabilidad como el sancionador administrativo y el civil, al tiempo que se extienden a estas ramas jurídicas de responsabilidad penal las garantías hoy previstas para el orbe punitivo.

El ordenamiento jurídico dispone de una serie de medidas pre-

(32) Sobre la seguridad jurídica en general puede verse: ELÍAS DÍAZ, *Sociología y Filosofía del Derecho*, Madrid 1974, págs. 41-45.

(33) Se produce la denominada derogación material, en todo o en parte, cayendo tales normas en la categoría que A. D'ORS denomina "Derecho preterido" o "Derecho positivo no vigente" (*ob. cit.*, pág. 142).

(34) Como varias veces se ha insistido, un planteamiento pragmático de los problemas del Derecho penal exige considerar otros aspectos jurídicos y no jurídicos. Ver nota (39).

ventivas que, en un planteamiento tradicional de la actuación administrativa, se concretan en la actividad de policía (exigencia de licencias, autorizaciones, aprobaciones, etc.), de fomento —estímulo-disuasión— (subvenciones, créditos, exenciones y bonificaciones fiscales, tasas, tributos, etc.) y de servicio público. La prevención directa se suele considerar imperfecta e insuficiente, si no se complementa con las normas sancionadoras —administrativas, civiles y penales— amenazando con una medida aflictiva si se incumple un precepto —mandato o prohibición— con intención de prevención general, y en caso de incumplimiento de uno de tales preceptos, se incurre en la responsabilidad correspondiente aplicando una sanción en régimen retributivo. Pues bien, se trataría de acercar el Derecho penal a los espacios colindantes de la responsabilidad civil y, sobre todo, de la administrativa, incluyéndolo en el ámbito de un Derecho general reparador, que pretende compensar a la víctima o perjudicado, al tiempo que exigir al infractor el «precio» de la infracción, con ánimo rehabilitador o sin él (35).

Pero se advertía que coetáneamente a esta corriente de acercamiento del Derecho penal a los sistemas sancionadores no penales, se debía producir un reflujo de identificación de tales ordenamientos sancionadores no penales —especialmente del administrativo— con el penal, en los aspectos positivos que suponen las garantías derivadas de los principios de legalidad, presunción de inocencia, jurisdiccionalidad, etc. De esta manera la conformación del genérico Derecho reparador sería más completa (36).

Y en fin, insistiendo una vez más en las consecuencias ya comentadas de la unidad del Ordenamiento jurídico, todo lo dicho ha de enmarcarse en una política legislativa donde las normas sancionadoras no caigan en la hipertrofia, se simplifiquen al máximo y, sobre todo, estén en relación de coordinación y subordinación respecto a las directamente preventivas, congruentes a su vez todas ellas con una política general y sectorial tendente hacia la vigencia real y efectiva de la libertad, la igualdad y la justicia.

(35) En España esta evolución del Derecho penal podría requerir una reforma constitucional, si no se superan las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad, pues dispone el artículo 25, 2: "Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social..."

(36) Especial importancia supone en España la aplicación del principio de legalidad y del de jurisdiccionalidad en el ámbito del Derecho administrativo sancionador. Ambos rigen constitucionalmente (arts. 25 y 106, 1), pero las descripciones de las infracciones suelen ser imprecisas y, sobre todo, el control jurisdiccional es posterior a la imposición y ejecución de la sanción, declarándose no pocas veces improcedente una sanción después de haberse cumplido. Es necesario optar por la transferencia al poder judicial del acto sancionador en base al expediente instruido por la Administración o bien por la suspensión de la ejecutoriedad del acto administrativo sancionador cuando se interponga recurso; sobre estos problemas puede verse M. BAJO FERNÁNDEZ, *Derecho penal económico*, Madrid 1978, pág. 96-108.

III. CRITERIOS E INSTRUMENTOS TECNICOS

La realización práctica de los precedentes criterios, reguladores del funcionamiento de las fuentes materiales de la norma penal, exige a su vez la determinación de pautas e instrumentos técnicos, que se concretan en la planificación previa a la elaboración de toda norma penal, en la observancia de la coordinación, simplificación y rango de ley orgánica al elaborar la norma penal y, en fin, en la existencia de un órgano técnico legislativo adecuado.

1. *La planificación previa: objetivos y costos*

Antes de elaborar un proyecto legislativo penal, si se le considera efectivamente como un instrumento de política criminal a su vez incluso en una política social general, es necesario confeccionar un plan en el que se fijen los objetivos a lograr a corto, medio y largo plazo, así como los costos y los medios necesarios para alcanzar tales metas (37). El presupuesto o primer paso de la elaboración de dicho plan es el conocimiento de la realidad social sobre la que se quiere incidir, así como el de los medios de que se dispone (medios legales: normas penales, procesales y penitenciarias; medios personales: policiales, judiciales y penitenciarios; medios reales: locales, instrumental, etc.; medios financieros), con un pronóstico que indique las previsiones de desarrollo de esa realidad social sobre esas bases actuales.

Descrito y cuantificado el problema social a resolver se debe elaborar el plan en sí, determinando con pragmatismo los objetivos fechados (a corto, medio y largo plazo) y cifrados (costos y medios financieros disponibles), así como los procedimientos e instrumentos para su logro, entre los que figurará la criminalización, más o menos intensa, o la descriminalización total o parcial de determinadas conductas. Estos planes, además de dotar de un realista sentido político criminal a la norma penal que en su caso se cree, servirán también para verificar en cada uno de los plazos previstos la mayor o menor eficacia de dicha norma y de los restantes medios.

La gestación de normas penales e incluso de Código penales completos (38) sin estos estudios socioeconómicos previos, responde consciente o inconscientemente a la idea de que las normas penales son patrimonio exclusivo de los juristas, quienes lógicamente ignoran esos problemas que han de tenerse en cuenta antes,

(37) M. LÓPEZ-REY y ARROJO, *La justicia penal y la política criminal en España*, Madrid 1979, págs. 87-91 y 97. M. L. LIMA DE RODRÍGUEZ, "Política criminal", *La reforma penal en los países en desarrollo*, Méjico 1978, págs. 88-95.

(38) El caso del Proyecto del Código penal de 1980 en España. Ver nota (8).

durante y después de la articulación de dichas normas. En tales supuestos de ausencia de plan, la perfección teórica que puedan alcanzar las leyes penales está tan contaminada de utopía y ucronía que sólo logran una vigencia real o material muy limitada, especialmente por la ausencia de los medios financieros que toda previsión legal suele exigir, pero también porque un gran número de preceptos carecen de realismo y no pasan de ser una criminalización más o menos simbólica (39).

2. *Elaboración de las normas.*

El grupo de juristas que participe en la planificación, deberá redactar siguiendo sus pautas el proyecto de norma penal, en el supuesto de que se considere conveniente una criminalización «ex novo», o de modificación de la normativa vigente. Este es el momento de, recogiendo el contenido político general y criminal acordado, conformar jurídicamente el propósito redactando el precepto e incluyendo la pena oportuna, barajando las diversas posibilidades técnico dogmáticas.

A) COORDINACIÓN HORIZONTAL Y VERTICAL

La elaboración de la norma penal, por el hecho de estar dirigida a formar parte de un subconjunto —el ordenamiento penal— y de un conjunto más amplio —el Ordenamiento jurídico único—, ha de tener muy en cuenta las exigencias de coordinación vertical, o subordinación, que limitará el contenido de la norma o, en algún caso, lo exigirá y conformará (40), y al mismo tiempo las de coordinación horizontal con las restantes normas penales y extrapenales, con las primeras para evitar redundancias que convertirían la nueva norma en inútil, de modo total o parcial, y problemas concursales sin sentido que pudieran complicar la practicidad del nuevo precepto, y con las segundas —las no penales— para el logro de congruencia en las concordancias que puedan existir (41).

(39) En el Proyecto de Código penal español, por ejemplo, se prevén novedades como los arrestos de fin de semana, sin estudios previos que garanticen la viabilidad de tal pena que exige muy abundantes locales con celdas individuales.

(40) La Constitución española exige protección penal para el medio ambiente y para el patrimonio cultural histórico y artístico (arts. 45 y 46).

(41) Normas penales en blanco, sin mayores precisiones en la descripción de la conducta, son un claro ejemplo de solapamiento entre las sanciones penales y las administrativas, si es el caso, que provoca estos problemas. Por ejemplo, el artículo 339 del Código penal español padece este defecto.

B) SIMPLIFICACIÓN DE LAS NORMAS PENALES EXISTENTES

Al hilo de la comentada coordinación horizontal en el ámbito de las normas penales y recordando la también aludida descriminalización aparente y técnica, hay que hacer una referencia expresa a la simplificación de la normativa penal que desde muy diversas perspectivas se ha defendido (42). Razones de economía normativa, seguridad jurídica y eficacia aconsejan suprimir preceptos inútiles, en el sentido de carecer de eficacia criminalizadora real (43). Lógicamente si se habla de suprimir preceptos inútiles, con mayor razón se puede reclamar la no creación de semejantes preceptos (44).

C) RANGO DE LEY ORGÁNICA

Y en fin, para terminar esta referencia a la elaboración de las normas penales, no estará de más considerar un problema recientemente planteado en España, a raíz de la promulgación de la Constitución de 1978, pues su artículo 81 prevé la existencia de leyes orgánicas cuya aprobación, modificación o derogación «exigirá mayoría absoluta del Congreso, en una votación final sobre el conjunto del proyecto», frente a la mayoría simple de las leyes ordinarias, fórmula que plantea la necesidad de un mayor consenso en la elaboración de una ley orgánica, que serán «las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas» y otras expresamente previstas como tales en la Constitución.

La praxis legislativa española más reciente es la de considerar leyes orgánicas las relativas a la aprobación o modificación de leyes penales (45), en base tanto a la limitación de las libertades y derechos fundamentales que todo precepto y pena supone, como por la concreta previsión del artículo 25 que configura como derecho fundamental el principio de legalidad de los delitos. Sin entrar en la discusión de hasta qué punto deben o no tener el rango de orgánicas las leyes penales, lo cierto es que tiene sentido exigirlo

(42) Por ejemplo, CARNELUTTI, *El problema de la pena*, Buenos Aires 1956, pág. 86.

(43) Si se reconoce la existencia de circunstancias agravantes genéricas, habría que plantearse hasta qué punto, si la diferencia de penalidad en uno y otro caso no es muy elevado, se justifica determinadas figuras cualificadas. Si el allanamiento de morada es delito, el hecho de que sea cometido por un funcionario público no tiene por qué exigir otra figura (arts. 490 y 191, 1.º del Código penal), etc.

(44) En el Proyecto de Código Penal español de 1980 hay abundantes ejemplos en este sentido.

(45) Por ejemplo las Leyes Orgánicas 4 y 9/1980 y 2/1981.

desde una perspectiva de las fuentes materiales del Derecho penal, por la mayor aceptación exigible para cualquier proyecto criminalizador (46).

3. *El órgano gestador de la norma penal*

¿Qué órgano debe elaborar los anteproyectos y proyectos de normas penales?, constitucionalmente corresponden al Gobierno los proyectos, según el artículo 88 de la Constitución, y el anteproyecto a la Comisión General de Codificación (Sección 4.^a de Derecho penal y penitenciario), organismo de alto prestigio científico jurídico pero enclavado en el Ministerio de Justicia y ajeno a las actuaciones de los restantes ministerios, particularmente el de Hacienda, a los que generalmente sólo comunica los anteproyectos terminados en el rutinario trámite previo al correspondiente Consejo de Ministros en el que se va a convertir en proyecto (47). Es pues un claro ejemplo de monopolización por parte de los juristas de la actividad de gestación de las normas penales, con las disfuncionales consecuencias de irrealidad y consiguiente irracionalidad a las que antes se ha hecho referencia.

La creación y abrogación de normas penales, de ordinario, es un problema político necesariamente implicate de muy distintos ministerios, que como se ha visto requiere una previa labor de planificación en la que el estudio de costos y medios financieros ocupa un lugar importante, por lo que sólo una comisión u órgano colectivo interministerial, coyuntural o estable, puede cumplir los requisitos políticos y técnicos que la actividad legislativa penal en la actualidad exige. Que esta comisión cuente con la colaboración de todos los científicos e instituciones que puedan aportar algo a estos estudios previos o coetáneos, parece igualmente aconsejable, lo que requiere serenidad y huida de toda precipitación en la elaboración de los anteproyectos de leyes penales.

(46) La actividad criminalizadora tendrá de este modo, en mayor grado, el carácter de auténtica política de Estado.

(47) Es un mal secular la elaboración o copia del extranjero de leyes teóricamente muy perfectas, pero irrealizables por falta de medios, especialmente financieros. El grado de incumplimiento de estas leyes tan perfectas es seguramente más perjudicial para la sociedad que leyes más imperfectas que se cumplieran.

El error evitable de prohibición en el Proyecto de 1980

CARLOS MARIA ROMEO CASABONA

Profesor Adjunto Interino de Derecho Penal. Universidad de Zaragoza

I

El Proyecto de Ley Orgánica de Código penal, que en la actualidad se encuentra en proceso de discusión en las Cortes Generales, incluye como una de sus aportaciones más notables, al menos de su Parte General (Libro I), y que por sí misma justificaría ya una reforma (1), la regulación de la decisiva cuestión del error. En efecto, el artículo 20 de dicho texto recoge expresamente las dos clases de error aceptadas en la moderna ciencia y legislación del Derecho penal europeo (2): error sobre el tipo (párrafos 1.º y 2.º) y error de prohibición (párrafo 3.º). De este modo se apartará nuestro legislador de la pauta hasta ahora seguida de no contemplar en nuestros Códigos penales históricos —con la salvedad del de 1822 (3)— previsión alguna sobre esta materia. Ello supondrá además, como podremos comprobar a continuación, un explícito reconocimiento a la relevancia del error en nuestro Derecho penal, lo cual es particularmente significativo en lo que al de prohibición se refiere (4).

Las discusiones tan encontradas y profundas que ha planteado el error vencible de prohibición, así como el enorme interés que tiene

(1) La bibliografía, ya abundante, que se ha ocupado de esta cuestión en el Proyecto, y que se cita a lo largo de este trabajo, constituye un fiel reflejo del interés que tiene y que ha despertado en nuestros autores.

(2) Así, en cuanto a esta última lo encontramos regulado en los Códigos penales alemán (parág. 17) a partir de la reforma de 4 de julio de 1969, suizo de 1937 (parág. 20) y austríaco (parág. 9).

(3) Pues el art. 10 negaba la relevancia del error de derecho vinculándose así con la concepción del *error iuris nocet* (el error de derecho no exime responsabilidad penal). Véase José CEREZO MIR, *La conciencia de la antijuricidad en el Código penal español*, en *R. E. P.*, 1964, p. 451 y ss.

(4) Y coherente —o, al menos, compatible— con lo dispuesto en el párrafo 1.º del art. 6.º del Código civil («La ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento. El error de derecho producirá únicamente aquellos efectos que las leyes determinen»). Discutido fue, sin embargo, el sentido de su predecesor, el derogado art. 2.º.

desde el punto de vista del sistema del Derecho penal y de fundamentos de justicia material, obligan a centrarme en este trabajo en el estudio de tal clase de error (5). Con mayor motivo, si tenemos presente que hoy no se discute que ante una situación de error invencible debe quedar exento el agente de responsabilidad penal, y que es igualmente unánime entre nuestros autores la consideración del tratamiento aplicable al error que recae sobre los elementos que configuran el tipo, con la que también concuerda el Proyecto de 1980 (6).

Regulación expresa y relevancia jurídica son las dos primeras notas ya destacadas del Proyecto en relación con el error y concretamente con el de prohibición. Además, puede añadirse que el Proyecto no se ha limitado a recoger y regular su eficacia, pues ha tomado partido por una de las dos corrientes en litigio en nuestra doctrina sobre el tratamiento que ha de darse a esta clase de error. Hay que afirmar que se vincula aquí con toda claridad a la teoría de la culpabilidad (7), se-

(5) Debe advertirse, por tanto, desde ahora que los objetivos que me he impuesto, en el presente trabajo impiden que me detenga en el análisis y valoración de los fundamentos de las distintas teorías sobre el error, que se dan por supuestos. Entre la numerosísima literatura al respecto (sobre todo en lengua alemana), puedo señalar, como más sensible al lector español, una reciente, sintética y clara exposición de Susana HUERTA TOCILDO, *El error vencible de prohibición en el Proyecto de Ley Orgánica de Código penal de 1980*, en CPC, núm. 12, 1980, p. 23 y ss. En sentido crítico de la teoría del dolo y favorable a la teoría de la culpabilidad, Hans WELZEL, *El nuevo sistema del Derecho penal* (trad. y notas de José CEREZO MIR), Ediciones Ariel, Barcelona, 1964, p. 105 y ss.; Reinhart MAURACH, *Derecho penal*, tomo II (trad. y notas de Juan CÓRDOBA RODA), Ed. Ariel, Barcelona, 1962, p. 147 y ss. A la inversa, es decir, crítico a la teoría de la culpabilidad y a favor de la del dolo, Angel TORÍO LÓPEZ, las obras citadas a lo largo de este trabajo, especialmente, *El error evitable de prohibición en el Proyecto de Código penal. Indicaciones de política legislativa sobre la teoría de la culpabilidad*, en *La reforma penal y penitenciaria*, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de C., 1980, p. 247 y ss.

(6) Esto es, absolución para el error inevitable, y responsabilidad culposa cuando el error fue evitable, si existe la figura correspondiente para su incriminación, pues en caso contrario corresponde también la impunidad: «El error probado e invencible sobre un elemento integrante de la infracción penal o que agrave la pena excluye la responsabilidad criminal o la agravación en su caso. Si el error fuere vencible, atendidas las circunstancias del hecho y la personalidad del autor, la infracción será castigada, en su caso, como culposa». No puede aceptarse, por lo expuesto, que el Proyecto se vincule en el error sobre el tipo a una dirección doctrinal determinada (teoría del dolo o de la culpabilidad) que excluya a las demás, pues hay plena coincidencia entre todas las doctrinas sobre la naturaleza y tratamiento de esta clase de error; lo cual impide admitir una orientación divergente por parte del Proyecto en las dos clases básicas de error (sobre el tipo y de prohibición), según apunta Luis RODRÍGUEZ RAMOS, *Error sobre el tipo y error de prohibición en el Proyecto de Código penal*, en *La Ley*, núm. 48, 1980. Cualquiera que sea la teoría informadora en el error de prohibición, será coherente con la construcción seguida en el que recae sobre el tipo.

(7) Así lo han reconocido también los autores que se han ocupado de esta cuestión en el Proyecto: Gonzalo RODRÍGUEZ MOURULLO, *Algunas consideraciones sobre el delito y la pena en el Proyecto de Código penal español*, en *La reforma penal y penitenciaria*. Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de C., 1980, p. 25 (aunque no cree zanjada definitivamente la

gún la cual al no ser la conciencia de la antijuricidad del hecho un elemento del dolo, en caso de error sobre la ilicitud de la conducta aquél —el dolo— se mantiene, atenuándose facultativamente (en su genuína formulación) la pena del delito doloso cuando el error era evitable (vencible). Esta es la única interpretación posible de los términos utilizados en el párrafo tercero del artículo veinte: «La creencia errónea, probada e invencible de estar obrando lícitamente excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuere vencible se observará lo dispuesto en el artículo 81». Este último artículo establece la aplicación de la pena inferior en grado, en la extensión que el Tribunal estime conveniente (8), por lo que podemos apreciar una consideración más benigna, al ser la atenuación *obligatoria*, alejándose así, en cierto sentido, de la versión clásica de la teoría de la culpabilidad (9), sin que por ello se desvirtúe, sin embargo, la coincidencia sustancial del Proyecto con esta teoría (10).

Pudiera sorprender que el Proyecto haya dado acogida o se haya inspirado en la teoría de la culpabilidad, puesto que si bien se halla extendida en el Derecho comparado, es minoritaria en la doctrina española (11), frente a la dominante del dolo (12) y opuesta también a la

cuestión); A. TORÍO LÓPEZ, *El error evitable de prohibición en el Proyecto*, cit., p. 250; S. HUERTA TOCILDO, *El error vencible de prohibición en el Proyecto*, cit., p. 35; L. RODRÍGUEZ RAMOS, *Error sobre el tipo y error de prohibición*, cit.; Enrique BACIGALUPO, *La distinción entre error de tipo y error de prohibición en el Proyecto de Código penal de 1980*, en *La Ley*, núm. 76, 1981; José CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español*, Parte General, T. I, 2.ª ed., Ed. Tecnos, Madrid, 1981, p. 423; el mismo, *La doble posición del dolo en la Ciencia del Derecho penal española*, en *Problemas fundamentales de Derecho penal* (en prensa).

(8) El artículo 81 dice exactamente lo que sigue: «En los casos de exención incompleta previstos en el número 1 del artículo 27 se aplicará la pena inferior en grado, imponiéndola en la extensión que el Tribunal estime conveniente, atendidos el número y la entidad de los requisitos que faltaren o concurrieren y sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 145 y 146».

(9) Véase, p. ej., H. WELZEL, *El nuevo sistema del Derecho penal*, cit., p. 112 y ss.

(10) Distanciamiento ya señalado por G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Algunas consideraciones sobre el delito y la pena*, cit., p. 25, lo cual no ha de estimarse, en mi opinión, suficiente para desvirtuar lo expuesto en el texto.

(11) Así, ha sido aceptada por FRANCISCO MUÑOZ CONDE, *Derecho penal*, Parte Especial, 2.ª ed. Sevilla, 1976 (*passim*); J. CEREZO MIR, *La conciencia de la antijuricidad en el Código penal español*, cit., p. 449 y ss. (espec. p. 459 y ss.), donde demuestra que la conciencia de la antijuricidad no es un elemento del dolo en el Código penal español; Joaquín CUELLO CONTRERAS, *La estructura de la acción punible en el Código penal*, en *ADP*, 1980, p. 648 y ss.; Juan Felipe HIGUERA GUIMERA, *El delito de coacciones*, Bosch, Casa Editorial, S. A., Barcelona, 1978, p. 235; Carlos María ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho penal*, I, Bosch, Casa Editorial, S. A., Barcelona, 1981, p. 359 (versión pura). Enrique GIMBERNAT ORDEIG, *El sistema del Derecho penal en la actualidad*, en *Estudios de Derecho Penal*, 2.ª ed., Ed. Civitas, S. A., 1981, p. 146 y ss. (versión restringida). Dentro de esta última dirección podía encuadrarse a Santiago MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito en el estado social y democrático de Derecho*, Bosch, Casa Editorial, S. A., 1979, p. 55 y ss., aunque la conclusión a que llega para el derecho positivo español coincide con la teoría del dolo. Parecido sucede con Juan CÓRDOBA RODA, *El conocimiento de la antijuricidad en la teoría del delito*,

tradicional práctica jurisprudencial —afortunadamente ya abandonada— de negar toda relevancia al error de Derecho penal (*error iuris nocet*) (13), que sólo recientemente ha evolucionado abiertamente hacia la teoría del dolo (14). Como es sabido, es presupuesto de esta última teoría que al dolo pertenece no sólo la conciencia y voluntad de realización de los elementos objetivos del tipo (dolo del hecho), sino, además, la conciencia de la antijuricidad de la conducta, de forma que la ausencia de ésta —provocada por error— determina también la inexistencia de aquél, quedando concebido así el dolo como un *dolus malus*, de tal suerte que la responsabilidad penal sólo puede concretarse en su modalidad culposa (caso de error vencible) cuando ésta se encuentra expresamente prevista por la ley, permaneciendo impune en otro caso. Es decir, que esta teoría permite dar un tratamiento homogéneo a las dos clases de error (vencible), esto es, sobre el tipo y de prohibición, pues ambos discurren por los cauces de la responsabilidad culposa o de la impunidad, en su caso.

Más sorprendente aún resulta la adopción de la teoría de la culpabilidad si comprobamos que la Ponencia de la Sección Cuarta de la Comisión General de Codificación ofreció al Pleno de la misma en el primer borrador del Anteproyecto por ella elaborado una triple alternativa, según el siguiente orden: a) la teoría de la culpabilidad; b) la teoría del dolo, y c) una fórmula basada en el arbitrio judicial (15). La Sección Cuarta, lógicamente integrada mayoritariamente por los partidarios de la teoría del dolo, se pronunció por *unanimidad* por la fórmula favorable a la teoría de la culpabilidad, según ha manifestado uno de sus ponentes (16). Lo que podrá parecer a primera vista un contrasentido tiene, en mi opinión, una explicación lógica. Si prescindimos ahora de la posible bondad intrínseca de la solución es-

Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1962, p. 130 y ss., que considera incluida la culpa de derecho en el art. 565 y, por tanto, aplicable a los supuestos de error de prohibición, aunque se declara partidario de la teoría estricta de la culpabilidad.

(12) Por sólo mencionar los más significativos: José ANTÓN ONECA, *Derecho Penal, Parte General*, Madrid, 1949, p. 206 y s.; Antonio FERRER SAMA, *Comentarios al Código Penal*, tomo I, Murcia, 1946, p. 23 y ss.; Eugenio CUELLO CALÓN-CÉSAR CAMARGO, *Derecho Penal, Parte General*, 17.ª ed., Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1975, p. 451 y ss.; José María RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español, Parte General*, 7.ª ed., Madrid, 1979, p. 437 y ss.; Gonzalo RODRÍGUEZ MOURULLO, *La imprudencia simple sin infracción de reglamentos en el Código penal*, en *ADP*, 1963, p. 642 y s.; Angel TORÍO LÓPEZ, *El «error iuris», perspectivas materiales y sistemáticas*, en *ADP*, 1975, p. 25 y ss.

(13) Véanse, por ejemplo, las sentencias del Tribunal Supremo de 16 de marzo de 1871, 13 de mayo de 1896 y 7 de octubre de 1916 (tomadas de J. CEREZO, *La conciencia de la antijuricidad*, cit., p. 450, nota 4).

(14) En esta dirección se inscriben las sentencias del Tribunal Supremo de 6 de junio de 1945, 24 de febrero de 1962, 26 de mayo de 1970, 12 de febrero de 1972, 14 de diciembre de 1972, 2 de julio de 1976, 30 de octubre de 1976, 18 de noviembre de 1978, 30 de enero de 1979.

(15) Véase el texto del artículo 19 del primer borrador de Anteproyecto.

(16) G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Algunas consideraciones sobre el delito y la pena*, cit., p. 23.

tablecida (es decir, la teoría de la culpabilidad), la situación planteada arranca de la aplicación de la teoría del dolo al Código penal vigente —y ya veremos más abajo hasta qué punto es sostenible tal interpretación—, según la cual no se llega a la solución propugnada por sus partidarios en su versión genuina, de responsabilidad culposa o impunidad en defecto de aquélla, sino que el error evitable de prohibición conduce necesariamente en todo caso a la responsabilidad por culpa o culpa jurídica, dada la fórmula que rige en el Código vigente en los artículos 565, núm. 3 del 586 y 600, cláusulas generales en las que se comprendería, según sus partidarios, tanto la culpa de hecho como de derecho (17). Sin embargo, el futuro nuevo Código penal se apartará de esta línea de punibilidad general de los delitos culposos, puesto que el Proyecto declara, previamente al artículo 20, que «las acciones y omisiones culposas sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la ley» (art. 18); es decir, se pronuncia por la excepcionalidad del castigo de los delitos culposos, siguiendo aquí, en cambio, una opinión abiertamente mayoritaria en la doctrina española (18) y en la moderna ciencia europea del Derecho penal y cuyas razones se exponen más abajo (19).

Aquí viene lo decisivo, y lo que a mí me parece condicionó probablemente la determinación favorable a la teoría de la culpabilidad, pues descartada la fórmula del arbitrio judicial por la inseguridad jurídica a que conduciría dejar en manos exclusivas del juez cuestión tan delicada y trascendental (20), sólo esta teoría permitía asegurar en todo caso la responsabilidad penal —si bien a título de dolo— del error de prohibición vencible. En efecto, en la Parte Especial del Proyecto (Libros II y III) son mínimos los delitos dolosos que aceptan su modalidad culposa (21) y que, en consecuencia, podrían implicar responsabilidad penal en el caso de un error³ evitable de prohibición, si tomáramos, además, como referencia la estricta teoría del dolo, con lo cual se daría lugar a numerosas y frecuentemente graves lagunas en la punibilidad de tales hechos (p. ej., los llamados de ceguera jurídica o enemistad hacia el Derecho). De esta forma el Proyecto se mantiene

(17) Véase, más arriba, nota 12.

(18) Estado de opinión confirmado por la *Memoria Explicativa* del Anteproyecto, p. 6. Sin embargo, se han manifestado favorables a la fórmula de la cláusula general: Antonio QUINTANO RIPOLLÉS, *Derecho Penal de la culpa*, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1958, p. 220 y ss., y César CAMARGO HERNÁNDEZ, en *Derecho Penal, Parte General*, cit., de CUELLO, p. 457, según menciona Alfonso GUALLART DE VIALA, *La significación del resultado en los delitos culposos, en el Derecho penal español*, en ADP, 1979, p. 636, nota 93.

(19) También nos informa G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Algunas consideraciones*, cit., p. 25, que en este caso la votación de la Sección Cuarta no dio un resultado unánime, pero sí mayoritariamente favorable al texto introducido en el art. 18.

(20) Temor que comparte la *Memoria Explicativa*, lug. cit. Piénsese, por ejemplo, en las posibilidades que se le ofrecerían al Tribunal de decidir desde el mantenimiento de la responsabilidad dolosa completa, sin atenuación, hasta la total exención de responsabilidad penal.

(21) Son, salvo omisión, los siguientes: arts. 174, 175, 176, 211-2.º, 282, 309, 661, 667 y 668.

en la línea básica mayoritaria marcada por la doctrina y la actual jurisprudencia para el Código vigente, que es favorable al castigo del error evitable de prohibición, aunque con una pena más leve que la que correspondería de no concurrir esta situación, utilizando, eso sí, distintos y dispares caminos, según los variados criterios propugnados. Y esto lo consigue el Proyecto mediante la fórmula más consecuente, una vez aceptada la premisa que supone el texto del citado artículo 18. Pero esta vía impone en el tratamiento del error de prohibición, con la recepción de la teoría de la culpabilidad, un cambio sustancial consistente en que el autor responde por un delito doloso, aunque atenuado (22); es decir, se mantiene el dolo a pesar de no existir la conciencia *actual* de lo ilícito, de la antijuricidad, resultando únicamente atenuada la culpabilidad, pues la conducta es menos reprochable. Hay, además, otra consecuencia peculiar, de contenido eminentemente sistemático y que proporciona argumentos importantes para sostener la idoneidad del concepto personal de lo injusto en el Proyecto de 1980, según ha sido configurado por los finalistas y adoptado por otros autores no adscritos a esta corriente. Al no pertenecer la conciencia de la antijuricidad al dolo (puesto que la ausencia de aquella no elimina la existencia de éste), se contemplan ambos elementos como nociones separadas, independientes entre sí. Si la conciencia de la antijuricidad pertenece a la culpabilidad, en la cual es aquella objeto de reproche, se allana el camino para la ubicación de aquél —el dolo— en un elemento o estadio anterior del concepto técnico-jurídico del delito: en el tipo de lo injusto: Es un argumento más, e importante, en mi opinión, pero no el único (23), que conduce, en último extremo, a distinguir el tipo de lo injusto de los delitos dolosos del tipo de lo injusto de los delitos culposos. Consecuencia ésta que ya ha sido certeramente observada por Huerta Tocildo, que al ocuparse de esta cuestión en el Proyecto ha destacado que el desconocimiento de la antijuricidad de la conducta no elimina el dolo, sino en su caso la culpabilidad y, por tanto, existe ya el delito doloso, lo que aboca, en su opinión, que comparto, a una incompatibilidad entre la teoría causal y el párrafo 3.º del artículo 20 del Proyecto, que sólo puede resolverse con la renuncia de una de las dos alternativas (24), esto es, la doctrina causal (cuyos seguidores propugnan la teoría del dolo) o la teoría de la culpabilidad aplicada al error de prohibición, con sus derivaciones para el concepto personal de lo injusto.

(22) Precisamente la fórmula de atenuación que establece el Proyecto coincide con la defendida reiteradamente por CEREZO MIR en sus trabajos, al proponer acudir en el Código penal vigente a la atenuación del art. 66 a través del núm. 1 del art. 9.º, argumento que mantiene en lo fundamental su vigencia, como veremos. Véase por todas sus publicaciones, *La conciencia de la antijuricidad*, cit., p. 449 y ss. (espec., 459 y ss.).

(23) Según ha aportado con numerosos argumentos J. CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español*, 2.ª ed., cit., p. 411 y ss.

(24) S. HUERTA TOCILDO, *El error vencible de prohibición en el Proyecto*, cit., p. 36 y ss., donde se inclina por la solución del Proyecto y por el concepto personal de lo injusto que de él se infiere.

II

Ante esta situación y los evidentes «peligros» que para la supervivencia del sistema causalista en el futuro Código penal supone la amenaza del párrafo tercero del artículo 20, no se han hecho esperar las reacciones contrarias a la teoría de la culpabilidad aceptada por el Proyecto, por parte de los representantes de aquel sistema en su versión neoclásica. Actitud lógica y legítima, por lo demás, puesto que como ha quedado evidenciado, al quedar separados la conciencia de la antijuricidad y el dolo, la posición de éste en la culpabilidad se tambalea —según proponen los causalistas—, una vez perdido su firme apoyo, y ello sin olvidar la importancia (25) de los otros argumentos que el propio Proyecto nos suministra y que convergen en la dirección de la pertenencia del dolo al tipo de lo injusto.

Los ataques han ido directamente dirigidos contra la teoría de la culpabilidad y del precepto que le ha dado acogida. Pero son conscientes que su lucha no tiene posibilidades de éxito si no logran modificar la técnica del Proyecto en relación con los delitos culposos, en lo que consiguientemente habré de ocuparme. Sin embargo, conviene separar las críticas ya aparecidas en dos vertientes bien diferenciadas: las de orden sistemático, en relación con la teoría técnico-jurídica del delito; y las no menos importantes de fondo, que versan sobre la pretendida bondad de la teoría de la culpabilidad frente a la otra construcción en litigio, la teoría del dolo. Bien es cierto que ambos aspectos aparecen frecuentemente entrelazados. Veámoslo.

A) Según se ha adelantado, las críticas se han dirigido, en primer lugar, contra el principio de excepcionalidad del castigo de los delitos culposos (sistema de *numerus clausus*), que informa al Proyecto, y que combinado con la teoría del dolo conduce necesariamente a lagunas censurables (26) de punibilidad cuando no exista la correspondien-

(25) Pues es posible conceptualmente aceptar la pertenencia del dolo a la culpabilidad como elemento previo e independiente a la conciencia de la antijuricidad. Téngase también en cuenta la tesis de la llamada *doble posición del dolo*, esto es, que el dolo sea a la vez un elemento subjetivo de lo injusto y una forma de culpabilidad (como expresión de una disposición de forma de culpabilidad (como expresión de una disposición de ánimo hostil o indiferente al Derecho): Wilhelm GALLAS, *Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen*, en *ZStW* (67), 1955, p. 46; Hans Heinrich JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 3.ª ed., Duncker-Humblot, Berlín, 1978, p. 347 y ss.; Johannes WESSLS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 7.ª ed. C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 1978, p. 32. Estos autores aceptan en el error de prohibición la teoría de la culpabilidad, por lo cual para ellos la conciencia de la antijuricidad no pertenece al dolo; ambos coexisten como elementos independientes en la culpabilidad. Véanse más detalles y crítica de J. CEREZO MIR, *La doble posición del dolo en la Ciencia del Derecho Penal española*, cit., el mismo, *Curso de Derecho Penal español*, cit., p. 424; Francisco MUÑOZ CONDE, *Nota introductoria a Política criminal y sistema del Derecho penal*, de ROXIN, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1972, p. 12 y ss.

(26) Aunque hay quien no lo estima así, como se deduce, p. ej., en Alemania de los autores que todavía defienden en el Código penal alemán la teoría del dolo, a pesar del parág. 17. Véase más abajo, nota 59.

te figura culposa, particularmente en los supuestos de error fácilmente vencible o en aquéllos más graves, conocidos como de «ceguera jurídica» o «enemistad hacia el Derecho» (27). Además, hay que tener presente que en el Proyecto no ha prevalecido, para la incriminación de la comisión culposa, el criterio de las formas más graves de aquélla. Sí que es cierto que la gravedad ha informado la configuración de algunas figuras imprudentes (p. ej., en el homicidio y lesiones culposas). Pero no es menos cierto que basados en esta gravedad podrían haberse castigado otras conductas imprudentes (p. ej., en los delitos contra la libertad y seguridad, contra la libertad sexual, etc.), y que, en el extremo opuesto, en algunos se ha atendido a otros criterios de significación distinta, como el desvalor de la acción o necesidades de política criminal, no siempre justificados (p. ej., los daños culposos, que deberían pasar a ser mero ilícito civil). Todo ello no permite un tratamiento uniforme y coherente del error vencible de prohibición, al obedecer su castigo —a título de culpa— a diversas razones que no dependen de la mayor o menor facilidad para su evitación, al menos en las más fácilmente vencibles.

Al estar informado el Proyecto por el principio político-criminal de la intervención mínima (28), según el cual el Derecho penal es entendido como la última *ratio*, debido a que las consecuencias jurídicas del delito son las más graves del ordenamiento jurídico y afectan a los bienes más valiosos del individuo, adopta el principio de la excepcionalidad del castigo de los delitos culposos y serían excepcionales los casos de error evitable de prohibición que resultaran punibles, con la consecuencia de las mencionadas e insatisfactorias lagunas punitivas. Por tanto, para evitar estos inconvenientes se pretende volver al periclitado —como veremos más abajo— sistema del Código vigente, de la inclusión de unas cláusulas generales para el castigo de las conductas culposas, que volverían así a ser punibles con carácter general y permitiría esta situación una mejor adaptación a las necesidades de la teoría del dolo.

En este contexto deben inscribirse las enmiendas presentadas en el Congreso de los Diputados por el Grupo Parlamentario Coalición Democrática (29), que solicita la supresión del artículo 18 y sus concordantes de la Parte Especial del Proyecto (los *crimina culposa*) y su sustitución por unas cláusulas generales similares —con los perfeccionamientos correspondientes —a las de los actuales artículos 565, número 3 del 586 y 600 (sistema de *numerus apertus*). Si fueran acep-

(27) Pues una solución homogénea con el art. 20-3.º nos vincularía a la teoría estricta del dolo, pero nunca a su versión limitada (precisamente pensada para un tratamiento más acorde de los supuestos mencionados en el texto), según fue difundida por Edmund MEZGER, *Rechtsirrtum und Rechtsblindheit*, en *Festschrift für Kohlrausch*, Berlín, 1944, p. 180 y ss.

(28) Como declara la propia Exposición de Motivos del Proyecto: *Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados*, I, Serie A, 17 de enero de 1980, núm. 108-I, p. 659.

(29) Enmiendas números 1.437, 1.438 y 1.439. Véanse también de este grupo los números 1.654, 1.655, 1.656 y 1.657.

tadas estas enmiendas, desaparecerían en gran parte las dificultades de incorporar al Proyecto la teoría del dolo preconizada por los causalistas. Y no otro sentido puede adjudicárseles, a mi modo de ver, si ponemos en conexión dichas enmiendas con otras dos presentadas por el mismo grupo parlamentario que interesan al párrafo tercero del artículo 20 (30), que conduce cada una de ellas —al proponer establecer para esta clase de error la pena del delito culposo— a sustituir la teoría de la culpabilidad por la del dolo y a desvirtuar un apoyo capital en favor del concepto personal de lo injusto que se infiere del Proyecto. De esta forma, con la vuelta a aquellas cláusulas generales, se evita la objeción de las lagunas de punibilidad que se derivarían de la teoría dominante en nuestro país.

Esta relación entre ambos grupos de enmiendas no es, sin embargo, reconocida expresamente por el citado grupo enmendante, sino que se alegan justificaciones de diversa índole a favor del primer grupo de enmiendas mencionado (sobre los delitos culposos), presentando tales razones revestidas de carácter autónomo.

Entre los defectos de que adolece según Coalición Democrática la regulación prevista por el Proyecto para la responsabilidad culposa, mediante unas figuras concretas (*numerus clausus*), se señala que dada la antigüedad del sistema vigente en esta cuestión (arranca de 1848), son numerosas las leyes que contienen figuras delictivas reguladas en función del sistema tradicional, por lo que un cambio de perspectiva produciría descoordinación y sería perturbador (31). Hay que contestar a esta objeción que tales discordancias pueden plantearse también —y de hecho así sucederá— con otros aspectos en los que el Proyecto se muestra innovador, y que en consecuencia exigirán un tratamiento general de la solución del problema. Y así vemos cómo en el Derecho vigente se han presentado ya problemas de este tenor (32) que han tenido que ser resueltos por la doctrina y la jurisprudencia (33). Por tanto, no puede hacerse depender la reforma en este punto, que es de capital importancia, de ciertos problemas técnicos accidentales, sino de su bondad u oportunidad intrínseca (34). Como tampoco puede basarse en la consideración —según expone el citado grupo parlamentario— de la no inclusión de ciertos delitos merecedores de ser castigados a título culposo —en algún caso discutible—, o de la defectuosa

(30) Enmiendas números 1.441 y 1.442. En el mismo sentido se circunscribe la enmienda núm. 1.673 del Partido Nacionalista Vasco.

(31) Este problema ha sido también evidenciado por Luis RODRÍGUEZ RAMOS, *La nueva regulación de los delitos culposos en el Proyecto de Código penal*, I, en *La Ley*, núm. 25, 1980.

(32) Piénsese, por ejemplo, en la clasificación tripartita que encontramos en la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1879 sobre las infracciones (graves, menos graves y leves) frente a la bipartita adoptada por el Código penal desde 1932 (graves y leves, art. 6).

(33) Véase J. CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español*, cit., 229 y ss.

(34) L. RODRÍGUEZ RAMOS, *La nueva regulación de los delitos culposos en el Proyecto de Código penal*, II, en *La Ley*, núm. 26, 1980, apunta la solución de revisión y adaptación, en su caso, de cada una de estas leyes. Del mismo modo se pronuncia la motivación de una enmienda (núms. 1.437, 1.438 y 1.439) del propio Grupo de Coalición Democrática.

regulación de algunas de las figuras previstas, pues son también problemas distintos. Nos hallamos aquí en realidad ante un ataque frontal al principio de la excepcionalidad del castigo de los delitos culposos, principio aceptado casi unánimemente en nuestra doctrina (35).

Conviene, por consiguiente, recordar las críticas más significativas que ha suscitado en la doctrina el sistema vigente, según lo vemos configurado en el artículo 565 y concordantes: genera indeterminación, censurable desde el punto de vista de la certeza y seguridad jurídicas (36), pues hay delitos dolosos que por su propia naturaleza (al comportar una especial intencionalidad, concretada en un elemento subjetivo de lo injusto o «dolo específico» junto al dolo propiamente dicho) no admiten la modalidad culposa (37). Pero no siempre es esto fácil de determinar (especialmente, precisar la existencia o no de ese elemento subjetivo), lo que ha originado interpretaciones divergentes de la doctrina y la jurisprudencia. Algún autor ha reconocido, incluso, que hay que distinguir en el Código vigente la posibilidad meramente conceptual de la ejecución culposa de su posibilidad jurídica, pues no son nociones coincidentes (38). La inseguridad jurídica que se origina por esta vía no puede ser mayor; inseguridad que es, además, incompatible con el principio de legalidad. Pero estas mismas restricciones han sido aprovechadas y aun extendidas a otras figuras delictivas para reducir lo que ha parecido un excesivamente amplio campo de aplicación del delito culposo, sobre todo, en relación con ciertas conductas imprudentes cuya gravedad reviste escaso relieve y su castigo —con una *sanción penal* resultaría desmesurado e injusto desde el punto de vista material. El sistema del *numerus apertus* conduce, en suma, a una inflación del Derecho penal no deseable y no justificada desde el punto de vista de la prevención, lo cual afecta a la propia eficacia de la sanción (39). La jurisprudencia española, consciente de esta situación, se ha visto obligada en más de una ocasión a favorecer las mencionadas restricciones en el tipo de los delitos culposos (40).

Frente a esta situación insatisfactoria, el Proyecto, fiel a su ideal de la mínima intervención del Derecho penal (41), y consciente de la

(35) Con las excepciones ya mencionadas en nota 18 de A. QUINTANO y C. CAMARGO.

(36) Véase G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Algunas consideraciones*, cit., p. 25 y s.; L. RODRÍGUEZ RAMOS, *La nueva regulación de los delitos culposos*, I, cit., *Exposición de Motivos*, cit., p. 659.

(37) Véase al respecto A. TORIO LÓPEZ, *Sobre los límites de la ejecución por imprudencia*, en *ADP*, 1972, p. 64 y s.

(38) A. TORIO LÓPEZ, *Sobre los límites de la ejecución por imprudencia*, cit., p. 57 y ss.

(39) Según ha puesto de relieve J. CEREZO MIR, en *Notas a El nuevo sistema de Derecho penal*, cit., p. 110, nota 29; *Dictamen para el Ministerio para la Coordinación Legislativa, sobre las enmiendas presentadas al Congreso de los Diputados al Proyecto de Ley Orgánica de Reforma del Código penal*, a los números 1.437, 1.438 y 1.439 de Coalición Democrática.

(40) Véase, en este sentido, A. TORIO LÓPEZ, *Sobre los límites de la ejecución por imprudencia*, cit., p. 53 y ss.

(41) Como declara la propia *Exposición de Motivos*, cit., p. 659; y G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Algunas consideraciones*, cit., p. 26.º

trascendencia jurídica y social de la sanción penal, ha reducido drásticamente el ámbito punición de los delitos culposos, con lo cual se ha invertido el sistema y superado en gran medida las críticas apuntadas de la situación actual (42).

Ante todo lo expuesto hasta ahora vemos cómo las objeciones técnico-jurídicas o dogmáticas planteadas a la teoría de la culpabilidad (43) quiebran ante un sistema con el que se podrá o no convenir, pero que se presenta a todas luces como coherente y compacto. No pueden venir por ese lado las críticas. Sin embargo, no cabe decir lo mismo, en mi opinión, de la teoría del dolo, la cual se ha mostrado incompatible con el sistema del *numerus clausus* en los delitos culposos, al provocar lagunas de punibilidad (44) y converge necesariamente para evitarlas al sistema de las cláusulas generales, cuyos vicios hemos podido conocer. Las enmiendas en favor de aquéllas que se han mencionado conducen, efectivamente, a esa deseada atenuación de la pena del error de prohibición a través de la teoría del dolo y de las cláusulas generales del castigo de la imprudencia, pero implican como consecuencia necesaria a un aumento paralelo de incriminación de las conductas culposas, que constituyen un fenómeno delictivo muy frecuente y cuantitativamente muy superior a cualquier otra forma de manifestación del delito, incluido el que es cometido en una situación de creencia errónea de actuar lícitamente. Si consideramos, además, que este sistema supone también una mayor incriminación del error vencible que recae sobre el tipo (que es sometido al castigo por culpa), pues pasa así su punición a tener carácter general, llegamos a una ulterior conclusión de que el balance final, el *resultado total* del sistema que se preconiza es de más amplio rigor punitivo (prescindiendo ahora de ciertas diferencias valorativas); situación precisamente inversa a la

(42) Otras críticas al Proyecto (G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Algunas consideraciones*, cit., p. 25; enmiendas núms. 1.437, 1.438 y 1.439 de Coalición Democrática) señalan que así se aparta de una tradición centenaria, que ha dado tan buen juego en la administración de justicia. Aceptada esta tradición, aunque el Código de 1822 ya se inspiraba, como se ha dicho, en el mismo sistema que hoy el Proyecto, los inconvenientes mencionados abocan a una evolución renovadora que rompa con una tradición jurídicamente insostenible, según declara también CEREZO MIR, *Dictamen*, cit.

(43) Véase, p. ej., L. RODRÍGUEZ RAMOS, *Error sobre el tipo y error de prohibición*, cit.

(44) Otra prueba en favor de la afirmación del texto nos la suministra el Derecho comparado: en Alemania, cuando todavía no estaba expresamente regulado el error de prohibición en el Código penal de ese país, pero ya regía el sistema de incluir junto al delito doloso correspondiente las formas más graves de comisión culposa (esto es, castigo excepcional de ellas), la jurisprudencia alemana pasó de mantener el postulado del *error iuris nocet* directamente a la teoría de la culpabilidad, sin haber aplicado nunca la del dolo, por ser incompatible con la incriminación excepcional de las conductas imprudentes. Como este principio se mantuvo en la última reforma alemana del Código penal (1969), se acogió en ellas, al incluir el error de prohibición, coherentemente la teoría de la culpabilidad y no la del dolo. A pesar de esta observación hay que señalar también que ha habido autores en la doctrina de aquel país que han defendido la teoría del dolo, y no sólo antes de la citada reforma, sino también después, como veremos más abajo.

pretendida por sus defensores, que se basan, como principal punto de apoyo, en lo poco progresiva que estiman que es la teoría de la culpabilidad —por su excesiva dureza— en comparación con la del dolo. Estas mismas objeciones se pueden apuntar, aunque atenuadas en mayor o menor medida, según los casos, si aceptando como punto de partida el principio que informa al artículo 18 del Proyecto, se extendiesen excesivamente en éste las figuras susceptibles de comisión culposa (45). Apreciamos así cómo las discusiones de contenido inicialmente sistemático abocan imperceptiblemente a reflexiones no meramente formales, sino de justicia material y hasta de política criminal.

No pueden estimarse tampoco afortunadas las soluciones que, al modo de Schröder y del Proyecto de Gürtner de 1936 (46), proponen regular —en consonancia con la teoría del dolo— el error de prohibición vencible mediante una cláusula general de culpa jurídica, que al establecer una pena uniforme daría paso en nuestro Código a un auténtico *crimen culpae* censurable y censurado por la doctrina (47), pues al faltar la relación con el hecho concreto se prescinde del contenido de lo injusto del delito cometido y de la culpabilidad (48), no teniéndose así más en cuenta los casos de error más fácilmente vencibles.

En la línea de la supresión del párrafo tercero del artículo 20 e incorporación de la teoría estricta del dolo, Torio ha propuesto una fórmula similar a las mencionadas, pero de contenido esencialmente distinto (49): partiendo de la construcción de Schröder procede a la conexión de esa cláusula general de culpa de derecho con los tipos (dolosos) de la parte especial, lo cual consigue mediante la exigencia de la realización de los elementos objetivos y la presencia de los co-

(45) Una solución próxima a la mencionada propone L. RODRÍGUEZ RAMOS, *La nueva regulación de los delitos culposos*, II, cit., que quedaría al margen de estas censuras, consistente en sugerir por una mejor punición del error sobre el tipo (que equipara en su tratamiento al de prohibición, en *Error sobre el tipo y error de prohibición*, cit.), la inclusión de nuevas figuras en la parte Especial que previeran el específico supuesto de castigar el error vencible sobre algún elemento del tipo, en sus formas más graves, evitando así volver a las cláusulas generales o a incluir figuras culposas. Aquí parece más bien que nos encontraríamos ante un delito culposo, pero cuyo ámbito típico sería más reducido que el correspondiente doloso.

(46) Véase HORST SCHÖDER, *Die Irrtumsrechtsprechung des BGH*, en *ZStW*, 1953 (núm. 65), p. 178 y ss. La exposición de estas construcciones puede verse en A. TORIO LÓPEZ, *El error evitable de prohibición en el Proyecto*, cit., páginas 263 y ss.

(47) Así, p. ej., H. WELZEL, *El nuevo sistema del Derecho penal*, cit., página 108; R. MAURACH, *Derecho penal*, t. II, cit., p. 219.

(48) H. WELZEL, *El nuevo sistema*, cit., p. 106. Objeciones apuntadas también por A. TORIO LÓPEZ, *El error evitable de prohibición*, cit., p. 264. Son también conocidas las críticas opuestas al criterio ofrecido por E. MEZGER (véase más arriba, nota 27), para salvar la teoría del dolo de las objeciones que se han mencionado, al limitar la aplicación de aquella construcción (de ahí que se la conozca como teoría limitada del dolo, frente a la pura o estricta) a ciertos casos de los que quedarían excluidos y mantendrían, por consiguiente, la incriminación a título de dolo, aquellos de ceguera jurídica o de enemistad hacia el Derecho; digamos únicamente que el principio de legalidad queda aquí infringido.

(49) *El error evitable de prohibición*, cit., p. 264 y s.

rrespondientes elementos subjetivos de lo injusto; y la pena se fija rebajando en uno o dos grados la establecida para la realización dolosa del tipo con pleno conocimiento de la prohibición (50). Se evita así, nos dice el autor, el *crimen culpae* con todos sus defectos y se convierte en verdaderos *crimina culposa* adaptados a la gravedad de lo injusto (51). «No se trata únicamente, pues, de reducir la pena del dolo, sino de la presencia de un título jurídico diverso, en sentido paralelo al método legislativo propio de la imprudencia punible del Código penal vigente» (52). Resulta difícil comprender tan hábiles como profundos pensamientos sin aceptar al mismo tiempo el defecto lógico y sistemático que implica tal propuesta, lo que honestamente no tiene inconveniente en aceptar su autor: «El dolo cumple en el tipo una función definitoria del delito, que es rectificadora después al calificarse la acción de la norma de la culpa de derecho» (53). Esta construcción de Torio es vinculada por Huerta (54) con la del dolo mixto aplicada al error de prohibición, acogida, según indica, negativamente en Alemania (55). En cualquier caso, antes de comentar esta original solución de Torio, hay que recordar que la inclusión del dolo en el tipo que aquí vemos es, en principio, coherente con el pensamiento del autor, ya que en otros supuestos también acepta excepcionalmente el dolo en el tipo de lo injusto (56). El problema, sin embargo, surge si observamos que esta cláusula de culpa jurídica propuesta por Torio supone una inclusión del dolo en el tipo que no obedece siempre a los criterios inicialmente aceptados por él. Problema que se agudiza si, efectivamente, comprobamos ese defecto lógico que el propio autor menciona, de que lo que reconocemos ya como dolo en el tipo pasa a culpa en la culpabilidad. Pero sucede también que por esta vía el dolo de hecho (el dolo del tipo de lo injusto) queda separado de la conciencia de la antijuricidad, y no hay que olvidar que el punto de partida de la teoría del dolo es que a éste pertenece la conciencia de la ilicitud de la conducta. No obstante, la inconsecuencia puede ir más lejos, puesto que quiebra la afirmación reconocida por los seguidores de la teoría del dolo, de que todo el error vencible recaiga sobre el tipo o sobre la prohibición de la conducta se beneficia del mismo tratamiento penal. Esto no sucede ya, si aceptamos esta modificación del Proyecto, al ser castigada una clase de

(50) TORIO, *lug. cit.*, p. 265.

(51) TORIO, *lug. cit.*

(52) TORIO, *lug. cit.*

(53) TORIO, *lug. cit.*, p. 266 y s.

(54) *El error vencible de prohibición en el Proyecto, cit.*, p. 38.

(55) En efecto, Robert von HIPPEL, *Deutsches Strafrecht*, II, Berlín, 1930 (reimp. por Scientia Verlag. Aalen, 1971), p. 349 y s. estima que el error de derecho implica responsabilidad dolosa, puesto que la culposa tiene un ámbito muy reducido, limitado exclusivamente a la realización culposa del tipo del delito.

(56) Véase, *Sobre los límites de la ejecución por imprudencia, cit.*, p. 73. Estos casos, a juicio suyo, son: cuando se da la exigencia de elementos subjetivos; en los delitos de intención, tendencia o expresión; en los delitos en que la dirección impujida por el sujeto de la acción se refiere al resultado.

error excepcionalmente (a tenor del art. 18) y la otra siempre — con una pena distinta—, apoyada esta última clase en esa cláusula general (57). Este tratamiento heterogéneo hace pensar, en suma, que ambas clases gozan, en efecto, de una naturaleza diferenciada que requiere, por tanto, una consideración diferenciada. Y esto lo encontramos así, cuando reconocemos que la conducta practicada sin la conciencia de su antijuricidad cumple los presupuestos del dolo, lo que no sucede en el otro supuesto de error. Entonces la cuestión aquí es cuál sea el tratamiento penal más satisfactorio. Torio lo encuentra en la atenuación de la pena en uno o dos grados, es decir, que el error evitable de prohibición es merecedor siempre —a través de la culpa jurídica— de una pena atenuada, solución que confluye nítidamente con la teoría de la culpabilidad, que mantiene también la existencia en estos casos del dolo —en el tipo de lo injusto—, la consiguiente incriminación general, y la atenuación de la pena, aunque sólo en un grado (58). Las diferencias se concretan en la culpabilidad, pues para el primero ésta deviene culposa (*crimina culposa*), y para la otra el objeto de reproche de la culpabilidad sigue siendo el dolo, que no desaparece. Es decir, son más divergencias conceptuales que reales.

Según hemos ido viendo a lo largo de este trabajo, todos los autores que se han ocupado hasta ahora de la regulación del error en el Proyecto han coincidido en reconocer en ella la aceptación de la teoría de la culpabilidad. Sin embargo, en Alemania, cuyo parágrafo 17 es muy similar a nuestro futuro párrafo 3.º del artículo 20, ha surgido alguna interpretación, bien es cierto que minoritaria, que mantiene la vigencia de la teoría del dolo en el Código penal alemán vigente. El paralelismo existente nos mueve a conocer en síntesis dicha postura y analizar su viabilidad interpretativa en relación con el actual texto del Proyecto de Código penal. Sin embargo, puede adelantarse ya, que no aportan sus seguidores, en último término, ningún rasgo nuevo a la línea argumental que se sigue en este trabajo. El más significativo representante de esta tendencia es Langer (59), quien dedica su atención, entre otros puntos, a unas interesantes reflexiones sobre la labor de interpretación en general, como punto de partida del problema posterior que se plantea en relación con la correcta interpretación del parágrafo 17; así como también aborda la cuestión de la delimitación

(57) Esta afirmación no tiene por qué ser necesariamente así, pues dependerá de la concreción legal de la cláusula general, que podría abarcar —como efecto no deseado— el error sobre el tipo, al menos cuando éste fuera de derecho (elementos normativos del tipo), lo que iría en perjuicio del mismo.

(58) Diferencia ésta que también puede previsiblemente desaparecer, pues el artículo 81, aplicable aquí, ha sido objeto de varias enmiendas coincidentes, en el sentido de la atenuación obligatoria en un grado —igual que el texto actual del Proyecto— y facultativa en dos: Grupo Parlamentario Centrista (núm. 1.324), Socialista (núm. 326), Comunista (núm. 919) y Partido Nacionalista Vasco (núm. 1.690).

(59) Winrich LANGER, *Vorsatztheorie und strafgesetzhche Irrtumsregelung*, en GA, 1976, p. 193 y ss. En la misma dirección: Eberhard SCHMIDHAUSER, *Unrechtsbewusstsein und Schuldgrundsatz*, en NJW, 1975, p. 1807 y ss.

de las funciones y asignaciones propias del legislador, el órgano jurisdiccional y el científico en relación con la norma penal. En relación ya con la cuestión que nos ocupa, señala que el legislador no debe ocuparse de los aspectos teoréticos de la norma, esto es, de recoger o formular construcciones conceptuales, sino de establecer las normas jurídicas, lo que no le exime, sin embargo, de prever las consecuencias que pueden derivarse de una determinada regulación (60). En este sentido, el legislador no se ha vinculado con el párrafo 17 a ninguna teoría en concreto, párrafo al que el intérprete ha de dar su significado comprensible en el lenguaje corriente, y antes de intentar adscribirlo a ninguna construcción teórica de las existentes hay que contestar a la cuestión de si el error de prohibición que en aquél se regula mantiene la existencia del dolo y con ello la posibilidad de atenuación prevista supone únicamente una atenuación de la pena del dolo (como pide la teoría de la culpabilidad), o si, por el contrario, el error de prohibición hace desaparecer el dolo (según las exigencias de la teoría del dolo), teniendo que relacionar entonces aquella posibilidad de atenuación con la amenaza penal del delito culposo (61). Esta cuestión, dice, no la prejuzga el legislador, y lo que sí está claro, en su opinión, es que la ley en el párrafo 17 no se vincula a la teoría de la culpabilidad, puesto que ni incluye una definición legal del dolo en el sentido del tipo doloso (al igual que el Proyecto de 1962) ni regula expresamente el propio párrafo 17 el actuar doloso en el error de prohibición (como el Proyecto de 1927). Y la adscripción a la teoría del dolo la encuentra Langer, en un análisis más exacto del párrafo, sabido que cuando éste define el error de prohibición como la falta de conciencia de obrar antijurídicamente, pero que el autor podía entonces evitar el error si mediante sus conocimientos y capacidades, así como los datos objetivos cognoscibles por él tuvo la posibilidad de recuperar la conciencia de lo injusto, todo lo cual no se corresponde sino al reproche de la culpabilidad de la imprudencia (63). Critica con esto a los defensores de la teoría de la culpabilidad que nunca han aclarado la relación entre «error evitable» e «imprudencia».

En un Código penal, como el vigente alemán y en un Proyecto como el español de 1980, en los que rige el principio de la excepcionalidad del castigo de los delitos culposos, la mencionada relación no puede ser otra: los delitos culposos sólo se castigan cuando así se establece en la Parte Especial de la ley (la excepción), mientras que el error vencible se castiga en todo caso (la regla). ¿Que aún así la ley ha querido castigar como culposo el error vencible, según pretende Langer? Ello sería seguir el camino interpretativo más complejo y alambicado, como es querer ver una excepción a la excepción (del castigo *excepcional* de las conductas culposas) (64) y no lo que se defiende aquí, de una regla que confirma la regla general (el delito doloso se

(60) *Vorsatztheorie und strafgesetzliche Irrtumsregelung*, cit., p. 206 y s.

(61) Lug. cit., p. 214.

(62) Lug. cit.

(63) Lug. cit., p. 214 y s.

(64) Además de dar paso a unos extraños *crimina culposa*.

castiga siempre, aunque aquí atenuado por estar reducida su reprochabilidad). Aparte de seguir siendo válidas las reflexiones aplicables aquí apuntadas hasta ahora (65).

Tras todas las reflexiones contenidas en este apartado y como conclusión de ellas, cabe afirmar que la teoría del dolo obliga a contradicciones importantes de naturaleza sistemática y punitiva difícilmente salvables, e incompatibles con la moderna ciencia del Derecho penal. En último extremo, la incorporación de la teoría de la culpabilidad a nuestra ciencia y legislación penal y el subsiguiente abandono de la teoría del dolo vienen exigidos en esencia por la propia evolución del sistema del Derecho penal (66), en la cual la cuestión aquí debatida constituye un peldaño más independiente —aunque no ajeno en sus consecuencias— de los postulados de dirección o escuela. Por otra parte, sólo la teoría de la culpabilidad permite una perfecta coherencia del sistema (sobre todo en relación con la incriminación de los delitos culposos y con la asignación del dolo al tipo de lo injusto). La teoría del dolo permite con frecuencia un tratamiento teórico más benigno del error de prohibición, pero ello a costa de originar lagunas punitivas censurables e injustificadas (si se parte del castigo excepcional del delito culposo). Pero también puede provocarse el efecto inverso: una incriminación general de los delitos culposos (si se adoptan cláusulas generales al modo del actual artículo 565 y concordantes), cuya frecuencia de comisión es, evidentemente, muy superior a la del error evitable de prohibición, para conseguir con ello, según se argumenta, un tratamiento más satisfactorio de éste; a costa también, en este caso, de una consideración más severa del error sobre el tipo, que pasa por esta vía a una incriminación general. Estos mismos efectos se producirían, aunque ciertamente atenuados, si aceptando la excepcionalidad del castigo de los delitos culposos, se incluyeran otras figuras más de delitos culposos (salvo algunos supuestos que, por su mayor gravedad, deberían ser incluidos en el Proyecto). Y, por último (si se adopta la cláusula de la culpa jurídica, concebida como *crimina culposa*), se llega a unos resultados muy próximos a los de la teoría de la culpabilidad, y no sólo en cuanto a la incriminación misma (pena inferior en uno o dos grados en todos los casos de error vencible de prohibición), sino también en cuanto a parte de los presupuestos de su formulación (el dolo, dolo de hecho, existe); sin olvidar los peligros de la ampliación con esta fórmula de incriminación a ciertas formas de error sobre el tipo (los elementos normativos).

B) Mayor interés práctico revisten los argumentos manejados contra la teoría de la culpabilidad que, inspirados en razones de justicia material, objetan a esta teoría que con su incorporación al Derecho positivo el legislador se apartará así de una tradición vigente en nuestro Derecho favorable a la teoría del dolo y, por consiguiente, se ar-

(65) Baste recordar lo dicho por H. WELZEL, *El nuevo sistema del Derecho penal*, cit., p. 106 y ss.

(66) Cuyos pasos más señalados puede escuchar precisamente del Profesor TORIO es una brillante y breve exposición con motivo del enjuiciamiento de mi tesis doctoral.

guye, a un tratamiento más benigno de la problemática del error de prohibición que el preconizado por la teoría de la culpabilidad (67). Es, pues, decisivo aportar una respuesta satisfactoria a esta objeción para poder defender adecuadamente el mantenimiento de la teoría de la culpabilidad en el futuro Código penal, o, si esto no es posible, aceptar tal situación como una consecuencia necesaria de esta teoría, que ya ha puesto de manifiesto sus ventajas desde otras perspectivas (coherencia del sistema, etc.), que, no obstante, ha evidenciado también que en este sentido aparecen igualmente sensibles ventajas desde el punto de vista punitivo, por lo que parcialmente ya tenemos una respuesta a la cuestión ahora debatida.

¿Puede afirmarse que, en efecto, el Proyecto se orienta hacia una mayor dureza en el tratamiento del error de prohibición, frente al sistema que representa la situación actual?

En primer lugar, hay que recordar, una vez más, que el Proyecto recoge una versión de la teoría de la culpabilidad en la que la atenuación en un grado no es facultativa (según la cual cabría mantener la pena del delito doloso sin variaciones, a juicio del Tribunal), sino obligatoria, con lo cual se suaviza el rigor de sus efectos: se mantendrá la responsabilidad dolosa en todos los casos —de error vencible—, pero imponiendo siempre la pena inferior en grado que establece el artículo 81 (68). Ya se ha visto que esta situación tiene probabilidades de experimentar todavía una mayor suavización, si prosperan sendas enmiendas presentadas por varios grupos parlamentarios, favorables, además de lo anterior, a una atenuación facultativa en dos grados (69).

Por otra parte, la teoría del dolo, que, como se ha indicado, es dominante en nuestra doctrina y jurisprudencia, aplicada al Código vigente conduce —excluida la posibilidad de subsistir el dolo— a la responsabilidad culposa. Al existir las cláusulas generales del artículo 565, se pone de manifiesto que el error de prohibición es siempre punible en nuestro derecho vigente —como sucede también con la teoría de la culpabilidad—, pero a título distinto del dolo. Torio, no obstante, no coincide con esta apreciación, puesto que observa que el artículo 565 no es aplicable a todas las conductas culposas, sino que admite, por el contrario, numerosas excepciones (70); y que como el

(67) Así lo mantiene A. TORIO, *El error evitable de prohibición*, cit., página 250 y ss.

(68) El artículo 66 del Código vigente, que se corresponde con el artículo 81 del Proyecto, admite la solución alternativa de la atenuación en un grado y facultativa en dos.

(69) Véase al respecto, más arriba, nota 58. No hay que perder de vista, de todas formas, que parece ser la atenuación fijada en el Proyecto responde a una adecuación con el sistema de penas que adopta el mismo, cuyo techo es notablemente más bajo que en el vigente. Que esta comprobación haya de interpretarse necesariamente en el sentido de menor rigor se muestra también como dudosa, pues han desaparecido paralelamente ciertos beneficios (p. ej., la redención de penas por el trabajo) tendentes a acortar la duración del cumplimiento de las penas privativas de libertad. Compárese, en este sentido con la *Exposición de Motivos del Proyecto*, cit., p. 659.

(70) Véase *Sobre los límites de la ejecución por imprudencia*, cit., pá-

artículo 565 acoge tanto la culpa de hecho como de derecho, hay que darles un tratamiento homogéneo, de forma que también la culpa jurídica se beneficia de las excepciones de comisión de la culpa de hecho, en cuyos casos el error de prohibición evitable restará impune (71). Sin embargo, a mi juicio, no puede decirse que, partiendo de la hipótesis de que efectivamente el artículo 565 acoge ambas clases de culpa —lo cual ha sido, por lo demás, razonadamente rechazado por Cerezo (72)—, sea posible darles un tratamiento homogéneo, pues, aparte de que se restringe considerablemente el castigo del error de prohibición vencible, para poder hacerlo es preciso que ambas tengan la misma naturaleza. En la culpa de hecho «la resolución de voluntad del autor no va dirigida a la producción de un resultado típico, desaprobado (lesión del bien jurídico, sino (regularmente) de un resultado jurídicamente irrelevante y a menudo, incluso, socialmente valioso» (73). Mientras que en la culpa jurídica la conciencia y voluntad del agente sí que va dirigida a la lesión del bien jurídico, aunque cree que dicha lesión no está prohibida. Por tanto, no participan de la misma naturaleza, pues les diferencia una conciencia y voluntad distintas y no hay motivo aparente para que se beneficien del mismo tratamiento jurídico ni de las excepciones reconocidas para la culpa de hecho. De esta forma, la culpa jurídica se castigaría en todo caso (74), lo cual no deja de constituir, en mi opinión, una desnaturalización de la teoría del dolo, tal y como es concebida por sus seguidores y, en último extremo, una prueba más de que el espíritu del artículo 565 no admite en su seno la culpa jurídica sin provocar graves distorsiones. Late aquí también la objeción antes señalada de que se está transformando en culposa la comisión dolosa del tipo.

Se ha podido comprobar igualmente, que aplicando en el Proyecto la solución de incluir la cláusula general de culpa jurídica —*crimina culposa*— los resultados punitivos se aproximan considerablemente a los de la teoría de la culpabilidad.

Parece dudoso, además, que pueda hablarse en nuestro país realmente de una tradición; al menos, de una larga tradición proclive a una valoración más favorable del error de prohibición basada en la teoría del dolo.

En primer lugar, en el siglo pasado era común el principio del *error iuris nocet*, de que el error de derecho perjudica, no exime de

ginas 63 y ss. Los objetivos propuestos en este trabajo no permiten abordar la exactitud de los diversos grupos de exclusión de comisión culposa que incluye el autor (así, por ejemplo, tal vez no habría motivos aparentemente suficientes para excluir la comisión culposa de delitos que contienen en su figura delictiva el dolo —«a sabiendas», etc.—, ni en algunos de actividad, como las falsedades).

(71) A. TORIO, *lug. cit.*, p. 84.

(72) *La conciencia de la antijuricidad en el Código penal español*, cit., p. 13 y ss. (*separata*).

(73) H. WELZEL, *El nuevo sistema del Derecho penal*, cit., p. 110.

(74) Véase J. CÓRDOBA, *El conocimiento de la antijuricidad en la teoría del delito*, cit., p. 107 y 134, que se ha manifestado en el mismo sentido del texto.

responsabilidad penal. La jurisprudencia de nuestra nación se ha mantenido fiel a este postulado hasta las últimas décadas, apoyándose en el derogado artículo segundo del Código civil; postura que le conducía a aceptar únicamente la relevancia del error extrapenal. Una muestra de la vigencia de esta tradición la encontramos en que el Anteproyecto de Bases del Libro I del Código penal de 1972 la asume, al dar acogida a este principio, con la salvedad, precisamente, para el error de derecho no penal cuando afecte a un elemento del tipo (75). Como ya señaló Cerezo en su momento (76), la tesis de que la conciencia de la antijuricidad sea un elemento del dolo aparece por primera vez en nuestro país en 1895, de la mano de Dorado Montero, siendo paulatinamente aceptada a lo largo del primer tercio de nuestro siglo por los diversos autores. Pero será a partir de Jiménez de Asúa (que sigue en esto a Joaquín Costa) cuando se irá abriendo camino la estimación de la relevancia del error de Derecho penal (77), aunque en la jurisprudencia se introdujera la teoría del dolo mucho más tarde, a partir de los sesenta, y ya abiertamente en los últimos años.

Por tanto, es relativa esa tradición de generosidad en el tratamiento del error, pudiéndose afirmar que ha imperado más bien la idea y, sobre todo, la práctica contrarias.

En segundo lugar, y ya con la teoría del dolo en juego, se ha visto que una aplicación estricta de la misma con el Código penal vigente en la mano obliga a un castigo general del error de prohibición, si bien con la pena rebajada que requiere la culpa jurídica.

La teoría de la culpabilidad, por su parte, supone —digámoslo una vez más— la responsabilidad dolosa atenuada, por ser menos reprochable la conducta del sujeto. Esta afirmación se basa en la observación efectuada por Welzen de que el agente frecuentemente no posee un conocimiento actual de la ilicitud de su conducta, y si se exigiera dicho conocimiento, como hacen los causalistas, serían raros los casos de plena responsabilidad (78). Basta, pues, un conocimiento inactual, esto es, al autor se le reprochará el dolo (que sí requiere conciencia actual, real) «en la medida que pudo actualizar la conciencia de la antijuricidad y convertirla en un contramotivo determinante del sentido» (79). Se basa tal teoría, según Welzel, en el principio de la responsabilidad, según el cual el hombre es responsable de la juricidad de sus decisiones, dentro de los límites de su capacidad de conocimiento ético-social, lo que le puede obligar a un examen más detenido de conciencia, reflexión, consulta, etc. (80). Esto es fácil en relación con determinados bienes jurídicos fundamentales, en los que no hay problemas para el conocimiento de su valoración ético-social. Pero no lo

(75) Base segunda. Véase José CEREZO MIR, *Informe sobre el Anteproyecto de bases del Libro I del Código penal*, en ADP, 1972, p. 766.

(76) *La conciencia de la antijuricidad en el Código penal español*, cit., p. 8 y ss. (separata).

(77) J. CEREZO, *La conciencia de la antijuricidad*, cit., p. 17 y s. (separata).

(78) H. WELZEL, *El nuevo sistema del Derecho penal*, cit., p. 107.

(79) H. WELZEL, *lug. cit.*

(80) *lug. cit.*, p. 108.

es tanto en otros sectores del Derecho penal —y es aquí a donde se quiere reconducir la discusión—, como el Derecho penal administrativo o económico, fundamentalmente, pero, incluso también en ocasiones en los delitos contra la seguridad del Estado, según ha puesto de relieve Torio (81) y una enmienda al Proyecto presentada en el Congreso (82), como cuando se comete un delito de esta naturaleza sin cerciorarse de la licitud de esta conducta, pero creyendo que está permitida. Si tenemos en cuenta la abundante y compleja normativa existente en este ámbito (policía de mercados, salud pública, propiedad industrial, tráfico motorizado, delitos monetarios, precios, etc.), puede ser realmente difícil deslindar aquí cuál es el comportamiento lícito y, por consiguiente, el que hay que seguir. A la vista de estas reflexiones, resulta excesivamente riguroso aplicar estrictamente la teoría de la culpabilidad en el error de prohibición que afecta a estos sectores jurídico-penales. En estos casos se impone arbitrar alguna solución que dé satisfacción a los mencionados temores. Caben varias. Tal vez una de ellas fuera la que suministran las enmiendas citadas al artículo 81, de atenuar la pena facultativamente en dos grados, y hasta aceptar, en los supuestos de error difícilmente vencible, la impunidad (83). Sin embargo, parece que el camino no sea a través del artículo 81 reformado, pues supondría la extensión del arbitrio judicial y de la rebaja de la pena a todas las eximentes incompletas, con los riesgos inherentes para la prevención general, cuestión que no interesa debatir aquí. Por ello, mejor sería introducir las excepciones convenientes relacionadas con el Derecho penal administrativo, económico, de la seguridad del Estado, etc., en el sentido de una mayor atenuación o, incluso, impunidad, según los casos —en dependencia de la mayor o menor dificultad de la vencibilidad o evitabilidad del error—, en los lugares correspondientes de la Parte Especial del Proyecto y en leyes especiales, cuando también fuere necesario (84).

(81) *El error evitable de prohibición en el Proyecto*, cit., p. 254 y ss.

(82) Por el Grupo Parlamentario Coalición Democrática, enmienda número 1.442.

(83) Por ejemplo, WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11.ª ed., W. De Gruyter, Berlín, 1969, p. 173, es partidario de llegar, incluso, a la impunidad en el error de prohibición vencible que afecta a estos sectores del Derecho penal. En esta dirección, véanse los planteamientos de Juan CÓRDOBA RODA, *Evolución jurídica y ciencia penal*, en ADP, 1978, p. 19.

(84) Véase J. CEREZO MIR, *Dictamen a las enmiendas del Congreso al Proyecto de Código penal*, cit. (a la enmienda núm. 270), quien presenta una solución que va en esta dirección. Sin embargo, ha habido autores, como Richard LANGE, *Der Strafgesetzbuch und die Schuldlehre*, en J. Z. 1956, páginas 73 y ss. Arthur KAUFMANN, *Das Schuldprinzip*, 2.ª ed. Carl Winter, Heidelberg, 1976, p. 130 y ss., que se inclinan por mantener la teoría del dolo para estos casos, pues ofrece en ellos, según esta opinión, un tratamiento adecuado: en el Derecho penal administrativo el conocimiento de la prohibición por las normas jurídicas ha de pertenecer al dolo, pues sin él el autor no puede conocer lo injusto material del hecho, por ser lo injusto administrativo un injusto meramente formal. Esta distinción puramente formal (cualitativa) del ilícito penal ya no es aceptada prácticamente hoy

Un problema inverso que también se plantea es el de la excesiva atenuación y consiguiente trato de favor en los supuestos de ceguera jurídica que permitiría la aplicación de la teoría de la culpabilidad, que no deberían beneficiarse de ninguna rebaja en la pena. Estos mismos inconvenientes se le presentan a la teoría del dolo (sobre todo, si se apoya en la excepcionalidad de la incriminación de las conductas culposas), aunque en ésta las más de las veces agravados. No obstante, al ser en realidad sucesos más bien raros y, por tanto, infrecuentes, y teniendo en cuenta que el arbitrio del juez puede reducir la atenuación considerablemente, no creo que sea calificable como un problema excesivamente grave. Además de que, con gran probabilidad, las soluciones posibles existentes irían en detrimento de la regla general, aplicable a la mayoría de los supuestos, o implicarían soluciones no conciliables jurídicamente, como ya se vio (la figura de la culpa jurídica) (85).

En resumen, la teoría de la culpabilidad debe encuadrarse dentro de una más de las fases de la evolución de la ciencia del Derecho penal (86), y no como un problema meramente de adscripción o dirección dogmática, aunque de hecho se aproxime a una determinada, lo que ha sido claramente comprendido por los detractores de su incorporación al Proyecto.

C) Con el ánimo, si no de agotar el tema, sí al menos de dar un repaso a los comentarios más importantes que ha despertado el Proyecto en tan trascendente materia ésta del error de prohibición, vamos a detenernos brevemente en alguna objeción que no afecta al contenido de la cuestión, pero sí a determinados aspectos colaterales que indirectamente inciden en la futura regulación del error de prohibición.

Si prescindimos ahora de los temores que ha suscitado la situación «geográfica» del error en el Proyecto —delante de las eximentes y de las atenuantes y no inmediatamente después, como se ha propuesto (87)—, pues no parece que tengan por sí mismos suficiente fundamento (88), se ha temido detectar un obstáculo para mantener la tesis de la vinculación del Proyecto con el concepto personal de lo injusto y consiguiente pertenencia del dolo al tipo, en la confusa y

(85) Sin olvidar que la versión primigenia de la teoría de la culpabilidad, recogida en el Código penal alemán (parág. 17) evita todo problema en este sentido, al ser facultad del juez la atenuación de la pena. Por las diversas razones alegadas a lo largo del trabajo, me inclino por mantener, a pesar de este inconveniente teórico, la línea marcada por el Proyecto.

(86) Véase, también en este sentido, J. CUELLO CONTRERAS, *La estructura de la acción punible en el Código penal*, cit., p. 648; con una perspectiva más general, J. CÓRDOBA RODA, *Evolución jurídica y ciencia penal*, cit., páginas 13 y ss.

(87) En tal sentido, una enmienda del Grupo Parlamentario Comunista, del Congreso (núm. 861), y Santiago MIR PUIG, *Observaciones a los títulos preliminar y primero del Proyecto del Código penal en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, monográfico, núm. 3.º, 1980, p. 48 y s. (también en *La reforma penal y penitenciaria*, cit., p. 485 y ss.).

(88) Por las razones, entre otras, que el propio MIR PUIG aporta, véase nota anterior.

contradictoria redacción del artículo 21 del Proyecto (89), cuando dice: «si el hecho se cometiere por mero accidente, sin dolo ni culpa del sujeto, se reputará fortuito y no será reprochable a su autor». Precepto que es calificado, asimismo, de superfluo, una vez existente el artículo 17 (90). Esta objeción que, obviamente, no procede de causalistas, se basa en que al utilizar dicho precepto la palabra «reprochable» se figura que el caso fortuito es concebido como causa de exclusión de la culpabilidad, definición que no corresponde decidir al legislador (91) y que no es compatible con la concepción del dolo dentro del tipo de lo injusto de los delitos dolosos, distinto del tipo de lo injusto de los delitos culposos (92). También se ha objetado a dicha expresión que responde a la concepción ética de la culpabilidad, que se estima superada (93).

Hay que convenir sin la menor reserva con que este precepto plasmado en el artículo 21 es totalmente innecesario, pues, efectivamente, el artículo 17 es suficiente al declarar y, en consecuencia, limitar las vías por las que puede concretarse la responsabilidad penal de un hecho: «son delitos o faltas las acciones y omisiones dolosas o culposas penadas por la ley»; de forma que no es posible la responsabilidad por delito o falta que provenga por otro título que no sea el dolo o la imprudencia. La explicación más verosímil de la existencia del artículo 21 hay que buscarla en ver aquí una reminiscencia del viejo principio del *versari in re illicita*, tan perturbador en el Código penal vigente, que precisamente se manifiesta, entre otros, en el caso fortuito, al exigir para su apreciación el arranque lícito de la conducta (núm. 8 del artículo 8.º). Quiere, así, el Proyecto zanjar definitivamente esta cuestión, que en dicho texto ha sido convenientemente superada, y remachada con la declaración del artículo 21; se pretende con esta reiteración —estrictamente, ya dije, innecesaria— evitar que la inercia de la práctica jurisprudencial pudiera hacer incurrir de nuevo en responsabilidad objetiva. Una vez comprendida su razón de ser, no creo que exista, sin embargo, un peligro real de contradicción en relación con la posición del dolo en el tipo de lo injusto, puesto que la culpabilidad sólo podrá derivarse del reproche personal de la conducta que es adecuada al tipo de lo injusto doloso o culposo; mientras que la ausencia del dolo (elemento subjetivo del tipo de lo injusto de los delitos dolosos) y del cuidado objetivamente debido (elemento objetivo de la culpa) implica la falta de la tipicidad, pero también de la antijuricidad y de la culpabilidad (94).

(89) Así lo ha denunciado S. HUERTA TOCILDO, *El error vencible de prohibición*, cit., p. 39.

(90) S. HUERTA, lug. cit.; S. MIR PUIG, *Observaciones a los títulos preliminar y primero*, cit., p. 49. También la enmienda núm. 862 del Grupo Comunista.

(91) Así, S. MIR PUIG, lug. cit.

(92) HUERTA TOCILDO, lug. cit.

(93) En este sentido, la enmienda núm. 271 del Grupo Socialista del Congreso.

(94) En este sentido se expresa J. CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español*, cit., p. 423, nota 57.

Por otra parte, la redacción actual del artículo 21 del Proyecto, junto con otros preceptos de éste, como los del artículo primero, tercero, 17 y el mismo 20, proporcionan argumentos para defender la vinculación del Proyecto a la concepción normativa de la culpabilidad, en el sentido de reproche personal, lo que permite considerarla no sólo como límite sino también como fundamento de la pena, al ser un elemento esencial del delito (95), a pesar de los intentos que ha habido de deducir otra concepción distinta (96). Ello no implica, sin embargo, una concepción ética (material) de la culpabilidad.

III

No podía concluirse el presente estudio sin abordar la interesantísima cuestión del tratamiento jurídico penal que merezca, a la vista de lo dispuesto por el Proyecto, el error que versa sobre las circunstancias que sirven de base a una causa de justificación; y si es correcto el mismo, teniendo en cuenta la naturaleza dogmática de esta clase de error.

Lo lógico para resolver este punto es acudir al Proyecto, en el lugar donde ha previsto la regulación del error, es decir, el ya conocido artículo 20. Enseguida comprobamos que dicho artículo no contiene ninguna referencia expresa sobre el error que recae en las circunstancias que sirven de base a una causa de justificación. El problema radica entonces en determinar en cuál de las dos clases de error a que alude claramente el Proyecto encaja mejor el que nos preocupa ahora: si en los párrafos primero y segundo («el error... sobre un elemento integrante de la infracción penal o que agrave la pena...»), que hemos calificado como error sobre el tipo; o bien en el tercero («la creencia errónea... de estar obrando lícitamente...»), que recoge el error de prohibición (97). Partiendo de la premisa, ya comprobada, de que el Proyecto se vincula a la teoría de la culpabilidad, se trata de averiguar si es aplicable su versión limitada o restringida (esto último, en el caso de concluir que es equiparable a un error sobre el

(95) De esta opinión, en relación con el Proyecto, RODRÍGUEZ MOURULLO, *Algunas consideraciones sobre el delito y la pena en el Proyecto de Código penal español*, cit., p. 20 y s.

(96) Diego Manuel LUZÓN PEÑA, *Medición de la pena y substitutivos penales*, Instituto de Criminología, Madrid, 1979, p. 44, quien concibe la culpabilidad como atribuibilidad basada en la motivabilidad normal.

(97) Sin embargo, Enrique BACIGALUPO, *La distinción entre error de tipo y error de prohibición en el Proyecto*, cit., no ve tan sencilla esta distinción (que ya conceptualmente ha originado abundante literatura), según los términos del Proyecto, pues, a su juicio, existen supuestos de error de prohibición que encajan en los párrafos 1.º y 2.º del art. 20, y, a la inversa, otros que recaen sobre el tipo que son asimilables al párrafo 3.º del mismo artículo, según su actual redacción.

tipo) (98), o si, por el contrario, su configuración estricta o pura (si es tratado como error de prohibición) (99).

Bacigalupo, que afirma la viabilidad teórica, en principio, de ambas soluciones, a la vista del Proyecto, considera, sin embargo, para evitar confusiones, más adecuado que un ulterior párrafo regule como categoría autónoma el error sobre circunstancias que de concurrir hubieran justificado el hecho, teniendo en cuenta para ello su proximidad analógica con el error de prohibición, pero evitando el excesivo rigor a que éste conduce en ocasiones (100).

Es indudable que un tratamiento diferenciado expreso de las tres clases de error contribuiría a una máxima transparencia interpretativa, lo que únicamente sería viable en estos momentos a través de enmiendas parlamentarias. Sin embargo, en mi opinión el Proyecto suministra ya suficientes criterios para poder decir cuál es el tratamiento correcto de la cuestión a partir del propio Proyecto. No me parece, por tanto, posible que quepa igualmente una aplicación analógica tanto del error sobre el tipo como del error de prohibición. El texto actual del Proyecto nos conduce por un solo camino, como voy a intentar demostrar a continuación.

El proceso es muy sencillo. Pero, es preciso distinguir, dada la diferente trascendencia jurídico-penal que se les reconoce en general, el error que versa sobre los elementos esenciales del que recae sobre elementos inesenciales. Empezaremos por los mencionados en último lugar.

Cuando el error afecta a un elemento *inesencial* de una causa de justificación, es decir, cuando el agente actúa en la creencia —errónea— de que se halla amparado por una causa de justificación cuando realiza el hecho, porque estima que concurren todas las circunstancias necesarias, pero resulta que *falta* una inesencial, no podremos aplicar con toda su plenitud la eximente —causa de justificación— correspondiente (legítima defensa, ejercicio de un derecho, etc.) del artículo 26, sino que nos moveremos en el capítulo siguiente, el dedicado a las atenuantes, dentro del artículo 27. Este, en el número uno, regula las eximentes incompletas: «Son circunstancias atenuantes: las causas expresadas en el capítulo anterior, cuando no concurrieren los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos». Es admitido por la doctrina que tal precepto es aplicable en ausencia de los elementos inesenciales, y, por tanto, a la cuestión que estamos estudiando aquí, pues no es otra la situación que se produce cuando el autor actúa con la ausencia de alguno de los inesenciales, pero cree

(98) Se entiende que a la versión limitada llegarán, fundamentalmente, los seguidores de la teoría de los elementos negativos del tipo, para quienes al constituir las circunstancias que sirven de base a la justificación del hecho ya un elemento (negativo) del tipo, esta naturaleza determina su tratamiento.

(99) BACIGALUPO, *lug. cit.*

(100) *Lug. cit.* También se ha pronunciado por esta vía en Alemania Eduard DREHER, *Der Irrtum über Rechtsfertigungsgründe*, en *Festschrift für Ernst Heintz*, W. De Gruyter, Berlín, 1972, p. 227.

—por error— que también se dan. Para la aplicación de la pena en estos casos cuenta el Proyecto con una regla especial, la del artículo 81, que no por conocido voy a dejar de transcribir una vez más: «En los casos de exención incompleta previstos en el número 1 del artículo 27 se aplicará la pena inferior en grado, imponiéndola en la extensión que el Tribunal estime conveniente, atendidos el número y la entidad de los requisitos que faltaren o concurrieren y sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 145 y 146». Es decir, la pena inferior en grado a la del delito correspondiente. Hasta aquí no hay, en realidad, ninguna novedad para esta cuestión en estudio, en relación con el Código penal vigente, puesto que existe una coincidencia sustancial entre éste y el Proyecto: el artículo 8 del Código con el 26 del Proyecto; el número 1.º del artículo 9 con el número 1 del artículo 27; y el artículo 66 con el 81. No son necesarias, en consecuencia, mayores explicaciones. Y es que el problema surge a partir de ahora, al dar el siguiente paso, que es donde el Proyecto es más claro si cabe que el Código vigente, del que ya Cerezo (101) supo descubrir y extraer abundantes argumentos en la dirección de interpretación más correcta de las posibles. Porque el artículo 81 (o el actual 66) no nos resuelve por sí mismo el problema, pues *hay que ponerlo en relación con el delito* cometido, pero ¿con cuál, con el delito *doloso* o el *culposo*? Se trata, en suma, de averiguar dónde efectuaremos la atenuación prevista en el artículo 81 (y el actual 66), si en la modalidad dolosa o culposa del delito (102). Esto, como puede comprobarse tiene una importancia capital, pues, aparte de las esenciales divergencias punitivas, ello decidirá que nos encontremos con la versión restringida o con la pura de la teoría de la culpabilidad, y para el Código vigente la recuperación, además, de argumentos en favor de la teoría del dolo.

Veamos qué sucede si consideramos que debemos partir del delito culposo. Cerezo (103) ya aportó objeciones para el Código vigente que son válidas también para el Proyecto: si tomamos como referencia

(101) En sus *Notas a el nuevo sistema del Derecho penal*, cit., p. 58 y s. *La conciencia de la antijuricidad en el Código penal español*, cit., p. 16. Mantiene el mismo criterio J. CUELLO CONTRERAS, *La estructura de la acción punible*, cit., p. 649 y ss., quien manifiesta que no es «que el legislador se haya pronunciado sobre la teoría del dolo o de la culpabilidad, sino que del tenor legal lo único que cabe deducir es que 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 cuya razón, no es viable esta teoría y sí la opuesta, de la culpabilidad», y rechaza asimismo la viabilidad de la teoría restringida de la culpabilidad y con ello la de los elementos negativos del tipo. Sin embargo, han sido duramente criticados estos planteamientos por Enrique GIMBERNAT ORDEIG, en *Recensión a las Notas a el Nuevo sistema...*, citadas, en R. E. P., 1966, p. 473 y ss.

(102) Téngase en cuenta que es admitida la posibilidad de aplicar las eximentes incompletas a la imprudencia. Así, CÓRDOBA RODA, *Las eximentes incompletas en el Código penal*, Instituto de Estudios Jurídicos, Oviedo, 1966, p. 38 y ss.; CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español*, cit., p. 383, nota 47.

(103) *Curso de Derecho penal español*, cit., y *La polémica en torno a la doctrina de la acción finalista en la Ciencia del Derecho penal española*, en NPP, 1972, p. 236 y s.

el delito imprudente llegaremos a unas penas muy bajas, no concilia-
bles con el espíritu de la ley y no deseadas por su voluntad: el ar-
tículo 565 no ha sido concebido para acoger dentro de sí la culpa
jurídica o de la prohibición. En relación con el Proyecto hay una di-
ferencia, y es que el artículo 81 sólo prevé la atenuación en un grado
y no facultativamente en dos, como el Código vigente, pero su ex-
tensión sigue quedando al arbitrio del Tribunal, lo que permite man-
tener la distinción con los casos en que el agente sabe que le falta
algún requisito. Además, hay prevista una enmienda en el sentido del
vigente artículo 66 con probabilidades de prosperar. Pero existe otra
razón, también de peso, a mi juicio. Esta se obtiene comparando la
pena a que llegamos en los casos de error sobre el tipo (sobre los ele-
mentos positivos, para los seguidores de la teoría de los elementos
negativos del tipo) y en los de error sobre la presencia de elementos
inesenciales de una causa de justificación, si partimos aquí del delito
culposo. Resulta que en el error sobre el tipo aplicamos la pena del
delito culposo sin ninguna otra atenuación (párr. 2.º, art. 20), ni, por
supuesto, la del artículo 81, mientras que en esta otra modalidad de
error, aplicamos también la pena del delito culposo (si aceptamos esta
solución), pero con la atenuación —en un grado— establecida en el
citado artículo 81. Y esto es lo grave, pues se llega así a una solución
comparativamente injusta: pues en el segundo error (el que versa so-
bre los elementos de la causa de justificación) se da al menos un *plus*,
que es la conciencia y voluntad de realización de la parte objetiva del
tipo, circunstancia que no se da, sin embargo, cuando el error versa
sobre el tipo. Así que la conducta más grave sale claramente benefi-
ciada por este camino. Para deshacer esta paradójica situación se im-
pone probar la otra vía que nos queda, la de partir del delito doloso.
Pero antes de continuar, obsérvese que estas reflexiones no sólo son
válidas para el Proyecto, sino también —y creo poder afirmar que
todavía no había sido apuntado— para el Código penal vigente, en el
cual se producen unos efectos semejantes.

Gimbernat, sin embargo, no estaba de acuerdo con los argumentos
que aportó Cerezo en su momento, y que sigue sustentando, de que en
el número 1 del artículo 9.º encaja la conducta de quien actúa con la
creencia errónea de la concurrencia las circunstancias que sirven de
base a una causa de justificación, pero le falta algún requisito inesen-
cial. Rechaza este autor que el núm. 1 del artículo 9 abarque este su-
puesto y el de que el autor obre con la conciencia de la ausencia de
este requisito fáctico (104). Gimbernat objeta a Cerezo que hay que
demostrar que ese precepto incluye también esos supuestos de error.
Para él sólo se comprende el actuar doloso, mientras que los otros
deben ser llevados directamente al artículo 565, que es la única forma
de darles el tratamiento diferenciado que exige su divergente magnitud
de lo injusto (105). Aparte de que Gimbernat procede a una separa-
ción no establecida por la ley, y que también habría que demostrar,

(104) E. GIMBERNAT ODEIG, *Recensión*, cit., p. 479.

(105) *Recensión*, lug. cit.,

se pueden recordar las reflexiones que opuso Cerezo a estas objeciones, de que la enorme rebaja de la pena que el artículo 66 prevé (uno o dos grados) no tendría sentido si sólo fuera aplicable cuando el agente actúa dolosamente y con conciencia de que la antijuricidad de la conducta (106); y que la inclusión en el núm. 1 del art. 9 de los supuestos en que hay error y de aquéllos en que no los hay, no supone una nivelación de los mismos, pues en el artículo 66 se prevé la posibilidad de reducir la pena en uno o dos grados, lo que permite reflejar debidamente la diferente gravedad que revisten ambos supuestos (107). Por otra parte, un riesgo de equiparación paralela a la que Gimbernat critica en Cerezo, se produciría con el error que recae sobre el tipo (en el que el agente no tiene conciencia de realizar los elementos objetivos del tipo) y el que versa sobre los presupuestos de una causa de justificación (en el que el actor sí actúa con esa conciencia), si recondujéramos éste, según propone Gimbernat, al artículo 565. Por último, no siempre se conseguiría ese tratamiento diferenciado que propone este autor cuando falta dolosamente algún presupuesto fáctico de una causa de justificación (núm. 1 art. 9,° y art. 66) o cuando es por error (art. 565), pues frecuentemente se llegaría a una equivalencia punitiva de ambas fórmulas o, incluso, más favorable para la primera, lo cual parece contrario al fin perseguido con esta interpretación (108), la diferencia más importante se centraría, así, en el título de la incriminación (dolosa o culposa).

El Proyecto nos presta otro argumento, ahora ya exclusivo de él, que evidencia por sí sólo también lo equivocado de poner en relación la atenuación del artículo 81 con el delito culposo. Pues puede suceder que éste no exista en el Proyecto, ya que, como es sabido, parte de la excepcionalidad del castigo de las conductas culposas, de forma que no todo delito doloso que lo admite teóricamente lleva junto a él la figura culposa correspondiente, habrá casos en que la aplicación del artículo 81 que se nos impone se volverá inviable: cuando no exista el delito culposo. Y como el artículo 81 no distingue, ni admite su no aplicación en algún caso particular, para mantener su aplicabilidad no cabe otra solución que ponerlo en relación con el delito doloso, al que habrá que atenuar la pena. Pues tan absurdo —y legalmente imposible— como renunciar a la aplicación de la pena —y del artículo 81—

(106) *La polémica en torno a la doctrina de acción finalista en la Ciencia del Derecho penal española*, cit., p. 238; y *Curso de Derecho penal español*, cit. La Jurisprudencia con criterio constante ha aplicado en los otros casos también la atenuación del art. 66 en relación con el núm. 1 del art. 9, es decir, mantiene la responsabilidad dolosa, p. eje., s. 18 de junio de 1975, 12 de diciembre de 1978, 30 de abril de 1980, 19 de junio de 1980.

(107) CEREZO, lug. cit. Aunque tal afirmación queda sometida al libre arbitrio que el propio art. 66 reconoce a los Tribunales.

(108) Recuérdese que la imprudencia temeraria del art. 565 tiene establecida la pena de prisión menor, mientras que un delito doloso (p. eje., homicidio, con reclusión menor) podría bajar hasta dos grados (es decir, a prisión menor) y llegar a una pena inferior a la del primer párrafo del art. 565 (si el delito doloso de referencia tiene una pena menor a la de reclusión menor).

sería castigar por culpa cuando esta modalidad exista y por dolo en los demás casos —atenuando en ambos la pena.

Todas estas reflexiones nos conducen a la aplicación de la atenuación que el artículo 81 prevé para los supuestos del núm. 1 del artículo 27 (pues creo haber también demostrado que es éste el precepto aplicable cuando el error versa sobre los presupuestos fácticos de una causa de justificación) partiendo del delito doloso como referencia, una vez demostrada la inviabilidad de acudir al delito culposo. Es decir, que cuando el error versa sobre los elementos inesenciales de una causa de justificación, el Proyecto nos dice que se mantiene la responsabilidad dolosa (núm. 1 art. 27), pero atenuada (art. 81). Si ahora comparamos esta solución con las que el Proyecto nos ofrece en el artículo 20, donde regula específicamente la relevancia del error en materia penal, vemos una plena coincidencia —y no casual, a mi juicio— con la del párrafo 3.º, es decir, con lo que hemos calificado como error de prohibición, pues establece igualmente la atenuación del artículo 81. Por tanto, el propio Proyecto nos indica la naturaleza que ha asignado a esta especie de error, pues participa de la del de prohibición, con lo cual aquí se vincula con la versión pura o estricta de la teoría de la culpabilidad (109), (110), lo que hace inviable en este futuro texto legal la teoría de los elementos negativos del tipo.

En cuanto al error vencible que recae sobre los elementos *esenciales* de una causa de justificación, el Proyecto no nos proporciona una respuesta explícita. Sin embargo, la jurisprudencia más reciente del Tribunal Supremo, y en relación con el Código penal vigente en los casos de error vencible sobre los elementos esenciales de las causas de justificación, castiga por imprudencia (111). A la misma conclusión

(109) Se aparta así el Proyecto del camino seguido por el legislador alemán, que en la reforma de 4 de julio de 1969 introdujo la regulación de la eficacia del error sobre un elemento del tipo y del error de prohibición, pero no ha tomado posición acerca de la naturaleza del error sobre las circunstancias que sirven de base a las causas de justificación, lo que ha suscitado una fuerte polémica doctrinal en la fijación de su naturaleza: algunos creen que deberá aplicarse las reglas del error sobre el tipo por analogía (por todos: Günter STRATENWERTH, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, I, Die Straftat*, 2.ª ed., Carl Heymanns Verlag, Berlín, 1976, p. 152 y ss.); otros acuden a éste simplemente para la determinación de la pena aplicable (p. ej., H. H. JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, cit., p. 376); por fin, otros indican que en esta clase de error no queda excluido el dolo como elemento subjetivo de lo injusto, pero sí el dolo como forma de la culpabilidad, que manifiesta esa disposición de ánimo hostil o indiferente al Derecho (p. ej., JESCHECK, lug. cit., Eduard DREHER, *Der Irrtum über Rechtsferligungsgründe*, cit., p. 224 y ss.). Véase con más detalle, J. CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español*, p. 381, y *La doble posición del dolo en la ciencia del Derecho penal española*, cit.

(110) S. HUERTA TOCILDO, *El error vencible de prohibición en el Proyecto de ley orgánica de Código penal de 1980*, cit., p. 36 y s., nota 60, se inclina en el Proyecto también por la teoría de la culpabilidad estricta, pero por razones de justicia material, pues estima en principio defendible en el Proyecto también la teoría de la culpabilidad limitada.

(111) Así, sentencias de 14 de junio de 1977, 23 de noviembre de 1977, 21 de abril de 1980.

llega Cuello Contreras, aunque por distinta vía, al estimar por analogía lo establecido en el art. 64 para la eximente del núm. 8 del art. 8.º, el caso fortuito, que es considerado por él como causa de justificación (y consagración de la figura del riesgo permitido) (112), (113). Sin dejar de tener en cuenta que las discrepancias prácticas entre esta solución (aplicar la norma que sanciona la imprudencia) y la establecida en caso de ausencia de elementos no esenciales (atenuación del delito doloso en uno o dos grados) no son siempre reales, corremos el riesgo, si abrazamos esta solución diferenciadora, de invertir los términos adecuados de tratamiento de cada una de las dos situaciones (falta de los elementos esenciales o de los inesenciales). Por tanto, se impone, para mantener una interpretación coherente, y que ha de ser necesariamente analógica, que ésta se corresponda con la solución adoptada para el error que recae en los elementos inesenciales (114). Solución que permite también una mayor uniformidad, pues piénsese a la vista del Proyecto, que si se mantiene el otro criterio, resultaría que el error sobre los elementos inesenciales de las causas de justificación sería *siempre* punible a título de dolo (atenuado), mientras que cuando el error lo fuera sobre los elementos esenciales, se haría responsable de imprudencia o quedaría impune (cuando no exista el delito culposo correspondiente).

(112) *La estructura de la acción punible en el Código penal*, cit., p. 651 y s. De aceptar las premisas de que parte CUELLO, se daría acogida a la teoría del dolo o a la de la culpabilidad restringida. El propio autor disipa el temor de esta posibilidad, considerando lo anterior como una excepción. Véase más arriba, nota 101.

(113) El otro lugar (*El médico y el Derecho penal*, I, cit., p. 223 y s.) me he ocupado de esta figura del riesgo permitido, que debe ser asignado al tipo de los delitos culposos, como noción coincidente con la de la observancia del cuidado objetivamente debido. No lo creo causa de justificación (como pretende en Alemania JESCHECK), además de las razones aludidas (lug. cit., p. 224), porque en el Derecho positivo español no es necesario (ya contamos con la amplia justificante del núm. 11 del art. 8). Además, no parece posible incluirlo en el núm. 8 del art. 8.º (como defiende J. CUELLO): la ilicitud inicial del acto nos llevaría del núm. 8 del art. 8.º (a través del art. 64) al delito de imprudencia, sin que necesariamente se diera efectivamente el tipo del delito culposo; además la licitud o ilicitud de la agresión del bien jurídico se haría depender de algo tan extraño para el moderno concepto de lo injusto, de la licitud o ilicitud inicial del acto. En suma, se quiere trasladar así un problema de culpabilidad (que radica en la presencia del *versari* en tal precepto) a la antijuricidad, lo que provoca, además, contradicciones, al someter a un tratamiento distinto al error que versa sobre las circunstancias que sirven de base a causa de justificación, según los casos.

(114) Solución que ya propone J. CEREZO, *Curso de Derecho penal español*, cit., p. 384, nota 52.

La persona jurídica y el Derecho penal

(BREVES CONSIDERACIONES CRITICAS)

ENRIQUE RUIZ VADILLO

Doctor en Derecho. Profesor de la Universidad. Juez y Fiscal.
Vocal Permanente de la Comisión General de Codificación.
Letrado del Ministerio de Justicia

SUMARIO: I. Introducción.—II. El concepto de persona jurídica.—III. La persona jurídica en el Derecho penal. Consideraciones generales.—IV. Capacidad delictiva: Delitos y Faltas.—V. Medidas de seguridad. VI. Responsabilidad civil subsidiaria.—VII. El Código penal vigente. VIII. El Proyecto de Código penal 1980.—IX. Algunas manifestaciones en Derecho comparado.—X. Conclusiones.

I.—INTRODUCCION

Es inevitable que en estos momentos en los que España y la Ciencia penal acaban de perder a uno de sus más ilustres juristas —y utilizo la palabra jurista en su sentido más profundo y auténtico, como expresión del hombre justo dedicado con pasión al Derecho— se agolpen sentimientos de muy diversa naturaleza. Por una parte, de tristeza por la desaparición de una figura humana y científica excepcional y por otra de serena esperanza en el futuro si todos, a través de la ilusionada dedicación a nuestras respectivas tareas, sabemos seguir el ejemplo que a todos nos dio el profesor Antón Oneca, que quiso y supo luchar por la Justicia y compatibilizar inquietud científica y realización efectiva del Derecho.

La responsabilidad penal de las personas jurídicas, institución que el profesor Antón Oneca estudió, como lo hizo con todas las demás, con realismo y equilibrio, constituye un problema extraordinariamente complejo en cuanto a su propia naturaleza jurídica, muy controvertida y en cuanto a su proyección práctica llena, como todos sabemos, de dificultades, hasta el punto de que el Consejo de Europa, que selecciona cuidadosamente los temas, estudia actualmente, y con el mayor interés, a través del Comité restringido de la Criminalidad de los negocios, en el que tengo la gran satisfacción de participar en representación de España, a través del Ministerio de Justicia, la problemática de la incidencia penal de las personas jurídicas en el campo de la

delincuencia económica en el que, sin duda, cobran unos perfiles especiales y un muy específico relieve.

No trato, por supuesto, de llevar a cabo, ni mucho menos, un trabajo en profundidad sobre una materia interdisciplinar, extraordinariamente difícil y polémica, sino de exponer, reiterando ideas ya recogidas en otros de mis trabajos, los problemas a mi juicio más destacados, especialmente desde el punto de vista práctico y apuntar algunas posibles, aunque discutibles, soluciones, exponiendo modestísimamente mis puntos de vista, en homenaje sincero de admiración a la persona y a la obra del profesor Antón Oneca.

II.—EL CONCEPTO DE PERSONA JURIDICA

Con la única finalidad de recordar algunos aspectos relacionados con la persona jurídica a los efectos que aquí nos interesan, alejándonos de toda idea de dogmatismo y de todo deseo de profundizar en su concepto, traemos a colación algunos testimonios elocuentes en orden a su significación y a su trascendencia. El Derecho, dice Larenz (1), no realiza en el vacío la creación del nuevo ente; su aceptación versa sobre un «quid» preexistente: una realidad sociológica compuesta por los miembros de la asociación, los órganos, el patrimonio, etc., que conserva su identidad a raíz del cambio de sus singulares elementos. Realidad tan vigorosa como las «Trade Unions» inglesas o la Cruz Roja Internacional, organizaciones que representan una fuerza económica, socio-política o incluso espiritual y que por consiguiente son algo más que meras ficciones. En este sentido, dice el profesor Lacruz Berdejo (2), tiene razón la teoría de la realidad, pero sólo en éste, no cuando equipara la persona jurídica a la persona humana y cuando pretende considerar aquélla como un ser dotado de vida física. La asociación o la fundación son personas en sentido ético y no orgánico; les faltan la conciencia y la voluntad en sentido psicológico y con eso la capacidad de autodeterminación, facultades humanas que necesariamente han de tomar prestadas a hombres. Sólo son semejantes a la persona natural en cuanto «unidad de eficacia», en cuanto factor activo en el acontecer social. En virtud de esa semejanza pueden, al igual que un ser humano, constituirse en sujeto de derechos y deberes, sin que tengamos que fingir por eso que son hombres.

En definitiva, todo el ordenamiento jurídico, y especialmente el Derecho penal, tan distanciado de ficciones y formalismos, deben necesariamente partir de estos presupuestos básicos y no pueden perder de vista esta doble proyección de las personas jurídicas, que sólo hasta cierto punto y con fuertes limitaciones pueden equipararse a las físicas. Equipárense, en buena hora, allí donde sean equiparables sin quebranto

(1) Citado por LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Elementos de Derecho civil*. I. Parte General. Lib. Bosch, Barcelona 1974, pág. 183.

(2) LACRUZ BERDEJO, José Luis, obra y página citadas.

para el orden lógico-jurídico, pero no más allá. Una persona jurídica, y con esto adelantamos ya nuestro criterio, jamás podrá llevar a cabo un delito mientras éste sea, como debe ser, una acción u omisión humana, culpable, típicamente antijurídica y sancionada con una pena. Así, pues, si la pena se asocia al delito y el delito sólo puede cometerse por seres humanos, nunca le podrá ser impuesta a una persona jurídica una pena.

III.—LA PERSONA JURIDICA EN EL DERECHO PENAL. CONSIDERACIONES GENERALES

Como ya hemos señalado, el tema de la persona jurídica se proyecta sobre todo el Derecho e incluso más allá del Derecho, e incide, por consiguiente, en infinidad de zonas e instituciones. Así sucede con el Derecho privado en orden a su constitución y capacidad y en orden a su responsabilidad. En este último sentido, dice el profesor Castán (3) que si la responsabilidad por culpa contractual de las personas jurídicas no ofrece cuestión, ha promovido, en cambio, grandes debates la posibilidad de que contraigan responsabilidad extracontractual por razón de los actos cometidos por los gerentes y administradores. En realidad, siguen diciendo, el principio de responsabilidad de las personas colectivas se impone por exigencias de equidad y utilidad práctica, como lo reconocen hoy no sólo los partidarios de las teorías realistas, sino aun los mismos sostenedores de la ficción (4).

El mantenimiento del principio «societas delinquere non potest», dice el profesor Bajo (5), no entraña el reconocimiento de un valor ontológico, sino simplemente de un valor político-criminal, ya que cumple un papel nada desdeñable en el Derecho penal al reforzar la vigencia de los principios de culpabilidad y de personalidad de las penas. De ahí que las necesidades de tratamiento sancionador, en relación con las personas jurídicas, deba solucionarse no tanto admitiendo su responsabilidad criminal como imponiendo sanciones administrativas, civiles y medidas de seguridad.

En nuestra opinión, resulta por lo tanto fundamental, partiendo

(3) CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho civil español, común y foral*, 10.^a ed., tomo I, Introducción y Parte General. Vol. segundo I. Ed. Reus, Madrid 1963, pág. 401.

(4) Obsérvese que entre la responsabilidad civil derivada de culpa extracontractual (art. 1.902 del Código civil) y la que nace de culpabilidad culposa constitutiva de delito o falta, a veces sólo media un paso muy corto, aunque a mi juicio no debiera ser así. (Cf. arts. 565, párrafos 1.º y 2.º; 586, núm. 3 y 600 del Código penal). El sistema cambia profundamente en el Proyecto de Código penal 1980. V. RUIZ VADILLO, Enrique, *La muerte, las lesiones y los daños, causados por culpa, en el Proyecto de Código penal de 1980*, "Revista de Derecho de la Circulación", núm. 1, enero-febrero 1981.

(5) BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, *Derecho penal económico*. Aplicado a la actividad empresarial. Ed. Civitas, S. A., 1978, pág. 124. V. también, entre otras, págs. 109 y 537.

de estas ideas, diferenciar bien aquellas actividades que por su naturaleza sólo el ser humano puede llevar a cabo de las demás, y ello tanto en el orden jurídico público como en el privado. Por ejemplo, delinquir, puesto que el delito, como acabamos de decir, es un hecho específica y excluyentemente humano al exigir inteligencia y voluntad para realizarlo y una especial culpabilidad o llevar a cabo aquellas relaciones del Derecho de familia que presuponen la condición humana, como el matrimonio o la patria potestad, aunque no aquellas otras que admiten, sin distorsionar el sistema, la titularización de una persona jurídica, como puede serlo la tutela (6), hasta ahora sólo deferida a hombres y mujeres.

El Derecho, partiendo de realidades sociales indiscutibles e indiscutidas —entes que contratan, que en el ejercicio de su actividad producen daños a terceros— puede, como efectivamente lo hace, dotándolas de personalidad jurídica, atribuirles una responsabilidad contractual (si compran algo deben pagar su precio), si arriendan un local deben asumir las obligaciones propias del arrendador, etc.) y extracontractual (si sus vehículos circulan deben también hacerse cargo de las consecuencias económicas derivadas de su mal uso o simplemente de su uso [responsabilidad objetiva]). Pero lo que no puede ni debe hacer es trastocar la naturaleza de las cosas y llevando a las personas jurídicas, a través de las leyes, a zonas interdictas, para quienes no sean personas humanas, crear una responsabilidad criminal (lo que además, y esto es lo más grave, como luego trataremos de demostrar, no conduce a nada positivo o útil socialmente), haciendo autores, cómplices o encubridores (aunque esta modalidad de participación desaparece en el Proyecto de Código penal 1980) a una persona jurídica que siempre, absolutamente siempre, se sirve de personas humanas para actuar. Y si puede mantenerse la ficción, relativa por que detrás de la persona jurídica se da una realidad social de que no son hombres o mujeres los que contratan, sino la asociación, corporación o fundación para las que, como órganos actúan y de que son éstos entes abstractos, quienes cumplen o incumplen las obligaciones contraídas y en los que se dan o no la llamada culpa civil, no puede hacerse lo mismo cuando se trata de imputar un delito o falta penal que exigen «per se» e inexcusablemente un factor culpabilístico especial que sólo es hacedero que se dé en la persona física. Cuando la ley pierde de vista la propia naturaleza de las cosas, termina representando una simple parodia de lo que realmente es y debe ser el Derecho, es decir, una ordenación racional y razonable de la vida humana, en comunidad, dentro de la justicia.

Todo cuanto queda dicho no impide que si, como dice Serik (7),

(6) Según las informaciones de prensa, en el Anteproyecto sobre la tutela, preparado por la Sección 1.^a de la Comisión General de Codificación, se contempla la posibilidad de que la figura del tutor pueda ser desempeñada por una persona jurídica.

(7) Tomado de DIEZ PICAZO Y GULLÓN, *Instituciones de Derecho civil*, vol. I, Ed. Tecnos, Madrid, pág. 135.

la estructura formal de la persona jurídica se utiliza de manera abusiva, el Juez pueda descartarla para que fracase el resultado contrario a derecho que se persigue, para lo cual se ha de prescindir, en tales casos, de la radical separación entre la persona jurídica y sus miembros componentes. El abuso existe cuando la persona jurídica se utiliza para burlar la ley, para quebrantar obligaciones, para conseguir fines ilícitos y, en general, para defraudar. Como tampoco dificulta, añadimos nosotros, la posibilidad de que se adopten contra la persona jurídica determinadas medidas que impidan por completo y radicalmente la continuación de la actividad societaria o colectiva de carácter delictivo ni siquiera, en ciertos casos, la imposición de sanciones pecuniarias en la forma que muy someramente veremos más adelante.

El problema, dice el profesor Rodríguez Devesa (8), parece ficticio. Se trata, en definitiva, de poner coto a determinadas actividades de entes corporativos. Esto, sigue diciendo, pertenece al Derecho penal cuando los individuos que los componen constituyen una asociación criminal y no es preciso para ello exceder las fronteras de la responsabilidad penal individual. Cuando no todos los que componen el ente colectivo están implicados en sus actividades criminales, el extender a ellos la pena sería, para nuestra sensibilidad, de una palmaria injusticia. Cualquier otro caso puede ser resuelto con medidas civiles y administrativas que pueden llegar a la disolución de la sociedad y confiscación de los bienes, pasando por la intervención del Estado y otras medidas de control que caen fuera del Derecho penal. El supuesto del que utiliza los medios que le proporciona una sociedad, sin conocimiento ni consentimiento de los que la integran, para sus fines criminales, no necesita tampoco de un tratamiento especial. Lo mismo si es un grupo que consigue imponerse a los restantes asociados.

IV.—CAPACIDAD DELICTIVA. DELITOS Y FALTAS

Afirmar que las personas jurídicas no pueden delinquir, sin perjuicio de sostener que pueden y deben tomarse contra ellas determinadas medidas, incluso la disolución (9), lo que, dicho sea de paso, no siempre resulta eficaz, no implica, ni muchísimo menos, un propósito de favorecerlas, sino únicamente el deseo de obtener un sistema jurídico coherente, sin contradicciones ni otras ficciones que las estrictamente indispensables (la ficción cuando es razonable creemos que, de alguna manera, deja de serlo), apoyado siempre en la realidad social y de evitar, como enseguida veremos, una posible fuente de impunismos de muy graves y lamentables consecuencias.

Es verdad que una creciente oleada de delincuencia económica o

(8) RODRÍGUEZ DEVESA, José M.^a, *Derecho penal español*. Parte General, Madrid 1979, pág. 376.

(9) El artículo 22 de nuestra Constitución dice: Las asociaciones sólo podrán ser disueltas o suspendidas en sus actividades en virtud de resolución judicial motivada.

criminalidad de los negocios (10) se genera y desarrolla hoy en el seno de las grandes empresas o sociedades y que resulta muy difícil, por no decir imposible, a veces, localizar e individualizar la persona o personas físicas responsables del delito o delitos cometidos en el ejercicio de la actividad mercantil, como pueden serlo, entre otros muchos supuestos, la manipulación de balances, las maquinaciones para alterar el precio normal de las cosas, las prácticas restrictivas de la competencia, las campañas de publicidad falsa (11), el engaño con ánimo de lucro a los acreedores, a los accionistas, a los usuarios y consumidores, etc. Frente a estas y parecidas situaciones nos preguntamos: ¿Quién debe responder penalmente de estos delitos? Para facilitar las soluciones cabe, a mi juicio, caer en la tentación jurídica, perfectamente comprensible por el noble deseo de que se realice el ordenamiento jurídico con justicia, de decir que el responsable penal lo es la propia persona jurídica en cuyo beneficio o en cuya actividad se han llevado a cabo las operaciones comerciales o industriales constitutivas de delito o falta, como ocurriría, por ejemplo, con la mayor parte de los delitos llamados financieros o societarios, tipificados en el Capítulo VI del Título VIII del Libro II del Proyecto de Código penal (12), uno de cuyos artículos, el 365, castiga a los que con propósito de revalorizar o depreciar las acciones o participaciones sociales,

(10) Sobre este tema pueden consultarse, entre otras varias obras y trabajos, los siguientes: BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, *Derecho penal económico*. Aplicado a la actividad empresarial. Ed. Civitas 1978. CEREZO MIR, José, *Observaciones críticas al Proyecto de ley orgánica del Código penal*, en "La reforma penal y penitenciaria 1980", Universidad de Santiago de Compostela. Presentada por el profesor Agustín Fernández Albor. CORREIA, Eduardo, *Introdução ao Direito Penal Económico*, "Rev. de Direito e Economia". Ano III, núm. 1 Janeiro. Junho 1977, pág. 3. DELMAS-MARTY, Mireille, *La criminalité d'affaires*, "Revue de Sciences Criminelles et Droit pénal comparée", 1974. DELMAS-MARTY, *La délinquance d'affaires dans le cadre des regles commonautaires*, Université de Lille II, Institut de Criminologie et de Sciences Criminelles, 1976. DELMAS-MARTY, *Les chemins de la represion*, Puf Preses Universitaires de France 1980. DELMAS-MARTY "La responsabilité pénale des groupements", sobre el anteproyecto de Código penal francés, en "L'avant projet définitif de revision du Code pénal". Partie générale. Premieres journées françaises de droit pénal. Pau 28-30 septembre 1978. Association Internationale de droit pénal 1980. Ed. Erés. FERNÁNDEZ ALBOR, Agustín, *Cambio social y Derecho penal*, "Estudio penales", I, Santiago de Compostela 1977. FERNÁNDEZ ALBOR, *Estudios sobre criminalidad económica*, Bosch Casa Editorial, S. A., 1979. RUIZ VADILLO, Enrique, *Algunas consideraciones sobre la lucha contra los atentados a la Economía Nacional*, "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", Marzo 1979, núm. 3. RUIZ VADILLO, *Algunos aspectos de la delincuencia económica*, "Anuario de la Escuela Judicial", XXVII Promoción, núm. 13, Madrid 1981. STAMPA BRAUN, José María y BACIGALUPO, ENRIQUE, *La reforma del Derecho penal económico español*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, octubre 1980.

(11) SANTAELLA LÓPEZ, Manuel, *El delito publicitario*. Ed. Reus, Madrid 1981.

(12) Publicado en el "Boletín Oficial de las Cortes Generales", Congreso de los Diputados, I Legislatura, Serie A, núm. 108, I, de 17 de enero de 1980.

captar nuevas aportaciones de capital, conseguir créditos o consolidar los ya obtenidos, publicaren datos falsos relativos a la situación real de la sociedad o a las personas de sus administradores. Diciendo, en todos estos casos, que el sujeto activo del delito es la persona jurídica parece que todo está, aparentialmente al menos, resuelto. Pero la solución creemos que es injusta y por tanto rechazable por las siguientes razones:

1.ª) Detrás de cada hecho delictivo existen una o varias personas físicas y detrás de cada decisión social también se presentan una o varias personas físicas, en uno y otro caso con carácter absolutamente indispensable. Luego pudiéndose hacer coincidir la persona que delinquirió y la que adoptó la decisión de la persona jurídica, la consecuencia no puede ser otra que considerarla responsable penalmente de la infracción, sin necesidad de acudir a ninguna ficción ni expediente que extravase los límites de lo razonable y de lo útil y rompa, además, el equilibrio normativo.

2.ª) Aunque, como luego veremos, no tienen por qué ser incompatibles el castigo a la persona jurídica y a la persona física que actuó como órgano o llevando a cabo la actividad delictiva en beneficio de aquélla, una vez que se acepta la responsabilidad de los entes abstractos no es improbable, ni por otra parte ilógico, que se propugne la irresponsabilidad de los seres humanos que para ella actuaron (teoría que podemos llamar de la alternatividad frente a la de la conjuntividad), generándose así un supuesto de impunidad grave y desejemplarizante. En definitiva, y en este sentido, puede decirse que si el autor del delito fue tal o cual sociedad, con personalidad jurídica distinta de la de cada uno de sus asociados (13), no hay por qué traer a colación nuevas responsabilidades, como una especie de coadyuvantes, aunque mantener esta fórmula constituiría a mi juicio, por muy variadas razones, un grave error de política criminal.

3.ª) La solución que consiste en atribuir la responsabilidad penal a las personas jurídicas tiene otro inconveniente al acentuar el carácter de delincuencia artificial que indebida y peligrosamente se atribuye a veces a los delitos económicos o delincuencia de los negocios, que es donde están más frecuentemente las empresas y sociedades. El adjetivo «artificial» hace pensar que precisamente por serlo no se refiere a una verdadera delincuencia y las sanciones que se imponen adquieren, especialmente frente al gran público, una imagen de simples consecuencias a puras infracciones administrativas, como pueden serlo las de tráfico. Tan artificial es, se dice a veces, que ni siquiera se refiere, como es normal, a personas físicas concretas y determinadas, sino a unos entes abstractos e incorpóreos. Frente a este clima creemos que hay que acabar de una vez por todas con esta expresión de

(13) V. arts. 35 y ss. del Código civil, 116 y ss. del Código de comercio, Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951, Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 17 de julio de 1952, etc. SÁNCHEZ CALERO, Fernando, *Instituciones de Derecho Mercantil*, Ed. Clares, Valladolid 1979.

delincuencia artificial, que de serlo efectivamente debiera de dejar de ser delincuencia, sin que sea precisamente este el caso de los delitos contra el orden socio-económico y que más frecuentemente se cometen en el seno de una persona jurídica.

4.ª) Si la persona jurídica que «delinquirá» es una Corporación, es decir, una persona jurídica de base asociativa, de interés público, creada y regulada por ley y en la cual el substrato o base está constituido por la comunidad de intervinientes, y lo mismo en el caso de ciertas asociaciones, resultaría inviable hacerla responsable de un delito, de lo cual se deduciría que de la naturaleza jurídica del ente se hacía depender la posibilidad de delinquir. A una Diputación, Ayuntamiento, Universidad, etc., no puede serles atribuida la condición de autores de un delito, aunque, por vía de pura hipótesis de trabajo, puedan, dentro de su actividad, cometerse delitos, como pueden serlo determinadas falsedades y fraudes.

5.ª) La disolución voluntariamente decidida por los componentes de la persona jurídica privada extinguiría, de alguna manera, la sanción penal, al menos la disolución, que ya no podría hacerse efectiva a título de sanción (lo que no es asimilable a lo que de alguna manera podemos llamar imposibilidad de cumplimiento de pena, por obvias razones. De otra parte, la imposición de otras penas, incluida la de multa, plantea importantes problemas en razón a consideraciones derivadas del concepto y tratamiento del patrimonio social y de la responsabilidad de los socios por las deudas sociales en determinado tipo de sociedades.

6.ª) Aunque este argumento tenga menos trascendencia, hemos de añadir que el establecimiento de la responsabilidad de las personas jurídicas plantearía otros problemas cuando al delito concurrieran con la responsabilidad penal propia de las mismas, la de las personas físicas que llevaron a efecto el delito, en orden a las penas a imponer, que habrían de ser diferentes para unas y para otras y a la distribución de las cuotas en cuanto a la responsabilidad civil.

7.ª) Llegar a la conclusión de que las personas jurídicas pueden ser criminalmente responsables de los delitos cometidos en su seno, creemos que no resuelve absolutamente nada ni beneficia a nadie. El impunismo se evita buscando, con el auxilio de una Policía que cada vez ha de ser más especializada y técnica, a los realmente culpables e imponiéndoles las penas procedentes, haciendo recaer sobre el patrimonio social las consecuencias civiles con carácter a veces principal y a veces subsidiario.

8.ª) Complementariamente consideramos que en la parte general de los códigos deben figurar normas establecedoras de unas presunciones «iuris tantum» que de ninguna manera a nuestro juicio son heterodoxas (14).

(14) BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, *Derecho penal económico*, pág. 124.

9.ª) La simple lectura del Código penal y del Proyecto conduce siempre a la misma conclusión: Ni la teoría de la participación, ni la teoría de la individualización de las penas, en función de la personalidad del autor, ni las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal (¿cuándo se aplicarán la reincidencia, la reiteración o la habitualidad, circunstancia esta de tan excepcional interés actualmente? (15), están pensando en las personas jurídicas. Habría, pues, necesidad de construir paralelamente un nuevo Derecho penal para ellos.

10.ª) Finalmente, y como ha señalado con todo acierto el profesor Rodríguez Devesa (16), no existe en nuestro ordenamiento una regulación que permita proceder criminalmente contra una persona jurídica. Habría, pues, que establecerlo con carácter previo puesto que las leyes procesales no lo contemplan.

En definitiva, y como resumen, podemos decir que actualmente y como viene ocurriendo desde hace muchos años, se sigue discutiendo sobre cuál deba ser la solución óptima en este sentido y sobre la procedencia o no de simultanear, según ya hemos indicado, la responsabilidad criminal de la persona jurídica con la de la física, problemas uno y otro que ofrecen hoy una creciente importancia en atención, como también venimos indicando a la difusión de grandes sociedades, como es el caso de las empresas multinacionales (17) y a la complejidad de la vida económica y mercantil moderna.

También en este punto, como en todos, resulta esclarecedora la autorizada opinión del profesor Antón Oneca. Gran difusión, dice (18), ha logrado la teoría que intenta resucitar la responsabilidad colectiva. Ahora ya no se trata de responsabilizar al familiar o al vecino en lugar o además del culpable, o sea, de sustituir o añadir a una responsabilidad individual otra u otras en cuanto todos son miembros de un mismo grupo social, sino de hacer responsables a las mismas entidades sociales. Según la doctrina dominante en la legislación positiva cuando en nombre de aquéllos o en cumplimiento de sus acuerdos son cometidos delitos se declara responsables a los directores gerentes, administradores, consejeros, asociados que votaron el acuerdo. Conforme a la doctrina moderna, sigue diciendo, la persona social habría de sufrir la sanción, ya pecuniaria, ya infamante, ya de muerte (disolución). Si la pena corporativa habrá de excluir la individual de quienes dirijan la corporación o tomen el acuerdo delictivo, como pretendía Gierke, o si, por el contrario, coexistirán las dos penalidades, individual y social,

(15) SERRANO GÓMEZ, Alfonso, *La habitualidad como agravante*, en "Revue Internationale de droit pénal", 1978, núm. 1, pág. 325.

(16) RODRÍGUEZ DEVESA, José M.ª, *Derecho penal español*. Parte General, Madrid 1979, pág. 374. Tampoco las normas del procedimiento penal permiten hacer efectiva la responsabilidad criminal en una persona jurídica. V. también *Derecho penal español*. Parte Especial, Madrid 1980, págs. entre otras, 240, 330, 346, 353, 356, 410, 484 y 492.

(17) DELMAS-MARTY, Mireille y TIEDEMANN, Klaus, *La criminalité, le droit pénal et les multinationales*, en "La semaine juridique", Juris Classeur Périodique, núm. 1, 4 de enero 1979. Ref. 12.900.

(18) ANTÓN ONECA, José, *Derecho penal*, tomo I, Parte General, Madrid 1949, págs. 153 y sigs.

como sostenía Mestre, ha sido controvertido. En este sentido, y siguiendo al ilustre profesor, hay que distinguir lo siguiente: A) La teoría realista según la cual la persona social no es un conjunto de individuos, sino una unidad real, una personalidad efectiva y B) Que aunque se reconozca la realidad de las personas sociales, esto no quiere decir que sea posible, justo y útil imponer las penas. Para decidir tales extremos será necesario poner en relación su naturaleza real, pero peculiar, con los fines servidos por la pena. Ciertamente es difícil compaginar el castigo a estas entidades con los fines tradicionales. No se puede hablar de expiación, de sanciones, cuyo contenido sea un padecimiento, pues las colectividades no son susceptibles de sufrir y los males que se pretenda imponerlas recaerán sobre los individuos que las componen: sobre los culpables y los inocentes, lo cual es notoriamente injusto. Tampoco cabe la enmienda, la reeducación. Es, pues, incompatible la responsabilidad de las personas sociales con los conceptos clásicos sobre el contenido de la pena y el fundamento de la responsabilidad. Pero es compaginable con la dirección llamada moderna y justifica la pena por la finalidad de defensa social, asentando la responsabilidad sobre la peligrosidad.

Puig Peña (19) destaca que la corriente doctrinal moderna se orienta, por regla general en el sentido de mantener el principio negativo de la responsabilidad ya que admitir la capacidad criminal de las personas jurídicas sería tanto como atacar el dogma de la personalidad de las penas, aunque reconocido en el Estado el derecho de defenderse de las actividades delictuosas que pueden surgir en el ente colectivo se autoriza la imposición no de penas, sino de medidas de seguridad.

El profesor Del Rosal (20) señala que en el estado actual de la ciencia penal se rechaza de plano la capacidad criminal de las personas morales, aunque cuando se trata de precisar el carácter de las medidas aplicables y de cuáles sean las más apropiadas a su especial naturaleza jurídica, la polémica se aviva. En este sentido clasificaba así las diversas opiniones: 1.º) Un grupo de penalistas, a cuya cabeza puede colocarse Beling que rechazan de antemano el castigo de las personas morales porque no sólo es una enorme injusticia sino también una inutilidad. 2.º) Otro grupo, representado, por ejemplo, por Mezger y que comparten la inmensa mayoría de los tratadistas que propugna dar cabida a una cierta capacidad penal, en virtud de consideraciones prácticas, es decir, considerar que tienen capacidad de sufrir penas pero no capacidad criminal. 3.º) Otros autores, entre ellos Hippel y Hafter, aceptan aplicar medidas penales, pero sin que éstas posean carácter represivo. Dentro de esta idea algunos autores consideran que la responsabilidad de las personas morales es de linaje civil y sólo sanciones de esta clase son aplicables (Jellinek), y otros que estiman

(19) PUIG PEÑA, Federico, *Derecho penal*, tomo I, Imprenta Clarasó, Barcelona 1944, pág. 211.

(20) ROSAL FERNÁNDEZ, Juan del, *Derecho penal* (Lecciones) 2.ª edición. Publicaciones de los Seminarios de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valladolid, vol. 13, 1954, págs. 377 y sigs.. ROSAL FERNÁNDEZ, Juan del, *Tratado de Derecho penal*, 1976, págs. 495 y sigs.

que se trata de un tipo de responsabilidad de índole administrativa (J. Goldschmidt), y 4.º) Una minoría estima que las personas jurídicas tienen existencia real y por tanto capacidad de realizar delitos y de soportar penas (así, Liszt). Otro problema que recoge Del Rosal, y al que ya anteriormente hemos hecho referencia, es el de si la pena o medida aplicable a la «universitas» excluye la pena individual que pudiera recaer en los miembros del grupo social, considerando que no hay motivo para destacar la compatibilidad de sanciones. Como conclusiones, formula el profesor Del Rosal las siguientes: a) Sólo el ser individual es sujeto activo de delito. La sociedad no puede delinquir como ente penal. b) Como excepción se admite un «delito de corporación». c) La técnica penal intenta por los medios a su alcance personalizar la conducta delictiva en los individuos del ente social, y d) Las legislaciones tienden a recoger infracciones corporativas si bien las medidas aplicables en estos casos revisten características especiales, empleando medidas de seguridad o penas pecuniarias.

Reflejadas anteriormente las posiciones de la doctrina científica actual y de la que podemos considerar inmediatamente anterior dentro del ámbito jurídico-penal, podemos señalar que análogas orientaciones se encuentran entre los civilistas que se han pronunciado sobre este tipo de responsabilidades en las personas jurídicas. Así, el profesor Albaladejo (21), entre otros, dice que la cuestión de la responsabilidad penal de la persona jurídica, por lo que atañe a nuestro derecho positivo, ha de resolverse, en opinión común, negativamente. En este sentido, la Sentencia de 31 de enero de 1973 (Sala 2.ª), pues aunque los textos de nuestra legislación penal no declaren nada explícitamente al respecto, parece, sin embargo, que han sido establecidos para la persona física. En este sentido tenemos: 1.º) Si bien hay delitos, dice, que la persona jurídica como entidad o una persona física como órgano de aquélla no puede cometer en el ejercicio de sus funciones, pues consisten en un hecho que necesariamente ha de quedar fuera del círculo en que la actuación de la persona física órgano vale como actuación de la jurídica (por ejemplo, aunque el gerente de una sociedad dé muerte al tercero con quien se halla en trance de contratar en nombre de la misma, a causa de la discusión motivada por la redacción de las cláusulas del contrato, no se puede estimar que haya obrado la sociedad por mano de aquél) (22), sin embargo, hay otros

(21) ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *Derecho civil*, I. Introducción y Parte General, vol. primero, Introducción y derecho de la persona. 3.ª Ed., 1975, págs. 397 y sigs.

(22) Como ya queda indicado, mi opinión, en general, es coincidente con la expuesta, pero pienso que el ejemplo tal vez pudiera ser este, en orden a la profundización del problema: El Consejo de Administración de una sociedad contrata los servicios de un profesional del crimen para matar a un importante competidor, abonando de los fondos sociales el precio del delito. Para mí en ningún caso delinque la sociedad por las razones ya apuntadas, sino exclusivamente las personas físicas que con inteligencia y voluntad decidieron cometer el delito, sin perjuicio, por supuesto, de las correspondientes medidas complementarias.

Ver RUIZ VADILLO, Enrique, *Las personas jurídicas y la delincuencia*,

actos que en un determinado derecho positivo pueden ser delictivos (y beneficiosos frecuentemente para la persona jurídica) y realizados por la persona física como órgano de la jurídica, es decir, valiendo por conducta como actuación de ésta (entiéndase, dice Albaladejo, que esto se dice no en el sentido de que esté permitido a la persona física órgano establecido por los estatutos de la entidad, sino en el de que pueden ser realizados usando mal de las facultades que éstos le conceden para obrar por la persona jurídica), por ejemplo, ocultación de ingresos para evitar el pago de impuestos, la fijación de precios y venta de productos infringiendo disposiciones vigentes; y 2.º) Que hay también penas aplicables a la persona jurídica, como las pecuniarias, comiso de bienes que le pertenezcan, disolución decretada por la autoridad, etc. (Cfr. Ley de Régimen Local, art. 415).

El profesor Bonet (23) entiende, en cambio, que si la ley atribuye a los entes ideales la posibilidad de querer y obrar por medio de personas físicas, considerando como voluntad propia del ente la voluntad de estas últimas, debe ser reconocida esta atribución de efectos no sólo en el campo de lo lícito, sino también de lo ilícito, y por eso del mismo modo y en el mismo sentido en que las personas jurídicas tienen capacidad de querer, también tienen capacidad de delinquir.

Como resumen consideramos que aunque las expresiones utilizadas diverjan en orden a la atribución de responsabilidad criminal de las personas jurídicas, en el fondo existe una especie de denominador común, con ciertas variantes, que podría quedar sintetizado así: No a las penas, entendidas en sentido clásico, y sí a las medidas de seguridad o penales, compatibles con la imposición de penas a las personas físicas, autores propiamente de los delitos cometidos en el seno de la entidad.

V.—MEDIDAS DE SEGURIDAD

Si, como señala, en general, la doctrina, el estado peligroso es el fundamento de las medidas de seguridad lo mismo que la culpabilidad es el presupuesto de la pena (24), no hay ningún inconveniente en admitir, como acabamos de ver, que así como la pena sólo es aplicable a las personas físicas, únicas a quienes puede calificárseles propiamente de culpables criminalmente, la medida de seguridad puede y debe imponerse, con los adecuados temperamentos, a las personas físicas (25)

en "Introducción al estudio teórico-práctico del Derecho civil", 12.ª ed., 1981-1982: personas jurídicas. Prólogo del profesor Hernández Gil. En el libro se citan las sentencias del Tribunal Supremo de 4 de octubre de 1972 y 31 de enero de 1973.

(23) BONET RAMÓN, Francisco, *Compendio de Derecho civil*, tomo I, pág. 540.

(24) RODRÍGUEZ DEVESA, José M.ª, *Derecho penal español, Parte General*. Madrid, 1979, págs. 909 y sigs.

(25) Todo lo que queda expuesto se dice como puro reflejo de ideas generalmente admitidas porque en mi modesta opinión la dualidad pena-

y jurídicas, con tal que el legislador construya un sistema dual de medidas en el cual unas tengan como presupuesto indispensable la llamada peligrosidad postdelictual y que por razones obvias sólo serían aplicables a las personas físicas y otras basadas en la pura peligrosidad social que incidirían exclusivamente sobre las personas jurídicas cuando, a consecuencia de los hechos delictivos realizados por los hombres y mujeres que compongan el ente social, se demuestre la peligrosidad de la estructura o entramaje societario que se puso ocasional o habitualmente al servicio del delito. En definitiva, insistiendo en ideas anteriores y como acertadamente dice el profesor Rodríguez Devesa (26), no se trata de dilucidar si se les puede o no imponer penas a las personas jurídicas, sino de someterlas a medidas de seguridad.

Pero aun planteado así el problema sobrevive, como también señalamos anteriormente, un importante tema, y es el de la adopción de estas medidas cuando se trate de una persona jurídica de tipo público, es decir, ciertas asociaciones, las corporaciones, algunas fundaciones, etcétera, que también, aunque sea con carácter muy excepcional, pueden ponerse accidentalmente al servicio de una determinada actividad delictiva y que sin embargo no parece que puedan recibir ningún reproche penal en razón a su propia estructura, ni siquiera a título de medida penal o medida de seguridad (27).

Cuáles puedan ser estas medidas y cuál su contenido será objeto de un breve y muy superficial estudio en otro apartado de este trabajo, concretamente en el dedicado al Proyecto de Código penal.

Las medidas eficaces de defensa social no han de ser, pues, penas, sino, como dice Antón Oneca (28), medidas de seguridad, aunque algunos se opongan también a ello en cuanto que aquéllas exigen igualmente una valoración de la persona humana. Esta solución, dice Puig Peña (29) ha sido aceptada incluso por los partidarios más decididos del sistema negativo y ha sido aceptada también por el Congreso Internacional de Derecho penal, celebrado en Bucarest en 1929,

medida no tiene razón de ser sino en casos muy excepcionales, cuando el sujeto activo es inimputable y cuando el delito se ha producido en el seno de una persona jurídica, es decir, dentro de su "normal" o "anormal" actividad corporativa. En los demás casos, y una larga vida profesional avala, creo yo, esta convicción, se trata de diferencias nacidas de puras etiquetas formales o terminológicas, sin ninguna efectividad, porque en este sentido entre la pena y la medida no existen las variaciones que a veces, teóricamente, se señalan.

(26) RODRÍGUEZ DEVESA, José M.^a, *Derecho penal español*. Parte General, ob. cit.

(27) La terminología es equívoca y además diversa, ya que la Ley General Penitenciaria (1/1979, de 26 de septiembre) habla de medidas penales y el Proyecto de Código penal de medidas de seguridad. El artículo 25.2 de la Constitución se refiere también a medidas de seguridad.

Ver BERISTAÍN IPIÑA, Antonio, *Medidas penales en el Derecho contemporáneo*, Ed. Reus, S. A., 1974.

(28) ANTÓN ONECA, José, *Derecho penal*, ob. cit., pág. 155.

(29) PUIG PEÑA, Federico, *Derecho penal*, ob. cit., pág. 211.

en el que se acordó la imposición de medidas preventivas para las personas morales, medidas de defensa social que no deben excluir —y a esto hemos hecho ya referencia expresa— la posibilidad de imponer penas individuales a los que tienen la dirección o administración de la sociedad y han cometido la infracción con los medios suministrados por ella. Ello no obsta para que, en caso de actividad delictiva de las personas jurídicas el Estado pueda tomar medidas contra las mismas, como son la suspensión y la disolución. (V. artículo 22 de la Constitución, ya citado). Así, citaba Puig Peña, la Ley de Asociaciones de 30 de junio de 1887, la Ley de Explosivos de 10 de junio de 1894 y la de Tenencia ilícita de Armas de fuego de 22 de noviembre de 1934.

VI.—RESPONSABILIDAD CIVIL SUBSIDIARIA

Aceptada por todos, sin polémica realmente, la capacidad de las personas jurídicas para asumir la responsabilidad extracontractual (ver art. 1.903 del Código civil) ninguna duda puede ofrecer que también responden subsidiariamente de los daños y perjuicios originados por las infracciones penales llevadas a cabo por quienes actuaron en el ejercicio de su actividad social y en muchas ocasiones en beneficio del ente jurídico. Evidentemente, y esta idea es, a nuestro juicio, otro argumento en favor de la irresponsabilidad penal de las personas jurídicas, ninguna de ellas puede asumir estatutaria o institucionalmente la misión o finalidad de llevar a cabo delitos porque sería tanto como autodefinirse «ab initio» de asociación ilícita, que por contrariar normas de rígida observancia devendría en nula de pleno derecho (ver art. 4 del Código civil), pero sí deben responder civilmente de sus consecuencias, sin perjuicio de la responsabilidad criminal de sus miembros. Los delitos que podemos llamar sociales, cometidos en el seno de una persona jurídica o con ocasión de la actividad social son siempre, repetimos, estructuralmente, desviaciones de su normal caminar, aunque deban responder de esos efectos (daños y perjuicios) como el propio Estado responde en determinados casos (30).

En este sentido el Código penal vigente establece, con un loable intento de garantizar la indemnidad de las víctimas, que esta responsabilidad se hará extensiva a los amos, maestros, personas, entidades, organismos y empresas dedicados a cualquier género de industria por los delitos o faltas en que hubieren incurrido sus criados, discípulos, oficiales, aprendices, empleados o dependientes en el desempeño de sus obligaciones o servicio» (art. 22 del Código penal).

El Proyecto de Código penal, en su artículo 118, hace responsables civilmente, en defecto de los que lo sean criminalmente: 1.º El

(30) V. Ley de Régimen Jurídico de la Administración.

RUIZ VADILLO, Enrique, *La responsabilidad civil subsidiaria según la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, "Revista de Información Jurídica del Ministerio de Justicia", octubre-diciembre 1972.

Estado, la Comunidad Autónoma, la provincia o el municipio, según los casos por los delitos cometidos por las Autoridades o sus agentes o por los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos y funciones o con ocasión de ellos. 3.º) Las personas naturales o jurídicas en los casos de los delitos cometidos en los establecimientos de su propiedad, cuando por parte de los que dirijan o administren o de sus dependientes o empleados se hayan infringido los Reglamentos de policía o las disposiciones de la Autoridad que estuvieren relacionados con el hecho punible cometido. También responden las personas jurídicas, según el núm. 4.º, por los delitos cometidos por sus representantes o gestores de derecho o de hecho, con ocasión del desempeño de las funciones o actividades que les fueren encomendadas o estuvieren ejerciendo en nombre de la entidad. También responderán en esos casos, con sus bienes propios y en defecto de los de la entidad, quienes formando parte de sus órganos directivos, colegiada o individualmente, tuvieran obligación de conocer el desarrollo de la actividad en cuya ejecución se cometió el delito. Igualmente responden: 5.º) Las personas naturales o jurídicas, propietarias de editoriales, periódicos, revistas, estaciones de radio o televisión o de cualquier otro medio de difusión escrita, hablada o visual por los delitos cometidos utilizando los medios de que sean dueños. 6.º) Las personas naturales o jurídicas dedicadas a cualquier género de industria o comercio por los delitos o faltas, tanto dolosos como culposos que hubiesen cometido sus empleados o dependientes en el desempeño de sus obligaciones o servicios... 7.º) Las personas naturales o jurídicas propietarias de vehículos, medios o instrumentos susceptibles de crear riesgos para terceros por los delitos o faltas cometidos en la utilización de los mismos por sus dependientes o representantes; y 8.º) Los aseguradores que hubieren asumido el riesgo de las responsabilidades pecuniarias derivadas del uso o explotación de cualquier objeto, empresa o industria cuando, como consecuencia de un hecho previsto en este Código, se produzca el evento que determine el riesgo asegurado y hasta el límite de la indemnización legalmente establecida o convencionalmente pactada.

En cuanto a la multa, desde el punto de vista práctico, ofrece aspectos muy específicos que nos han hecho pensar mucho sobre si sería procedente, es decir, si atentaría a alguno de los principios básicos que ya hemos examinado, que la persona jurídica en cuyo seno se da como probado que se cometió el delito, digámoslo así en lenguaje gráfico, aunque no exacto, fuera responsable subsidiario de la multa que fue impuesta al autor o autores. Si se piensa que el tema es común a todas las penas —que son o deben ser absolutamente personalísimas e intransferibles, la solución no puede ser otra que la de rechazar su imposición por vía penal o al menos por la vía específica de las penas. Ahora bien, la multa viene a constituir una especie de sanción «*sui generis*» (especie de indemnización a la comunidad de los daños y perjuicios producidos por el delito, y en este sentido, y sólo en él, podríamos hablar de responsabilidad subsidiaria de la persona jurídica, aunque pudiendo la propia sociedad y los socios repetir contra los responsables criminalmente. La idea no la tengo muy ultimada porque

parece una contradicción con alguno de los principios establecidos, y por eso tal vez conviniere estudiar más despacio el tema. Obsérvese que en la pena pecuniaria quiebran por completo muchos de los principios que consideramos esenciales, así la pena de multa, a pesar de lo anteriormente afirmado, nadie puede garantizar que tenga carácter personalísimo (la multa puede ser pagada por el empresario, por un familiar o por un amigo del condenado) (31) y de hecho, en el caso de delitos cometidos en el seno de una persona jurídica, se puede asegurar que las sanciones pecuniarias, en muchísimos casos, se pagan con el patrimonio social.

Es decir, a título de simple planteamiento del problema, sin convalidación en su más perfecta y adecuada solución, podemos preguntar, ¿sería aceptable que el Código penal dijese: en los supuestos en que tales o cuales delitos se hayan producido en el seno de una persona jurídica, de las multas impuestas a los condenados como autores y cómplices responderá subsidiariamente aquella, sin perjuicio del derecho de repetición?

Ello se entiende sin perjuicio también de las multas que puedan ser impuestas a las personas jurídicas como medidas de seguridad en los casos en que proceda.

VII. EL CODIGO PENAL VIGENTE (32)

Como dice el profesor Antón Oneca (33), todos y cada uno de los artículos del Código penal de 1870 parecen escritos partiendo de la base y del principio de que únicamente el individuo es el sujeto pasivo del crimen. En este sentido la jurisprudencia: 8 de mayo de 1928, 18 enero 1909, 13 diciembre 1913, etc.

Tampoco, sigue diciendo (34), los Códigos de 1932 y 1944 tienen

(31) En este sentido se ha llegado a plantear incluso por algún sector, el problema de si en estos casos podría configurarse como delito el hecho de que voluntariamente satisfaga la multa, en vez del condenado, quien no está obligado por ello a pagarla, que al hacerlo altera por completo la finalidad esencial de la pena, (el sufrimiento que lleva consigo), especialmente si tal circunstancia se exterioriza (ausencia de ejemplaridad). Aunque, como siempre, tengo el mayor respeto para esta como para cualquier opinión, no participo de ella, primero porque el Derecho no puede en la ordenación de la vida comunitaria llegar más allá de ciertas cotas de exigencia, segundo porque el dinero es un bien fungible y tercero porque a renglón seguido habría que construir una excusa absoluta (el padre que paga la multa impuesta al hijo, por ejemplo) que absorbería casi el cien por cien de los casos.

(32) RUIZ VADILLO, Enrique, *Proyecto de Ley Orgánica de Código penal*, Instituto Nacional de Prospectiva, "Cuadernos de Documentación", núm. 13, Madrid 1980.

(33) ANTÓN ONECA, José, *Derecho penal*, ob. cit.

(34) El Código penal de 1928 contempló el fenómeno de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el supuesto de que el delito se llevare a cabo "con los medios que las mismas les proporcionaren, en términos que resulte cometido a nombre y bajo el amparo, decía el artículo 44, de la representación social o en beneficio de la entidad.

precepto alguno de carácter general y varios artículos confirman el carácter individual de la responsabilidad, así los artículos 174 a 176. Los artículos 238 y 265, a los que enseguida haremos referencia, son, dice Antón Oneca, excepción y en ellos se aloja un criterio excepcional al establecer presunciones de culpabilidad o imputarse la omisión de impedir el delito, pero se ve claramente que la voluntad de la ley ha sido atribuir la responsabilidad a los individuos, incluso recurriendo a ficciones para evitar la impunidad, pero sin declarar a las personas sociales de la infracción.

En efecto, nuestro Código penal vigente se refiere de alguna forma a las personas jurídicas, con independencia de los supuestos de responsabilidad civil subsidiaria ya vistos y de aquellos otros en que puede ser sujeto pasivo del delito, en los artículos 172 (35), que establece qué asociaciones son ilícitas, y el 173, que señala las penas que corresponden a las personas físicas que formaron parte de ella, lo que no supone un reconocimiento de la teoría de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas, sino más bien, como también hemos indicado, un rechazo implícito de la misma.

El último párrafo del artículo 238 que tipifica el delito de desobediencia a órdenes expresas del Gobierno referentes a la fabricación, transformación, suministro, adquisición, transporte, importación o exportación de materias, efectos, productos, semovientes o cualquier género de mercancías, establece que si estos hechos fueren cometidos por sociedades, empresas o entidades análogas (la expresión, como puede deducirse de cuanto decimos en este trabajo, tampoco nos parece afortunada, porque las entidades no cometen delitos, sino que los delitos se cometen adheridos a sus estructuras, en su seno, como dicen algunos autores y nuestro Proyecto de Código penal) se impondrán, en su caso, las penas señaladas a los directores, gerentes de las mismas o encargados del servicio de que se trate, así como a los componentes del Consejo de Administración, siempre que éstos tuvieren conocimiento de la orden incumplida.

La primitiva redacción del artículo 265, que lo que contenía era una presunción «*iuris tantum*» de culpabilidad, decía así: «Cuando un depósito de armas, municiones o explosivos, fuere habido en el domicilio de una asociación, serán responsables tanto los empleados de la entidad que tengan su domicilio en el local social como los miembros de la Junta directiva de la asociación, salvo que por unos y otros se justifique plenamente (como se ve, se invertía, y con rigor, la carga de la prueba) que no tenían conocimiento del depósito. Estas asociaciones, seguía diciendo el artículo citado, serán disueltas para todos sus fines, tanto si se encontraren dichas armas o explosivos en su domicilio como fuera de él». La Ley 82/1978, de 28 de diciembre, dio a este artículo la siguiente redacción: «Los depósitos de armas, municiones o explosivos establecidos en nombre o por cuenta de una

(35) El artículo 513 del Código penal dice que la mera asociación, aún transitoria, de tres o más personas para cometer el delito de robo, se estimará comprendida en el núm. 2 del art. 172.

asociación con propósito delictivo, determinará la declaración de ilicitud y su consiguiente disolución». Con ello, y dudando del acierto de su redacción, que no de su contenido, queda intocado el tema de la capacidad criminal de las personas jurídicas.

El artículo 319 dice, según la redacción dada por la Ley 50/1977, de 14 de noviembre, sobre medidas impuestas de régimen fiscal, en su núm. 3, cuando el deudor de la cuota defraudada o el licitador 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 su ausencia de responsabilidad, en cuyo caso la imputación del hecho delictivo se efectuará al autor material, sin perjuicio de la responsabilidad que incumba a los otros partícipes, con lo que se establece también una posición «iuris tantum» y una supletoriedad de responsabilidad sobre el autor material que no nos convence.

El artículo 499 bis, en su último párrafo, dice: «Cuando los hechos previstos en los números anteriores fueren realizados por personas jurídicas (expresión equívoca y creemos que no correcta) se impondrá la pena señalada a los administradores o encargados del servicio que los hubieran cometido o que cometiéndolos y pudiéndolo hacer no hubieran adoptado medidas para remediarlo».

Como se ve, y aunque con muchas reservas en orden al acierto de las respectivas redacciones, creemos que el Código penal vigente rechaza de plano la responsabilidad penal de las personas jurídicas, asociando las penas a los directores, gerentes, etc., de las mismas, exigiendo el conocimiento del hecho o presumiendo su responsabilidad, a menos que demuestren lo contrario.

VIII. EL PROYECTO DE CODIGO PENAL DE 1980

El Proyecto de Código penal, en su artículo 135 (36), recoge en sus números 16, 17, 18 y 19 medidas de seguridad aplicables a las personas jurídicas: clausura de empresas, locales o establecimientos de carácter temporal o definitivo, disolución de asociaciones, sociedades o empresas, suspensión de las actividades de dichas asociaciones, empresas o sociedades y prohibición a tales entes de realizar determinadas actividades, operaciones o negocios, con carácter temporal o definitivo.

(36) V. también el art. 153 que permite a los Tribunales, en los delitos contra el orden socio-económico o contra el patrimonio (¿por qué no en los demás?), si el hecho fuere cometido en el ejercicio de la actividad de sociedades o empresas o utilizando su organización para favorecerlo o encubrirlo, aplicar todas o alguna de las medidas siguientes: Clausura de la empresa, sus locales o establecimientos, la disolución de la sociedad, suspensión de las actividades de la sociedad o empresa y la prohibición a la sociedad o empresa de realizar en el futuro actividades de sus operaciones mercantiles o negocios de la clase de aquéllos en cuyo ejercicio se ha cometido, favorecido o encubierto el delito.

Prescindiendo de las imprecisiones en las expresiones utilizadas que se contienen en los textos legales, porque la palabra empresa no es equivalente a persona jurídica (37), puesto que la empresa puede ser individual o colectiva, el Proyecto ha pretendido, sin duda, con su redacción, cubrir todas las posibilidades evitando así que por una interpretación restrictiva pudieran quedar fuera del ámbito penal determinadas realidades sociales jurídicas por razones puramente terminológicas.

Pero como acertadamente ha puesto de relieve el profesor Barbero (38), si como se reitera en la Exposición de Motivos «el juicio de peligrosidad sólo deberá incidir sobre sujetos que hayan demostrado ya su energía criminal mediante la comisión de un hecho previsto por la Ley como delito» y el objeto de ese juicio debe ser precisamente la peligrosidad criminal (probabilidad de cometer en el futuro un nuevo hecho previsto por la Ley como delito) resulta evidente que se trata de un concepto no aplicable a las personas jurídicas y que, en consecuencia, no puede imponerse a éstas medidas de seguridad de carácter penal, cuyo presupuesto —y volvemos a citar literalmente a la Exposición de Motivos— es «la peligrosidad criminal del autor de hecho».

Como solución apunta Barbero, «si se desea que el futuro Código constituya un cuerpo armónico y se mantenga fiel a los principios de los que proclama partir, ha de luchar contra la "peligrosidad" de las personas jurídicas —gravísima en muchos casos— como han evidenciado, vg., respecto de las multinacionales, recientes investigaciones de los profesores Tiedemann (Alemania), Delmas-Marty (Francia) Pedrazzi (Italia), etc., ha de actuar con medidas de carácter civil o administrativo, no con medidas penales (39).

En nuestra modesta opinión lo que parece claro es que la imposición de medidas penales a las personas jurídicas, que es incondicionalmente aceptable desde el punto de vista de los principios, no es coherente con el propio sistema establecido por el Proyecto, aunque, sin embargo, sería absolutamente si se partiera de unos presupuestos distintos. Es más, a nuestro juicio, así debería ser porque aun cuando las personas jurídicas —gravísima en muchos casos— como han causa directa del delito cometido en su seno, y tienen una naturaleza penal o cuasi penal. La correlación entre el delito, el delincuente, la pena y estas sanciones no nos parece desacertada puesto que existe una cierta abrazadera común, sin olvidar el tema ya tratado de la responsabilidad civil que tiene un claro denominador único.

En resumen, creemos que para imponer medidas de seguridad a una empresa o persona jurídica en general debe exigirse: 1.º) que se

(37) SÁNCHEZ CALERO, Fernando, *Instituciones de Derecho Mercantil*. Ed. Clares, Valladolid 1978.

(38) BARBERO SANTOS, Marino, *Marginación social y Derecho repressivo*, Bosch Ed., S. A., pág. 201.

(39) DELMAS-MARTY, Mireille y TIEDEMANN, Klaus, *La criminalité, le droit pénal et les multinationales*, en "La semaine juridique". Jurus Classeur Periodique, núm. 1; 4 de enero de 1979. Ref. 12.900.

haya cometido un delito (tal vez sólo un delito grave, excluyendo los menos graves y las faltas); 2.º) que se haya generado en el seno de la misma, sean o no descubiertos los responsables criminalmente. Es decir, sería factible que no se descubrieran los autores pero que se supiera que el delito se produjo en una sociedad o empresa determinada (supuesto de sobreseimiento del núm. 2 del art. 641 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), demostrado lo cual y existiendo peligrosidad social a juicio del Tribunal sentenciador, podrán imponerse medidas de seguridad.

En el Proyecto se hace referencia a la responsabilidad de las personas jurídicas en los siguientes artículos: 34, 35, 118, 132, 135, 16, 17, 18 y 19; 153, 232, 326, 331, 358, 364, 368, 374, 375, 385, 386, 544 (40).

El artículo 35 del Proyecto contempla una ordenación racional de la actuación en nombre de otro, cerrándose así una grave fuente de impunidad. También parece claro que, en cierta manera, que el prelegislador toma partido en el permanente problema de la responsabilidad de las personas jurídicas o morales trasladándose, como a mi juicio debe ser, a sus representantes.

IX.—ALGUNAS MANIFESTACIONES EN DERECHO COMPARADO

Muy en síntesis podemos señalar (41), en grandes rasgos, la situación actual de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la legislación de los Estados miembros del Consejo de Europa: en Austria, Bélgica, Grecia, Italia, Luxemburgo, Suecia y Suiza la regla «societas delinquere non potest» conoce excepciones en ciertos ámbitos de la legislación económica, de trabajo y de empresas, así como en materia fiscal. En Francia, la situación es análoga y también con determinadas excepciones: infracciones fiscales y Código de trabajo, así como en el pago de las multas, en determinadas circunstancias. En la República Federal de Alemania las personas jurídicas pueden ser condenadas a pagar una multa si se comete un «Ordnungswidrigkeiten» o una infracción penal. En Suiza, la regla de responsabilidad de personas morales ha sido flexibilizada con motivo de la entrada en vigor de la ley federal sobre el Derecho penal administrativo. Puede efectivamente renunciarse, en ciertos casos, a perseguirse penalmente a las personas físicas y condenar, en su lugar, a la persona moral, sociedad en nombre colectivo, sociedad en comandita o empresa individual, al pago de una multa. En Italia, si el representante o empleado de una persona moral comete una infracción penal dicha persona moral es

(40) RUIZ VADILLO, Enrique, *Proyecto de Ley Orgánica de Código penal*, Instituto Nacional de Prospectiva, cit.

(41) V. RUIZ VADILLO, Enrique, *Algunos aspectos de la delincuencia económica*, Anuario de la Escuela Judicial, XXVII Promoción, núm. 13, Madrid 1981.

obligada a pagar en ciertos casos, una suma de dinero igual a la multa impuesta a su representante o a su empleado. En Portugal sólo las personas físicas conocen la responsabilidad penal, salvo excepciones contra la economía pública, la salud pública, en materia fiscal, aduanera y de comercio bancario, así como en ciertos actos y operaciones de comercio, especialmente en el ámbito contravencional. En el Reino Unido, la regla general es que una persona moral (sociedad, establecimiento nacionalizado o administración local puede ser condenada a una responsabilidad penal con el mismo título que una persona física, salvo cuando el delito por su naturaleza no puede ser cometido por una persona moral y cuando la sanción, por su naturaleza, no puede ser infligida sino a una persona física. En Chipre, Dinamarca y Noruega las soluciones son similares a la que acabamos de indicar para el Reino Unido. En Holanda debe consultarse la legislación especial existente en relación con este tema (42).

X.—CONCLUSIONES

1.ª) Aunque el derecho debe evitar, hasta donde sea posible, todo dogmatismo, porque lo que tiene que hacer es servir incondicionalmente a la sociedad, siendo instrumento de justicia en función de los condicionantes de tiempo y lugar, no cabe la menor duda de que existen principios básicos que debe respetar: principios de culpabilidad, de legalidad, de proporcionalidad de las penas, de no condenar a nadie sin ser oído o sin darle la oportunidad de oírle, derecho a un proceso con plenitud de garantías, etc., etc., principios todos que deben ser mantenidos y protegidos por el ordenamiento.

2.ª) Por supuesto que el sistema jurídico no puede tampoco des-

(42) DELMAS-MARTY, Mireille, *La responsabilité pénale des groupements*, en "L'avant projet définitif de révision du Code pénal", Partie générale. Premières journées françaises de droit pénal. Pau 28-30 septembre 1978.

Sin desconocer, dice el profesor BARBERO (a), que en varios países europeos se reconoce ya la responsabilidad penal de las personas jurídicas (Holanda: Ley de 1950 sobre infracciones económicas y art. 51 del Código penal, modificado por Ley de 23 de junio de 1976. Yugoslavia: Ley de 1960 sobre infracciones económicas) y en otros (Finlandia, Noruega, Polonia, Francia (b), Colombia (c), se preparan reformas en este sentido. En Alemania, sigue diciendo, el problema se resuelve por la vía del denominado Derecho penal administrativo, admitiendo el artículo 30 de la Ley de Contravenciones al orden, en vigor desde el 1 de octubre de 1968, la imposición de multas, incluso a grupos carentes de personalidad, cuyos órganos hayan cometido un delito o una contravención al orden. (a) BARBERO SANTOS, Marino, *Marginación social y derecho represivo*, Bosch Ed., S. A., pág. 201. (b) Avant projet définitif du Code Pénal (1978) prevé en el artículo 37 la responsabilidad penal de grupos cuya actividad sea de naturaleza comercial, industrial o financiera. No exige, pues, dice Barbero, respecto a esta clase de grupos ni siquiera el requisito de que gocen de "personalité morale". (c) Artículo 360 del Proyecto de Código penal de 1978, cit. por el profesor Marino Barbero.

conocer una serie de realidades sociales a las que ha de dar el adecuado tratamiento. En este sentido la existencia de grandes empresas que actúan como entes abstractos, aunque con personalidad jurídica propia y que en el ejercicio de sus operaciones mercantiles llevan a cabo actividades que inciden en el campo penal, es innegable y gravemente atentatoria a la idea de justicia y de orden que ha de presidir la vida comunitaria y deben castigarse.

3.ª) Como antes hemos dicho, el principio de culpabilidad es uno de los presupuestos del Derecho penal y la Exposición de Motivos del Proyecto 1980 afirma que «el Código consagra la rotunda declaración de que «no hay pena sin culpabilidad», declaración que se hace efectiva en el artículo 3.º. Lo importante, pues, será hacer compatibles este principio con la defensa social que incumbe al Estado a través de los oportunos instrumentos que el ordenamiento jurídico facilita en los supuestos de inculpabilidad. Dentro de esa idea general hay que incluir el supuesto de las personas jurídicas.

4.ª) Si la culpabilidad exige que el sujeto activo del delito tenga inteligencia y voluntad y que le pueda, por consiguiente, ser imputado el hecho delictivo a título de dolo o de culpa, es claro que las personas jurídicas auténtica realidad social pero que carece de inteligencia y voluntad que han de serles prestadas por las personas físicas que integran sus órganos, no tienen aptitud para delinquir, es decir, no podrán ser jamás sujetos activos de un delito o falta.

5.ª) En cambio, nada hay que objetar a que la persona jurídica pueda «sufrir» restricciones a su normal capacidad jurídica o ciertas sanciones que no impliquen propiamente la preexistencia del correlato delito-delincuente y pena. Así, a una empresa que ha llevado a cabo para sí actos de contrabando, con independencia de los delitos cometidos por los hombres y mujeres que actuaron en cuanto órganos, puede imponérsele la sanción de prohibición de llevar a cabo operaciones de importación, suprimir determinados beneficios que viniere recibiendo, o incluso disolverla, así como imponerle sanciones económicas —no propiamente penas— en correspondencia a esa actividad para impedir actuaciones futuras análogas y conseguir una cierta ejemplarización.

6.ª) Es cierto que descubrir el delito producido en el seno de la actividad empresarial es muchas veces muy difícil. Esto lo sabemos bien quienes hemos vivido durante muchos años el derecho desde el punto de vista judicial. La dificultad, a veces, se transforma en imposibilidad total de individualizar el delito, aunque se haya acreditado el mismo, y esto, no sólo en los delitos dolosos, sino también en los culposos. Por ejemplo, si en una gran empresa de transporte una serie de camiones salen a conducir en pésimas condiciones de seguridad, el maremagnum de personas que quedan implicadas en la omisión de las diligencias adecuadas para corregir las deficiencias y en la toma de decisiones, y la red de individuos que de alguna manera, más o menos relevante, han intervenido en el hecho, impiden la individualización y en definitiva la imposición de responsabilidades penales. Por ello, y aun sin decirlo así expresamente el Código, el criterio de presumir que los máximos dirigentes son, en principio, responsables hasta que de-

muestren lo contrario ha sido seguido a veces en la práctica judicial en delitos de imprudencia. Por ello cabe perfectamente que la ley formule una presunción «*iuris tantum*» en el sentido de presumir que tales y cuales cargos serán los responsables, mientras no demuestren que no conocían los hechos (salvo que aun desconociéndolos, debieran conocerlos) o que conocidos no pudieran evitarlos.

7.ª) Por supuesto, cuanto queda dicho es independiente del tema de la responsabilidad civil subsidiaria, en el cual deben actuar las personas jurídicas como en el campo de la responsabilidad civil contractual, es decir, sin limitaciones.

8.ª) También debe quedar definitivamente resuelto el problema de la intervención de una persona física cuando actúa como directivo o en representación legal o voluntaria de otro (43), lo que hace acertadamente el Proyecto en el artículo 34 al decir que en estos casos responderá penalmente aunque no concurran en él y si en la entidad o persona en cuyo nombre obrare las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo.

9.ª) En cualquier caso, el tema debe ser resuelto en uno o varios preceptos de la Parte General, es decir, del Libro I, con una clara vocación generalizadora. Lo que no nos parece adecuado es que para cada una de las figuras delictivas se dé una solución con una redacción más o menos distinta, sin razón alguna para ello, lo que innecesariamente provocará o puede provocar amplias y serias dudas al intérprete.

10.ª) Este mismo principio ha de mantenerse para las leyes especiales (44), evitando que cada una de ellas propugne una solución ajustada a sus circunstancias o creyendolas conforme a las mismas, cuando realmente aquí no debe haber especialidades, sino un principio único en virtud del cual, como ya hemos dicho, cuando determinados delitos se den en el seno de una persona jurídica o se produzcan con motivo u ocasión de su propia actividad societaria o comunitaria la ley debe presumir que sus autores son las personas físicas que por ellas actuaron mientras no demuestren cumplidamente lo contrario.

En resumen (45), aceptada por el Derecho la realidad social de

(43) V. MUÑOZ CONDE, Francisco, *La responsabilidad penal de los órganos de las personas jurídicas en el ámbito de las insolvencias punibles*, en "Revue Internationale de droit pénal", 1978, núm. 1, con interesantes consideraciones generales sobre el tema.

(44) V. Proyecto de ley sobre modificación de la legislación vigente de Contrabando y regulación de delitos e infracciones administrativas en la materia ("Boletín Oficial de las Cortes Españolas", Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 175-I, de 19 de febrero de 1981. Su artículo 5.º dice: "Los Tribunales impondrán las penas pertinentes en su mitad superior cuando los delitos se cometan por medio o en beneficio de entidades u organizaciones de cuya naturaleza o actividad pudiera derivarse una especial facilidad para la comisión del delito.

(45) Además de las obras citadas pueden consultarse, entre otras, las siguientes: LÓPEZ ROCHA, Manuel Antonio: *Irresponsabilité penale des personnes morales*. Responsabilité pénale du fait d'autrui. "Boletim do Ministerio de Justiça. Lisboa. Portugal 1978, mayo, núm. 276, pág. 5.

las personas jurídicas, es imprescindible situarlas dentro de los parámetros que la lógica y la coherencia demandan. El rechazo de la responsabilidad penal deviene no sólo de la exigencia imprescindible de inteligencia y voluntad en la persona, que sólo se da en el ser humano, que delinque, sino en la inoperatividad de las consecuencias que se asocian al delito que son las penas que se impondrían a la persona jurídica, no sólo no cumplen ninguna de las funciones que les son inherentes e inseparables, sino que antes al contrario, como ya hemos apuntado, pueden resultar contraproducentes si como algunos pretenden la sanción penal de la persona jurídica excluyera la de las personas físicas que efectivamente actuaron, porque siendo así estas últimas quedarían siempre en una zona de impunitismo mientras las gentes verían cómo se hace realidad esa peligrosísima imagen de delincuencia artificial en el mundo de los grandes negocios, que aplicada a los entes abstractos y de alguna manera irreales por ser incorpóreos (un banco, una empresa industrial o comercial, una multinacional), darían la impresión —absolutamente real— de que sus actividades delictivas, mucho más peligrosas y graves generalmente que llevadas a cabo por hombre y mujeres con su propia y específica personalidad jurídica, no tenían nada que ver con lo que el delito es y significa, lo que resulta totalmente falso e injusto.

La única solución posible consiste, pues, a nuestro juicio, en considerar fuera del ámbito penal a las personas jurídicas o entes abstractos, buscando en todo caso, con el mayor rigor procesal y con el establecimiento de presunciones (46) que respondan a la lógica, las personas físicas que intelectiva y volitivamente, por acción u omisión, por dolo o por culpa, sean los verdaderos autores y cómplices

MASSAVEU, *La responsabilidad penal de las personas corporativas*, "Revista de Estudios Penales", vol. II. MESTRE, *Les personnes morales et le problème de leur responsabilité penale*, París 1889. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho penal. Parte General*, vol. I, 1977, págs. 228 y sigs. RODRÍGUEZ RAMOS, *Apuntes de Derecho penal. Parte general*, págs. 281 y sigs. ROSAL FERNÁNDEZ, Juan del, *La sociedad como ente penal*, "Anales de la Real Academia Matritense del Notariado, VI, 1952. ROSAL FERNÁNDEZ, *Derecho penal de Sociedades Anónimas*, vol. I, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad de Madrid, 1971. X Congreso Internacional de Derecho Comparado, Budapest, 23-28 agosto 1978, siendo Relator general Constant. WINIZKI, Ignacio, *Responsabilidad penal de los directores de las empresas mercantiles*, Ed. Arayú, Buenos Aires, 1954.

(46) En este sentido y con algunos retoques podría servir el artículo 35 del Proyecto al que nos remitimos, a pesar de estar concebido para otra finalidad. La redacción podría ser ésta: El que actuare como directivo u órgano de una persona jurídica (o representación legal o voluntaria de otra) responderá penalmente de los actos u omisiones realizadas por aquélla incluso aunque no concurren en él y sí en la entidad (o persona en cuyo nombre obrare), las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo. Cuando un delito fuere cometido a través de una persona jurídica se impondrá la pena señalada a los directores, administradores o encargados del servicio que los hubieran cometido o que conociéndolos y pudiendo hacerlo no hubieran adoptado medidas para remediarlos.

de los delitos, sin perjuicio de configurar la correspondiente responsabilidad subsidiaria extensible incluso tal vez a las sanciones pecuniarias, sin perjuicio del derecho de repetición y de los socios y de la *responsabilidad civil subsidiaria*. Finalmente las sanciones de disolución, de suspensión, de prohibición de actividades deben imponerse cuando procedan, en función de un amplio arbitrio judicial para evitar que quienes resulten efectivamente perjudicados sean los socios que ninguna participación tuvieron en el delito y los productores obreros que, con la misma ajenidad, trabajan o trabajaron para la empresa.

La preterintencionalidad en el Proyecto de Código penal de 1980

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

SUMARIO: I) Introducción.—II) Estado actual de la cuestión.—III) El artículo 173: Consideración preliminar.—IV) El homicidio preterintencional.—V) ¿Parricidio y asesinato preterintencionales?—VI) El artículo 173 en relación con las formas de imputación.—VII) Las lesiones preterintencionales.—VIII) La penalidad.—IX) Consideración final.

I.—INTRODUCCION

Sin duda, una de las deficiencias más graves que aqueja al Código penal español vigente, es la que acusa en el tema de las formas de la imputación y de la culpabilidad en general.

Punto álgido de esta situación la representa la latencia del *versari* en sus diversas formas y manifestaciones, no sólo transformando el caso en culpa, sino también la culpa en dolo, lo que hace mucho más difícil una valoración exacta de cuál sea el verdadero sistema culpabilista, por así decirlo, de nuestro Código.

No se escapa a este cuadro el tema de la preterintencionalidad, con toda la vaguedad e imprecisión que este vocablo evoca, tanto en el orden estructural u ontológico como en el axiológico o valorativo.

A la luz de la evolución experimentada últimamente por el principio de culpabilidad, es sin duda tema de no escaso interés el de la preterintencionalidad. Dentro de ella ofrece acrecida importancia el tratamiento jurídico-penal del supuesto de lesiones seguidas de muerte.

Los autores del Proyecto, conscientes de esta situación, han intentado remediarla, esforzándose por radiar *ad limina*, y en forma reiterativa, casi obsesiva, el espectro del *versari*. Aparte otros retoques de menor importancia, así resulta fundamentalmente de los artículos 3, 17, 21 y 173. Conforme al artículo 3: «No hay pena sin culpabilidad. Cuando la pena venga determinada por la producción de un ulterior resultado más grave, sólo se responderá de éste si se hubiere causado, al menos, por culpa»; el 17 dispone que: «Son delitos o

faltas las acciones y omisiones dolosas o culposas penadas por la Ley»; el 21, fuera ya del catálogo de las eximentes, en artículo especial y anterior al de estas últimas, advierte que: «Si el hecho se cometiere por mero accidente, sin dolo ni culpa del sujeto, se reputará fortuito y no será reprochable a su autor».

Dos cosas quedan dichas de forma rotunda: que no hay pena sin culpabilidad, y que ésta tiene dos formas, a saber, el dolo y la culpa.

El 173 se ocupa expresa y específicamente de la preterintencionalidad. Según veremos en breve, el Proyecto suprime los dos polémicos preceptos, el artículo 50 y la atenuante 4.^a del 9, y establece en su lugar figuras específicas de preterintencionalidad. En dicho artículo se tipifican el homicidio y las lesiones preterintencionales.

A continuación nos proponemos hacer unas observaciones sobre el artículo 173, en sí y en su relación con las formas de imputación reconocidas en las mencionadas disposiciones.

Sin duda, se ha querido inaugurar un nuevo marco normativo para la solución de los problemas que plantea la preterintención. Mas, para poder aquilatar su sentido y alcance quizá sea oportuno recordar, aunque muy brevemente, el estado actual de la cuestión.

II.—ESTADO ACTUAL DE LA CUESTION

Cuando a consecuencia de lesiones se produce la muerte de la víctima, nos hallamos ante un supuesto cuyo tratamiento jurídico-penal muestra, como es bien sabido, una profunda diferencia entre la doctrina y la jurisprudencia. Discrepancia ésta motivada, en buena parte, por una serie de circunstancias de la evolución histórico-legal de nuestro Código, que han determinado una grave deficiencia normativa en el terreno de la culpabilidad y las formas de imputación.

El dispar trato dado al caso que nos ocupa por la doctrina y la jurisprudencia ha sido expuesto con detalle en numerosos y variados estudios, a los cuales nos remitimos (1). Al objeto de nuestro estudio es suficiente aquí una breve caracterización de cada una de tales líneas de solución.

(1) Entre ellas cabe destacar: ANTÓN, *Derecho Penal*, I, págs. 230 y ss.; del mismo, *Notas críticas al Código penal. Las lesiones*, en "Homenaje al P. J. Pereda", 1965, págs. 775 y ss.; BERISTAIN, A., *Observaciones acerca de las lesiones en el Derecho penal español y comparado*, en R.G.L.J., 1971; CEREZO MIR, *El "versari in re illicita" en el Código penal español*, en ANUARIO, 1962, págs. 47 y ss.; del mismo, *El "versari in re illicita" y el párrafo tercero del art. 340 bis a) del Código penal español*, en ANUARIO, 1970, págs. 287 y ss.; COBO DEL ROSAL, "Preterintentionem" y principio de culpabilidad, en ANUARIO, 1965, págs. 85 y ss.; CUELLO CALÓN-CAMARGO HERNÁNDEZ, *Derecho penal*, t. II, vol. 2.º, Barcelona, 1980, págs. 487 y ss.; FERRER SAMA, *Comentarios*, IV, 1959, página 243; GIMBERNAT, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Madrid, 1966; JIMÉNEZ ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, VI, págs. 18 y ss.; MUÑOZ CONDE, *Del llamado homicidio preterintencional* (Comentarios a la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 1973), en "Revta. Jur. de Cat.", núm. 4, octubre-diciembre 1974, págs. 155 y ss.;

La doctrina, de forma prácticamente unánime, siguiendo el conocido criterio progresivo de Silvela en la delimitación conceptual y operativa entre el artículo 50 y la atenuante 4.ª del 9, reclama para el artículo 50 el supuesto en que el agente, habiéndose propuesto producir lesiones causa la muerte, basándose sustancialmente en que el delito intentado y el producido son delitos distintos, mientras que procede la atenuante 4.ª cuando se trate de un mismo delito pero con diferente gravedad. Al pronunciarse de esta forma, y prescindiendo del origen y del sentido que para el legislador del 70 pudo tener dicha norma, así como de los inconvenientes o incluso despropósitos punitivos que en otro orden de cosas puede producir, la doctrina al pronunciarse de esta forma asumía conscientemente un criterio de sentido progresivo de la culpabilidad, con la conciencia de restar campo de aplicación al *versari* latente en el artículo 9-4.º.

No es el resultado, sino la intención, lo que determina el título fundamental de imputación, y la gravedad del hecho. Se imputa un delito de *lesiones*, y la muerte actúa como motivo de agravación de esta responsabilidad.

El artículo 50, al ser aplicado a las lesiones seguidas de muerte, puede, sin embargo, dar lugar a una grave e innegable insuficiencia punitiva en aquellos casos en que la lesión, consumada o intentada, que causa la muerte, es, en cuanto tal, leve, de suerte que aunque se exaspere la pena a ella correspondiente hasta el grado máximo, dado que no se puede saltar ese marco, siempre resultará una penalidad excesivamente benigna, y de otra parte injusta, si se tiene en cuenta que ya sólo la obligada calificación posible del hecho como homicidio culposo rebasaría dicha penalidad; y, como es obvio, si para evitarlo se procede a esta última calificación, quedaría desatendido el aspecto subjetivo de la lesión inherente a esa conducta.

Esta insatisfacción es el motivo fundamental por el que la jurisprudencia desdena la aplicación del artículo 50 y sigue aferrada a la aplicación del consabido sistema atenuatorio del artículo 9, 4.º.

Al así proceder, impulsada por motivos prácticos de justicia, tendrá que pagar un elevado precio en el orden de los principios, como de forma reiterada ha señalado unánimemente nuestra doctrina: integrar la atenuante 9, 4.ª con el tipo de homicidio voluntario (art. 407),

PEREDA, J., *El "versari in re illicita" en la doctrina y en el Código penal*, Madrid, 1948; QUINTANO, *Curso de Derecho penal*, II, Madrid, 1963, página 18; del mismo, *Comentarios*, II, 1958, pág. 179; RAMIRO RUEDA, *Elementos de Derecho penal*, I, Santiago, 1891, págs. 177 y ss.; RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español*, Parte Especial, Madrid, 1980, páginas 41 y ss.; RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código Penal*, t. I, Barcelona, 1972, págs. 438 y ss., y t. II, págs. 205 y ss.; RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Notas al Tratado de Derecho penal*, de Mezger, II, Madrid, 1949, págs. 27 y ss.; DEL ROSAL, con COBO y RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho Penal Español* (Parte Especial), Madrid, 1962, págs. 146 y ss.; SILVELA, *El Derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, Madrid, 1879, pág. 137; TORIO, A., "*Versari in re illicita*" y delito culposo. *El denominado caso fortuito impropio*, en ANUARIO, 1976, págs. 17 y ss.

dando así vida a la tan criticada figura contradictoria del homicidio *doloso preterintencional*.

Puesto que el homicidio del 407 —y lo mismo hay que decir del parricidio del 405— es homicidio doloso o voluntario y la atenuante se proyecta sobre él, aunque en el orden práctico la solución pueda no resultar *necesariamente* injusta —habida cuenta de su posible apreciación como muy calificada que rebaja la pena en uno o dos grados— es lo cierto que en el orden dogmático y de los principios la solución es criticable. Se afirma en definitiva la existencia de un homicidio voluntario atenuado. Mas como la muerte, por definición, no ha sido querida, o se opera con el concepto de dolo indirecto, que merece general rechazo, o se finge el dolo, de modo que se imputa el homicidio a título de dolo, se castiga «como si» fuese doloso, pése a que se sabe que no lo es. En el Código penal español vigente no existe, a diferencia de otros países, la figura del homicidio preterintencional, salvo que en un exceso de potenciación de la virtualidad sistemático-creadora del principio del *versari* ínsito en el 9, 4.º, quisiera uno entender que, mal que bien, ese precepto representa un *compendio* de figuras delictivas preterintencionales, lo cual no nos parece que sea de recibo.

La jurisprudencia se halla así incómoda y expuesta a la crítica dogmática derivada de la inexistencia de un tipo de homicidio preterintencional.

Verdad es que en estos últimos años ha dictado el Supremo algunas sentencias en que hace aplicación del artículo 50 (2). Pero se trata en rigor de muy aisladas resoluciones, que no pasan de ser insignificantes excepciones frente a la expuesta tesis jurisprudencial, que es absolutamente dominante en la materia (3).

III.—EL ARTICULO 173. CONSIDERACION PRELIMINAR

El artículo 50 y la atenuante 4.º del 9 son suprimidos en el Proyecto. Conforme señala la Memoria, «se suprime la preterintencionalidad como también se prescindió antes de tratar este instituto en su versión heterogénea, tan escasamente aplicada en la práctica. Ha parecido más sencillo, a semejanza de otros Códigos, crear en el Libro II las figuras más acusadas de preterintención». Por ello «una de las principales novedades del Anteproyecto» es la creación de la «figura específica» de «*las lesiones seguidas de muerte*», así como otra para el supuesto de que «se produzcan lesiones más graves que las queridas por el culpable» (4).

Efectivamente, el artículo 173 prescribe que «El que, con actos

(2) Así, en las interesantes SS. de 15 noviembre 1969, 30 marzo 1973 y 22 febrero 1980 (en los principios, al menos).

(3) Vid., a este respecto, MUÑOZ CONDE, *loc. cit.*, pág. 156.

(4) *Memoria Explicativa del Anteproyecto de Código penal*, páginas 11-12 y 45.

dirigidos a producir una lesión, causare la muerte del lesionado o una lesión más grave que la querida por el culpable, será castigado con la pena inferior en uno o dos grados a la que correspondería si el resultado hubiere sido causado dolosamente».

De esta suerte, quedan cobijadas en una misma fórmula la muerte y las lesiones preterintencionales, las cuales son sometidas a una misma regulación sustantiva.

A continuación trataremos primeramente de la muerte preterintencional, para pasar después a las lesiones preterintencionales.

IV.—EL HOMICIDIO PRETERINTENCIONAL

¿Cuál ha sido el hilo argumental de la nueva regulación de la muerte preterintencional?

1. Si uno diese crédito a la explicación que ofrece la Memoria, se habría tratado pura y simplemente de consagrar legalmente la conocida tesis de la jurisprudencia: se imputa la muerte a título de dolo pero corrigiendo la responsabilidad mediante la apreciación de la falta de voluntad de matar (atenuante de preterintencionalidad, que había sido suprimida en la Parte general del Código). «Para ser coherente con la supresión de la preterintencionalidad en el Libro I, dice la Memoria, había que prever esta figura específica», añadiendo que «la imposición de la pena inferior en uno o dos grados equivale a una atenuación calificada, establecida por ministerio de la Ley, ahorrando así a los Tribunales no pocas dificultades en tema tan espinoso» (5). Atenuación, pues, de la responsabilidad dolosa. La filosofía que inspiró la configuración del nuevo tipo sería, según ello, legalizar la preterintencionalidad como circunstancia atenuante muy cualificada del homicidio doloso con obligada apreciación para el Tribunal. En apoyo de ello viene el total paralelismo con que se ha tipificado y sancionado las lesiones preterintencionales en el mismo precepto, y el referido modo de fijar las penas en referencia simétrica a los diferentes tipos dolosos (6).

Contra este tipo de pensamiento constructivo se pueden formular, naturalmente, las mismas objeciones sustanciales que nuestra doctrina opone a la tesis que sirve de soporte técnico a las resoluciones de los Tribunales.

El tipo del artículo 173 puede, en principio, ser cualquier cosa: lesiones agravadas por la muerte, homicidio culposo especialmente agravado, o incluso figura mixta de lesiones y homicidio como norma especial de un concurso. Pero lo que no es admisible es conceptuarle como homicidio doloso atenuado, porque ello entraña la grave anomalía de una ficción de dolo. Postulando el dolo la indeclinable exigencia de referir el contenido de la voluntad al nexo causal entre acción

(5) *Memoria*, pág. 45.

(6) Así lo entiende también RODRÍGUEZ DEVESA, en *La Reforma penal y penitenciaria*, Santiago, 1980,, págs. 162-163.

y resultado, es claro que en la acción con eficiencia causal bifronte, lesión y muerte, si el agente no ha previsto la virtualidad homicida de su acción (intencionalidad lesiva), falta el dolo respecto de la muerte, y no hay homicidio doloso, por más que la acción sea dolosa en otro respecto. Y a partir de ahí no tiene sentido concebir la falta de voluntad homicida como una atenuante. ¿Atenuante de qué, y por qué? Sólo puede hablarse de atenuante respecto de un (a priori) *supuesto o fingido* homicidio voluntario. Con ello se desemboca en la contradictoria figura del homicidio doloso preterintencional.

No es, pues, posible reconducir el supuesto típico que nos ocupa al cauce del homicidio doloso, ni por tanto concebir la preterintencionalidad como circunstancia atenuante del mismo (7). Se hace preciso, por ello, buscar el verdadero contenido del supuesto en otra dimensión y con perspectiva diferente.

2. Efectivamente, el artículo 173 del Proyecto es susceptible de una interpretación distinta.

Examinando más de cerca el asunto, es fácil advertir que la comprensión que la Memoria ofrece difícilmente se corresponde con la realidad legislativa.

En efecto. No puede pasarse por alto el hecho de que el efecto atenuatorio de la preterintencionalidad es tan intenso y privilegiado que desmarca a esta *supuesta* atenuante del régimen propio de las circunstancias. Porque, pese a que la Memoria diga que «la imposición de la pena inferior en uno o dos grados equivale a una atenuación calificada», evocando así el efecto que a la atenuante 4.^a del 9 le pueda corresponder cuando sea apreciada como muy calificada, lo cierto es que en el Proyecto más que «calificada» sería «supercalificada», por dos razones: a) Conforme al Proyecto, las circunstancias atenuantes cuando sean apreciadas como muy calificadas autorizan el descenso de la pena sólo a la inferior en *un* grado —en contraste con el Código vigente, que admite que la rebaja pueda ser de *dos* grados—; pero en cambio para la preterintencionalidad, que ha sido suprimida del catálogo de las circunstancias atenuantes, se ordena la inferior en uno o *dos* grados; el recorte del efecto atenuatorio no alcanzó a la preterintencionalidad. b) El efecto especialmente atenuatorio de la circunstancia muy calificada es, tanto en el Proyecto (un grado) como en el Código vigente (uno o dos grados), de apreciación facultativa para el Tribunal; por el contrario, para la preterintencionalidad (que según vimos admite la rebaja en uno o dos grados), se prescribe que el Tribunal está obligado a rebajarla por lo menos en un grado («establecida por ministerio de la Ley», dice la Memoria). Conforme a ello, la actual circunstancia 4.^a del art. 9 es tratada en sus efectos como cualquier otra circunstancia, tanto si se la aprecia como circunstancia ordinaria o como muy ca-

(7) La pena es menor que la del homicidio voluntario, ciertamente; pero esto no prejuzga de suyo la cuestión de la naturaleza y estructura del supuesto típico, como tampoco la prejuzga, por su parte, la comprobación de que dicha pena es asimismo mayor que la del homicidio culposo, o la de las lesiones. Todo esto deja imprejuzgada la cuestión sustancial.

lificada. Por el contrario, el Proyecto, que borró la preterintencionalidad del catálogo de las circunstancias, le concede un efecto específico bien distinto.

De esta suerte, puede uno tener la sospecha de que no nos hallamos en realidad ante una *circunstancia*, sino ante un fenómeno distinto.

Estas connotaciones con un pensamiento «atenuatorio» no son de extrañar si se tiene en cuenta que entre nosotros hasta ahora el tema de las lesiones seguidas de muerte se ha movido dentro del reducido y forzado marco normativo constituido por el artículo 50 y la atenuante 4.ª del 9.

Pero, a decir verdad, el Proyecto, al reemplazar los mencionados preceptos conflictivos por la regulación que ofrece en su artículo 173, se sustrae a esa dialéctica, inaugurando un nuevo horizonte para la comprensión del fenómeno en estudio. Aunque la Memoria parece no despegar del planteamiento actual, creemos sin lugar a duda, que el texto legal da pie para una nueva concepción.

3. ¿Qué es lo que hay realmente en el artículo 173?

Como es sabido, la regulación jurídico-penal del supuesto de hecho que nos ocupa registra en el Derecho comparado dos sistemas diferentes, de caracteres y configuración bien distintos entre sí. No es necesario, y tampoco sería posible en el estrecho margen de esta colaboración, ofrecer una exposición minuciosa de cada uno de ambos sistemas, ni de todas las diferentes cuestiones y problemas inherentes a cada una de estas alternativas. Es suficiente ofrecer a grandes rasgos el perfil de una y otra, en la medida mínima indispensable para el objeto de nuestro estudio, que no es otro que el intento de comprensión y caracterización del tipo, o por mejor decir, tipos delictivos introducidos en el artículo 173 del Proyecto.

Los aludidos sistemas encarnan respectivamente en el Derecho alemán y en el italiano.

a) El Código alemán, dentro del capítulo de las lesiones, y bajo la rúbrica «Lesiones con resultado de muerte», prescribe en el párrafo 226 una agravación para el supuesto de que la lesión haya causado la muerte del lesionado. El título de imputación es el del delito de lesiones, cuya pena experimenta una agravación consistente en elevar el tope mínimo de la penalidad de la lesión correspondiente, que no podrá bajar de tres años (8). La estructura es la de una lesión dolosa cualificada por la muerte, que ha de ser imprudente. Por imperativo del párrafo 18 se excluye la muerte fortuita, pues conforme a esta importante y fundamental norma (9) si la Ley vincula a una determinada consecuencia del hecho una agravación de la pena, ésta sólo alcanzará al autor o al partícipe si dicha consecuencia le fuera imputable a título de culpa. Tanto en la calificación como en la fijación

(8) Se añade que en casos menos graves la pena será la de tres meses a cinco años.

(9) Sustancialmente equivalente a ella es el art. 3.º del Proyecto, que hemos recogido más arriba.

de la penalidad, al elegir la lesión como *Grundtatbestand* y la muerte como simple cualificación del mismo, adopta este Código una decisión fundamental, al rechazar el llamado homicidio preterintencional como tercera forma de imputación, intermedia entre el dolo y la culpa. Se inordina así en los *Erfolgsqualifizierte Delikte*, categoría que se apoya en la consideración de que la comisión de un tipo básico (determinado específicamente conforme al diverso elemento subjetivo) puede merecer pena agravada si causa un resultado dañoso adicional con el que se puede contar según la experiencia de la vida y que era previsible para el autor.

b) Por el contrario, la legislación italiana, ya desde los Códigos pre-unitarios, encarna el sistema opuesto. Este Código —y pese a la disidente opinión mayoritaria tradicional— tipifica el supuesto en cuestión como homicidio preterintencional, esto es, como tercera forma de imputación distinta del dolo y de la culpa. Con apoyo en el artículo 43, que reconoce tres formas fundamentales de imputación, dolosa, preterintencional y culposa, tipifica en el artículo 584 el homicidio preterintencional, bajo este mismo nomen, al disponer que «Quien con actos dirigidos a cometer uno de los delitos previstos en los artículos 581 (golpes) y 582 (lesiones) causa la muerte de una persona, será castigado con la pena de reclusión de diez a dieciocho años».

El homicidio doloso reconoce en el Código italiano, como es sabido, unas agravantes —coincidentes sustancialmente con las cualificativas de nuestro parricidio y asesinato— que motivan un aumento, considerable, de la pena (arts. 576 y 577). Esas mismas circunstancias engendran agravaciones específicas cuando concurren en el delito de lesiones: si es alguna de las mencionadas en el artículo 576 la pena es aumentada de un tercio a la mitad, y si son de las del artículo 577 se aumenta hasta un tercio. Surgen así tipos especialmente agravados de lesiones, tanto del tipo básico (las del artículo 582) como de los tipos ya agravados previstos en el artículo 583. Se trata, pues, de tipos agravados de lesiones, cuyo paralelo en nuestro Código está representado por el penúltimo párrafo del artículo 420, y cuya cuantía agravatoria es también sustancialmente equivalente. Este cuadro normativo del Código italiano se cierra con una disposición altamente importante para el objeto de nuestro estudio, la contenida en el artículo 585. Conforme a éste, las circunstancias que motivan la agravación del homicidio y la agravación de las lesiones, que, según acabamos de señalar, son las mismas en una y otra especie delictiva, agravarán asimismo la pena del homicidio preterintencional, y justamente en la misma cuantía en que lo hacen las lesiones: de un tercio a la mitad si se trata de las del artículo 576, y hasta un tercio si de las del artículo 577. Se configura así, salvada la nomenclatura y la diferente forma de articular el sustrato normativo, el parricidio y el asesinato preterintencionales. Quede constancia de ello aquí por el momento; luego volveremos sobre esta importante cuestión. Para la recta comprensión de la normativa del homicidio preterintencional debe todavía recordarse otro precepto del mismo, que puede ofrecer luz de contrapunto

a la configuración del 584. Me refiero al artículo 586. Este artículo, bajo la rúbrica legal «muerte y lesiones como consecuencia de otro delito», dispone que «cuando de un hecho previsto como delito doloso deriva, como consecuencia no querida por el culpable, la muerte o lesión de una persona, se aplican las disposiciones del artículo 83, pero las penas establecidas en los artículos 589 (homicidio culposo) y 590 (lesiones culposas) son aumentadas». El artículo 83, al que remite, prescribe que «si por error en el uso de los medios de ejecución del delito, o por alguna otra causa, se ocasiona un resultado diverso del querido, el culpable responde, a título de culpa, del resultado no querido, cuando el hecho esté previsto por la Ley como delito culposo», añadiéndose que «si el culpable ha causado también el resultado querido, se aplican las reglas del concurso de delitos».

Sobre este complejo y delicado cuadro normativo deberá actuar el intérprete para formar una opinión sobre el homicidio preterintencional.

Creo que no pecaría de exagerado si dijese que todo lo que pueda decirse sobre la figura en cuestión ha sido fundamentalmente dicho ya por la doctrina italiana, la cual ha tenido que enfrentarse con ella desde los Códigos anteriores a la unificación a través de una sutil y larga evolución, y que ha sido objeto de numerosos estudios y trabajos preparatorios de los diferentes textos legales. Creemos por ello que no cabe nada nuevo que aportar, por un lado, y por otro que no tendría sentido, para el objeto de nuestro trabajo, recordar aquí el ardor y el tono polémico con que han sido abordadas y debatidas las diversas alternativas de comprensión o conceptualización producidas en torno a la figura en examen.

La comprensión estructural y sustancial de la figura delictiva en cuestión depara en la literatura penal italiana posiciones varias y diversas entre sí. No es necesario reseñarlas aquí. Pero no podemos por menos de recordar un estudio muy reciente debido a Patalano (10), que constituye un profundo análisis, de rigurosa coherencia sistemática, sobre la estructura del homicidio preterintencional, y que creemos útil traer aquí a colación por lo que pueda tener de ilustrativo para la comprensión del delito tipificado en el artículo 173 de nuestro Proyecto.

Patalano, después de llevar a cabo un análisis crítico de las posiciones más significativas de la doctrina y la jurisprudencia, advierte que para una ulterior confirmación de la incertidumbre de los resultados obtenidos por las orientaciones tradicionales bastaría considerar que una parte de la doctrina, cuando define la preterintención como un mixto de dolo y culpa o como un mixto de dolo y de responsabilidad objetiva, o bien, todavía, como una hipótesis excepcional de concurso de delitos o de delitos agravados por el resultado, partiendo del presupuesto de la duplicidad de resultados realizados por el agente, no alcanza a explicar, también a efectos de la formulación del artículo 43,

(10) PATALANO, voz *Homicidio (Derecho penal)*, en *Enciclopedia del Diritto*, t. XXIX (1979), págs. 973 y ss.

la *ratio* de una específica previsión del homicidio preterintencional distinta de las hipótesis de que trata el artículo 586. Se puede decir por ello, continúa Patalano, que a la figura de delito en examen, «a seconda delle scelte dommatiche operate di volta in volta», viene atribuida, ora una estructura unitaria, ora compleja, caracterizada según algunos por un sólo evento, según otros por varios eventos, y, mientras por una parte se la refiere al llamado conflicto aparente de normas, de otra se la reporta al concurso de delitos. Ha sucedido así que justamente por no haber cogido la sustancial unitariedad, bajo el perfil subjetivo y objetivo del hecho preterintencional y su consiguiente autónomo contenido de disvalor, la jurisprudencia, en algunas decisiones, ha acabado por desvincular completamente los actos dirigidos a realizar la lesión o los golpes del ulterior evento no querido, con la consecuencia de alterar los términos de la relación de causalidad entre la conducta realizada y el resultado que efectivamente se ha verificado (11).

A continuación, en una exposición rigurosa y coherente, ofrece el autor una interpretación de la figura del artículo 584 a la luz de la preterintencionalidad como forma de imputación distinta del dolo y de la culpa, llegando así al homicidio preterintencional propiamente dicho. De esta suerte establece una armonía conceptual, sustancial, del artículo 584 con el 43, que reconoce una forma de imputación llamada preterintención como forma distinta del dolo y de la culpa, y justifica la existencia del 584 frente al 586, al explicar la *ratio* del destaque de aquél frente a éste.

Tanto estructural como jurídicamente es una figura unitaria.

El resultado típico es la muerte, que ha sido causada adecuadamente mediante un acto dirigido a producir una lesión. En el orden estructural es una especie de *aberratio delicti*. No hay delito de lesiones, y si se da un resultado lesivo éste es, de suyo, irrelevante, al no desempeñar papel alguno en el tipo. Es más, en un alarde de audacia entiende el autor —distanciándose del común sentir de la doctrina italiana— que no es necesario siquiera que los actos dirigidos a causar la lesión (o golpes, en su caso) constituyan tentativa, no exigiéndose por tanto idoneidad de los mismos en el sentido del artículo 56, siendo suficiente sean unívocos, exigencia ésta que parece lo mínimo irrenunciable. Conducta, pues, intencionalmente lesiva que causa la muerte adecuadamente.

En la estructura del tipo del artículo 584 no hay, pues, dos delitos, ni un delito de lesiones agravado por la muerte, sino el homicidio preterintencional, que expresa un autónomo contenido de disvalor en consideración del diferente elemento psicológico y presenta por ello características peculiares respecto del homicidio voluntario y del homicidio culposo. En el homicidio preterintencional se produce una situación sustancialmente análoga a la que se verifica en el homicidio culposo, mas no idéntica, porque el antecedente causal de la muerte es una acción intencionalmente agresora a la integridad, lo que permite

(11) PATALANO, *loc. cit.*, págs. 978-979.

así hablar de una progresión delictiva. El hecho de ocasionar un evento antijurídico más grave que el querido recostándose en el plano causal sobre una acción voluntaria y antijurídica del sujeto, delimita los confines de la tipicidad de la conducta preterintencional, que consiste en la realización voluntaria de un comportamiento antijurídico, en cuanto intencionalmente dirigido a la agresión del bien de la incolumidad individual, al que sigue un evento más grave que el proyectado; evento que podía ser evitado por parte del agente mediante un control más atento y consciente del curso causal relativo al resultado que se quería conseguir (12).

La intensidad de la aludida progresión inherente al supuesto típico del 584, es lo que marca la diferencia que separa al mismo respecto del 586, frente al cual aquélla es norma especial. La consideración de las notas especializantes del homicidio preterintencional respecto de la figura del artículo 586, permite coger la *ratio* de la mayor gravedad de la pena reservada para la hipótesis en examen. La *relación ministerial al Proyecto definitivo*, recuerda Patalano, conduce la *ratio* de la medida más elevada de la pena a la oportunidad «de una más vigorosa tutela en tema de delitos de sangre» (13). La interpretación de las normas citadas confirma que cuanto más conscientemente la conducta se dirige a la agresión del bien vida, tanto más rigurosa es la sanción prevista por el ordenamiento. En efecto, mientras el artículo 586, en que la muerte puede seguir también a una acción o a una omisión que no ponga necesariamente en peligro el bien de la vida, conmina un aumento de pena para el homicidio culposo, el artículo 584, donde el evento letal, siendo consecuencia de actos ya de por sí dirigidos a ofender el bien de la incolumidad personal, debe ofrecerse a la mente del reo como una posibilidad no tan remota, fija la pena de modo autónomo respecto a la hipótesis culposa, y en medida mucho mayor que aquélla que derivaría en la hipótesis de concurso de delitos (14).

Conforme a la interpretación que ofrece Patalano del delito tipificado en el artículo 584, se trata de una figura unitaria, que es el homicidio preterintencional, coherentemente con el concepto de la preterintención como tercera forma de imputación penal que reconoce el Código italiano, tan diferente, diametralmente opuesta a la concepción legal del supuesto en estudio por parte del Código alemán.

Nosotros echamos de menos, sin embargo, en el estudio de Patalano, una explicación *sustancial* de ese supuesto «contenido autónomo de disvalor» que se predica del homicidio preterintencional, esto es, de qué se nutre o cuáles son sus ingredientes.

4. ¿A cuál de las descritas alternativas se debe ascribir el nuevo tipo delictivo diseñado en el artículo 173?

Como «lesiones seguidas de muerte» califica la Memoria a la nue-

(12) PATALANO, *loc. cit.*, pág. 981.

(13) *Relazione ministeriale al progetto definitivo*, en *Lavori preparatori del Codice penale e del codice di procedura penale*, V, pt. II, Roma, 1929, pág. 384.

(14) PATALANO, *loc. cit.*, pág. 981.

va figura. Pero a esta frase no debe atribuirse otro valor que el de una simple nominación genérica del supuesto fáctico, sin valor técnico jurídico, quedando por ello imprejuizada la cuestión de si el tipo gravita sobre la lesión, sobre la muerte, o sobre ambas. Tampoco la colocación sistemática del precepto permite inferir ninguna conclusión al respecto, dado que figura en un Capítulo de «disposiciones comunes» a los anteriores, entre los que figuran el homicidio y las lesiones (15).

A nuestro juicio, el artículo 173 introduce en nuestro Código el homicidio preterintencional. Y, por cierto, dado su lugar sistemático, su configuración y la forma de determinación de las penas, no sólo el homicidio, sino también el parricidio y el asesinato preterintencionales, por más que esta última nominación suene de modo tan extraño.

Abonan esa opinión diversas razones.

Una reflexión sobre los diversos extremos de la estructura del tipo creemos conduce, sin lugar a dudas, al homicidio preterintencional como delito contra la vida, que es imputado no a título de dolo ni de culpa, sino en la forma preterintencional, al estilo del Código italiano. La normativa del Proyecto recuerda mucho al artículo 584 del Código italiano, como es fácil comprobar.

Verdad es que al ser necesarios actos dirigidos a producir una lesión, y no ser equivalente los meros golpes (salvo que fueran animados de la intención de producir un menoscabo en la salud o en la integridad, en cuyo caso habría ya actos dirigidos a lesionar), ello supone un importante recorte en el ámbito del homicidio preterintencional. Pero no altera los términos de dicha semejanza estructural.

Otra diferencia se aprecia en la redacción de ambos textos. Diferencia que a primera vista pudiera parecer que compromete la anterior conceptualización del hecho como «*homicidio* preterintencional».

En el italiano (dejando ya aparte la referida diferencia de ámbito), la expresión legal «con actos dirigidos a cometer una lesión causare la muerte de un hombre», permite entrever con claridad el perfil de *aberratio delicti* del supuesto típico, desde el momento que basta la tentativa de lesiones (16), sin necesidad de que haya consumación de las mismas. El Proyecto español, en cambio, dice «con actos dirigidos a producir una lesión, causare la muerte del *lesionado*». ¿Es necesario que haya una lesión consumada?

Es posible que la mención del «lesionado» no haya tenido en la intención del legislador más que un valor semántico, por comodidad estilística. Quizá también cabría entender que se pensó en el «lesionado» *in mente*, esto es, intencionalmente, señalando así la necesaria identidad de persona; y ello en una cierta coherencia contextual con las lesiones preterintencionales, en que no hay dos lesiones consumadas,

(15) En otros códigos suele rubricarse nominalmente el supuesto típico. Así, el alemán, parágrafo 226, «lesión con resultado de muerte», o el italiano, art. 584, «homicidio preterintencional».

(16) E incluso a juicio de Patalano ni siquiera la tentativa en sentido técnico. Cfr. arriba epigrafe en que se hizo referencia a este extremo.

las queridas y las efectivamente causadas, dado que consumadas han sido sólo estas últimas, si bien con el elemento subjetivo de las primeras. Uno puede, claro está, aferrarse a una interpretación literal restrictiva, exigiendo que los actos dirigidos a producir una lesión efectivamente alcancen la consumación. Lo cual no significa necesariamente que esa lesión consumada tenga que ser por sí la causa de la muerte, y no más bien los actos dirigidos a producir esa misma lesión pero en su dimensión causal de la muerte, no necesariamente coincidente con la causal de las lesiones.

Pero aun si se admitiese esta última interpretación, con ello no queda cerrada la vía al homicidio preterintencional, sino que únicamente se habría, mediante esa interpretación gramatical restrictiva, reducido el ámbito de operatividad del precepto. Quiere decirse que aun así no quedaría necesariamente prejuzgada la naturaleza del delito en el sentido de que se impute, a semejanza del Código alemán, un delito de lesiones agravadas por el resultado muerte (17).

Creemos, sin lugar a dudas, que no se trata de un precepto semejante al parágrafo 226 del Código alemán, en que el énfasis estructural está puesto en la lesión (que al verse seguida de la muerte agrava su responsabilidad del modo que ya hemos dejado expuesto) sino al contrario, en la muerte, como resultado sobre el que gravita el tipo, muerte que ha sido producida mediante unos actos intencionalmente dirigidos a causar una lesión.

En apoyo de esta comprensión, a lo dicho hasta aquí se deben todavía añadir otros argumentos, como son los siguientes:

El modo de fijar las penas por descenso en referencia a los tipos dolosos del delito de homicidio, que no puede ser entendida, ni por su cuantía ni por su uniformidad, como un cómodo expediente de fijación de las penas del delito de lesiones. La explicación de la Memoria, que, aunque, según vemos, es incorrecta (al concebir la preterintencionalidad como atenuante calificada del homicidio doloso) apunta al título de homicidio y no en absoluto al de lesiones (18).

Se consagra legalmente la tesis jurisprudencial, que coincide con la explicación de la Memoria. Sería poco coherente se tratase de lesiones agravadas, y admitir, como se admite, el parricidio y el asesinato preterintencionales sin haber previsto en el Capítulo de las lesiones figuras agravadas de este delito por la condición de pariente próximo (artículo 405) de la víctima o la concurrencia de las agravantes del 406, pues, según después veremos, el actual párrafo penúltimo del artículo 420, que las contiene, ha sido suprimido en el Proyecto. A lo que debe aún añadirse la observación de que, si el punto de arranque para la fijación

(17) Con ello —dicho sea para evitar malentendidos— no se afirma que el disvalor de la lesión, ya sea consumada o intentada, no cumpla ningún papel en la configuración del contenido de disvalor específico del homicidio preterintencional, cuestión ésta a la que habremos de referirnos próximamente.

(18) "Versión heterogénea, tan escasamente aplicada en la práctica", dice la Memoria para referirse al art. 50 del Código vigente, que es el que califica e imputa el hecho a título de lesiones.

de la penalidad hubiera sido el de la lesión, es improbable que hubiera pasado inadvertido, según luego se verá al tratar de la penalidad, que la pena de las lesiones más graves (las del art. 169) es ya por sí sola más grave que la que el artículo 173 prescribe para el homicidio preterintencional, con lo que la producción, a consecuencia de ellas, de la muerte, representaría no una agravación, sino un privilegio de ese delito de lesiones.

Por todo lo dicho hasta aquí, no parece lógico pensar se trate en el 173 de una norma de concurso (lesiones dolosas más homicidio culposo), en cuyo caso el sumando de las lesiones hubiera debido ser cuantificado de conformidad con la gravedad de la lesión para hallar así reflejo en una penalidad modulada coherentemente con la importancia y gravedad de ese sumando. Una tal supuesta norma del concurso no hubiera hecho falta alguna, como no lo hizo tampoco, por señalar algún ejemplo ilustrativo, en el aborto practicado con «riesgo grave para la vida o salud de la embarazada», que contempla el artículo 163-2.º, seguido de muerte, que se rige por la normativa propia del concurso.

Reconocida la presencia en el artículo 173 del homicidio preterintencional, deben hacerse algunas precisiones sobre la dicción del texto legal, para poder luego pasar a consideraciones de más alcance.

Una observación conviene hacer sobre la expresión «actos *dirigidos* a producir una lesión», que puede resultar desorientadora. Con esta frase, coincidente con la del Código italiano, se quiere expresar una conducta de lesiones, tanto en lo objetivo como en lo subjetivo. Ya se entienda sea necesaria la consumación o baste la tentativa, en todo caso se está queriendo diseñar una acción dolosa de lesiones. Y, a nuestro juicio, con indiferencia de que se realice con dolo directo o con dolo eventual, pues no hay razón que pudiera avalar la exclusión de este último.

La frase legal, con la que se ha querido señalar el dolo de lesiones y la ausencia de dolo homicida, nos parece poco afortunada en la medida en que pudiera suscitar la creencia de que el tipo exige el dolo directo.

La configuración del homicidio preterintencional sobre el presupuesto de una acción *dolosa* de lesiones, conlleva, en otro orden de cosas, una importante decisión (que se ve arropada y confirmada por el contexto legal de la nueva regulación del delito de lesiones que aporta el Proyecto): la correcta concepción del dolo de lesiones como voluntad de producir un menoscabo en la integridad o en la salud de la persona, y no como mera voluntad de herir, golpear o maltratar. Al elemento subjetivo del delito de lesiones volveremos a referirnos más adelante, con ocasión del análisis de las lesiones preterintencionales, que es otra de las novedades del Proyecto. Mas conviene en esta sede llamar la atención sobre la necesidad de precisar con todo rigor el elemento psicológico en cuestión, así como la incidencia que en él pudiera tener la eventual adherencia de una finalidad ulterior, lícita o ilícita. La precisión de este concepto tiene sumo interés, ante el sus-

trato de progresión delictiva que está a la base de la estructura del homicidio preterintencional.

Supuesto el dolo de lesiones, pero de lesión constitutiva meramente de una falta, que produce la muerte, cabe preguntar si se integrará el homicidio preterintencional. Posiblemente sí. Porque, de una parte, la Ley no exige que la muerte se produzca como consecuencia de la lesión causada, a diferencia del Código alemán, sino como consecuencia de los «*actos dirigidos a producir una lesión*», y lesión es también la falta de lesiones, y por otro lado, estando el artículo 173 en un capítulo de «Disposiciones comunes», bien puede entenderse que su comunidad le une con el capítulo del homicidio, no con el de las lesiones diseñadas en los artículos 166-170, que son todas *delitos*. Es dudoso, sin embargo, que esta solución pueda prosperar en la práctica (19).

Sea aprobatorio o desaprobatorio el juicio que a uno le merezca el que el Proyecto haya optado por la alternativa italiana, y no por la alemana, una cosa sí queda fuera de toda duda: que nuestros Tribunales con el artículo 173 dispondrían de un cauce legal para seguir manteniendo su conocida tesis, sin incurrir por ello ya más en la contradictoria figura del homicidio doloso preterintencional, desde el momento y hora que no se verían obligados, como lo están ahora, a integrar la *atenuante* de preterintencionalidad con el tipo doloso de homicidio, sino que aplicarían sin más trámite dialéctico el artículo 173.

5. Examinada la estructura ontológica del homicidio preterintencional, debemos preguntarnos ahora por una cuestión sustancial, la cuestión de su axiología, por decirlo de algún modo.

Retomamos así la cuestión que habíamos dejado insinuada en páginas anteriores a propósito de la exposición del pensamiento de Patalano, la cuestión acerca de la esencia del supuesto «contenido autónomo de disvalor» del homicidio preterintencional. Se hace necesario saber de qué se nutre o cuáles son los ingredientes del mismo.

Patalano insiste, al configurar en el orden estructural el supuesto típico, en el elemento de los «actos dirigidos a producir una lesión» como requisito o presupuesto del mismo, pero no sabemos —máxime cuando para él no es menester que haya lesión ni consumada ni intentada, según se indicó— si tales actos desempeñan algún papel en la configuración de ese contenido autónomo de disvalor, si contribuyen a su integración y, caso afirmativo, en qué medida, de qué forma, y desde qué perspectiva.

El disvalor del resultado muerte, que es el resultado típico, no ofrece problemas mayores, pues absorbe el disvalor de resultado propio del delito de lesiones. Pero en cuanto al disvalor de acción, ¿cuál es? ¿Hay un disvalor de acción homicida preterintencional, distinto del propio del dolo y del de la culpa? ¿No será el disvalor de acción propio del delito de lesiones, que transita potenciado al homicidio preter-

(19) Desde luego, hoy, de *iure condito*, a la luz del art. 50, debe ser rechazada. Vid., al respecto, MUÑOZ CONDE, *ob. cit.*, pág. 167 de la separata.

intencional, sin perderse, como un irrenunciable elemento de disvalor coconstitutivo del mencionado contenido autónomo de disvalor del homicidio preterintencional?

Todas estas y otras posibles preguntas no son ociosas. Antes o después saldrán al paso. Y entonces no bastará decir que pareció oportuno al legislador, desde una determinada perspectiva de política criminal, potenciar la penalidad de la causación involuntaria por el hecho de que su *antecedente causal* se halle en un acto *subjetivamente lesivo*. Así, por señalar algunos ámbitos de cuestiones, el funcionamiento de las causas de justificación; si, por ejemplo, la lesión fue consentida eficazmente (conforme al art. 5 del Código civil) y por tanto justificado el disvalor propio de este delito, si ella ocasionó la muerte del lesionado, ¿se dará el homicidio preterintencional? O el modo de funcionar las agravantes específicas previstas para el homicidio preterintencional en el artículo 585; siendo éstas, como son, las mismas agravantes previstas para el homicidio doloso y para las lesiones, ¿llegan al homicidio preterintencional directamente, o a través de la lesión agravada?; por ejemplo, sobre qué extremo de la figura típica opera la agravante de premeditación y cómo se integra en ella. Estas mismas cuestiones cabe plantear de cara al artículo 173 del Proyecto de Código penal español. A ellas nos referiremos a continuación.

V.—¿PARRICIDIO Y ASESINATO PRETERINTENCIONALES?

Al prescribir el artículo 173 que el que con actos dirigidos a producir una lesión cause la muerte del lesionado será castigado con la pena inferior en uno o dos grados a la que correspondería si el resultado hubiera sido causado dolosamente, plantea la cuestión de si el fenómeno de la preterintencionalidad en el delito de homicidio no se contrae al homicidio simple, sino que comprende igualmente al parricidio y al asesinato preterintencionales, esto es, los supuestos en que medie alguna de las circunstancias cualificativas determinantes del parricidio y del asesinato. En estos dos últimos casos procederá la pena inferior en uno o dos grados respecto de la de los mismos delitos cometidos dolosamente, y de tal suerte aparecen como formas agravadas respecto del homicidio simple preterintencional. De esta forma en el artículo 173 se cobijarían tres tipos de muerte preterintencional: la del homicidio simple, la del parricidio y la del asesinato.

En apoyo de una respuesta afirmativa cabría señalar: el carácter común del capítulo en que se encuentra el artículo 173; el término neutro «muerte» que se emplea para designar el resultado típico, y el modo de fijar la penalidad en referencia paralela al delito doloso. A ello hay aún que añadir que no se puede olvidar el sentido del artículo en cuestión, que es el de dotar a los Tribunales del instrumento técnico-legal necesario (20). Como es sabido, aquéllos vienen admitiendo

(20) *Memoria, cit.*, pág. 45.

ya sin dificultad el parricidio preterintencional en diversas resoluciones (21).

Y, con el Proyecto, ¿por qué no también el asesinato preterintencional?

Algún autor se ha pronunciado ya en sentido afirmativo (22).

La dificultad semántica del *nomen* asesinato y parricidio preterintencional nos parece que no es decisiva. Pues lo que en nuestro Código aparece bajo las figuras de parricidio y asesinato, en otros, como el italiano o el alemán, por poner dos ejemplos significativos, no es sino un homicidio agravado, es decir, la causación voluntaria de una muerte en que concurre el parentesco del artículo 405 o alguna de las circunstancias del 406 (23).

Y ya en esta sede, la única cuestión realmente importante sería esta: De qué forma pueden operar las circunstancias agravantes si la muerte por definición no ha sido querida, es decir, cómo operan o cómo llegan al homicidio preterintencional los motivos de agravación para hacer surgir las más graves figuras del parricidio y el asesinato preterintencional.

Cuestión esta sutil y complicada, quizá más de lo que pueda parecer a primera vista, debido a que ya el homicidio simple preterintencional es una creación legal, una construcción, expresiva de una simbiosis de elementos diversos de dos delitos distintos, bien que próximos. Y el problema por ello se acrecienta en las formas agravadas del homicidio, por razón del dolo.

La dificultad de un intento de respuesta viene condicionada, a nuestro juicio, por la conceptualización que merezca el tipo del artículo 173.

Si la estructura del artículo 173 fuese la de un concurso de lesiones dolosas más homicidio culposo, la cuestión admitiría más fácil respuesta. Pues entonces para que las lesiones seguidas de muerte

(21) Así, en SS. 21 febrero 1978 y 27 marzo 1980.

(22) TALÓN MARTÍNEZ, F., en "Rvta. Jur. de Cat.", núm. extra, 1980, pág. 95.

(23) No se nos oculta la dificultad técnica que de una posible comprensión del parricidio y el asesinato como figuras autónomas puede surgir para el funcionamiento y la apreciación de las circunstancias calificativas del art. 406 en el asesinato preterintencional. Pero poderosa es la ley: habría que entender implícito en el art. 173 el mandato de que los motivos de agravación de asesinato sean apreciados sin necesidad de que se les refiera exclusivamente a la muerte, del modo que luego se dirá, y de análoga manera a como tampoco en el homicidio simple es referido el dolo a la muerte. Es decir, habría un mandato implícito semejante al expreso de art. 585 del Código italiano, que ordena, según se vio, importantes agravaciones en el homicidio preterintencional cuando concurren las circunstancias en cuestión (cfr. *supra* IV, 3 b).

Naturalmente, uno puede pensar, con CARRARA (*Programma*, Parte Especial, vol. I, págs. 138 y ss.), que aplicar la premeditación al homicidio preterintencional (quien causa sin preverlo la muerte de aquél a quien infiere premeditadamente una lesión) no pasa de ser una "feroce poesía". Pero esto es ya otra cuestión. Lo cierto es que el art. 585 del Código italiano lo ordena.

reconociesen figuras agravadas respecto del homicidio simple, sería preciso que existiese un contexto normativo que reconociera tipos agravados de lesiones en base a esas circunstancias; el sumando lesión entraría en el complejo como lesión agravada. El otro sumando, muerte, podría, aunque ello no es de todo punto necesario, verse también agravado pero bajo la condición de que la causación culposa de la muerte del pariente estuviese reconocida como forma más grave que la muerte imprudente de un extraño. Entonces, en el complejo entraría cada uno de los sumandos ya agravado, y el hecho total arrojaría un mayor contenido de disvalor jurídico-penal. En el Código vigente, como es sabido, el parentesco no es motivo de agravación específica del homicidio culposo. Pero las lesiones, en cambio, sí se ven agravadas, y por cierto de forma muy considerable, cuando «el hecho se ejecutare contra alguna de las personas que menciona el artículo 405 o con alguna de las circunstancias señaladas en el artículo 406» (art. 420, párrafo penúltimo). De ahí que los Tribunales, al castigar, bajo el Código vigente, más gravemente el parricidio preterintencional que el homicidio preterintencional, no dejan de estar asistidos de una razón de fondo (consideración aparte de los reparos que en otro sentido se les pueda hacer, según hemos expuesto más arriba).

En el Proyecto, y siguiendo bajo una *hipotética* conceptualización del 173 como suma de lesiones dolosas más homicidio culposo, sería muy distinta la solución del problema que nos ocupa. Pues, en efecto, el Proyecto, por un lado, ha suprimido los tipos agravados del delito de lesiones, reconociendo así que las lesiones graves (art. 420) o menos graves (art. 423) inferidas a un pariente próximo no son merecedoras de mayor sanción que las causadas a un extraño; y, por otra parte, no se castiga con mayor sanción la causación imprudente de la muerte de un pariente que la de un extraño (cfr. art. 175 del Proyecto). Si en lo segundo coincide con el Código vigente, en lo primero se distancia netamente de él, y no sólo de él sino también de otros Códigos, tales como el italiano o el alemán, que contienen a este respecto una regulación similar a la del Código español vigente. Si, pese a la concurrencia de las circunstancias en cuestión, ninguno de los dos sumandos acusa mayor gravedad, tampoco podría experimentar la figura global de lesiones seguidas de muerte. Y, desde la óptica que analizamos, resultaría poco convincente si, para salvar la antinomia normativa que acusa esa incoherencia, se adujese que sólo se ha querido dejar funcionar el motivo de agravación en la lesión si a ella se adhiere el otro sumando.

Mas si, contrariamente, se abandona esa comprensión del artículo 173, y en su lugar se entiende, como creemos obligado por las razones expuestas más arriba, que estamos ante una figura unitaria autónoma, ante el homicidio preterintencional propiamente dicho, la cuestión que tenemos pendiente se hace de más difícil respuesta. Su complejidad arranca de que el resultado típico es la muerte, y sólo ella, mientras que la conducta la constituye un acto dirigido a producir una lesión.

Dada la progresión estructural, el acto dirigido a producir la lesión

queda absorbido en el título del homicidio preterintencional, mas no como lesión sino como eslabón de este último, lo cual no es obstáculo para que dicho acto entre con todo su peso específico, el cual aún se ve superado por virtud de la eficiencia letal del mismo.

El mayor contenido de disvalor provocado por la circunstancia agravatoria accede a través de la conducta (24) (subjettivamente dirigida a producir una lesión). Mas, por el tipo autónomo del homicidio preterintencional no queda captado como lesión agravada, o cuando menos no tan sólo como lesión agravada, pues la conducta no sólo tiene la dimensión (intencional) lesiva (25), sino todo el peso que le confiere la dimensión letal (26), y, por tanto, dicha conducta, como eslabón en una cadena progresiva, puede verse afectada por la circunstancia en ambas dimensiones. El que lo sea más o menos en una de ellas, o en la otra, dependerá fundamentalmente de la clase y naturaleza de la circunstancia de que se trate; así, la que se refiera a los medios no operará lo mismo que la que se funde en el móvil o en la intensidad del dolo, o en la relación entre sujeto activo y sujeto pasivo del delito.

No es posible en el marco de este breve comentario, descender a un examen de mayor profundidad en esta cuestión.

Desde esta perspectiva parece que sería viable la configuración de tipos agravados de homicidio preterintencional (parricidio y asesinato) sin necesidad de una simultánea creación paralela de tipos agravados de lesiones.

Pero, e importa señalarlo aquí, este proceder aparecería, sin embargo, como poco razonable y conveniente desde diversos puntos de vista.

Por un lado, en lo concerniente al disvalor de acción de la conducta, el tipo de la lesión agravada aparece como un escalón intermedio que amortigua el salto que en otro caso habría que dar desde la lesión simple al parricidio y asesinato preterintencional. Pues dicho disvalor, no por quedar absorbido se volatiliza. De suerte que si el disvalor típico del delito de lesiones estuviese ausente, no podría configurarse el homicidio preterintencional, como sucedería en el caso de lesiones válidamente consentidas (conforme el artículo 177 del Proyecto) que ocasionan la muerte, o de mediar alguna otra causa de justificación respecto de las mismas (27).

(24) Se parte en el texto de la consideración de que el resultado (muerte) no tiene, ni siquiera en el parricidio, entidad suficiente para explicar por sí sólo el mayor disvalor que parricidio y asesinato presentan frente al homicidio simple. Se trata de una cuestión que es común al homicidio doloso, adquiriendo una singular importancia en el parricidio, como ponen de relieve el error *in personam* y la *aberratio ictus*.

(25) Con el consiguiente disvalor de acción propio de una conducta tendente a producir un menoscabo en la integridad del individuo.

(26) Es decir, como sustrato para la acción ejecutiva del delito de homicidio.

(27) Así, exceso en la defensa, por ser suficiente para evitar la agresión la simple producción de una lesión; o el estado de necesidad, cuando la producción de un menoscabo en la integridad de una persona

Si se objetase que el reconocimiento de ese mayor disvalor de la acción «circunstanciada» no obliga necesariamente a que se la tenga que tomar en cuenta para provocar tipos agravados de lesiones si la acción no ocasiona la muerte, nos parece una explicación de poco peso. Porque, una vez reconocido su mayor disvalor, ¿qué razón puede haber para que no provoque la correspondiente agravación punitiva? Sería una condonación graciosa, y a la vez en contradicción con la *ratio* que inspira y justifica en política criminal la figura del homicidio preterintencional, que es el progresivo y gradual endurecimiento de la reacción punitiva a medida que la acción se va aproximando a la lesión del bien supremo de la vida, según se ha dejado expuesto más arriba (IV, 3 b, a lo que nos remitimos para evitar repeticiones.

Es ilustrativo en este sentido el Código italiano, cuya normativa al respecto constituye un sutil entramado de normas de sentido agravatorio progresivo (28).

Nos parece, en suma, que sin el mencionado escalón intermedio nos encontraríamos, por así decirlo, ante un ortopédico parricidio y asesinato preterintencionales.

VI.—EL ARTICULO 173 EN RELACION CON LAS FORMAS DE IMPUTACION

Si el artículo 173 contiene, como creemos, el «homicidio preterintencional», es obligado preguntarse por la coordinación del mismo con los preceptos de la Parte general del Proyecto referentes a las formas de imputación.

A través de un examen de varias de sus disposiciones se advierte una falta de armonía y coordinación de la Parte general con la Especial. Pueden traerse a colación a este respecto los artículos 17, 21 y 3.º.

Conforme al artículo 17, «son delitos o faltas las acciones y omisiones *dolosas o culposas* penadas por la ley».

sea necesario para evitar el mal mayor de la muerte; o el cumplimiento de un deber legal más grave. En todos estos casos la dimensión letal de la conducta queda intacta, y sin embargo no se integra el homicidio preterintencional, sino el culposo.

Por análoga, aunque sólo análoga, razón el supuesto fáctico de lesiones culposas que ocasionan la muerte, tampoco da lugar al homicidio preterintencional pese a la indudable progresión homogénea existente en la conducta imprudente que produjo dicho resultado. Así, por ejemplo, el caso de la enfermera que suministra, inadecuadamente, un medicamento que produce una enfermedad que ocasiona la muerte. Supuesto sólo en parte distinto a este último es el del art. 340 bis a). El disvalor del peligro queda absorbido en la lesión (muerte, lesiones, daños).

(28) Vid. IV, 3 b), donde hemos dejado recogida dicha normativa. En este Código se prevé, según se vio, el equivalente sustancial del parricidio y asesinato preterintencionales, al ordenarse (art. 585) que las penas del homicidio preterintencional sean agravadas (de la mitad a un tercio, o hasta un tercio, según los casos) cuando en él concurra el parentesco o las circunstancias agravantes del homicidio voluntario (que son prácticamente, las mismas del art. 406 del Código español). Y contiene asimismo en el delito de lesiones tipos agravados por esas mismas circunstancias y en esa misma cuantía.

Si bien es cierto que con la distinta redacción que este artículo presenta frente al artículo 1.º del Código vigente, se ha querido zanjar la consabida discordia sobre el sentido del término «voluntarias», no lo es menos que al mismo tiempo se reconoce que no hay otras formas de imputación que el dolo y la culpa.

Si no se hubiera modificado el precepto, en él cabría la preterintencionalidad, pues a la base de ésta hay también una acción «voluntaria». Mas ahora, no cabe en él el homicidio preterintencional.

El dolo, que por definición ha de abarcar tanto la acción como el resultado, no se da. Pues estando constituido el resultado típico por la muerte, ésta en el homicidio preterintencional, por definición, no puede haber sido querida. Pero la muerte tampoco puede ser imputada a título de culpa, ya que ello negaría precisamente la forma de imputación preterintencional como tal. Es decir, lo primero entrañaría una ficción y lo segundo se opone al mismo artículo 173, que no castiga un delito culposo de homicidio. Sí, hay una acción intencionalmente dirigida a causar una lesión, pero esto no altera la cuestión, pues como el resultado típico que se imputa es la muerte, ésta no se convierte en dolosa ni en culposa por virtud de la precedente acción dirigida a producir una lesión, sino que en lo que se convierte es precisamente en una muerte, en un homicidio, preterintencional, pero justamente como forma distinta de atribución jurídico-penal en base a un diverso elemento psicológico. Sólo se rompería el círculo si se pudiese admitir que el artículo 173 cobija una suma de dos delitos: lesiones *dolosas* más homicidio *culposo*, dado que entonces podrían ser reconducidas ambas infracciones al artículo 17, de forma coherente. Pero dicha conceptualización del artículo 173 no parece viable, por todas las razones expuestas en páginas anteriores (29). Ello conllevaría, además, la incoherencia adicional, ya señalada más arriba, de que dicho artículo estaría castigando «lesiones» agravadas sin la coetánea creación de tipos agravados de lesiones (30).

Si, pues, se ha introducido en nuestra legislación penal el homicidio preterintencional, en la Parte general hubiera sido preferible o no definir las formas del delito o definir éste de otro modo, como hace el Código italiano en el artículo 43, donde se dice que el delito puede ser doloso, preterintencional o culposo, para señalar las tres posibles actitudes psicológicas del agente respecto del resultado típico, que

(29) Entre otras cosas, se debe recordar que el homicidio preterintencional no se configura como un delito complejo, resultante de la fusión de las lesiones dolosas, consumadas o intentadas, y el de homicidio culposo. Vid. más arriba el texto del trabajo.

(30) El Proyecto suprime los tipos agravados de lesiones, por parentesco o circunstancias cualificativas del asesinato, contenidas en el párrafo penúltimo del art. 420 del Código vigente, cosa que, dicho sea de paso, nosotros no aplaudimos, sin, por otra parte, haber dispuesto sea tratada de forma más grave la causación culposa de la muerte de un pariente que la de un extraño. Con este cuadro normativo difícilmente se puede admitir el parricidio preterintencional como figura más grave que el homicidio simple preterintencional.

dan lugar a otras tantas formas diferentes de imputación y responsabilidad.

La falta de referencia a la tercera forma de culpabilidad en cuestión halla reflejo asimismo en los preceptos conexos con el artículo 17.

Así, en el artículo 21. Conforme a él, «si el hecho se cometiere por mero accidente, sin dolo ni culpa del sujeto, se reputará fortuito y no será reprochable a su autor». Precepto en el que se advierte una cierta distorsión a la luz de la preterintencionalidad. El que el hecho típico no sea doloso ni tampoco culposo, todavía no determina el caso fortuito, pues no puede decirse que sea por mero accidente la causación preterintencional de la muerte; entonces, la formulación legal de la exigencia de que esté ausente el dolo y la culpa o no dice nada o dice demasiado, resultando a la postre inútil y perturbadora.

Se debe, asimismo, traer a colación en este análisis de sintonía de la Parte general con la Especial, el artículo 3.º. En esta disposición, de importancia fundamental, se sienta de modo categórico el principio de que «no hay pena sin culpabilidad» (primer inciso del artículo). La articulación legal de este designio se lleva a cabo a través, quizá en forma redundante (31), del artículo 21 y del segundo inciso del propio artículo 3.º. Vista ya anteriormente la consideración que nos merece el artículo 21, nos referiremos ahora al inciso segundo del repetido artículo 3.º.

En su redacción no parece haberse tenido en cuenta la preterintencionalidad. Se dice en él que «cuando la pena venga determinada por la producción de un ulterior resultado más grave, sólo se responderá de éste si se hubiere causado, al menos, por culpa». A juzgar por el tenor literal, el precepto parece haber sido redactado sólo de cara a los delitos cualificados por el resultado, que es fenómeno bien distinto del que viene determinado por la peculiar estructura de la preterintención.

Esta cuestión, dicho sea de paso, no carece de interés. El creer que, dado que el tipo de homicidio preterintencional exige actos dirigidos a producir una lesión, es ya impensable que la causación de la muerte no haya sido al menos culposa, olvidaría no sólo los cursos causales irregulares sino también la posibilidad de que una conducta, intencionalmente lesiva, carezca en sí de idoneidad causal letal y el efecto muerte no se produzca como consecuencia adecuada de dicha acción. No bastando la mera concatenación causal al estilo de la equivalencia de condiciones, sino debiendo regir también aquí la exigencia de una causalidad adecuada, es obvio que resulta perfectamente posible que la muerte pueda —y deba— calificarse de fortuita pese a hallarse la misma relacionada *de algún modo* con la precedente acción intencionalmente *lesiva*. Los términos en que debe plantearse la exigencia de la relación de causalidad entre la conducta realizada y el resultado efectivamente producido no se ven alterados por el hecho de que la acción esté subjetivamente encaminada a producir una lesión. Entra aquí con todo

(31) Vid. MIR, *Observación a los títulos preliminar y primero del Proyecto de Código Penal de 1980*, en *La reforma penal y penitenciaria*, citada, págs. 491 y 503.

su peso y complejidad la cuestión de las concausas, anteriores, coetáneas o subsiguientes, pero entran de la misma forma y con el mismo alcance y consecuencias que en la acción voluntaria de homicidio. En suma, la acción puede ser perfectamente idónea y adecuada respecto de la lesión, y no serlo, en cambio, sin embargo, respecto de la muerte. Cuando esto ocurra se podrán imputar las lesiones, consumadas o intentadas, según el caso, pero no el homicidio preterintencional.

De ahí la conveniencia de que el artículo 3.º, con el que se quiere obviar el peligro de una responsabilidad objetiva como mera consecuencia de un delito precedente (32), debe de regir tanto para los delitos cualificados por el resultado como para los tipos de delitos preterintencionales. Y, sin embargo, de la literalidad del precepto pudiera desprenderse otra cosa.

Parece, en efecto, según antes se dijo, que el precepto ha sido redactado de cara sólo a los delitos cualificados por el resultado, y que tanto recuerda al parágrafo 18 del vigente Código alemán. Aunque el empleo del término «determinada», y no el de agravada, pudiera inducir a pensar que quiso referirse, de forma omnicompreensiva, a los dos fenómenos, tal creencia se desvanece.

Se habla de «un ulterior resultado», y de que «sólo se responderá de éste...», lo cual parece que reclama la producción anterior de otro resultado, de un primer resultado, y esto parece no encaja bien con la estructura y axiología propias del delito preterintencional. Pues en el homicidio preterintencional, el resultado típico, el único resultado relevante, es la muerte, y o no hay otro (tentativa de lesiones) o aunque lo haya carece de relevancia (33); de suerte que aplicado al delito preterintencional no tiene sentido hablar de «pena determinada por la producción de un *ulterior* resultado» y de que «sólo se responderá de éste...», mientras que es, en cambio, correctísimo aplicado a los delitos cualificados por el resultado. Si, por hacer honor a la letra del texto, y reducir en lo posible las consecuencias que de su completa inaplicación puedan seguirse, se entendiese aplicable cuando haya lesión precedente consumada, ello no pasaría de ser un mal remedio, pues no sólo se incurriría en una interpretación distorsionante de la estructura típica del homicidio preterintencional, sino que, lo que es peor, quedarían sin la cobertura de este precepto los casos en que los «actos dirigidos a producir una lesión» hayan causado directamente la muerte, sin el trámite de un precedente resultado lesivo (34). No es este el

(32) En este sentido, el inciso en cuestión aparece como precepto en cierto modo complementario del art. 21, en referencia a los supuestos fácticos en que el resultado entra en unión de otro resultado típico precedente.

(33) No es éste el *Grunddelikt*, por así decirlo, respecto del cual la muerte fuese un motivo de agravación de la pena.

(34) Peor sería aún si se viese en el art. 173 un homicidio doloso atenuado, pues tal comprensión descansaría, según hemos expuesto en el texto, en una ficción de dolo, y entonces cabría incluso poner en entredicho la legitimidad del intento de proyectar la doctrina —limitativa de responsabilidad— del precepto en examen sobre el tipo del art. 173:

momento para decidir si tales casos quedarían fatalmente entregados al *versari in re illicita* o si podrían entrar en juego otros preceptos, en particular la declaración general del propio artículo 3.º y el artículo 21. Aquí queremos tan sólo señalar que el artículo 3.º parece haber sido concebido de cara sólo a los delitos cualificados por el resultado, en referencia a la única alternativa culpabilista dolo-culpa, en perfecta coherencia con el artículo 17 y 21, ya analizados a este respecto, pero en clara disonancia con la tercera forma de imputación latente en el tipo del homicidio preterintencional.

VII.—LAS LESIONES PRETERINTENCIONALES

En el mismo artículo 173 se regula el fenómeno de la preterintencionalidad en el delito de lesiones. Se dispone que «El que, con actos dirigidos a producir una lesión, causare... una lesión más grave que la querida por el culpable (sic), será castigado con la pena inferior en uno o dos grados a la que correspondería si el resultado hubiere sido causado dolosamente».

En el discutido tema del elemento subjetivo en el delito de lesiones, parece que el Proyecto ha tomado una importante decisión, a saber, la correcta concepción del dolo como voluntad de producir un menoscabo en la integridad o en la salud del individuo, y no como mera voluntad de herir, golpear o maltratar. La voluntad deberá, así, de ser referida no sólo a la acción sino también al resultado. Así se desprende de una doble consideración. De una parte, la necesidad de «actos dirigidos a producir una lesión», como presupuesto del homicidio preterintencional, en relación con la definición de lesión del artículo 166, de donde resulta que no basta la acción de herir, golpear o maltratar aunque se cause menoscabo, si no hubo voluntad de causarlos. ¿Qué razón habría si no que impidiese que se integrase también en estos últimos casos el homicidio preterintencional? De otro lado, el propio reconocimiento de las lesiones preterintencionales, que significa la no imputación a título de dolo del resultado lesivo más grave no querido («una lesión más grave que la *querida* por el culpable»), el cual «será castigado con la pena inferior en uno o dos grados a la que correspondería si el resultado hubiere sido causado *dolosamente*».

Desde luego que para el dolo no es preciso que el agente conozca con exactitud cuál de las consecuencias posibles de su acción se va a producir; basta con que de modo alternativo o acumulativo el resultado caiga dentro de las posibles consecuencias globalmente previstas y aceptadas. Pero no es menos cierto que el marco de lo previsto y aceptado por el agente es el límite de la imputación dolosa, si uno quiere mantenerse fiel a las exigencias del concepto del dolo. De ahí que surja la pregunta en orden a qué hacer con los resultados que

la culpabilidad respecto de la muerte vendría suplida por la ley, es decir, se derivaría *ex ope legis*; bastaría el acto ilícito precedente de la acción de lesiones.

rebasen aquel marco subjetivo, sobre todo cuando haya sido sobrepasado en amplia medida. Parece razonable que no deben ser tratados con la misma severidad que si hubieran sido causados voluntariamente; pero este reconocimiento no supone aún una solución.

Presupuesta la voluntad de producir un menoscabo, la problemática que suscita el exceso del daño producido respecto al querido se presenta con signo harto distinto al del homicidio preterintencional. En éste se trata de dos delitos, aunque próximos, distintos, mientras que en el primero los diversos grados o escalones caen todos bajo la órbita del mismo bien. Esa sustancial diversidad de bien jurídico arrastra una consiguiente diferencia esencial en el elemento subjetivo, por más que en el plano causal-objetivo exista progresión. En esta diferencia se basa la tesis de Silvela y de la doctrina en general, y es el motivo por el cual en el derecho comparado se da un tratamiento bien distinto a uno y otro de ambos supuestos del fenómeno de la preterintencionalidad. No cabe, por ello, minimizar su diferencia, como hace la Memoria, llamando a una «versión homogénea» y a la otra «versión heterogénea» del instituto de la preterintencionalidad, para luego dictar la misma normativa para ambas. Distinta es la solución que ofrece el Código italiano y el alemán.

Conforme a aquél, supuesta la voluntad de lesionar, el resultado más grave se imputa al sujeto a título de dolo aunque demuestre haber querido una lesión leve (35). Las más graves consecuencias lesivas contempladas por el artículo 583 se configuran como tipos agravados respecto del tipo básico (art. 582). Circunstancias agravatorias que deben ser valoradas en su objetividad, independientemente de toda indagación psicológica respecto de ellas, estando ligadas a la conducta dolosa por una simple relación de causalidad (36).

Se puede apreciar así como el mismo Código ha adoptado en tema de preterintencionalidad dos actitudes o criterios bien distintos, según que se trate del homicidio o de las lesiones: si falta la voluntad de matar no se quiere castigar como homicidio doloso, por lo que se crea la figura intermedia de imputación que es el homicidio preterintencional, mientras que en el delito de lesiones no se atribuye ningún efecto atenuatorio a la falta de voluntad de causar un resultado tan

(35) Art. 582-583 del Código Rocco. El tipo básico (art. 582) es sancionado con la pena de reclusión de tres meses a tres años. En el art. 583, que contiene los tipos agravados de lesiones, distingue entre la lesión grave, a la que señala reclusión de tres a siete años, y la lesión gravísima, a la que asigna reclusión de seis a doce años.

(36) Esta solución es, a nuestro juicio, análoga a la que ofrece la regulación de las lesiones en nuestro Código actual. No creemos, coincidiendo en ello con el profesor ANTÓN (*Notas críticas al Código penal*, cit., pág. 785), sea preciso un dolo referido también al resultado más grave. Así parece desprenderse no sólo del contraste de los tipos intencionales (castración, mutilación) con los de las lesiones graves y menos graves, sino también de la misma regulación legal, y aún, a mi modo de ver, de una adecuada comprensión del párrafo último en relación con el penúltimo del art. 420.

grave (37). Supuesta la voluntad de producir una lesión, se imputa a título de dolo cualquier resultado que se produzca.

En el Código alemán la situación es la misma, salvada la particularidad de que el dolo *directo* (*Absicht*) determina un tipo particularmente grave. En efecto, hay un tipo básico, que es el del artículo 223; luego un tipo agravado (*schwere Körperverletzung*), el del artículo 224, que tiene lugar cuando la lesión tenga como consecuencia un resultado especialmente grave, a saber, que el lesionado pierda un miembro importante del cuerpo, la visión de uno o de los dos ojos, el oído, el habla o la capacidad de procreación, o sufra una deformidad considerable permanente, o caiga en enfermedad crónica, parálisis o enfermedad psíquica. Para ambos tipos basta el dolo, como voluntad de causar un menoscabo en el cuerpo o en la salud, no siendo necesario en el segundo de ellos que esas consecuencias, especialmente graves, hayan sido previstas ni queridas por el agente: pueden serlo (dolo eventual), pero no es necesario. Consiguientemente, aunque el resultado más grave no sea querido, de él se responde, exactamente igual que si lo hubiera querido. Solamente cuando esas consecuencias, esto es, esos mismos resultados, sean provocados *absichtlich*, es decir, con dolo de propósito, entra en juego un tipo más grave (art. 225), por razón de la especial gravedad del dolo. La pena privativa de libertad es: en el 223, de hasta tres años; en el 224, de uno a cinco años, y en el 225 de dos a diez años.

Muy distinto a todo esto es la actitud del Proyecto de Código penal español.

Ante todo importa señalar, aunque ello resulta obvio, que no se trata en el 173 de una circunstancia atenuante que juegue, matizando, en la individualización de la pena el grado en que deba imponerse la pena tipo de la correspondiente lesión dolosa, sino de un fenómeno distinto (38). El resultado producido tiene que corresponder a un tipo más grave que el del resultado querido. Se trata de la tipificación de las lesiones preterintencionales, como título distinto de los tipos dolosos y de los culposos, contenidos respectivamente en los artículos 166-170, y en el 175 (39).

(37) Distinto fue en el Código Zanardelli, de 1889, en que se preveía una disminución de pena para el caso de que el resultado producido excediese a la intención del agente (art. 374).

(38) Es irrelevante, en esta sede, el que, por ejemplo, el agente haya producido una incapacidad para el trabajo de más duración que la querida por él, mientras la producida y la querida correspondan a un mismo tipo. Esas desviaciones que se produzcan dentro de los límites del tipo serán atendidas a través de la normativa general sobre individualización de la pena —en particular la regla 1.^a del art. 78—, aparte de la imprecisa fórmula del párrafo segundo del propio art. 166. Sobre individualización de la pena en el Proyecto de Código penal, vid. BACIGALUPO, *La individualización de la pena en la reforma penal*, en "Rev. Fac. Derecho", Madrid, 1980, págs. 55 y ss.

(39) Ocioso nos parece advertir que no se trata en el art. 173 de un concurso de lesiones dolosas en grado de tentativa (respecto de las queridas) más lesiones culposas consumadas (respecto de las producidas), sino de un fenómeno de progresión, propio de la preterintencionalidad.

La tipificación de las lesiones preterintencionales implica, en principio, el reconocimiento tácito de que todas las lesiones contenidas en el capítulo III son dolosas, en el bien entendido sentido de que el dolo ha de abarcar acción y resultado correspondiente. Sobre esos tipos de lesiones dolosas, así entendidos, se habrá de proyectar el efecto encomendado al artículo 173.

Pero: ¿sobre todos ellos?, y ¿de qué manera?

Cabría, teóricamente, plantear si el deslinde entre falta y delito (menos grave) de lesiones, esto es, entre los tipos de lesiones contenidas, respectivamente, en el artículo 656 y el 166 está supeditada al artículo 173. Si con dolo de falta se produce un resultado de delito (40), ¿se califica conforme al 656, o conforme al 173? Aunque formalmente no quepa hacer mayor objeción (41), nos parece excesiva benevolencia rebajar la pena en uno o dos grados (42).

Tampoco está exenta de todo reparo la aplicabilidad del artículo 173 sobre las lesiones del artículo 167-2.º (43). ¿Requieren estas lesiones que también el resultado haya sido querido? La respuesta viene condicionada en buena medida por la relación que exista entre este tipo de lesiones y las, más graves, contenidas en los artículos 168 y 169 (44).

En vía de hipótesis, cabría pensar que el 167-2.º es un tipo estructurado sobre el elemento subjetivo del tipo básico, como elemento suficiente (45), pero cualificado por la producción de alguno de los resultados más graves en él mencionados. Vendría a ser un precepto semejante al parágrafo 224 del Código alemán y 583 del italiano, a

(40) Art. 166: lesiones que requieran para su sanidad ocho o más días de asistencia médica o provoquen inutilidad para el trabajo por igual tiempo.

(41) Dado que lo que se imputa —bien que a título preterintencional— es el resultado producido, que corresponde al art. 166, no pierde el 173 su “comunidad” con él por el hecho de que lo querido haya sido una falta. Por lo demás, el giro legal “siempre que” no creemos tenga otro valor que el del adverbio “si”.

(42) Así, si con intención de producir una incapacidad laboral por una semana, se causa una lesión que tardó en curar ocho días.

(43) Conforme a este artículo, “Las lesiones, cualquiera que sea su plazo de curación, serán castigadas como graves con la pena de prisión de dos a seis años: ... 2.º Si el ofendido hubiera quedado impotente, estéril o con una enfermedad somática o psíquica, hubiere sufrido la pérdida de un miembro, órgano o sentido, o quedado impedido de él”.

(44) Art. 168: “La mutilación o la inutilización de un órgano o miembro no principal, la esterilidad o una deformidad importante causadas de propósito serán castigadas con la pena de prisión de tres a siete años”.

Art. 169: “El que de propósito mutilare a otro de un órgano o miembro principal le privare de la vista o del oído, le causare una incapacidad laboral absoluta, una grave enfermedad somática o psíquica o una incapacidad mental incurable, será castigado con la pena de prisión de cinco a ocho años”.

(45) Sin perjuicio de que puedan también darse con dolo eventual.

los que más arriba nos hemos referido (46). Bajo esta hipótesis, no cabría, como es obvio, proyectar sobre él el 173 (47).

Si se rechazase esta interpretación, por entender que es contraria al criterio básico del Proyecto, entonces el elemento subjetivo propio del mencionado artículo 167-2.º sería el dolo eventual. Y sólo éste, porque si se diese el dolo directo («de propósito») intervendrían ya los tipos más graves de los artículos 168 y 169. Bajo esta hipótesis, ciertamente, cabe proyectar el 173 sobre el 167-2.º. Ahora bien, la viabilidad de esta alternativa está condicionada por la comprensión de la frase «de propósito» como excluyente del dolo eventual, y la consecuencia de que la pena del 167-2.º, al ser rebajada por imperativo del 173, puede llevar a ser una pena inferior a la que correspondería a la lesión querida (que es la lesión menos grave, sancionada en el artículo 166), con lo cual la progresión criminosa, inherente a la preterintencionalidad, se convertiría en un privilegio; es decir, que las lesiones menos graves (art. 166) se verán atenuadas cuando en vez de su resultado típico se produzca el de la más grave figura del 167-2.º. No es posible en el breve espacio de esta colaboración entrar en profundidad en el estudio del elemento subjetivo en el delito de lesiones; por ello no nos pronunciamos acerca de si la expresión «de propósito» pudiera ser comprensiva del dolo eventual, en cuyo caso sería obligado entender que las lesiones del 167-2.º no exigen dolo referido a los resultados, sino que sería un tipo agravado por el resultado.

Si se entiende que las del 167 son lesiones con dolo eventual y las de los artículos 168 y 169 con dolo directo —y teniendo en cuenta la identidad parcial de resultados de aquél con éstos— cuando el resultado se produzca de forma preterintencional, pese a que todas son «dolosas», a efectos del artículo 173 creemos debe de tomarse el 167-2.º, no pudiendo hacerse entrar en juego los tipos más graves de los artículos 168 y 169, dado que éstos obedecen a una particular gravedad del dolo, que por definición no se da en la lesión preterintencional.

Puede, sin embargo, presentarse a este respecto una dificultad cuando se trate de un resultado que no esté comprendido a la vez en el 168 ó 169 y en el 167-2.º, sino sólo en aquéllos, pues entonces para fijar «la pena inferior en uno o dos grados a la que correspondería si el resultado hubiere sido causado dolosamente», no cabe recurrir al marco punitivo del 167-2.º, donde no figura ese resultado (48), y a la vez, sin embargo, resulta injusto arrancar de un módulo punitivo cuya especial gravedad obedece, según antes se dijo, a la mayor gravedad del dolo («de propósito»), que por definición no puede concurrir en el supuesto de lesiones preterintencionales.

(46) En favor de esta comprensión podría aducirse la redacción de estilo objetivante y una cierta homogeneidad con el núm. 1.º del mismo artículo. Ambas razones no son, sin embargo, por sí solas suficientes para excluir la contraria.

(47) Pues dicho precepto vendría a ser ya, en última instancia, un supuesto de lesiones preterintencionales, con fijación directa de la pena.

(48) Tal ocurre, por ejemplo, con el resultado «deformidad importante», que figura en el 168, pero no en el 167-2.º.

No cabe proyectar el artículo 173 sobre el tipo de lesiones referidas en el número 1.º del artículo 167, con indiferencia de que la mayor o menor gravedad del resultado lesivo sobrepase o no la intención del agente. La índole de la acción, ya tenida en cuenta por el tipo para la determinación de la pena, impide que tal pena pueda dejar de aplicarse por la posible eventual entrada en juego del artículo 173, en los casos en que dicha conducta haya producido alguno de los graves resultados mencionados en el párrafo 2.º del propio artículo 167, sin haber sido queridos por el sujeto.

Este cierre del paso a la operatividad del 173, implícito en dicho artículo 167-1.º, comporta una importante reducción del campo de operatividad del instituto de la preterintencionalidad en las lesiones.

Conviene señalar, antes de terminar este apartado, que el funcionamiento de la normativa preterintencional en el delito de lesiones, habrá de tropezar en su aplicación práctica con muchas dificultades de prueba respecto de la gravedad de la voluntad, dificultades sin duda mayores que en el homicidio.

VIII.—LA PENALIDAD

Para el homicidio y para las lesiones preterintencionales se prescribe que se «castigue con la pena inferior en uno o dos grados a la que correspondería si el resultado hubiere sido causado dolosamente» (art. 173).

Quedan, de esta suerte, sometidos al mismo tratamiento penal y al mismo criterio punitivo la preterintencionalidad en el homicidio y en las lesiones. Por todas las razones que se han expuesto, no nos parece acertada esta axiología legal.

El descenso a la pena inferior en un grado es obligatorio para el Tribunal, por ministerio de la Ley; en dos, facultativo. No se indica criterio alguno para esta opción, aunque fuese sólo de forma somera o indiciaria, lo que probablemente hubiera sido muy conveniente.

En el homicidio, aunque el resultado típico es la muerte, deberá el juzgador tener muy en cuenta la entidad y modalidad de la conducta delictiva sobre la que se recuesta la producción del resultado letal (49). Hasta tal punto que, por esta razón, el marco legal de la penalidad puede, pese a su amplio radio, resultar rígido en ciertos supuestos, hasta el extremo de dar lugar a despropósitos punitivos. Tal ocurriría en el caso en que la muerte se produzca a consecuencia de alguna de las lesiones graves del artículo 169, cuya pena es la de

(49) Es ilustrativo observar cómo el Proyecto alemán de 1962 (párrafo 149), que mantiene la figura del delito de lesiones agravadas por la muerte (párrafo 226 del actual StrGB) —y a diferencia del *Alternativ Entwurf*, que la suprime, por entender que se trata de un caso de concurso de lesiones dolosas con homicidio culposo— “degrada” la consideración penal del hecho pasándolo de “Verbrechen” a “Vergehen”, salvo que se trate de un caso en que la lesión causante de la muerte sea ya de por sí “Verbrechen”.

prisión de cinco a ocho años. Al integrarse, por la muerte, la figura del homicidio preterintencional, procede imponer la pena inferior por lo menos en un grado, que es, por aplicación de las reglas del artículo 82 (párrafo primero) en relación con el 155, la de prisión de cuatro a ocho años. Se observa cómo el tope máximo de la pena correspondiente al homicidio preterintencional no es superior al tope máximo de la lesión grave del artículo 169, y en cambio, por otra parte, el tope mínimo de aquélla es inferior al de ésta. De esta suerte, la producción de la muerte a consecuencia de unas lesiones graves es motivo de atenuación de éstas.

La consideración de la modalidad de la conducta lesiva toma acrecida importancia si se tratase de las figuras agravadas del homicidio preterintencional (parricidio y asesinato), según se ha dejado expuesto más arriba.

Conviene no olvidar, en orden a estas consideraciones sobre la penalidad, que estando a la base del homicidio preterintencional la progresión criminosa; queda absorbido por éste el contenido de disvalor de los actos dirigidos a producir la lesión, con toda la gama de su diversa gravedad.

También por estas razones, y habida cuenta de la verdadera culpabilidad, la pena legal puede resultar excesivamente grave tratándose de los supuestos de parricidio y asesinato preterintencionales.

En las lesiones, el rebajar la pena en uno o dos grados y de forma indiscriminada puede resultar, por las razones expuestas, excesiva benignidad, pudiendo incluso darse la posibilidad, igual que en el homicidio, de que la lesión más grave preterintencional pueda ser castigada con pena prácticamente igual o inferior a la que corresponde al tipo de lesión querida por el sujeto.

IX.—CONSIDERACION FINAL

A la luz de las anteriores reflexiones, creemos que es necesario un replanteamiento del tema de la preterintencionalidad en el Proyecto.

En mi opinión, sería preferible orientar la regulación hacia el sistema alemán, aunque perfeccionándolo. Nos parece más respetuoso con el grado de evolución ya alcanzado por el principio de culpabilidad.

En todo caso, creo conveniente evitar toda rigidez que impida ponderar humanamente la índole y la modalidad de la conducta que ocasiona el más grave resultado de la muerte. Ello conllevaría una adecuada tipificación de las lesiones.

Consideramos, asimismo, conveniente no someter a una misma regulación la muerte y las lesiones preterintencionales. Creemos existe entre ellas una diferencia, no de grado, sino esencial, que debe ser tenida en cuenta.

Sería bueno aprovechar la ocasión que se nos ofrece para sentar en esta delicada materia una regulación justa y progresiva a la vez.

Los delitos del peligro hipotético

(Contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto)

ANGEL TORIO LOPEZ,

Catedrático de Derecho penal. Universidad de Valladolid

I.—La teoría convencional de los delitos de peligro abstracto afirma que en ellos el peligro no es elemento constitutivo de la figura de delito sino mero motivo del legislador. En tales delitos se describen acciones generalmente peligrosas según un juicio de experiencia para los bienes jurídicos, que sin embargo no precisan ser peligrosas específicamente en la situación concreta. Es posible someter a pena criminal comportamientos carentes de peligrosidad, en tanto coincidan formalmente con la descripción típica (1). En sentido correlativo a la teoría general del negocio jurídico, el peligro es en los delitos de peligro abstracto *motivo*, pero no *causa* de la formación legislativa de la figura de delito.

Esta construcción doctrinal se encuentra sometida actualmente a revisión en la literatura, tanto en sentido político criminal como dogmático.

En el plano político criminal, la crítica de los delitos de peligro abstracto forma parte de un contexto más amplio. El Derecho penal se concibe como medio de protección de los bienes jurídicos. En caso de duda sobre la presencia de un bien jurídico, el legislador penal debería optar (*in dubio pro libertate*) por la no intervención. Este criterio se proyecta en sectores diversos del Derecho penal tradicional.

En primer lugar, implica la exclusión del ámbito penal de las infracciones con contenido puramente moral. En Inglaterra, es aceptada

(1) Para las cuestiones objeto del estudio, vid. *Les délits de mise en danger, Actes du Colloque préparatoire du X Congrès international de droit pénal*, en *Revue Internationale de Droit Pénal*, 1969; ESCRIBA GREGORI, J. M., *La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho penal*, 1976, monografía a la que se remiten los presupuestos generales del trabajo; CÓRDOBA RODA, J., *Rapport sobre Les délits de mise en danger*, cit., págs. 357 y ss.; BARBERO SANTOS, M., *Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto*, en *Anuario*, 1973, págs. 487 y ss.; para la orientación metódica en la literatura alemana ha sido tenido presente BREHM, W., *Zur Dogmatik des abstrakten Gefährdungsdelikts*, 1973.

la idea de Stuart Mill de que «el único fin por el que legítimamente cabe ejercer el poder sobre un miembro de la comunidad contra su voluntad es la prevención de un daño a los demás» (2). Este criterio «liberal» ha desplazado la posición «autoritaria» de que «la eliminación del vicio es asunto legislativo en igual medida que la supresión de actividades antisociales», y ha conducido a una amplia renovación del Derecho penal sexual (3).

En segundo lugar, la concepción del delito como lesión o peligro para los bienes jurídicos se encuentra en la base del proceso de descriminalización característico del Derecho penal actual, que ha llevado a separar progresivamente de él amplios sectores del injusto administrativo, con atribución al Derecho administrativo penal de las infracciones al orden de la colectividad, en las cuales no está presente un comportamiento peligroso para los bienes jurídicos, sino la violación de reglas establecidas para el mantenimiento de la seguridad y el orden, o el fomento del bienestar, en un sector social. Los delitos del derecho criminal son acciones *prohibita quia mala*, en tanto que las infracciones al orden son conductas *mala quia prohibita*. En el delito tiene prioridad el momento ontológico, mientras que en las infracciones administrativas, la valoración jurídica de la materia, frecuentemente incolora, proporciona el momento decisivo de la regulación (4).

En este contexto político criminal se desenvuelve también la crítica de los delitos de peligro abstracto. Dado que el peligro para los bienes jurídicos es elemento contingente, no necesario, de este grupo de delitos, se ha propuesto en ocasiones su desaparición, habida cuenta de la tensión en que se hallan con la exigencia del ataque a bienes jurídicos como presupuesto de la intervención del legislador penal. Esta propuesta no puede, sin embargo, ser aceptada. En los delitos de peligro abstracto hay que incluir tipos de delito que como el cohecho, la amenaza o la corrupción de menores, presentan una permanencia en la historia y en el Derecho penal comparado. Por tanto, debe procederse a verificar qué tipos particulares están integrados en el grupo antes de sugerir su desaparición.

La tensión en que se encuentra la concepción convencional con postulados estimados esenciales en el Derecho penal actual ha llevado a proponer diversos expedientes correctores de esta situación. Entre ellos destaca el sugerido por Schröder orientado a reconocer virtualidad, en orden a excluir la responsabilidad penal, a la prueba de la falta de peligro en la situación concreta. En amplios sectores de la doctrina, se afirma que los delitos de peligro abstracto son delitos de peligro presunto, con presunción *iuris et de iure*, en los que no se

(2) El pasaje de MILL en *On Liberty* se suele invocar en favor de la respuesta liberal. Según el *Report of the Committee on Homosexual Offences and Prostitution* (1957) «la cuestión del pecado afecta a la moralidad privada, pero no es un asunto de la Ley».

(3) La cita de DEVLIN (1959), en CROSS & JONES, *Introduction to Criminal Law*, 9 ed., a cargo de CARD, R., 1980, pág. 18.

(4) V. MATTES, H., *Problemas de Derecho penal administrativo*. (Historia y Derecho comparado), trad. de RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., 1979.

admite prueba en contrario de la ausencia de peligro. La tesis de Schröder se dirigía a transformar tal presunción *iuris et de iure* en una presunción *iuris tantum*, lo que llevaría a conceder eficacia a la prueba de la falta de peligrosidad de la acción formalmente coincidente con el tenor del tipo (5). Esta tesis no ha encontrado aceptación. Se considera que no es compatible con el principio *pro reo*, pues de no lograrse acreditar la inexistencia de peligro la presunción operaría en perjuicio del autor (6).

En la doctrina actual no se trata sólo de mitigar, sino de conseguir la transformación dogmática del grupo, dentro de los límites permitidos por el principio de legalidad. En los delitos de peligro abstracto se intenta conseguir la mayor coincidencia posible entre el concepto formal —delito es la acción penada por la ley— y material de delito —delito es la acción peligrosa para bienes jurídicos fundamentales, reprochable personalmente a su autor (7).

II.—La teoría convencional realiza una caracterización esencialmente negativa de los delitos de peligro abstracto, en los que incluye todos los delitos que *no* son de lesión ni de peligro concreto, *no* precisando tampoco un ataque efectivo al bien jurídico, dado que la producción del peligro es sólo motivo del legislador.

Esta caracterización negativa es insuficiente. Presenta a los delitos de peligro abstracto como grupo residual al que se atribuyen clasificatoriamente cuantas infracciones no pueden incluirse en los delitos de lesión o de peligro concreto. De este modo dejan de señalarse peculiaridades positivas que no deberían pasar dogmáticamente inadvertidas. Por otra parte, la doctrina usual no toma en cuenta la posibilidad de distinguir entre peligro real o efectivo y peligrosidad de la acción para el bien jurídico a los fines de una comprensión más correcta del grupo. Los delitos de peligro abstracto no exigen ciertamente un peligro real o concreto para el bien jurídico protegido. Pero esta proposición deja, sin embargo, abierta la cuestión de si reclaman una acción peligrosa como elemento del tipo.

En sentido positivo, es posible distinguir las siguientes especies de delitos de peligro abstracto:

A) En primer lugar, los delitos consistentes en la violación de reglas ético sociales o ético religiosas. Históricamente frecuentes hasta la crisis de la Ilustración, en los ordenamientos jurídicos no dejan de observarse reminiscencias de este fenómeno. Ejemplo de esta clase de delitos, hasta su derogación por Ley 45/1978, de 7 de octubre, era la propaganda de medios anticonceptivos, contenida en los números 4.º y 5.º del art. 416 Código penal.

B) En segundo término, los delitos de peligro abstracto identifi-

(5) V. *Die Gefährungsdelikte im Strafrecht*, en ZStW, 1969.

(6) V. CRAMER, en SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 20 Auf., 1980, antes del parágrafo 306, 3 y ss.

(7) V. ZIPF, H., *Kriminalpolitik*, 2 Auf., 1980, págs. 89 y ss.

cables como delitos de desobediencia, delitos de policía o injustos administrativos sometidos a pena criminal. Ejemplos de este grupo son la conducción de vehículos de motor sin el debido permiso o habilitación (art. 340 bis, c) del C. p., que descriminaliza el Proyecto de Código penal de 1980) o la expención de medicamentos sin cumplir las formalidades legales (art. 343 bis del C. p. y, correlativamente, art. 317 del Proyecto de Código penal).

C) Por último, los delitos de peligro abstracto que designamos como delitos de peligro hipotético, en los que el tipo no reclama tampoco, a diferencia de lo que sucede en los delitos de peligro concreto, la producción de un peligro efectivo, pero sí una acción apta para producir un peligro del bien jurídico como elemento material integrante del tipo de delito.

En este último subgrupo, se integran delitos pertenecientes al núcleo histórico primordial del Derecho penal, tipos que persisten en la evolución y que reproduce ampliamente el Derecho penal comparado. En este sector están incluidos el abandono de niños, cohecho activo, falso testimonio, la amenaza simple, algunos delitos contra la salud pública, etc.

La propuesta de prescindir legislativamente de los delitos de peligro abstracto no puede extenderse, evidentemente, a todos estos comportamientos. Debería limitarse a las infracciones consistentes en violaciones ético sociales o religiosas y a los injustos administrativos o de orden sometidos indebidamente por el legislador al Derecho penal. Esta propuesta carece por el contrario de fundamento respecto a los delitos de peligro hipotético, a cuyo estudio se dirige esencialmente esta contribución.

III.—En la consideración histórico dogmática de los delitos de peligro presenta un interés especial la aportación de Karl Binding en la que se encuentran las raíces, no siempre recordadas con justicia, de su transformación en la doctrina actual (8).

Binding hace de la norma el centro de gravitación del sistema penal. El delito es infracción de la norma jurídica. La desobediencia a la norma es momento constituyente general del delito. Binding distingue tres modalidades de normas: a) las normas, tanto prohibiciones (*Verbot*) como mandatos (*Gebote*) por las que se trata de impedir la producción de ciertas modificaciones en el mundo jurídico. La forma más simple es cuando la norma prohíbe la modificación en cuanto tal, como cuando formula la prohibición de matar a otro, de sustraer una cosa o de menoscabar la integridad territorial del Estado. Para estas normas Binding reserva la designación de prohibiciones de lesión (*Verletzungsverbote*); b) las normas prohibitivas de acciones que suponen el peligro de causar un resultado lesivo. Estas normas prohíben

(8) V. *Die Normen und ihre Ubertretung*, Bd. I., reimp. de la ed. 4.ª 1965. La exposición sintetiza las tesis tomadas en cuenta para proponer la categoría de los delitos de peligro hipotético.

la acción peligrosa en cuanto tal. De faltar el peligro la acción no es injusta. Tales normas se designan como prohibiciones de peligro (*Gefährdungsverbote*); c) finalmente, se refiere Binding a otra clase de normas, que sólo de forma remota pretenden neutralizar resultados no deseables. Estas normas surgen en las fuentes frente a acciones que generalmente implican un peligro para determinados bienes. Pero la acción no se prohíbe sólo cuando es particularmente peligrosa, sino también cuando no lo es; o sea, con indiferencia de si en la situación concreta su peligrosidad puede ser o no verificada. Para este sector reserva Binding la denominación de simples prohibiciones (*Ich nenne sie deshalb Verbote schlechthin*). En este grupo no es precisa la producción de una lesión ni la presencia de una acción peligrosa, de modo que la más tenue acción preparatoria de la alta traición, la desatención formal al horario de cierre por el comerciante, la más inocua comunicación de los secretos de un particular por un funcionario, etc., se someten a pena solamente por la desobediencia normativa que implican. La pena es aquí pena de la desobediencia (*Ungehorsamsstrafe*) (9).

La teoría del delito reproduce linealmente la teoría de la norma en sentido lógico formal. La infracción de la norma es momento general constitutivo del delito. Este es violación culpable del derecho estatal a la obediencia (*schuldhaften Verletzung des Rechts auf Böt-mässigkeit*). Esta definición, señala Binding, posee carácter puramente formal. El marco de la desobediencia puede ser sustancialmente colmado de formas muy diversas, lo que pone de relieve que el delito no se agota en la violación de un deber normativo reconocido por el Estado. Por el contrario, Binding advierte que, si bien todas las prohibiciones tienen una finalidad común —la evitación de determinadas modificaciones en el mundo del Derecho—, la consecución de este fin trata de lograrse con medios diversificados. Media un contraste profundo entre las prohibiciones de lesión y de peligro, por un lado, y las prohibiciones puras, por otro. En las primeras está presente un objeto de ataque ulterior al derecho a la obediencia. Los delitos de lesión y de peligro son delitos de ataque (*Angriffsdelikte*), en los que el objeto de ataque está plenamente determinado. Por el contrario, en las prohibiciones puras tal objeto de ataque se encuentra ausente por completo (10).

Los delitos de lesión (*Verletzungsdelikte*) presentan un doble momento constitutivo. Además del momento general, común a todo delito, de la desobediencia antinormativa, requieren la producción de un resultado dañoso, o sea, de un menoscabo real para la existencia del bien jurídico. En ellos es la desobediencia el medio reprochable para la lesión del bien jurídico, como frustración de la finalidad que la norma trata de lograr. Paralelamente, los delitos de peligro (*Gefährdungsdelikte*) ofrecen también tal doble momento constituyente, pues no reclaman sólo la desobediencia a la norma jurídica, sino ulteriormente la peligrosidad de la acción.

(9) V. loc. cit., págs. 111 y ss.

(10) V. loc. cit., págs. 364 y ss.

La noción de peligro ofrece en Binding peculiaridades que han originado interpretaciones precipitadas y graves malentendidos, pese a hallarnos aquí con una de las contribuciones más brillantes y profundas de la teoría general. Binding niega la existencia de delitos de peligro abstracto. En los delitos de peligro se requiere como momento necesario una acción básica peligrosa. Pero por peligro no entiende Binding únicamente lo que actualmente se denomina «peligro concreto», es decir, una consecuencia o estado originado por la acción y ulterior a ella. Por el contrario, es identificada también como un peligro la acción que, según un juicio de probabilidad, en caso de producirse el contacto entre ambos, es idónea para producir una lesión en el bien jurídico protegido. Para Binding, pues, la misma acción peligrosa es caracterizable como peligro. Esta amplificación ha sido criticada en la literatura (11), pero hay que reconocer que aunque comprenda en una unidad genérica superior el desvalor de acción —la acción peligrosa— y el desvalor de resultado —la consecuencia peligrosa— contribuye a una delimitación de la responsabilidad digna de consideración.

De acuerdo con ello, niega Binding la existencia de delitos de peligro abstracto. A diferencia de lo que ocurre en las infracciones de mera desobediencia, todo delito de peligro es de peligro concreto. Y no puede oponerse a esta construcción que el peligro es una noción carente de realidad, como han sostenido algunos representantes de una noción mecánica de causalidad, afirmando que si el peligro origina una lesión, falta lo específico del peligro, o que si se disipa sin causarla, se posee la prueba de la falta de peligro. Binding recuerda la expresión de Clausewitz de que la guerra es el escenario del peligro. Y como la experiencia enseña, hay acciones que bruscamente se transforman en daños para los bienes jurídicos. En igual sentido es impugnada en las *Normas* la tesis de que en ocasiones el peligro se presume *iuris et de iure* por el legislador y de que entonces basta que la acción sea abstractamente peligrosa, pues el peligro es esencial siempre a este grupo de delitos.

En el sentido de las *Normas*, el peligro es en todo caso una situación real que compromete la estabilidad del objeto de protección. Es siempre conmoción (*Erschütterung*) de la seguridad de su existencia. La aplicación de un medio idóneo contra el objeto protegido significa siempre la producción del peligro. Es esta una idea capital de la concepción que transcribimos. Por ello —se afirma—, la producción del peligro no necesita nunca presumirse, pues en tal caso ha acontecido indiscutiblemente. La acción se encuentra prohibida precisamente porque resulta peligrosa (12).

En orden a la aclaración del significado material de la construcción, pone Binding de relieve la posibilidad de que el autor, directamente o por medio de otras personas, prive desde un principio a la acción de su peligrosidad. La acción peligrosa carente del aguijón del peligro sería una contradicción *in adiecto*. La norma prohibitiva del

(11) V. BREHM, W., *cit.*, págs. 57 y ss.

(12) V. BINDING, K., *cit.*, págs. 368 y ss.

peligro no puede por ello comprender tal acción. Todo delito de peligro se halla prohibido bajo la reserva tácita de que ese contraefecto no tenga lugar. En tales casos, una ley que no prestara atención a las medidas de seguridad adoptadas por el autor y estableciese una presunción *juris et de iure* de que la ejecución de la acción, externamente caracterizada, implica un peligro consumado o intentado, difícilmente podría sustraerse a la censura de injusticia. La pena de los delitos de peligro afectaría igualmente entonces a la acción peligrosa y a la carente de peligrosidad, tanto a quien enciende fuego en la costa poniendo en peligro la navegación, como a quien realiza la acción previo advertir pertinentemente de su propósito a los navegantes que pudieran tomar contacto con la zona iluminada. En tales supuestos, se impondría la pena desigualmente tanto al delito de peligro como a la mera desobediencia exenta de peligrosidad.

En la exposición ofrecida en las *Normas* es reclamada, además, como momento conceptual propio de los delitos de peligro, la posibilidad de un contacto entre acción peligrosa y objeto de protección. Esta indicación posee máximo valor. Anticipa en el tiempo la idea, sostenida en la actualidad por Gallas, de que en los delitos de peligro es elemento necesario la posibilidad de la producción del peligro para el bien jurídico protegido, pues los delitos de peligro abstracto son, interpretativamente, delitos de peligro posible (13).

Las tesis de Binding poseen una riqueza de matices que no siempre ha sido advertida por la doctrina convencional. La síntesis efectuada, limitada a los aspectos esenciales de la exposición contenida en las *Normas*, pone de relieve que, en primer término, Binding selecciona las infracciones de desobediencia, como delitos que no están conectados al concepto de peligro. En ellos el peligro es sólo, o a lo sumo, motivo del legislador. En los propios delitos de peligro, por el contrario, se requiere siempre la presencia de un acto peligroso. Y en ello son integrados no solamente los delitos de peligro concreto, según la designación usual, sino también las acciones idóneas para la producción del peligro, bien que bajo la reserva de la posibilidad de un contacto entre ellas y el objeto de protección. En la posición de Binding, como se podrá comprobar después, están prefigurados algunos extremos importantes de la reconstrucción de los delitos de peligro en la actualidad.

IV.—El sentido de esta reconstrucción es doble. En primer término pretende restringir la difusión indebida de la responsabilidad que origina la doctrina convencional. Esto trata de lograrse incorporando al tipo de los delitos de peligro hipotético por vía interpretativa, es decir, dentro de los límites del principio de legalidad, la exigencia de que la acción sea positivamente peligrosa. Debe adelantarse que esta posibilidad está únicamente abierta en los delitos de peligro posible —o hipotético— hallándose excluida en las violaciones ético

(13) V. GALLAS, W., *Abstrakte und Konkrete Gefährdung*, en *Festschrift für Ernst Heinitz zum 70 Geburtstag*, 1972, pág. 179.

sociales o religiosas y en los injustos administrativos arbitrariamente criminalizados por el legislador. En segundo lugar, la reconsideración de los delitos de peligro abstracto intenta también ponerlos en conexión con las transformaciones recientes de la teoría general del delito, en la que se aprecia ante todo la pretensión de superar los resultados a que ha llegado el sistema finalista en la definición de la tipicidad. Para el finalismo, el dolo circunscribe la tipicidad. Es un elemento subjetivo de lo injusto por el que se delimita la tipicidad de la acción causal del resultado. En la dogmática más reciente, se procede a exigir, dentro del propio tipo objetivo, previamente al dolo típico, por tanto, la necesidad de que la acción sea peligrosa para el bien jurídico protegido (14).

En la evolución más reciente, destacan algunos puntos de vista acerca de los delitos de peligro abstracto que deben ser expuestos antes de pasar a ofrecer la propia posición (15).

A) Cramer se ha ocupado en ocasiones diversas de la estructura de los delitos de peligro abstracto (16). Su posición actual se halla reflejada, sin embargo, en la reelaboración de la materia contenida en las ediciones últimas del *Kommentar* de Schönke-Schröder, posición que pasamos brevemente a sintetizar.

El legislador, indica Cramer, con referencia al estado previo de la cuestión, tras los precedentes pasos de Schröder (17), toma en cuenta la existencia de acciones que son generalmente peligrosas, procediendo a establecer su prohibición jurídico penal. Se trata aquí de los delitos de peligro abstracto, que a diferencia de los de peligro concreto, no requieren que un objeto particular de ataque sea afectado por la acción en su existencia o seguridad. El peligro efectivo no pertenece como elemento formal configurador a esta clase de delitos, entre los que se hallan figuras diversas del Código penal y numerosas contravenciones administrativas al orden de la colectividad. En los delitos de peligro abstracto ha procedido Schröder, sin embargo, a establecer una subdistinción entre aquellas figuras en que la concordancia formal entre acción y descripción legislativa conduce sin más a la afirmación de la tipicidad y los delitos en que ha de ser verificada judicialmente la idoneidad de la acción para la producción de un peligro del bien jurídico protegido. En el Código penal español corresponde a este

(14) V. GALLAS, W., *Zur Struktur des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs*; TRIFFTERER, O., *Die «objektive Voraussehbarkeit» (des Erfolges und des Kausalverlaufs) — unverzichtbares Element im Begriff der Fahrlässigkeit oder allgemeines Verbrechenselement aller Erfolgsdelikte?*, en *Festschrift für Paul Bockelmann*, 1979, págs. 155 y ss., y 201, respectivamente.

(15) En la literatura penal española, la crítica del grupo se efectúa ante todo en los trabajos de ESCRIBA GREGORI, CÓRDOBA RODA y BARBERO SANTOS, cit. en nota 1. En general, domina en los Manuales y Tratados el punto de vista convencional. Igual sucede en Italia, donde la tesis de que los delitos de peligro abstracto son infracciones en que el peligro se presume *iuris et de iure* puede estimarse dominante.

(16) V. *Der Vollrauschtatbestand als abstraktes Gefährdungsdelikt*, 1962.

(17) V. CRAMER, en SCHÖNKE-SCHRÖDER, cit., n. 3.

modelo el delito del artículo 346 Código penal, y correlativamente, los contenidos en los artículos 322 y 323 del Proyecto de Código penal de 1980. No basta en estos casos comprobar la coherencia formal de la acción con la descripción legislativa, sino que es preciso, por el contrario, establecer judicialmente la nocividad de la conducta para la salud pública. Para estas hipótesis legales ha propuesto Schröder la designación de delitos de peligro abstracto-concreto. En ellos la ley no se limita a describir una acción generalmente peligrosa según un juicio de experiencia, pero tampoco reclama, como en los delitos de peligro concreto, la verificación del peligro efectivo para el bien jurídico. Es preciso, en tales situaciones, que sean comprobadas las propiedades de la acción que permiten considerarla apta o idónea para producir, en su caso, un peligro real para el objeto de protección. Este grupo contiene, por tanto, una subespecie de los delitos de peligro abstracto, que en su sentido más general no exigirían del juez tal comprobación ni dejarían tampoco margen para la apreciación de la peligrosidad del comportamiento. En los genéricos delitos de peligro abstracto, a diferencia de los delitos de peligro abstracto-concreto, la falta de peligrosidad del acto no influiría, pues, en la existencia de delito. Cramer ejemplifica esta situación acudiendo al supuesto de la difusión de escritos u objetos pornográficos a menores de dieciocho años, delito que no dejaría de existir en el caso particular de que la entrega se realizase a una menor edad que, en atención a su amplia experiencia sexual, no pudiera experimentar peligro alguno en su evolución sexual personal (18).

Previo exponer la situación del problema, en el sentido indicado, Cramer afirma que también debe negarse la tipicidad de la acción cuando pese a su coincidencia formal con la figura de delito, no puede conducir, de acuerdo con la experiencia humana, a la producción del resultado que el legislador pretende neutralizar, o sea, cuya evitación constituye la *ratio legis* del tipo. El problema de cuándo se encuentra presente un tipo de delito que permite esta comprensión es una cuestión interpretativa. El examen de la figura singular de delito decidirá si es posible someterla a esta orientación teleológica, que la sustrae, junto a los delitos de peligro abstracto-concreto, del área más amorfa o genérica de los delitos de peligro abstracto en el sentido de la concepción tradicional. En los delitos de peligro para la vida, salud, evolución espontánea de la sexualidad, etc., el tipo formal del delito ha de ser circunscrito o delimitado, según esto, en el sentido de que las acciones inapropiadas para hacer peligrar el objeto de protección no deben estimarse punibles. La conclusión ha de ser diversa, sin embargo, en los delitos de peligro abstracto orientados hacia bienes jurídicos suprapersonales, como la estafa de crédito o de subvenciones del Código penal alemán, en las que la doctrina dominante no ve únicamente ataques al patrimonio, sino delitos de peligro para el crédito público, o para la institución social del crédito (19). En general, este punto

(18) V. *loc. cit.*, n. 3 a), en relación con el párrafo 184 del C. p. alemán.

(19) V. *loc. cit.*, n. 3 a).

de vista deberá tenerse presente en los delitos de peligro abstracto propios del Derecho penal accesorio. En ellos la restricción de la tipicidad que, en sentido teleológico, es propuesta por Cramer, no tendrá viabilidad. Dentro de esta falta de viabilidad se hallan, a su juicio, las infracciones en materia de seguridad del tráfico o de protección del medio ambiente, en las cuales no se trata ya de prohibir una acción individual peligrosa, sino de controlar una conducta generalizada que puede producir menoscabos indeterminados para los bienes jurídicos. En tales supuestos, la falta de peligrosidad de la acción singular para el bien jurídico protegido deja intacta la tipicidad (20).

La posición de Cramer implica, por tanto, el reconocimiento de la existencia de tipos de delito contruidos haciendo abstracción de que se produzca un peligro e, incluso, de que la acción singular sea peligrosa, es decir, adecuada para determinar su producción. En estos generales delitos de peligro abstracto no influye en la responsabilidad el dato de que la acción carezca de peligrosidad. Pero esto no sucede, por el contrario, si se consigue acreditar mediante interpretación que el sentido del tipo es neutralizar acciones peligrosas, es decir, acciones adecuadas para la producción de un menoscabo en el bien jurídico que venga en consideración. Cramer establece, pues, una zona especial o exceptuada frente a la teoría convencional de que el peligro es mero motivo del legislador en los delitos de peligro abstracto. Entendemos que se produce de esta forma una aproximación material con las proposiciones de Binding, pues entre los delitos que exigen un peligro concreto y los que materialmente son extraños a la idea de peligro surge un conjunto caracterizado por la necesidad de que la acción sea sustancialmente peligrosa. Binding incluía esta hipótesis en los delitos de peligro concreto, puesto que rechazaba la categoría del peligro abstracto. Cramer admite la existencia de delitos de peligro abstracto, pero selecciona dentro de ellos los tipos que, aun no exigiendo un peligro efectivo, tampoco se agotan en la coincidencia formal entre acción y descripción típica, al exigir la verificación judicial de la idoneidad de la acción para la producción del peligro, bien porque expresamente se reclama del Juez esta operación, bien porque esa aptitud del comportamiento sea implícitamente requerida por el tipo (21).

En sentido correlativo debe posiblemente entenderse la tesis de Escrivá Gregori, quien sobre la base del análisis lingüístico de los tipos, propone distinguir entre delitos de peligro explícito, en los que la producción del peligro es elemento formal del tipo, y delitos de peligro implícito. El tipo no es solamente descriptivo, afirma, sino que contiene una valoración: describe conductas humanas valoradas. En determinados tipos no se exige expresamente el peligro, pero éste es característica implícita perteneciente al tipo. La tesis de que los delitos de peligro abstracto se convertirían, mediante un análisis correcto del lenguaje, dentro del ámbito de su propia terminología, en delitos pertenecientes al grupo opuesto de los delitos de peligro abstracto, no

(20) V. *loc. cit.*, n. 3 a).

(21) V. *loc. cit.*, n. 4.

coincide ya con el criterio de Cramer, mostrando afinidades con el punto de vista de Gallas que exponemos a continuación (22).

B) En la investigación dogmática reciente, presenta un elevado interés la tesis sostenida por Gallas (23). Los delitos de peligro abstracto reclaman un desvalor de acción constituido por el comportamiento peligroso para el bien jurídico protegido. En ellos no es preciso, frente a los delitos de peligro concreto, un peligro real o efectivo para el objeto de protección. Los delitos de peligro abstracto son, en su opinión, delitos de peligro posible. En ellos ha de determinarse mediante un juicio *ex ante* si la acción es en las circunstancias singulares en que se realiza peligrosa para el objeto de protección. En tales delitos de peligro abstracto la peligrosidad del comportamiento es condición necesaria y, a la par, suficiente. La producción del resultado peligroso no es necesaria en este grupo de delitos. La tipicidad depende de la peligrosidad general de la acción, es decir, de que pueda temerse de ella el menoscabo de un bien jurídico. Los delitos de peligro abstracto son un estadio previo de los de peligro concreto, de igual modo que éstos implican una fase previa a la producción de la lesión. En ellos no es la peligrosidad de la acción simple motivo del legislador, sino un dato que hace posible su subsunción en el tipo. De acuerdo con ello se produce una aproximación entre delitos de peligro concreto y abstracto. El punto de contacto entre ambas categorías viene dado por el hecho de que el juicio de peligrosidad se basa en las propiedades materiales del hecho concreto, mientras que el pronóstico inmanente al concepto de peligro contiene un elemento de generalización y de abstracción. La tesis de Gallas implica por ello una rectificación importante de la teoría convencional (24).

V.—El criterio de que en los delitos de peligro abstracto se contienen figuras de delito que poseen naturaleza diferenciada, o fenómenos con peculiaridades que no toma en cuenta la dirección tradicional, ha de ser examinado de forma más precisa, antes de pasar a la ordenación dogmática de los criterios sugeridos.

A) Históricamente, el Derecho penal ha sido utilizado para reforzar con la pena criminal prohibiciones ético religiosas o ético sociales. En el primer sentido, se orientaba en el Derecho penal del Antiguo Régimen el *crimen lesae maiestatis divinae*, el delito de brujería, o la sanción penal de infracciones del Decálogo, como la contenida en la Novísima Recopilación respecto al juramento del nombre de Dios en vano (25). Ha sido más dilatado el recurso a la pena criminal para fortalecer la prohibición de violaciones morales o de la ética social, frente a acciones no peligrosas para los bienes jurídicos. El contraste actual entre las concepciones «liberal» y «autoritaria» afecta ante todo al problema de si cabe acudir a la pena criminal para controlar con-

(22) V. *loc. cit.*, págs. 69 y ss.

(23) V. *Abstrakte und Konkrete Gefährdung*, cit., pág. 181.

(24) V. *loc. cit.*, págs. 183 y ss.

(25) 1. VI, tit. V, Lib. XII.

ductas contrarias a la moral (26). En el sistema penal español era este el sentido de la prohibición de la propaganda de anticonceptivos contenida en los núms. 4.º y 5.º del derogado art. 416 del Código penal. Este sentido posee probablemente el tipo del artículo 432, en el que se somete a pena criminal la exposición o proclamación de doctrinas contrarias a la moral pública por medio de la imprenta u otro medio de publicidad, figura de delito de que prescinde el Proyecto de Código penal de 1980. Y en igual dirección se considera generalmente que opera la prohibición de la difusión de escritos u objetos pornográficos a personas adultas, una acción en la que la literatura criminológica especializada no logra descubrir un real bien jurídico a que se dispense protección. A juicio de Goldstein y Kant el hecho no posee virtualidad para producir daño alguno a los bienes jurídicos. La discusión político criminal del problema de la pornografía se orienta en favor de la llamada «tesis catártica», que estima que la difusión de escritos, films, discografía, etc., de carácter pornográfico favorece la sublimación de tendencias sexuales antisociales, que pueden dar lugar a delitos de violación, abusos sobre menores de edad, etc. (27). En lo concerniente a la pérdida de carácter penal de la homosexualidad entre adultos, el Derecho penal comparado camina hacia la unanimidad. No ocurre igual con el incesto. La tesis de Hommel, quien sostenía en Alemania en el siglo XVIII que no debía castigarse, pues aun siendo pecado para los cristianos; no causa un daño a nadie, sigue todavía siendo controvertida (28). La solución del Derecho penal español, reflejada en el párrafo final del artículo 434, de hacer del parentesco una circunstancia de agravación del estupro de prevalimiento, no tiene concordancia en el Derecho comparado. Frente a la supresión general de la punibilidad del incesto, irreflexivamente acordada por la ley 46/1978, de 7 de octubre, reacciona ahora el Proyecto de Código penal de 1980 en el artículo 281. En igual sentido se orienta la reforma del Derecho penal inglés. En ella el incesto es puesto también bajo pena criminal, sobre la base de argumentos primordialmente éticos, pues en realidad no ha logrado acreditarse con la exigible seguridad que en la acción está presente un peligro para la prole, lo que exigiría pruebas genéticas de las que por ahora se carece (29).

(26) El Proyecto Oficial alemán de 1962 no consideraba imposible acudir al Derecho penal para sancionar violaciones de la ética. Contra este punto de vista, el Proyecto Alternativo, parágrafo 2, asigna a la pena y las medidas de seguridad la función de proteger los bienes jurídicos y conseguir la resocialización del autor. Contra una concepción ético-metafísica o moralizadora del Derecho penal, GIMBERNAT ORDEIG, E., *¿Tiene un futuro la dogmática jurídico penal?*, en *Estudios de Derecho penal*, 2.ª ed., 1981, páginas 105 y ss.

(27) V. GOLDSTEIN, M. J., KANT, H. S., *Pornografía e comportamiento sessuale deviante*, 1978, págs. 210 y ss.

(28) V. ROXIN, C., *Iniciación al Derecho penal de hoy*, trad. MUÑOZ CONDE, F., y LUZÓN PEÑA, D., págs. 26 y ss.

(29) V. CARD, R., *The Criminal Law Revision Committee's Working Paper on Sexual Offences*, en *The Criminal Law Review*, 1981, pág. 371.

Este primer subgrupo de delitos de peligro abstracto, en tanto no se exige en ellos un peligro demostrado para un bien jurídico digno de protección jurídico penal, presenta, pues, peculiaridades que deben ser tomadas en consideración, no siendo correcto limitarse a una caracterización negativa que oscurezca u oculte sus problemas dogmáticos y político criminales (30).

B) En un segundo grupo de delitos de peligro abstracto tampoco depende la tipicidad de que la acción sea peligrosa para los bienes jurídicos. Los tipos que nos disponemos a verificar no requieren ni un resultado peligroso ni una acción *inmediatamente* peligrosa para un objeto particular de protección. Están aquí presentes, por el contrario, delitos de desobediencia, en el sentido de Binding, injustos administrativos criminalizados, o infracciones administrativas sometidas al Derecho penal. En el sistema penal español, deben atribuirse a este ámbito —entre otras figuras de delito— las contenidas en los artículos 340 bis c) y 343 bis.

En el caso de la conducción por vía pública de un vehículo de motor sin haber obtenido el correspondiente permiso, la acción objetivamente correcta, permitida para quien esté provisto del permiso, se halla prohibida para quien carezca de él. Aunque la acción no sea idónea para originar ni incrementar el peligro para la seguridad del tráfico u otros bienes jurídicos es típica, sin embargo, en atención a su carácter general, no particularmente peligroso. El Proyecto de Código penal opta correctamente por su descriminalización.

En igual sentido se orienta la consideración de la expendición de medicamentos sin cumplir las formalidades legales o reglamentarias, prevista en el artículo 343 bis. En este caso, el Proyecto (art. 317) mantiene, por el contrario, la punibilidad. El acto de expender un medicamento carece de peligrosidad. Al realizarse sin cumplir las formalidades legales, surge únicamente una infracción administrativa, es decir, una vulneración de las medidas de policía farmacéutica preestablecidas para el mantenimiento del orden en este sector. En el despacho de insulina a una persona diabética que no aporta la receta es difícil ver un injusto de naturaleza penal. Está aquí presente, por el contrario, una criminalización abusiva de un injusto administrativo.

Este segundo grupo de delitos de peligro abstracto se distingue de las violaciones ético religiosas o ético sociales penalizadas, en que el tipo describe una acción desviante frente al orden pretendido en un peculiar sector social. La doctrina penal anglosajona las designa como *regulatory offences*. En el Derecho penal clásico se les mencionaba como delitos de mera creación legislativa, infracciones *mala quia prohibita*, en que el peso decisivo no se halla en la materia de la valoración, sino en la valoración de la materia por el legislador. En la actualidad se estima que tales hechos deben de ser atribuidos al Derecho administrativo, es decir, sustraídos al Derecho penal. Forman el campo de la descriminalización del injusto de orden, administrativo, gubernativo,

(30) Acerca de los presupuestos metodológicos del estudio, V. BREHM, cit., especialmente págs. 115 y ss.

de policía, etc., cuya caracterización dogmática ha producido «la desesperación de los juristas». En atención a su falta inmediata de peligrosidad y a su descolorida significación desde la perspectiva de una culpabilidad material deberían atribuirse a una ley general de infracciones administrativas (31).

C) Dentro de los delitos de peligro abstracto, en tanto no precisan un peligro real para el bien jurídico como *plus* ulterior a la acción, se hallan los que denominamos como *delitos de peligro hipotético*. En ellos es necesaria, aunque también suficiente, la ejecución de una acción peligrosa, idónea para producir un peligro para el bien jurídico protegido. No es bastante, por ello, la coincidencia formal entre acción y descripción ofrecida por el legislador. Este grupo comprende muy diversas figuras de delito, entre las que se encuentran algunas pertenecientes al centro del Derecho penal. No puede, por tanto, coincidirse plenamente con Hippel, en el sentido de que los delitos de lesión forman el «bloque fundamental» del derecho punitivo (32).

Lo característico de este sector es implicar la posibilidad, no la realidad, del peligro para el bien jurídico protegido. Los delitos de peligro hipotético son, pues, delitos de peligro posible. La imposibilidad de la producción del peligro excluye en ellos la tipicidad. Y como probará el examen que se realiza a continuación, carece de sentido proponer la desaparición de tales tipos de delito del derecho criminal.

a) Es un delito de peligro hipotético la amenaza simple de los artículos 493, 2.º Código penal y 189, 2.º del Proyecto de Código penal de 1980. Si bien Binding estimaba la amenaza como delito de desobediencia, hoy predomina el criterio de tratarla como acción contra la libertad o la paz jurídica del amenazado. Eser, en el comentario de Schönke-Schröder, construye la amenaza como delito de peligro abstracto-concreto, que no requiere la puesta en peligro efectiva del bien jurídico, pero que reclama que la acción sea apropiada objetivamente, en atención a su peculiaridad y circunstancias, para producir una pérdida de confianza en la paz jurídica a una persona normal. Esta construcción de la amenaza determina que, aunque por la extraordinaria presencia de ánimo del sujeto pasivo, no se haya producido un peligro para su libertad de decisión o actuación, el delito no deje de hallarse presente. Inversamente, cuando la acción no es adecuada para hacer peligrar la libertad del amenazado, pero éste por su excesiva pusilanimidad, influenciabilidad o carácter supersticioso, es afectado en su tranquilidad, confianza en la paz jurídica o libertad personal, el delito no se puede afirmar. La amenaza no exige sólo la comprobación de que el acto es formalmente subsumible en el tipo, sino un enjuiciamiento teleológico, es decir, la comprobación de si en atención a sus propieda-

(31) Sobre el concepto material de culpabilidad, V. MUÑOZ CONDE, F., *Über den materiellen Schuldbegriff*, en *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 1977, págs. 64 y ss.; *Introducción a ROXIN, C., Culpabilidad y prevención en Derecho penal*, 1981, págs. 13 y ss.

(32) HIPPEL, R., *Deutsches Strafrecht*, Bd. 2, reimpr. de la ed. de 1930, 1971, págs. 100 y ss.

des cabe reconocer su aptitud para hacer peligrar el objeto de protección (33).

Es también un delito de peligro hipotético el falso testimonio, en la forma del tipo básico del artículo 326, párrafo último Código penal, y del artículo 506, párrafo primero del Proyecto Código penal de 1980. Objeto de protección en el falso testimonio es el interés a la corrección y concordancia con el derecho objetivo de las resoluciones jurisdiccionales. No requiere el delito ni la lesión ni la puesta en peligro de este interés. Pero tampoco basta cualquier acción del testigo o perito formalmente coincidente con el tipo a los fines de la responsabilidad. El falso testimonio no es un delito de peligro abstracto en el sentido de la concepción convencional. Es también un delito de peligro hipotético, pues la tipicidad depende de que la declaración o el dictamen pueda afectar de algún modo al resultado de la prueba (34).

Especialmente interesante para verificar las características de los delitos que ahora consideramos es el tipo de la corrupción de menores, previsto en los artículos 452 bis b) del Código penal y 211 del Proyecto Código penal de 1980. La figura facilita la penetración de valoraciones puramente morales en el Derecho penal sexual. Pero la interpretación ha de reconducirla, sin embargo, a su territorio jurídico propio. El tipo no prohíbe sólo acciones discrepantes de las pautas ético sociales vigentes en el ámbito sexual. No es sólo una violación de la ética sexual que se sancione con pena criminal. Por el contrario, es un delito de peligro hipotético. Bien jurídico es aquí el interés a la evolución sexual natural, no mediatizada artificialmente por las intervenciones de terceros, de la juventud. Esta evolución ha de cumplirse en el intercambio dialéctico espontáneo, natural, del joven con su peculiar mundo circundante, sin ser artificiosamente configurada por la mediación de personas adultas (35). El sentido de la norma es prohibir acciones peligrosas para la evolución normal de la personalidad sexual.

Esta construcción determina que únicamente cuando la acción coincidente con el tipo sea peligrosa para el bien jurídico pueda sustancialmente afirmarse la tipicidad. La acción carente de peligrosidad para la evolución de la personalidad sexual del joven es, por el contrario, una acción atípica. Paralelamente, una acción no puede materialmente incluirse en el tipo si, estando ausente su aptitud para hacer peligrar el bien jurídico, conduce, excepcionalmente, a un peligro para el objeto de protección.

La ejemplificación efectuada es suficiente para percatarse del sentido de la categoría de los delitos de peligro hipotético.

VI.—En estos delitos está presente la situación fundamental característica del tipo penal. Este no es mera descripción de la acción, sino medio para neutralizar acciones peligrosas desvalorizadas por el Derecho penal. Es, pues, una realidad tridimensional. La tipicidad re-

(33) V. ESER, A., en SCHÖNKE-SCHRÖDER, cit., parág. 241, n. 2.

(34) V. TORÍO LÓPEZ, A., *Introducción al testimonio falso*, en Rev. Der. Proc., 1965, pág. 11.

(35) En este sentido la j. p. Sala 2.ª, S. de 27-1-1981.

clama, en primer término, un momento *lógico*. En el tipo se describe formalmente, en el sentido del principio *nullum crimen sine lege*, la acción relevante para el Derecho penal. En este primer momento el tipo opera en el sentido de la seguridad jurídica. Son irrelevantes las acciones no subsumibles formalmente en la descripción típica.

En segundo lugar, los delitos de peligro hipotético reclaman una ulterior dimensión. Exigen que la acción sea adecuada, apta, para producir un peligro del objeto de protección. Esto no sucede, por el contrario, en los delitos de peligro abstracto consistentes en infracciones al orden ético social ni en los injustos administrativos o de orden que se someten indebidamente al Derecho penal. Los delitos de peligro hipotético son delitos de peligro posible. No requieren que la acción determine un peligro efectivo, a diferencia de lo que ocurre en los delitos de peligro concreto. Pero sí reclaman que pueda originar un estado caracterizable como probabilidad de un daño o lesión. Por ello son atípicas las acciones que, desde la perspectiva del juicio de peligrosidad, aparecen como accidentales o irrelevantes, pese a hallarse formalmente comprendidas en la descripción típica. Incluso en el sentido del tipo del artículo 332 Código penal no puede estimarse presente un falso testimonio si el testigo se limita a declarar una edad inexacta, en tanto ésto no pueda influir de ninguna forma en el resultado de la prueba. No podría apreciarse tampoco el delito de amenaza en la exteriorización del propósito de recurrir a un medio fantástico para la producción de un daño al amenazado, incluso si éste por su carácter supersticioso experimenta una seria conmoción psíquica. Falta en tal caso el tipo del artículo 493, núm. 2.º. Binding negaba la existencia del abandono de niños cuando la acción se realiza en zona iluminada por la que transite gente, en una noche cálida, de modo que no pueda producir peligro en la situación concreta. Los delitos de peligro hipotético son formaciones jurídicas finalistas, en las que la tipicidad presupone el juicio *ex ante* de que el comportamiento puede originar un peligro para el objeto de protección. Presentan, pues, un característico plano *teleológico*.

Finalmente, contienen los delitos de peligro hipotético una dimensión normativa o valorativa. Está presente en ellos un momento *axiológico*. En estos delitos consiste la tipicidad en que la acción formalmente descrita en el tipo (a), apta según un juicio *ex ante* para producir un peligro (b) se halla en contradicción, o desvalorizada, por la norma base del tipo penal (c).

VII.—La fórmula propuesta conecta los delitos de peligro con el más reciente desenvolvimiento de la teoría del delito. La doctrina penal comenzó acentuando originariamente la naturaleza descriptiva del tipo. En realidad Beling no estableció nunca una separación radical entre tipo (*Tatbestand*) y norma (*Norm*), hasta el punto de que el tipo no presupusiera de alguna forma la antinormatividad de la acción. Por el contrario, Beling alude a «la teoría genial de las *Normas* de Binding, que si tiene todavía adversarios que la rehúsan, se desenvuelve sobre

fundamentos que constituyen verdades inconvencionales, por lo que su impugnación, nunca afortunada, apenas puede tomarse realmente en serio» (36). Entre el tipo y la norma existe una conexión efectiva, pues, en cierto sentido, «el tipo penal es un eslabón entre la norma y la ley penal» (37). Para Beling, «los tipos penales proporcionan las acciones jurídico penalmente relevantes, que en su antijuricidad, han de ser contrastados con las normas que se oponen a su realización» (38).

Esta conexión entre norma y tipo legal ha sido reafirmada nuevamente en la dogmática actual, corrigiéndose así una visión aislada y defectuosa de ambas realidades. Ha contribuido a ello la concepción del tipo como «materia de la prohibición jurídico penal» por la teoría finalista, destacando correctamente que el tipo contiene una valoración provisional, o de primer grado, de la acción, mientras que su desvaloración definitiva corresponde a la antijuricidad (39).

Esta progresiva recuperación de una concepción normativa, valorativa, del tipo constituye uno de los rasgos más sobresaliente de la dogmática contemporánea, en relación con la jurisprudencia de la valoración, como corriente metodológica peculiar de la actual ciencia del Derecho (40).

La ciencia positivista del Derecho penal está en la base de la doctrina del «motivo» del legislador, es decir, de la visión convencional de los delitos de peligro abstracto. Tal orientación posee carácter formal clasificatorio. Implica una supresión del momento material de este grupo de delitos y su atribución clasificatoria negativa, residual, al ámbito de las infracciones que no son de lesión ni de peligro concreto. El sentido del tratamiento del grupo en el presente, como pone la monografía de Brehm de relieve, es teleológico y valorativo (41).

En la línea de una dogmática teleológica, exige el criterio propuesto que la acción, según un juicio de pronóstico, a formular *ex ante* por el juez, sea definida como comportamiento apto para hacer peligrar el objeto de protección. En el sentido de una dogmática valorativa, se acepta el punto de vista de que el momento esencial, en los delitos de peligro hipotético, es de carácter eminentemente normativo. Lo decisivo en este grupo es, pues, la valoración como contraria al fin de la norma jurídica de la acción realizada por el autor. De modo forzosamente breve, ambas exigencias son consideradas a continuación.

VIII.—El concepto de peligro posee una característica elasticidad. Es un juicio relativo al grado de probabilidad de un acontecimiento dañoso. El peligro se encuentra entre la mera posibilidad y la necesidad forzosa. Los tipos de los delitos de peligro se caracterizan

(36) V. *Die Lehre vom Verbrechen*, reimp. de la ed. de 1906, 1964, pág. 115.

(37) V. *loc. cit.*, pág. 120.

(38) V. *loc. cit.*, pág. 120.

(39) V. WELZEL, H., *El nuevo sistema del Derecho penal*, trad. de CEREZO MÉR, J., 1964, págs. 70 y ss.

(40) V. LARENZ, K., *Metodología de la ciencia del Derecho*, 2.ª ed., trad. de RODRÍGUEZ MOLINERO, M., págs. 141 y ss.

(41) V. *Zur dogmatik des abstrakten Gefährdungsdelikts*, cit., págs. 115 y siguientes.

por reclamar, bien formalmente —como en los llamados delitos de peligro abstracto-concreto—, bien mediante interpretación, una acción peligrosa como exigencia del tipo. En tales tipos no se determina legislativamente, sin embargo, el grado de peligro requerido como presupuesto de la tipicidad. La norma prohíbe sin duda la ejecución de una acción peligrosa, pero no establece —ni podría tampoco hacerlo dadas las innumerables circunstancias que pueden concurrir en el caso concreto —qué grado de tendencia ha de poseer esa acción para la producción del resultado a fin de que se estime prohibida. La cuestión de si el tipo exige un grado de probabilidad próximo a la unidad o si, por el contrario, basta una tendencia mínima para que la acción sea subsumible en él adolece de un equívoco en su planteamiento. La teoría convencional de los delitos de peligro abstracto sostiene que pueden ser comprendidas en ellos acciones cuyo grado de tendencia sea incluso nulo, dado que el peligro es sólo motivo del legislador. Pero este criterio es incorrecto respecto a los delitos de peligro hipotético, que sólo prohíben acciones peligrosas para el bien jurídico protegido.

En la dogmática naturalista, mecanicista, del pasado siglo fue ya planteada la cuestión de cuándo un grupo de acciones podrían ser llamadas peligrosas. ¿Únicamente cuando pueden conducir a un daño o lesión en más del cincuenta por ciento de los casos? ¿Es suficiente, por el contrario, un porcentaje de riesgo menor? Para una compañía de seguros —indica Binding— esta consideración probabilística o de masa posee gran significación, pero para el Derecho penal y para el juez sólo la tiene la valoración individualizadora del caso particular (42).

Los delitos de peligro nunca reclaman un grado determinado, un coeficiente matemático exacto de peligrosidad del comportamiento. La acción ha de ser incuestionablemente peligrosa, pero su grado de peligrosidad no puede ser preestablecido por el legislador. La tipicidad no se agota en el juicio de pronóstico sobre su idoneidad para lesionar los bienes jurídicos, sino que esencialmente radica en si la acción está en contradicción con la norma base del tipo penal. Lo que el juez ha de decidir es si esa acción se encuentra jurídicopenalmente prohibida. Esta decisión no es posible adoptarla en el plano del ser, sino en el del deber ser.

En la observación profunda de Binding de que en los delitos de peligro el momento decisivo viene dado por la valoración individualizadora del hecho particular, se encuentra ya prefigurado el germen de la moderna teoría del fin de la norma.

También en el sentido de Binding, los delitos de peligro presuponen la posibilidad del contacto entre acción y objeto de protección. En la hipótesis de que éste no pueda entrar en el radio de efectividad del acto está excluida la tipicidad. Ocurre igual cuando el autor ha procedido pertinentemente a adoptar medidas que excluyan de antemano la posibilidad del peligro concreto. Binding recuerda el supuesto

(42) V. *Die Normen und ihre Ubertretung*, Bd. I, cit., pág. 379, nota 21.

de quien advierte a los navegantes de su propósito de encender fuego en la costa, advertencia que neutraliza todo peligro para la navegación (43). En un ejemplo más discutible, Cramer estima que el tipo del párrafo 184 del Código penal alemán, relativo a la difusión a jóvenes de escritos u objetos pornográficos, no aparece cumplido cuando el sujeto pasivo es persona que posee amplia experiencia sexual (44). Igualmente, no existiría abandono de niños del artículo 488 párrafos primero y tercero, si el sujeto activo ha adoptado previamente las precauciones necesarias para que la vida o la salud del menor no corran ningún riesgo, advirtiendo tempestivamente a la autoridad o terceros jurídicamente obligados a actuar de la realización de la acción. Precisamente el tipo del abandono de niños muestra la necesidad de distinguir entre peligrosidad de la acción de abandono y resultado peligroso para el bien jurídico, al que alude el párrafo final del artículo 488, como realidades jurídicas diferentes.

En el caso de que la posibilidad del contacto entre acción y objeto de protección se encuentre excluida surge una situación formalmente correlativa a la de la tentativa imposible por inexistencia o ausencia del objeto material. No es posible por ello hablar de consumación pese a la coincidencia formal del comportamiento con la descripción típica.

IX.—Ha sido indicado que los juicios de peligrosidad son fundamentalmente juicios de probabilidad, que se desenvuelven entre la mera posibilidad y la necesidad forzosa. El grado de peligrosidad de una acción puede ser mínimo o, por el contrario, muy elevado. Los delitos de peligro hipotético exigen una acción idónea para originar un peligro para el bien jurídico, pero no establecen cuándo la acción posee el grado de peligrosidad preciso para ser sometida al Derecho penal.

Es evidente que la transposición a este campo de criterios estadísticos, matemáticos, resultaría improcedente. Únicamente cabe deducir de la exigencia de una acción peligrosa como momento del tipo que las acciones carentes de peligrosidad materialmente no pueden ser incluidas en él. La cuestión de cuándo ha de estimarse relevante, en sentido jurídico penal, una acción es un problema eminentemente valorativo. Como indicaba Binding, lo decisivo es aquí el enjuiciamiento valorativo del caso concreto, efectuado de forma individualizadora. La decisión de si las repetidas invitaciones a un funcionario público poco escrupuloso cumplen el tipo de cohecho activo, únicamente puede obtenerse mediante una apreciación valorativa de la situación concreta. En primer lugar, la acción ha de poder ser subsumida, en sentido lógico formal, en el tipo del artículo 391. En segundo término, ha de tratarse de acciones que objetivamente puedan estimarse medios idóneos para la perversión de la integridad de la función pública. En este momento se trata sólo de una consideración teleológica, es decir, de si según un juicio impersonal de pronóstico ese tipo de acción posee peligrosidad para el desenvolvimiento correcto de la función pública. El

(43) V. *loc. cit.*, pág. 386.

(44) V. CRAMER, en SCHÖNKE-SCHRÖDER, cit., antes del parág. 306, 3.º.

momento determinante, sin embargo, es valorativo. El tránsito de la acción socialmente tolerable, frente al comportamiento antisocial jurídicopenalmente desaprobado, se efectúa mediante un juicio de valor. Únicamente es típica la acción descrita legislativamente, peligrosa para el bien jurídico, desaprobada por la norma jurídica base del tipo penal.

Lo decisivo en esta clase de delitos es la apreciación valorativa del comportamiento como jurídicamente prohibido. No es sólo la verificación lógica de que la acción es formalmente coincidente con la descripción típica. No lo es tampoco la peligrosidad de la acción, abstractamente considerada, para el bien jurídico protegido. El momento decisivo viene dado en ellos por el contraste existente entre la acción y la norma prohibitiva de su ejecución.

Esta construcción es plenamente compatible con el principio *nullum crimen sine lege*, pues restringe, dentro de los límites trazados por él, la punibilidad en el sentido de una política criminal concorde con el Estado de Derecho.

La construcción no ofrece, por otra parte, ninguna novedad en el plano interpretativo. En los delitos presentados como ejemplo de las infracciones de peligro hipotético, como la amenaza simple, el cohecho, falso testimonio, abandono de niños o corrupción de menores, la jurisprudencia nunca ha operado de modo tan formalista que haya hecho equivalentes la subsunción en el tipo con la punibilidad de la acción. En los casos límite, es decir, con relación a los supuestos que no están comprendidos en la zona central de la norma, en que es cuestionable si la norma todavía opera prohibiendo la acción, la decisión ha sido siempre adoptada acudiendo a criterios valorativos. Interpretar es siempre descubrir si una hipótesis concreta se halla desvalorizada o no por una norma de derecho (45).

En este sentido, se orienta la moderna teoría del tipo. En la actualidad no se acepta ya la tesis de que en los delitos de resultado el enlace causal entre acción y resultado fundamenta sin más la tipicidad. Por el contrario, se distingue entre causación e imputación objetiva. La acción puede ser causal del resultado, hallarse comprendida en la descripción típica y, sin embargo, no ser objetivamente imputable, es decir, relevante en el sentido del tipo penal que venga en consideración. La tipicidad no queda fundamentada, en el homicidio, verificando únicamente que una acción ha causado el resultado mortal. Es preciso, además, que la causación sea jurídicopenalmente relevante, u objetivamente imputable, de acuerdo con el sentido del tipo penal. Únicamente son objetivamente imputables aquellas conexiones causales que la norma base del tipo pretende, precisamente, prohibir. En el ámbito del homicidio no basta que cualquier acción —por ej., un empujón— de hecho haya determinado la muerte. Pues el sentido de la norma jurídica base del tipo del homicidio no es prohibir cualquier acción, sino acciones objetivamente peligrosas para la vida humana. En el área de la estafa, tampoco pretende la norma prohibir toda desviación de la verdad de la parte procesal, sino comportamientos procesales

(45) V. LARENZ, K., *loc. cit.*, acerca del criterio de COING, pág. 143.

adecuados para introducir un peligro en el resultado de la prueba. Únicamente la acción de la parte procesal que según un juicio de pronóstico intensifica de forma relevante el peligro de una decisión judicial errónea, puede entenderse desvalorizada desde la perspectiva de la estafa, es decir, ser enjuiciada como caso perteneciente al ámbito de la llamada estafa procesal. De concederse que cualquier acción de la parte procesal, cualquier negación o afirmación discordante de la verdad, puede ser típica sin más en el sentido de la estafa, la figura de la estafa procesal podría adquirir todavía una extensión más desmesurada (46).

Objetivamente imputables son aquellas causaciones comprendidas en el fin de la norma. La norma jurídica no prohíbe cualquier acción, sino únicamente acciones peligrosas para los bienes jurídicos. La causación del resultado mediante una acción no peligrosa es, sin embargo, atípica. La comprobación de la tipicidad en los delitos de resultado exige, en primer término, establecer que la acción ha causado el resultado, encontrándose por ello formalmente comprendida en el tipo. Después reclama la verificación de que la acción, según un juicio de pronóstico, es apta para originar un peligro para el bien jurídico protegido, peligro que progresivamente ha conducido a la producción del resultado. Por último, implica también la valoración de la acción peligrosa como comportamiento antinormativo, es decir, comprendido en el ámbito de las acciones que la norma pretende prohibir. Este último momento puede, por ejemplo, conducir a la conclusión de que la acción causal del resultado no está, en último término, comprendida en la norma prohibitiva del homicidio, sino de los malos tratos de obra o de las lesiones (47).

Esta construcción de la tipicidad no conduce a consecuencias diferentes de la teoría de la adecuación típica, teoría difundida en nuestro país al haber sido aceptada por Mezger como criterio preferible en materia de causalidad. La adecuación al tipo de la conexión causal entre acción y resultado, es decir, la relevancia jurídica penal de esta conexión es una exigencia de la responsabilidad. Consiste en un juicio valorativo o normativo sobre la inclusión de la acción en el tipo. Lo fundamental es si el sentido del tipo es extenderse a la conexión causal que se considere. Aquí no se trata sólo de la subsunción formal del acontecimiento en el tipo, ni tampoco de decidir el problema a la vista de si la acción causal del resultado era adecuada para producirlo —no se olvide que Mezger no acepta por razones científicas la teoría de la adecuación—, sino de si el enlace entre acción y resultado es jurídica-

(46) La necesidad de delimitar en el sentido del principio *nullum crimen sine lege* los elementos de la estafa —especialmente significativa con relación a la denominada estafa procesal— ha sido destacada por NAUCKE, W., *Zur Lehre vom Strafbaren Betrug*, 1964, págs. 191 y ss.

(47) V. sobre el problema, JESCHECK, H. H., *Tratado de Derecho penal*, parte general, V. I, trad. de MIR PUIG, S., y MUÑOZ CONDE, F., 1981, páginas 389 y ss.; RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Derecho penal*, p. general, 1977, páginas 299 y ss.

mente relevante, es decir, importante a la vista del tipo de que se trate (48).

La teoría del fin de la norma y la de la adecuación típica han sido propuestas para solucionar la cuestión de la tipicidad en los delitos de resultado. Trátase de expedientes dogmáticos con los que pretende restringirse la responsabilidad por la causación de un resultado dentro de límites jurídicamente sostenibles. En último término, se trata de decidir la cuestión de la responsabilidad en sentido fundamentalmente valorativo. La pregunta fundamental versa, pues, sobre si el sentido de la norma base del tipo es prohibir acciones como la que es objeto de enjuiciamiento. Ningún peligro para la seguridad jurídica puede derivar de esta construcción, dado que la valoración se cumple dentro del marco trazado por el principio *nullum crimen sine lege*.

En la dogmática contemporánea, la doctrina del fin de la norma —de igual modo que la teoría de la adecuación típica— se presentan como instrumentos teóricos que operan ante todo sobre los delitos de resultado. El presupuesto metódico de este trabajo es, por el contrario, que dichas categorías o expedientes dogmáticos poseen virtualidad general, es decir, que desvuelven su función con relación a toda clase de delitos. La *valoración del caso individual*, como genialmente indicó Binding, es lo decisivo en los delitos de peligro.

La designación «delitos de peligro hipotético» ha sido empleada por entenderla preferible a la de «delitos de peligro posible», utilizada por Gallas. «Delitos de peligro posible» equivale también a delitos de peligro contingente, con lo que lingüísticamente tal expresión no caracteriza suficientemente al sector de delitos de peligro abstracto en que, a diferencia de los delitos de peligro concreto, no se requiere un peligro efectivo, aunque sí una acción peligrosa jurídicamente desaprobada por la norma base del tipo penal (49).

Lo hipotético de los delitos de peligro hipotético se refiere a que si bien el delito requiere una acción que por sus propiedades materiales sea susceptible de ser considerada según un juicio de pronóstico como peligrosa para el objeto de protección, el juez debe además verificar si en la situación concreta ha sido posible un contacto entre acción y bien jurídico, en cuya virtud hubiera podido producirse un peligro efectivo para éste. Ha de plantear, pues, la hipótesis de si la acción comprobadamente peligrosa hubiera podido determinar un resultado peligroso. En los delitos de peligro hipotético es preciso acreditar la peligrosidad de la acción (desvalor *real* de acción) y la posibilidad del resultado peligroso (desvalor *potencial* de resultado) como exigencias del tipo.

De este modo, los delitos de peligro abstracto experimentan una aproximación considerable a las orientaciones dogmáticas del presente, donde la peligrosidad de la acción se considera, por importantes sec-

(48) V. MEZGER, E., *Tratado de Derecho penal*, I, Trad. de RODRÍGUEZ MUÑOZ, 1955, págs. 242 y ss.; RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., *Derecho penal, parte general*, 8.ª ed., 1981, pág. 362.

(49) V. *Abstrakte und Konkrete Gefährdung*, cit., pág. 181.

tores de la doctrina, como momento propio del tipo objetivo de toda clase de delitos (50). La posición acogida en este trabajo no coincide plenamente con este criterio, pues en aquellos delitos de peligro abstracto que consisten sustancialmente en violaciones de la ética social o en infracciones administrativas criminalizadas, se está ante formaciones jurídicas en que la acción típica no precisa, por el contrario, ser peligrosa para un bien jurídico significativo para el Derecho penal. En tales casos, la irregularidad que supone acudir a la pena criminal no puede ser corregida por vía dogmática, sino en sentido político-criminal. En tanto que los delitos de peligro hipotético poseen una legitimidad político-criminal apenas discutible, los delitos de peligro abstracto que consisten en violaciones de la ética social o que sustancialmente son injustos administrativos o contravenciones al orden de la comunidad deberían ser objeto de descriminalización.

(50) V. TRIFFTERER, O., *loc. cit.*, pág. 221.

Acerca de la llamada prohibición de residencia (Arts. 67 del Código penal y 90 del Proyecto de 1980)

ESPERANZA VAELO ESQUERDO

Profesora Adjunta contratada en la Universidad de Murcia

Dentro del Título III del Libro I del Código penal y, concretamente, al final de la Sección 2.^a del capítulo relativo a las reglas para la aplicación de las penas en consideración a las circunstancias atenuantes y agravantes, se encuentra el artículo 67, redactado en los siguientes términos:

Los Tribunales, en los delitos contra las personas y su honor, honestidad, libertad y seguridad, y propiedad, atendiendo a la gravedad de los hechos y al peligro que el delincuente represente, podrán acordar en sus sentencias la prohibición de que el reo vuelva al lugar en que hubiere cometido el delito, o en que resida la víctima o su familia, si fueren distintos, dentro del período de tiempo que el mismo Tribunal señale, según las circunstancias del caso.

I. PRECISION TERMINOLOGICA

Como cuestión previa al análisis del precepto arriba transcrito, interesa hacer una puntualización de carácter terminológico que, aparte de condicionar el alcance del mismo, sirva para explicar la manifiesta falta de precisión con que se presenta el título de este trabajo.

Estoy aludiendo a la expresión con que de forma harto discutible muchos penalistas (1) han denominado esta institución, llamándola *prohibición de residencia*.

(1) Cfr. A. FERRER SAMA, *Comentarios al Código Penal*, tomo II, Murcia, 1947, pág. 275; A. JARAMILLO GARCÍA, *Novísimo Código Penal comentado y cotejado con el de 1870*, volumen I, Salamanca, 1928, página 267; P. J. MONTES, *Derecho penal español*, 2.^a ed., volumen 2.^o, San Lorenzo de El Escorial, 1929, pág. 670; L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, tomo I, Buenos Aires, 1950, pág. 625, en nota; A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso de Derecho Penal*, tomo I, Parte General, Madrid, 1963, pág. 535.

Siguiendo las pautas normales en la exégesis de la ley penal, deberemos averiguar primeramente cuál es el significado vulgar y jurídico —si lo hay— del término residencia a los efectos de resolver si es exacta o no la anterior designación. Puesto que dicha voz no tiene un sentido distinto en el ámbito jurídico al que le corresponde en el lenguaje común, tendremos que operar con el que le otorga este último y extraer con ello las oportunas conclusiones.

El Diccionario de la Real Academia define el vocablo *residencia* como «acción y efecto de residir»; a su vez, *residir* significa «estar de asiento en un lugar», o, lo que es igual —según el mismo Diccionario— «estar establecido en un pueblo o paraje». Ello, en definitiva, supone una cierta permanencia, que ni explícita ni implícitamente se deduce de la descripción contenida en el artículo 67, dado que éste veta al reo el mero tránsito, aunque fugaz, por los lugares designados, al prohibirle simplemente que *vuelva* a los mismos.

Por muy rigurosa que parezca esta interpretación, no queda más remedio que sostenerla, porque ni la redacción del artículo ni criterios interpretativos de otro orden dan pie para defender distinta alternativa.

Sentado lo anterior, bien es verdad que el título de este estudio podía —algunos pensarán, incluso, que debía— haber evitado el uso de una terminología calificada de poco correcta. Las lógicas dudas sobre tal extremo se disiparon razonando que precisamente acudir a la añeja y tradicional expresión «prohibición de residencia», precedida del vocablo «llamada», era más orientador y significativo que eludirla, al tiempo que su empleo brindaba la oportunidad de incidir en la cuestión.

II. ORIGEN DEL PRECEPTO

El precepto procede de la reforma de 1944 (2). Como se sabe, tal reforma se llevó a cabo sobre la Ley de Bases de 19 de julio de 1944, que autorizaba la publicación de una «nueva edición refundida» del Código penal de 1932 y señalaba las modificaciones que se debían introducir. El hecho de que entre dichas modificaciones no figurase la previsión que contiene el artículo 67, ha permitido denunciar, con razón, a Casabó que «al no venir expresamente recogido en una ley formal, tal artículo sólo puede tener la naturaleza propia de la norma que lo ha creado, es decir, de un decreto que no pierde en este punto su naturaleza meramente administrativa, por no existir una autorización legal que le confiera la fuerza propia de la ley. Su naturaleza, pues —añade el autor—, le viene exclusivamente dada por el decreto, por lo que deviene ilegal como resultado de las terminantes exigencias del artículo 23 del

(2) Sobre la gestación de esta reforma vid. E. CUELLO CALÓN, *El Código penal de 23 de diciembre de 1944*, en *Información Jurídica*, 1946, diciembre, núm. 43, págs. 7 y ss.

Código, que impide pueda ser acogida como sanción una medida señalada en una norma que no tiene el carácter de ley formal» (3).

En efecto, nos hallamos ante el típico caso de delegación recepticia donde la norma delegada se excede del ámbito en que el desarrollo normativo tenía que producirse, incurriendo, de ese modo, en *ultra vires* por falta de cobertura en la ley de delegación. Al darse un ejercicio excesivo de ésta no hay rango de ley posible, porque no estando cubierto el contenido de la norma delegada por la ley de delegación, el Decreto evidentemente no puede darse a sí mismo un rango superior.

En opinión de la mejor doctrina (4), el medio más eficaz de controlar tales excesos es el juicio *ultra vires* que los Tribunales pueden ejercitar. Esta posibilidad de control judicial ya ha sido admitida por la jurisprudencia contencioso-administrativa para los supuestos de texto refundidos (5), y, en lo que atañe al ámbito criminal, la interesante sentencia de 2 de julio de 1980 (6) proclama que tal doctrina «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».

El artículo 67, pues, en base a las razones apuntadas podía y debería no ser aplicado por los Tribunales; pero advertimos que este recurso de que disponen hoy dichos órganos dejará de existir en el momento en que se apruebe el Proyecto de Código penal, porque desde ese mismo instante, el equivalente al referido precepto —contenido allí en el artículo 90— alcanzaría irremediable y tristemente el rango de ley.

(3) J. R. CASABÓ RUIZ, en CÓRDOBA RODA, RODRÍGUEZ MOURULLO, DEL TORO MARZAL, CASABÓ RUIZ, *Comentarios al Código Penal*, tomo II, Barcelona, 1972, pág. 305.

(4) E. GARCÍA DE ENTERRÍA/T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, I, ed. Civitas, Madrid, 1980, pág. 236. De especial interés sobre el tema: E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, ed. Tecnos, Madrid, 1970.

(5) Sentencias: 18-2-70 (Ar. 1716), 9-3-70 (Ar. 1386), 18-3-70 (Ar. 1520).

(6) Ar. 3098. Se trata de un caso de tercería locativa en materia de prostitución que contempla el tema de si la *encargada* del local puede ser castigada con base en el número 1.º, párrafo primero, del artículo 452 bis d), habida cuenta que la Ley de Bases de 23 de diciembre de 1961, que autorizaba al Gobierno para revisar el Texto Refundido de 1944, sólo hablaba de *dueño, gerente y administrador* y la incorporación del *encargado del local* fue obra del Decreto de 28 de marzo de 1963, aprobatorio del nuevo Código.

III. SUS ANTECEDENTES

El Código penal de 1928 es el depositario del precepto comúnmente considerado como antecedente inmediato del artículo 67

Una de las características más sobresalientes del citado cuerpo legislativo —tanto respecto de sus precursores como de los que le han sucedido— es que acogió en su seno, junto a las penas, las medidas de seguridad, novedad que, en opinión generalizada de la doctrina, supone una manifestación clara del principio de defensa social que lo inspiró.

Su artículo 90, en el pórtico del capítulo III, dedicado a las medidas de seguridad, contenía la relación de las mismas que podían acordarse «como consecuencia de los delitos o faltas o como complemento de pena». Precisamente, la enumerada en duodécimo lugar consistía en «la prohibición de que el reo, al extinguir la condena, *vuelva a residir* en el lugar en que cometió el delito, o en que residían la víctima o su familia» (7).

Los siguientes artículos del referido capítulo III se encargaban de desarrollar cada una de las medidas allí incluidas, siendo de notar que el 106 —referido a la que ahora nos ocupa— llevaba a cabo tal desarrollo confiriéndole un sentido considerablemente más afflictivo que el que tenía en el artículo que las catalogaba (8). Se

(7) Figura similar a la que analizamos, a veces confundida con ésta, es la prohibición de residir en determinados lugares, incluida como medida de seguridad tanto por la Ley de Vagos y Maleantes de 1933 como por su sucesora la de Peligrosidad y Rehabilitación Social. La configuración de la misma en uno y otro texto es prácticamente idéntica, salvo en lo relativo a su duración, pues, mientras la primera de las citadas disposiciones dejaba tal extremo al arbitrio del Tribunal, la segunda se preocupó de señalar un límite máximo. Así, el artículo 5 de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social, al relacionar las medidas de seguridad, incluye en su número 10 la «prohibición de residir en el lugar o territorio que se designe. La duración de esta medida será fijada por el límite máximo de cinco años. El sujeto prevenido quedará obligado a declarar el domicilio que escoja y los cambios que se produzcan». Después de la supresión de determinados estados peligrosos, a raíz de la reforma operada en la citada norma por Ley de 26 de diciembre de 1978, la medida queda reservada, entre otros, para los siguientes sujetos: vagos y mendigos habituales, quienes ejerzan la prostitución o, de algún modo de los tasados, la faciliten, ebrios habituales y toxicómanos, los ejecutores de ciertas conductas relacionadas con el tráfico de drogas, etc. La doctrina (Cfr. A. JORGE BARREIRO, *Las medidas de seguridad en el Derecho español*, Ed. Civitas, Madrid, 1976, pág. 101) ha denunciado que esta medida restrictiva de libertad se asemeja a una pena, habida cuenta que se aplica a supuestos de hecho como los contemplados en los números 9 y 10 del artículo 2 y la ausencia, en su ejecución, de un tratamiento adecuado para satisfacer las exigencias preventivas que ha de predominar en toda medida de seguridad.

(8) El artículo 106 tenía la siguiente redacción: «Los Tribunales, en los delitos contra las personas, atendiendo a la gravedad de los hechos, y al peligro que el delincuente represente, podrán acordar en sus sentencias la prohibición de que el reo vuelva al lugar en que hubiere cometido el delito, o ent que resida la víctima o su familia, si fueren distintos, después de extinguida la pena, dentro del período de tiempo que el mismo Tribunal señale según las circunstancias del caso».

observa así que, a la vez que matiza determinados puntos, como los relativos al tipo de delitos aplicable, las circunstancias que los Tribunales deben atender en su imposición, etc., omite toda alusión a la noción de *residencia*, al prohibir al reo el mero hecho de volver a los lugares designados, vetándole, pues, transitar o permanecer en ellos una mínima porción de tiempo, aunque fuese insignificante.

Esta falta de armonía en extremo tan decisivo como es el propio núcleo de la medida de seguridad no se puede negar que resulta llamativa y extraña; no obstante, la cuestión pasa desapercibida para los comentaristas de la época, que, aparte de no pronunciar el más elemental juicio al respecto, siguen hablando obstinadamente —en el caso del art. 106— de la *prohibición de residencia*.

¿Fue deliberado el proceder del legislador en orden al tema apuntado, o nos encontramos ante otro supuesto —no poco frecuentes— de error material de transcripción con consecuencias ulteriores no queridas?

Puesto que no encontramos argumentos definitivos para sostener la segunda de las hipótesis —que, en principio, es la más defendible— nos conformaremos, de momento, en subrayar la discordancia.

El parecido entre el artículo 106 del Código de 1928 y el 67 del actual es realmente grande si tenemos en cuenta que en su confrontación aparecen sólo dos notas diferenciales (aparte su distinta ubicación y naturaleza, clara en uno y discutida en el otro):

1.^a El ámbito de los delitos a los que se extiende, ampliado considerablemente en el texto punitivo de 1944.

2.^a La supresión en este texto de la exigencia de que la medida se cumpla «después de extinguida la pena».

El análisis del primero de los preceptos suscita algunas observaciones de interés, como la relativa a que la medida que contiene queda reservada para los «delitos contra las personas». La perplejidad vuelve a invadir el ánimo del intérprete cuando comprueba que en el Código penal de Primo de Rivera no existe título alguno —como sí ocurría, sin embargo, en los textos punitivos de 1848 y 1870— que responda a tal rúbrica, pues el Título VII de su Libro II, que vendría a corresponderse con el Título VIII del ahora vigente, llevaba la etiqueta «Delitos contra la vida, la integridad corporal y la salud de las personas» (9).

La alusión del artículo 106 a los delitos contra las personas hay que entenderla, sin embargo, referida a los albergados en dicho Título VII. En apoyo de esta interpretación parece abonar el hecho de que precisamente el artículo 540 —incluido en el último capí-

(9) Este Título incluía los siguientes capítulos: I, Del homicidio; II, Del asesinato; III, Del parricidio; IV, Del infanticidio; V, Del aborto; VI, De las lesiones; VII, Abandono de incapacitados o desvalidos y otros delitos que ponen en peligro la vida o la salud de las personas; VIII, Disposiciones generales.

tulo del Título, donde se insertan unas disposiciones generales al mismo— emplea otra vez la fórmula que venimos comentando, al establecer las normas que deben tener en cuenta los Tribunales en los *delitos contra las personas*.

La consideración de este artículo como disposición general que afecta a todo el Título resulta esclarecedora al efecto. En este mismo sentido restringido debió entenderlo también el legislador de 1944, pues al introducir el precepto en el lugar que ahora ocupa se cuidó de ampliar el número de delitos en los que podía operar, añadiendo así los que atacaban el honor, la honestidad, la libertad y seguridad y la propiedad.

Dentro de un Código que concibe las medidas de seguridad en la triple vertiente de anejas a la declaración de inimputabilidad, de ejecución coincidente con el cumplimiento de la pena y de ejecución posterior a tal cumplimiento; y que, además, amplía notablemente el arbitrio judicial, «de cuyo ejercicio —advierte su Exposición de Motivos— hay que esperar satisfactorio resultado, dados la rectitud, cultura y celo de la Magistratura española», la medida que nos ocupa no se puede tildar de incoherente. Ello explica, quizá, la actitud de sus contemporáneos que, o bien se limitan a comentarla sin verter sobre ella crítica alguna (10), con lo que implícitamente parecen aprobar su configuración, o bien, la califican de acertada, porque «además de ser una especie de satisfacción a la víctima del delito y su familia, tiende... a evitar futuros delitos y venganzas probables» (11).

Aunque el Texto Refundido de 1944 tuvo a la vista el Código penal de 1928 del que —según Del Rosal— tomó «buen acopio de orientaciones y preceptos» (12), ¿cómo se explica, sin embargo, que el nuevo texto, de factura tan diferente —como lo prueba, entre otras razones, que no incluya en su articulado las medidas de seguridad— incorpore una de las que contenía el Código de 1928, ubicándola curiosamente en el capítulo de *determinación de la pena*?

Tamaño desatino tendremos oportunidad de comentarlo más adelante, pero antes vamos a detener nuestra atención —por si fuera de interés— en el *Anteproyecto de Código Penal de 1938 de F.E.T. y de las J.O.N.S.* (13).

(10) Cfr. A. JARAMILLO GARCÍA, *Novísimo Código Penal*, cit., volumen I, pág. 267.

(11) P. J. MONTES, *Derecho penal español*, cit., pág. 670.

(12) Cfr. J. DEL ROSAL, *Principios de Derecho Penal español*, Valladolid, 1945, pág. 424. Sobre el tema, L. JIMÉNEZ DE ASÚA (*Tratado de Derecho Penal*, cit., tomo I, pág. 624), separándose del punto de vista sustentado por el anterior autor, considera inexplicable su afirmación de que el Código Penal de 1928 es “el antecedente legislativo más inmediato del vigente texto”.

(13) Las consultas de este texto se han hecho sobre la obra, *El Anteproyecto de Código Penal de 1938 de F.E.T. y de las J.O.N.S.*, Estudio preliminar y edición por J. R. CASABÓ RUIZ, Departamento de Derecho Penal y Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 1978.

El Anteproyecto que, a pesar de nacer con vocación de vigencia inmediata, no la llegó a alcanzar nunca, está impregnado de un extraordinario subjetivismo —consecuencia del movimiento científico defendido por Castejón (14), uno de sus redactores— concediendo gran importancia a la peligrosidad de los sujetos, hasta el extremo de prever la aplicación de medidas de seguridad a todos los condenados e incluso, en muchos casos, a los beneficiados de alguna eximente (15). En este terreno preventivo se entiende que no es posible prefijar las medidas aplicables, ya que su elección dependerá siempre de las características que ofrezca cada caso concreto, de ahí la obligación que se le anuda al juzgador en el artículo 60 de que recurra a la medida de seguridad que considere más adecuada al objeto de precaver la repetición del delito.

El artículo dice así:

«Los Tribunales tienen obligación de precaver la repetición del delito por parte del mismo reo, añadiendo a la pena que impongan la medida de seguridad que consideren más adecuada a este objeto, en atención a la individualidad del culpable, por plazo no inferior a la pena de libertad impuesta y a cumplir después de extinguida ésta o simultáneamente, si fuese posible. Este acuerdo en todo tiempo es reformable y revocable en vista de la finalidad perseguida en relación con la corrección del reo, ya en sentido favorable, ya perjudicial al mismo».

Curiosamente, el precepto se halla en la misma sección y junto a los mismos artículos —con matices y variantes que no son del caso analizar ahora— que acompañan a el actual artículo 67, es decir, dentro del capítulo de la aplicación de las penas, en la Sección relativa a las «Reglas para la aplicación de las penas en consideración a las circunstancias atenuantes y agravantes», donde es innegable que el artículo resulta extravagante —comentario que se puede hacer asimismo del artículo 67—, pues ambos parecen como cuerpos extraños incorporados, sin saber cómo ni por qué, en una sección que mantiene las líneas maestras de los códigos de 1848 y 1870, que, en modo alguno, contenían previsiones similares.

Parece como si el legislador de 1944 al no poder mantener —razones obvias lo impedían, dada la ausencia de regulación de las medidas de seguridad en el Código— precepto de tales características, hubiese recurrido a un sucedáneo con cierto aval histórico. El sentido preventivo que parece latir en el artículo 67, la indeterminación temporal de la sanción y el hecho de que ésta sea como un añadido a la pena prevista en la sentencia recuerdan, si no demasiado, sí bastante al transcrito artículo 60 del Anteproyecto falangista (16).

(14) Vid. F. CASTEJÓN, *Hacia un Código Penal subjetivo*, en *Estudios Jurídicos*, VIII, 1944, págs. 3 y ss.

(15) Cfr. *El Anteproyecto de Código Penal de 1938...*, cit., páginas 5 y ss.

(16) Esta sospecha habría que considerarla infundada a la luz de las palabras de F. CASTEJÓN (*Génesis y breve comentario del Código*

IV. BREVE REFERENCIA AL DERECHO COMPARADO

En el rastreo de las raíces del presente instituto hemos querido aproximarnos a legislaciones extranjeras en busca de datos que, de algún modo, iluminasen el camino, pero la verdad es que no hemos llegado a conocer en el amplio marco del Derecho comparado consultado institución con las características propias de la contenida en el artículo 67, pues, si bien algunas la recuerdan, lo cierto es que a la nuestra la informan peculiarísimas notas que la alejan sensiblemente de otras similares.

Para ilustrar la anterior idea bastará con hacer referencia a algunos ordenamientos penales.

En el ámbito de Latinoamérica, es de destacar que el *Código penal mexicano* de 1931, a pesar de que el español de 1928 fue uno de sus modelos (17), no contiene precepto alguno sobre el particular. Sin embargo, el *Código penal de Costa Rica* incluye en su articulado como medida de vigilancia (art. 101) la prohibición de residir en determinado lugar, cuya aplicación depende de que lo considere oportuno el juez, quien podrá imponerla al sujeto que cumplió una pena o medida, por todo el tiempo que estime conveniente. La indeterminación de que parece hacer gala el legislador es sólo aparente, ya que el artículo 100, ubicado en las disposiciones generales de las medidas de seguridad, establece taxativamente que las de vigilancia no serán superiores a diez años, añadiéndose, en párrafo aparte, que «cada dos años el Tribunal se pronunciará sobre el mantenimiento, la modificación o la cesión de la medida de seguridad impuesta, sin perjuicio de hacerlo en cualquier momento, mediante informe del Instituto de Criminología». La misma prohibición está incluida también como medida de seguridad en la relación que de las mismas ofrece el artículo 88 del *Código penal guatemalteco* de 1973, estableciendo, en su desarrollo, el artículo 98 que «los Tribunales a su prudente arbitrio y cuando lo exijan las circunstancias, podrán imponer al sujeto que haya cumplido una pena o una medida de seguridad, la prohibición de residir en determinados lugares durante un año como mínimo» (18).

Dentro del bloque socialista, mientras el *Código penal rumano* configura la institución como una medida que el juez impone, aten-

Penal de 23 de diciembre de 1944, Separata de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, febrero-octubre, 1945, pág. 5) cuando afirma que «la vigente Ley Penal se ha de considerar como obra enlazada con la tradición española, en cuanto constituye una refundición del Código de 1932, reforma, a su vez, del de 1870, y éste del de 1848, pero totalmente desligada de los anteproyectos de 1938 y 1939, a los que no sigue en ningún respecto» (El subrayado es añadido).

(17) Vid. L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, cit., I, pág. 595.

(18) Aquí la indeterminación, en lo que respecta a su límite máximo, sí existe, dado que el artículo 85 dispone que «Las medidas de seguridad se aplicarán por tiempo indeterminado, salvo disposición expresa de la ley en contrario».

diendo al hecho de que la presencia del sujeto en determinadas localidades represente un grave peligro para la sociedad (art. 116); los de la *Unión Soviética* (art. 26) y *Checoslovaquia* (art. 27) la incluyen entre las penas, regulándola de manera muy minuciosa y sustancialmente distinta a la nuestra.

En el círculo de la Europa occidental, el artículo 233 del *Código penal italiano* —donde se ordena como medida de seguridad personal no detentiva la prohibición de residencia en una o más ciudades o en una o más provincias— no tiene mucho que ver con el precepto patrio, entre otras razones por estar previsto preferentemente para delitos contra el Estado o con móviles políticos.

Tampoco resulta esclarecedor para este trabajo el análisis de la «*interdiction de séjour*» francesa (19), a pesar de, al estudiar la naturaleza del artículo 67, ha venido siendo corriente entre nuestros autores la referencia a la misma para destacar su naturaleza de pena. Aunque, en efecto, formalmente se trata de una pena, es opinión generalizada en la doctrina gala (20) que nos encontramos ante una verdadera medida de seguridad que se impone a ciertos individuos en consideración al estado peligroso que presentan y que permiten reducir algunas infracciones futuras, en particular derivadas del hecho de su presencia en medio social criminógeno.

Las notas que caracterizan esta institución son expresión elocuente del enorme distanciamiento que existe entre ella y el precepto español. Así, la elección y la determinación de la amplitud de la misma necesita la intervención de tres autoridades, cada una de las cuales limita la autonomía de la siguiente: *el Juez*, que pronuncia la *interdiction de séjour* en los límites y casos que prevé la ley, pero no puede precisar, aparte de la duración, ninguna de sus modalidades; éstas precisamente dependen del *Ministro del Interior*, que actúa a propuesta de un *Comité Consultivo*, en cuyas manos está prácticamente la suerte del sujeto, dados sus amplísimos poderes: señalar lista de lugares prohibidos, determinar a qué medidas de vigilancia y asistencia debe someterse, etc. Otra de las peculiaridades, esgrimida justificadamente por los defensores de su carácter como medida, es el hecho de la revisibilidad constante de la misma, a fin de adaptarla de modo rápido y satisfactorio a la evolución del estado del reo, así como las medidas de asistencia que se le dispensan, aportándole el consejo y la ayuda necesarios, para lograr su pronta resocialización.

(19) Esta institución se halla regulada en los artículos 44 y siguientes del Código penal con la nueva redacción que les ha dado la Ley de 11 de julio de 1975.

(20) Entre otros G. LEVASSEUR, *Una mesure qui va prendre son vrai visage: l'interdiction de séjour*, en *Revue de Sciences criminelles et Droit Pénal comparé*, 1956, pág. 1 y ss.; G. STEFANI/G. LEVASSEUR, *Droit Pénal général*, 10.^a ed., Dalloz, París, 1978; J. BORRICAND, *Droit Pénal*, París, 1973.

V. NATURALEZA JURIDICA

En relación con el artículo 67, el tema, sin duda, de mayor interés y que más polémica ha suscitado es el referente a la determinación de su naturaleza jurídica, donde necesariamente hay que formularse la siguiente pregunta: ¿estamos ante una medida de seguridad, o se trata mejor de una pena?

La cuestión no es sencilla de resolver ni se puede calificar, como hace el Tribunal Supremo en sentencia de 14 de octubre de 1975 (21), de «académica y doctrinal, sin mayor trascendencia», pues de la adopción de una u otra postura se derivan importantes consecuencias prácticas en torno, por ejemplo, a punto tan vital como el relativo a su duración.

Buena prueba de la apuntada complejidad lo es tanto la ausencia de criterios coincidentes por parte de los autores que han acometido su estudio, como la escasa —por no decir nula— atención que le ha dispensado otro amplio sector, que pasa por alto el tema o se pronuncia sobre el mismo con demasiada ambigüedad (22).

A) *Su consideración como medida de seguridad*

Como argumento decisivo en favor de este criterio (23) se acude al origen histórico del precepto, habida cuenta el carácter indubitado de medida que tenía el contenido del artículo 106 del Código penal de 1928, reproducido, como hemos visto, casi literalmente en el artículo 67.

(21) Ar. 3641.

(22) En esta línea cabría citar actitudes como la de DEL ROSAL (*Derecho Penal español (Lecciones)*, 1.^a ed., Madrid, 1960, pág. 246) al decir que el artículo 67 “establece una especie de “medida” que cumple a la vez una doble función represiva-preventiva en cuanto nace de un acto delictivo, y en segundo lugar, se dirige a prevenir un peligro, proveniente de los vestigios personales que engendran el acto penal”; y la de L. JIMÉNEZ DE ASÚA (*Tratado de Derecho Penal*, cit., I, pág. 625), que, comentando la reforma de 1944 y aludiendo en concreto a este precepto y a la pérdida del permiso de conducir establecida en el artículo 565 para los delitos de imprudencia cometidos con vehículo de motor, habla de “ciertas medidas que el texto legal no considera como penas, pero que son en realidad penas de carácter accesorio, o medidas preventivas o de seguridad”.

(23) Son partidarios de otorgarle esta naturaleza jurídica: E. CUELLO CALÓN, *Derecho Penal*, tomo I (*Parte General*), volumen segundo, 18.^a ed., revisado y puesto al día por C. Camargo Hernández, Ed. Bosch, Barcelona, 1980, pág. 900; A. FERRER SAMA, *Comentarios al Código Penal*, cit., II, pág. 275; I. SÁNCHEZ TEJERINA, *Derecho penal español*, tomo I, *Introducción y Parte General*, 5.^a ed., Madrid, 1950, pág. 448; J. M.^a RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español*, Parte General, 7.^a ed., Madrid, 1979, pág. 939; A. BERISTAIN, *Medidas penales en Derecho contemporáneo (Teoría, legislación positiva y realización práctica)*, Ed. Reus, Madrid, 1974, pág. 181; A. DEL TORO MARZAL, en CÓRDOBA RODA, RODRÍGUEZ MOURULLO, DEL TORO MARZAL, CASABÓ RUIZ, *Comentarios al Código Penal*, cit., II, pág. 465; J. TERRADILLOS BASOCO, *Peligrosidad social y Estado de Derecho*, Akal Universitaria, Madrid, 1981, págs. 166-167.

Otras razones de peso aducidas para negarle naturaleza de pena a esta disposición es que no se halla incluida en el catálogo que de las mismas ofrece el artículo 27 (24), al tiempo que carece de toda finalidad propiamente punitivo por estar concebida como medio de garantizar la seguridad de terceras personas o de evitar el malestar que les pueda producir la convivencia con el delincuente (25). Su contenido inocuizador, más propio de la prevención especial que de la retribución, es destacado últimamente por Beristain (26) y Terradillos (27), si bien, en opinión del primero, quizá la «voluntas legislatoris» pensó más en la seguridad de la comunidad que en la inocuización del delincuente.

Se añade, asimismo, en defensa de esta tesis el amplio arbitrio de que gozan los Tribunales en su imposición y la posibilidad de que dicha sanción pueda aplicarse a gran número de delitos, sin necesidad de precepto expreso de la parte especial (28).

B) *Su consideración como pena*

Frente a la anterior postura se erige la opinión de otro sector doctrinal que viene sosteniendo su naturaleza de pena (29), en atención a una serie de atendibles razones, como son las relativas a la ubicación sistemática del artículo —incluido en el capítulo de la aplicación de las penas— y su carácter represivo, manifestado en la exigencia, dirigida al juzgador, de que en su imposición atienda «a la gravedad de los hechos». Un nuevo criterio esgrimido, tras el que posiblemente se esconda la razón última de esta tesis, a la vista de la indiscutible analogía que el precepto tiene con el destierro, es su consideración como modalidad de éste, con lo que se consigue enmarcar la prohibición dentro de unos precisos límites temporales, evitando así la peligrosa indeterminación que conlleva su concepción como medida de seguridad (30).

(24) Así, FERRER SAMA, *Comentarios al Código Penal*, cit., II, página 275; SÁNCHEZ TEJERINA, *Derecho penal español*, cit., I, pág. 448.

(25) Vid. E. CUELLO CALÓN, *El Código Penal de 23 de diciembre de 1944*, en *Información Jurídica*, Madrid, diciembre, 1946, pág. 13; A. FERRER SAMA, *Comentarios al Código Penal*, cit., II, pág. 276.

(26) A. BERISTAIN, *Medidas penales en Derecho contemporáneo*, cit., pág. 181.

(27) J. TERRADILLOS BASOCO, *Peligrosidad social y Estado de Derecho*, cit., pág. 167.

(28) A. FERRER SAMA, *Comentarios al Código Penal*, cit., II, pág. 275.

(29) Entre los autores que sostienen esta tesis, cabe citar a: J. ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, tomo I, *Parte General*, Madrid, 1949, pág. 534; G. LANDROVE DÍAZ, *Las consecuencias jurídicas del delito*, reimpresión, Ed. Bosch, Barcelona, 1980, pág. 97; J. R. CASABÓ RUIZ, *Comentarios al Código Penal*, cit., II, pág. 309; E. BELTRÁN BALLESTER, *El arbitrio judicial en el Código Penal español y la nueva redacción de la regla sexta de su artículo sesenta y uno*, en *Escritos Penales*, Universidad de Valencia, 1979, pág. 69; A. QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso de Derecho Penal*, cit., I, pág. 535.

(30) Por todos, J. ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, cit., I, págs. 534 y 535.

A estos tradicionales argumentos hay que añadir los aportados por el minucioso análisis que del artículo 67 ha llevado a cabo el Profesor Casabó (31). Según este autor, nos hallamos ante una pena complementaria y facultativa, configurada como modalidad específica de la de destierro y vinculada, por tanto, a la duración que para ésta fija el artículo 30.

Las reflexiones llevadas a cabo para alcanzar la anterior conclusión discurren, en síntesis, por los siguientes cauces: en primer lugar, entiende que el criterio que se marca a los Tribunales, en orden a decidir si debe o no aplicarse la prohibición, basado en el «peligro que el delincuente represente», no viene referido a la peligrosidad del sujeto, habida cuenta el distinto significado de los términos *peligrosidad* y *peligro*, pues, mientras el primero expresa el estado o cualidad de quien fundadamente cabe esperar la comisión de nuevos delitos, el *peligro* es una categoría general que sólo se delimita por el objeto a que viene referida. A su vez —añade— el verbo *representar*, lejos de indicar cualidad o condición propia del sujeto, supone una visión o consideración externa que puede coincidir, o no, con una cualidad real del sujeto u objeto.

Considera «un tanto desmedido» hablar de peligrosidad criminal cualquiera que sea el delito contra los particulares que se haya cometido, ya que la peligrosidad adquiere evidente relevancia cuando se ha manifestado a través de la comisión de delitos característicos, como, por ejemplo, los denominados contra las personas. En definitiva, pues, el Código a lo que se está refiriendo es a la situación de peligro objetivo creada por el sujeto al ejecutar el delito incriminado; peligro que, para que pueda alcanzar trascendencia, ha de ser grave y, más concretamente, ha de afectar a la vida o integridad de las personas.

Insiste Casabó diciendo que abona la idea de que estamos en presencia de una pena otros datos que la propia Ley ofrece: la sanción forma parte de la condena penal y viene anudada a las circunstancias del pasado y no del futuro, al tiempo que se impone con carácter temporal fijo. Además, hay que tener presente que el sujeto normalmente debe cumplir antes una pena privativa de libertad que podrá corregir, y aún anular su peligrosidad, lo que dejaría sin sentido la aplicación de la medida; aparte de que el Código, para determinar su duración, no se remite a la peligrosidad, sino a la fórmula más general y objetiva de «según las circunstancias del caso».

C) *Posición del Tribunal Supremo*

Repetidamente tiene afirmado el Tribunal Supremo, refiriéndose a la facultad reconocida a los Tribunales en el artículo 67, que al tratarse de una facultad discrecional del Tribunal de Instancia, la

(31) J. R. CASABÓ RUIZ, *Comentarios al Código Penal*, cit., II, páginas 308 y ss.

imposición o no de tal medida no puede ser sometida a la censura de la casación (32), lo que explica que nuestro más alto órgano judicial se haya ocupado en muy escasas ocasiones y de manera incidental del tema. Sin embargo, en la reciente sentencia 12 de diciembre de 1980 (33) realiza interesantes matizaciones sobre este punto al sostener que «la discrecionalidad, cuando está sometida a condicionamientos jurídicos recogidos dentro de la norma penal, es susceptible de casación, en cuanto que es factible la interpretación y valoración de la concurrencia, en los hechos enjuiciados, de estos requisitos y con ello determinar la legalidad de su aplicación, por lo que la facultad de libertad radica en la utilización si se dan los supuestos del precepto legal, pero no en la posibilidad de hacer uso del mismo, de tal modo que la potencialidad del efecto legal está sometida al control del ordenamiento jurídico, y una vez que este ordenamiento concede la facultad, el uso de esta potestad es el que queda al arbitrio del juzgador».

En las contadas oportunidades que ha tenido para pronunciarse acerca del extremo que ahora nos ocupa, el Tribunal Supremo ha ido sentando de forma progresiva la tesis de la naturaleza ambivalente del precepto. Así, inicialmente empezó hablando de «medida que, pese a la similitud de sus efectos con los de la pena principal de destierro, no la reputa el legislador pena principal y ni siquiera accesoria, teniendo carácter simplemente secundario y de tipo preventivo» (34).

En lo que podríamos conformar como un segundo paso, aunque la denomina medida de seguridad, recuerda que tiene las características de la pena de destierro y está incluida en la sección dedicada al cumplimiento de las penas, por lo que el sistema cerrado del ordenamiento punitivo aconseja someterla al principio de concreta determinación de duración que rige para las penas, aparte de que así lo ordena el artículo 67 al establecer que los Tribunales señalarán el período de tiempo por el que debe aplicarse (35).

(32) Sentencias 8 de octubre de 1968 (Ar. 4038), 14 de octubre de 1975 (Ar. 3641), 20 de enero de 1976 (Ar. 157).

(33) Ar. 4927. Se trata del enjuiciamiento de un delito de imprudencia temeraria en que la Audiencia había condenado al procesado a dos años de prisión menor y dos años de la prohibición establecida en el artículo 67. Contra esta resolución se recurre en casación alegando la no existencia de dicha imprudencia y la indebida aplicación del citado artículo. El Tribunal Supremo casa la sentencia y declara haber lugar en parte al recurso, estimando el segundo de los motivos. En base a los razonamientos que hemos transcrito en el texto, no considera aplicable la referida prohibición al no concurrir, bajo su criterio, los requisitos necesarios para su estimación, habida cuenta el tratamiento de la imprudencia en el Título XIV del Libro II, que la gravedad en el supuesto contemplado no es superior a la que en sí lleva el delito y que no se deriva peligrosidad determinada en el sujeto activo de la infracción penal.

(34) Sentencia 8 de octubre de 1968 (Ar. 4038).

(35) Vid. Sentencia de 22 de marzo de 1969 (Ar. 1687).

Finalmente, en una tercera y de momento definitiva etapa, la configura con naturaleza mixta de pena y medida de seguridad (36). La entiende así como modalidad específica de la pena de destierro, que debe someterse a sus límites temporales para no hacer una medida indeterminada absoluta en contradicción con el principio de determinación de las sanciones; a la vez que medida de seguridad, pues del grave delito incriminado surge como consecuencia la peligrosidad futura del agente que es preciso prevenir.

Por su parte, *la Fiscalía del Tribunal Supremo* tampoco mantiene una trayectoria uniforme, pues mientras en un principio empezó calificándola de pena, en los últimos años se hace patente un claro acercamiento a la doctrina sentada por el Tribunal Supremo.

De este modo, una circular de 31 de enero de 1945 afirma, respecto al artículo 67, que se trata de «una sanción facultativa del Tribunal... que tiene los caracteres de una verdadera pena accesoria»; añadiendo más adelante que tal facultad «envuelve realmente la imposición de una pena de destierro, aunque no se la denomine así, ni se someta a la duración prescrita para tal pena en el artículo 30».

La *Memoria* correspondiente al año 1972, sin embargo, incluye el precepto entre las que considera medidas de seguridad con carácter marcadamente preventivo y de defensa de la sociedad (pág. 215).

A su vez, la consulta número 2/1977, contenida en la Memoria de 1978, adopta una actitud menos categórica. En la misma se plantea precisamente, a efectos de determinar si le alcanza o no el indulto concedido por Real Decreto 388/1977, de 14 de marzo, el tema de si la prohibición del artículo 67 es una pena o una medida de seguridad, caso este último que excluiría la aplicación de la medida de gracia.

En respuesta a dicha cuestión se acude a la doctrina establecida en varias resoluciones del Tribunal Supremo precisando su naturaleza mixta y ambivalente, pues tanto participa del carácter de pena análoga a la de destierro como a medida de seguridad preventiva y tutelar de la víctima y sus familiares contra posibles actuaciones futuras del delincuente.

«Siendo así —es la conclusión final reproducida literalmente— es innegable que en todo o en parte la medida del artículo 67 tiene carácter de pena y, por consiguiente, dada la amplitud y generosidad que inspira las medidas de gracia del referido Real Decreto, resulta procedente que se beneficie del indulto».

D) *Nuestra posición*

A la vista de los argumentos esgrimidos hasta ahora por los defensores de las antagónicas posiciones existentes en la materia,

(36) Sentencias 14 de octubre de 1975 (Ar. 3641) y 20 de enero de 1976 (Ar. 157).

entiendo que, previa a cualquier otra, hay que responderse a la pregunta siguiente: ¿la prohibición contenida en el artículo 67 puede configurarse como una modalidad del destierro del artículo 88, o no? La respuesta afirmativa implicaría tener que ahondar en la justificación de su carácter de pena, la negativa, por el contrario, eximiría del trabajo inverso a tenor del cuadro exhaustivo que de las penas ofrece el artículo 27, donde no se halla incluida aquélla.

Aunque es cierto que entre los preceptos que integran los artículos 67 y 88 hay evidentes analogías, por suponer los dos una restricción de la libertad de movimientos del sujeto al impedirle entrar en determinados lugares, no obstante, existen entre ambos las diferencias suficientes para conferirles fisonomía autónoma

Piénsese, por ejemplo, que la aplicación del destierro, en las diversas figuras delictivas para las que se prevé, responde a un automatismo propio de las penas, a la vez que la sanción contenida en el artículo 67 no es automática y preceptiva para el juez, sino que se deja a su arbitrio la posibilidad de imponerla en atención a las circunstancias que se establecen en el mismo.

Por otro lado, mientras este último precepto obedece primordialmente a unas exigencias de seguridad y garantía, evidenciadas por la taxativa circunscripción de los lugares prohibidos (el de comisión del delito, o el de residencia de la víctima o su familia, si fueran distintos); en el destierro, por demás, predomina el carácter aflictivo, como lo prueban determinado tipo de infracciones a las que se halla anudado (verbigracia, delitos contra las Cortes), así como la propia redacción del artículo 88, de cuya lectura se desprende que aquella exigencia de seguridad sólo está presente si el ofendido realiza una expresa petición en el sentido de que se le vete la entrada al reo en los lugares allí descritos (37). En apoyo de esta tesis cabe argüir, asimismo, el significativo dato de que la pena de destierro se puede incluir entre los lugares proscritos el de *residencia habitual del reo* —posibilidad ausente en el artículo 67— lo que no deja de ser palmariamente revelador del sentido aflictivo que le estamos atribuyendo al contenido del artículo 88.

Al tratarse, pues, de instituciones diferentes resulta inadmisibile el encaje de la prohibición contenida en el artículo 67 dentro de los límites temporales que para la pena de destierro establece el artículo 30; lo que, en modo alguno, supone entenderla como de duración indefinida (38), ya que la expresión «dentro del período de tiempo que el mismo Tribunal señale» está exigiendo claramente

(37) En este sentido, A. DEL TORO MARZAL, en CÓRDOBA RODA, RODRÍGUEZ MOURULLO, DEL TORO MARZAL, CASABÓ RUIZ, *Comentarios al Código Penal*, cit., II, pág. 465.

(38) La Sentencia de 5 de marzo de 1966 (Ar. 1060) ya se pronunció en este sentido al afirmar que esta medida "nunca podría ser de duración indefinida". Curiosamente, los partidarios de entenderla como una modalidad del destierro sólo le aplican los límites temporales de

el establecimiento por parte de dicho órgano de un determinado lapso para cuya fijación debe tener en cuenta, según propia exigencia del Código, «las circunstancias del caso». El Tribunal, en definitiva, una vez atendido este extremo, gozaría de libertad para precisar la duración.

Esta conclusión de «lege data» es cuestión distinta a sí, bajo una óptica de política criminal, la falta de determinación o, incluso el precepto en su conjunto es aceptable, o no; tema sobre el que más tarde se incidirá.

Si formalmente no puede configurarse como una pena, en su aspecto material la cuestión es menos diáfana, habida cuenta que, para su imposición, se toma en consideración, al lado del peligro que el delincuente pueda representar, la conducta pasada, recordando así el fundamento propio de la pena, lo que ha conducido, como hemos visto, a que el Tribunal Supremo la entienda como de naturaleza compleja o polivalente.

Por lo expuesto hasta aquí, no extrañará que resulte de mayor interés, antes que insistir en su predominante carácter de medida cautelar facultativa, hacer hincapié en la necesidad de su total erradicación; pero antes de acometer esta tarea debemos detener nuestra atención en el Proyecto de Código Penal de 1980, que, sorprendentemente, conserva, si bien, algo retocado, el curioso precepto que venimos comentando.

VI. EL PROYECTO DE CODIGO PENAL DE 1980

El último artículo del Capítulo «De la aplicación de las penas» que, a su vez, cierra la Sección segunda, dedicada a las «Reglas especiales para la aplicación de las penas», es el 90, cuyo tenor literal es el siguiente:

Los Tribunales, en los delitos contra las personas y su honor, libertad sexual, libertad y seguridad, y propiedad, atendiendo a la gravedad de los hechos y al peligro que la presencia del delincuente suponga, podrán acordar, en sus sentencias la prohibición de que el reo vuelva al lugar en que hubiere cometido el delito, o en que resida la víctima o su familia, si fueren distintos, dentro del periodo de tiempo que el mismo Tribunal señale, según las circunstancias del caso, sin que pueda exceder de seis años.

De su confrontación con el vigente artículo 67 se observan algunas diferencias:

éste, sin acudir a otros extremos que asimismo deberían ser trasladados. Así ocurre, por ejemplo, con los límites espaciales que, al no venir expresamente regulados en el artículo 67, tendrían que fijarse conforme a las reglas establecidas en el 88, de manera que el juzgador vendría obligado a señalar un radio que comprendiese como mínimo una distan-

1.^a En la enumeración de los delitos de referencia existe un cambio terminológico, fruto de la nueva nomenclatura del Título. Sobre este extremo es de resaltar que la adaptación a las nuevas rúbricas se hace sólo parcialmente, pues si bien es cierto que ya no se habla de *honestidad*, sino de *libertad sexual*; se siguen conservando, con asombrosa impropiedad, las actuales de *delitos contra las personas y contra la propiedad* (el mismo legislador, en la Exposición de Motivos, califica expresamente la primera de ellas como «equivoca o poco expresiva»), en vez de utilizar las de *delitos contra la vida e integridad personal y delitos contra el patrimonio*, tal como se reza en los lugares respectivos del Proyecto (39).

Este cambio, aparentemente sólo terminológico, tiene mayor alcance tras la remodelación operada en el Proyecto respecto algunas figuras. Así, y a la vista de que el nuevo Título *delitos contra la familia* ha atraído delitos (como el incesto, abandono de familia o la sustracción de menores) hoy contenidos entre los títulos a los que afecta la prohibición, es indudable que, al no venir incluidos en las rúbricas que relaciona el artículo 90, no les será aplicable su contenido.

2.^a Mientras que el presupuesto referente a «la gravedad de los hechos» permanece intacto, el relativo al peligro que el delincuente represente queda sustituido por una fórmula más clarificadora alusiva «al peligro que la presencia del delincuente suponga».

Esta nueva redacción, unido al hecho de que el precepto no figura en el Título VI, del Libro I, constituye un doble motivo —como apunta Barbero Santos— que impide su entendimiento como medida de seguridad (40). Si a ello se añade que resulta absolutamente inviable la tesis de su configuración como pena, habida cuenta que, a tenor del artículo 36, las únicas penas que se pueden imponer conforme al Código son las privativas de libertad, privativas de derechos y multa, se comprenderá sin esfuerzo que la problemática acerca de su naturaleza jurídica, no sólo se reproduce, sino que se recrudece.

3.^a La tercera nota diferencial que se evidencia en este análisis

cia de 25 kilómetros, lo que, en muchos casos, supondría una extensión desmesurada y, por ende, perjudicial para el reo.

(39) Sorprende constatar que las enmiendas que a este artículo han presentado los grupos parlamentarios Socialistas de Cataluña, Socialistas y Coalición Democrática acogen la misma terminología, sin percatarse de los cambios de rúbrica operados en los hasta ahora denominados *delitos contra las personas y delitos contra la propiedad*.

(40) Cfr. M. BARBERO SANTOS, *Las medidas de seguridad en el Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal*, en *La reforma penal y penitenciaria*, Universidad de Santiago de Compostela, 1980, pág. 110. Las medidas de seguridad que establece el Proyecto son de carácter curativo, educativo y asegurador, reservándose estas últimas para delinquentes habituales y profesionales.

comparativo viene determinada por la fijación en el Proyecto de un tope máximo de duración, cifrado en los seis años (41).

Está claro que aunque alguno de los retoques merecen un juicio positivo, la nueva fórmula del precepto, aparte de plantear nuevos conflictos, deja en pie cuestiones sin resolver, fruto todo ello, seguramente, de la incomprensible precipitación con que se ha redactado el texto que ahora comentamos.

Entre las enmiendas presentadas por algunos grupos con representación parlamentaria cabe advertir que, al margen de la distinta configuración que le otorgan Socialistas (42), por un lado, y Coalición Democrática (43), por otro, existe un dato común en ellas: entender que el precepto debe ser trasladado al capítulo de la aplicación de las medidas de seguridad, integrando, concretamente, el artículo 152 bis; al tiempo que se echa de menos, sin embargo, cualquier referencia en pro de su desaparición.

VII. CONCLUSIONES

Si la facultad que se les confiere a los Tribunales en el artículo 67 en su actual conformación no resulta aceptable (44), mucho menos lo es en el Proyecto de Código Penal, a pesar de que haya logrado subsanar alguna deficiencia importante.

(41) Este límite curiosamente es superior al que se fija en la medida 8.^a del artículo 135, donde se configura una especie de destierro consistente en la "prohibición de residir en el lugar o territorio que se designe por un tiempo máximo de cinco años. En este caso —añade el precepto— el sujeto quedará obligado a declarar el domicilio que elija y los cambios que se produzcan"; el mismo tope se señala en el artículo 191, último del Capítulo de las amenazas, que faculta al juez para imponer en todos los casos del Capítulo, "además de las penas correspondientes, la medida de caución de no ofender al amenazado o, en su defecto, la prohibición de residir en el lugar en que aquél habite, por tiempo que no podrá exceder de cinco años".

(42) La redacción que proponen tanto el grupo Socialista como los Socialistas de Cataluña es la siguiente: "Siempre que suponga peligro la presencia del delincuente en el lugar en que se hubiera cometido el delito, o en que resida la víctima o su familia, si fueren distintos, los Tribunales, en los delitos contra las personas y su honor, libertad sexual, libertad y seguridad, podrán acordar en sus sentencias la aplicación de alguna de las medidas previstas en el número quince del artículo 135".

(43) "Los Tribunales, en los delitos contra las personas y su honor, libertad sexual, libertad y seguridad, y propiedad, atendiendo al peligro que la presencia del delincuente suponga, podrán acordar en sus sentencias la prohibición de residencia en el lugar en que hubiere cometido el delito, o en que resida la víctima o su familia, si fueren distintos".

(44) QUINTANO (*Comentarios al Código Penal*, 2.^a ed. puesta al día por E. Gimbernat, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1966, página 372) entiende, sin embargo, que los que él llama "pequeños reparos doctrinarios" pueden dispersarse "en atención a la utilidad e intrínseca justicia de la medida, tan evidentes que excusan toda argumentación".

Se trata, como hemos visto, de una sanción «sui generis» que seguirá planteando problemas en orden a querer otorgarle una determinada naturaleza jurídica, carente de sentido en una sociedad con las peculiaridades de la que nos ha tocado vivir. Si su eficacia podría ser más que dudosa en culturas rurales o de civilización elemental —donde las riñas y las venganzas entre ofensor y ofendidos o familiares son más hipotizables— es incuestionable que en ambientes ciudadanos de características normales esa efectividad es radicalmente nula. El mismo Tribunal Supremo, consciente de ello, ya sostenía en la citada sentencia de 20 de enero de 1976 su falta de utilidad cuando «la coincidencia domiciliaria del ofensor y familia del ofendido se produce en una gran ciudad» (45).

El legislador ha debido reparar en el hecho de que un precepto con las notas del estudiado tiene mal encaje en un país que «ha dejado de ser una sociedad agraria y rural y se ha convertido en una sociedad industrial avanzada», como reconoce y proclama la Exposición de Motivos que precede al Proyecto. En esta misma línea abunda la Memoria del Fiscal General del Estado de 1980 cuando alude al «profundo cambio socioeconómico operado en España, que, de una sociedad eminentemente agraria como era la de 1848, pasó a una economía industrial y de mercado, que sustenta otros valores y exige otras formas de actuación penal» (pág. 42).

Otro argumento a esgrimir en contra es que la gravedad de la sanción resulta desmedida si se tiene en cuenta la enorme cantidad de delitos en los que puede operar, el extremo de que su imposición queda por entero al arbitrio judicial y la desigualdad de efectos que una prohibición de tal índole produce en el condenado, según su posición económica y su tipo de trabajo. En orden al primero de los puntos reseñados resulta difícil, por empeño que se ponga en ello, explicar la posibilidad de aplicación a ciertas infracciones (piénsese en muchas de las que atentan a la propiedad) y su exclusión respecto a otro tipo de figuras (como la acusación o denuncia falsa o el falso testimonio, por ejemplo) cuya comisión pudiera ser origen de justificados rencores.

Su subsistencia es inadmisibles tanto si se pone el acento en la peligrosidad del reo, como si se pretende justificarla con el fin de procurar una farisaica defensa del delincuente frente a los posibles ataques de la víctima o sus familiares. Conforme a la primera hipótesis, a la vez que sería irrelevante la gravedad del hecho come-

(45) Aparte de que la doctrina (Cfr. CASABÓ RUIZ, *Comentarios al Código Penal*, cit., II, pág. 313) ha incidido sobre esta cuestión, el propio legislador parece inspirado por esta misma idea cuando al regular los permisos especiales de salida (previstos como recompensa a los internos en establecimientos penitenciarios) establece en la Orden Circular de 4 de octubre de 1978 que si el interno hubiese cometido delito de sangre o contra la honestidad, no podrá concedérsele permiso para que lo disfrute en la misma localidad (cuando se trate de núcleos urbanos de menos de 60.000 habitantes) o barrio en que resida la víctima o su familia. (Cfr. C. GARCÍA VALDÉS, *Comentarios a la Ley General Penitenciaria*, Ed. Civitas, Madrid, 1980, pág. 123.

tido, habría que declararle previamente peligroso, so pena de burlar los principios fundamentales que informan hoy el conjunto del ordenamiento punitivo. Y conforme a la segunda, el Derecho penal se excedería con creces de su cometido, al adoptar un papel preferentemente asistencial, que, paradójicamente, supondría para el «asistido» una sensible restricción en derecho tan esencial como el relativo a la libertad de residencia y circulación, consagrado al más alto nivel en el artículo 19 de la Constitución.

Cabría pensar que en la legislación vigente los Tribunales encuentran sobrados motivos para recurrir a la imposición de esta medida, a la vista de que instituciones, como la redención de penas por el trabajo, producen de modo casi automático, en los sentenciados a reclusión, presidio y prisión, una reducción en la pena que alcanza, cuanto menos, la tercera parte de la misma, lo que, unido a la aplicación muchas veces mecánica también de otra serie de beneficios, da como resultado que el reo se encuentre en libertad y pueda acudir al lugar de los hechos dentro de un plazo tan breve que los efectos curativos del paso del tiempo no hayan conseguido aún facilitar el olvido y calmar pasajeros sentimientos vengativos.

Aunque el anterior argumento no justificaría por sí solo el mantenimiento y la consiguiente aplicación de la referida prohibición, conviene advertir que precisamente el Proyecto de Código Penal de 1980 lo invalida de plano, porque, junto a la moderación que lleva a cabo de las penas privativas de libertad, no hay que olvidar que suprime la redención de penas por el trabajo, pretendiendo, como dice la Exposición de Motivos, que la sanción se cumpla efectivamente y se corrija el actual desajuste entre el valor nominal de la pena y su valor efectivo, o, lo que es lo mismo, que la extensión impuesta en la sentencia condenatoria no difiera del tiempo real de cumplimiento.

O el artículo 90 del Proyecto se suprime sin más o este cuerpo legislativo tendrá la —para mí desafortunada— prerrogativa de conferirle rango de ley a un precepto que no se lo merece.

La prevención general en la individualización judicial de la pena

JOSE MIGUEL ZUGALDIA ESPINAR
Profesor Adjunto interino de Granada

Nada mejor, en mi opinión, para honrar la memoria de un autor que se mantuvo siempre en la línea de la dirección político-criminal profesando congruentemente una teoría utilitaria de la pena (1) que ocuparnos en estas líneas de los principios que deben regir las relaciones entre la prevención general y la prevención especial —aunque limitando modestamente este análisis a las relaciones entre ambos tipos de prevención en el marco de la individualización de la pena— (2).

Que el sistema penal actual es disfuncional —por ser disfuncionales las partes que lo integran— constituye una afirmación que, dado el estado de desarrollo de las investigaciones sobre el tema, no necesita aquí de una exhaustiva fundamentación (3). Las causas de esta disfuncionalidad han tratado de ser explicadas y corregidas por los autores desde diversos puntos de vista. Me ceñiré aquí a analizar las posturas de dos autores que, en lengua castellana, han tratado el tema recientemente (4).

En opinión de Bacigalupo la disfuncionalidad a la que se hace referencia es una consecuencia necesaria del esquema de las teorías de la unión. «Desde hace muchos años —afirma— nuestro Derecho penal se encuentra dominado por la teoría unificadora de los fines

(1) Vid. CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho penal español*. Parte General. I. Introducción. Madrid 1976, pág. 101; SÁINZ CANTERO, José Antonio, *Lecciones de Derecho Penal*. Parte General, I, Introducción, Barcelona 1979, págs. 208 y ss.

(2) Con relación a estos temas la monografía de ANTÓN ONECA, José, *La prevención general y la prevención especial en la teoría de la pena*. Salamanca 1944, marcó un hito —armónico con las líneas de desarrollo de la Ciencia penal española— que difícilmente puede considerarse hoy superado.

(3) La bibliografía sobre el tema es muy abundante. Cfr. las referencias contenidas en las obras citadas infra nota 4.

(4) Me refiero a BACIGALUPO, Enrique, *Significación y perspectivas de la oposición entre Derecho penal y Política criminal*, "Revue Internationale de Droit Pénal", I, 1978, y a LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, *Medición de la pena y substitutivos penales*, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid 1979.

de la pena, es decir, por una determinada articulación de sus aspectos retributivo y preventivo. Tal articulación procura dejar a salvo el fundamento represivo (retributivo) de la pena, fijando a su vez dentro del marco así determinado, objetivos de prevención» (5). Sin duda por ello, los programas racionales de reforma del Derecho penal han pretendido realizarse dentro de este esquema —que es el jurídico-legislativo y dogmático de la teoría de la retribución— aspirando a encontrar el fundamento de la decisión en este sentido en la necesidad de ofrecer un serio resguardo a la seguridad jurídica (6). Es paradójico, pero debe subrayarse que las consecuencias a las que ha llevado tal toma de postura se perciben en la disfuncionalidad que caracteriza a las distintas partes que componen el sistema dominante actualmente en la doctrina: «límite de la pena en la culpabilidad del autor, por un lado, y exigencias del tratamiento, por otro; Derecho penal material que proclama el fin de la resocialización y proceso penal dominado por la comprobación de la culpabilidad; Derecho penal que expresa una visión ética del delito y política criminal que entiende al delito en los términos de las ciencias empírico-sociales..., etc.» (7).

(5) Cfr. BACIGALUPO, Enrique, *Significación y perspectivas de la oposición entre Derecho penal y Política criminal*, cit., págs. 15 y ss. Más ampliamente vid. SÁINZ CANTERO, José Antonio, *Lecciones de Derecho penal*, cit., págs. 19 y ss.

(6) Cfr. BACIGALUPO, Enrique, *Significación y perspectivas de la oposición entre Derecho penal y Política criminal*, cit., págs. 15 y ss. Para tener conciencia de hasta qué punto resulta ilusorio identificar “teoría de la retribución” con “seguridad jurídica” basta recordar las siguientes palabras de GIMBERNAT: “Se puede negar la posibilidad de demostrar la libertad de decisión en el caso concreto y, no obstante, afirmar la dignidad de la persona y la idea del Estado liberal de Derecho... Y se puede propugnar un Derecho penal basado en el libre albedrío y, no obstante, partir de una ideología fascista insensible a los valores fundamentales de la persona. No es la creencia o no creencia en la autodeterminación del hombre (lo que impide o permite crímenes en forma de leyes penales). Si en una sociedad están verdaderamente afianzados los Derechos del Hombre, no hace falta preocuparse por la solución que se dé al problema del libre albedrío, pues las consecuencias que se extraigan de la solución —positiva o negativa— adoptada, siempre tendrán sus límites en aquellos derechos. Y si el respeto a la persona y a su dignidad no existe, se cometerán abusos: fundamentándolos en el libre albedrío o en la falta de libertad del hombre, en el Derecho natural o en el positivismo jurídico y, si es preciso, sin fundamentación alguna”. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *¿Tiene un futuro la dogmática jurídicopenal?*, en *Estudios de Derecho Penal*, Madrid 1967, págs. 63 y ss. En una línea a la que se hará referencia más adelante (vid. infra nota 12 y el texto correspondiente) se rompe así con el tradicional olvido en el que los penalistas han tenido el tema de los Derechos Humanos —por lo demás, tan íntimamente vinculado a nuestra disciplina—. Vid. también sobre la seguridad jurídica, SÁINZ CANTERO, José Antonio, *Lecciones de Derecho Penal*, cit., págs. 38 y ss.

(7) Cfr. BACIGALUPO, Enrique, *Significación y perspectivas de la oposición entre Derecho Penal y Política Criminal*, cit., págs. 16 y ss. Esta visión ética del delito se pone claramente de manifiesto en un conocido pasaje de la Sentencia del Gran Senado Penal de la Corte del Tribunal Federal Alemán del año 1952 que dice: “La pena presupone

De lo expuesto debería deducirse, a sensu contrario, que un sistema penal que prescindiera de la idea de retribución de la culpabilidad —que se basara, por consiguiente, en una teoría relativa de la pena— no tendría por qué ser necesariamente disfuncional. Pero que esto no es así se ha intentado demostrar recientemente por Luzón Peña. Prescindiendo de la idea de retribución —en mi opinión la idea de retribución es, además, de dudosa constitucionalidad (8)— y en el marco de una teoría relativa de la pena, el mencionado autor ha señalado la disfuncionalidad del sistema a la que conducen, sin embargo, las enfrentadas exigencias de la prevención general y la prevención especial en la individualización de la pena. «Es decir —afirma Luzón Peña— que la causa de los conflictos entre imposición y determinación de la pena y ejecución de la pena estriba en la existencia de exigencias contrapuestas de prevención general y de prevención especial. La consecuencia de ello es que hay que preguntarse en cada supuesto si tales exigencias son realmente incompatibles o, por el contrario, armonizables. Y la solución, requerida por la funcionalidad, necesaria coherencia

culpabilidad. Culpabilidad es reprochabilidad... El fundamento interior del reproche de culpabilidad consiste en que el hombre dispone de una capacidad libre, responsable y moral de autodeterminación y que, por lo tanto, puede decidirse por el Derecho contra su negación". Más claramente todavía se percibe la existencia de una vinculación con el pasado en la Fundamentación del Proyecto Oficial de StGB de 1962 precisamente allí donde se afirma que "querer penar sin el reproche de culpabilidad sería falsificar el sentido de la pena y convertirla en una medida carente de coloración moral de la que podría abusarse con fines políticos". Es la derogación de este Derecho penal la que parece ser sólo una cuestión de tiempo. Cfr. STRATENWERTH, Günter, *El futuro del principio jurídico-penal de culpabilidad*, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, 1980, págs. 89 y ss. y 90 y ss. Vid., no obstante, infra, nota 12.

(8) La posible anticonstitucionalidad del Derecho penal retributivo, que encuentra su plasmación en las teorías absolutas y en las teorías de la unión, ha sido ya señalada en Alemania. "De la imagen de la persona que propone un Estado de Derecho liberal se sigue... que la persona no puede ser utilizada como un medio de retribución moral, sino únicamente para la educación jurídica del autor: su mejoramiento o intimidación" (MAIHOFFER, *Rechtsstaat und menschliche Würde*, 1968, pág. 145). La Constitución Española de 1978 permite, sin duda, un razonamiento similar en base a sus arts. 10 (1), 16 (1) y 25 (2). La teoría de la retribución exige, además, un acto de fe que por cualquiera puede ser profesado, pero a nadie puede ser impuesto. Por las mismas razones, las teorías relativas de la pena no pueden fundamentarse exclusivamente —hoy ya realmente no necesitan hacerlo y esto es lo que modernamente distingue a la Ciencia penal de base empírico-cultural del positivismo decimonónico— en la imposibilidad de demostrar la libertad de voluntad en el caso concreto: porque si no hay posibilidad de encontrar una fundamentación última a la vinculación de la pena con la culpabilidad —que presupone una demostración del libre albedrío de la que no se dispone (demostración por la que la Ciencia penal no debe tan siquiera preocuparse)— tampoco hay posibilidad de fundamentar de forma definitiva que el comportamiento humano esté sometido a las reglas del determinismo. De otra opinión: SÁINZ CANTERO, José Antonio, *Lecciones de Derecho Penal*, cit., págs. 41 y ss.

y eficacia del sistema global, sólo puede consistir en armonizar todo lo posible: concretamente en dar satisfacción (en la medición de la pena) a la prevención especial hasta donde sea totalmente incompatible con la prevención general!» (9). Parece todo ello apuntar a la idea según la cual tampoco en el marco de una teoría relativa de la pena puede elaborarse un sistema no disfuncional.

No obstante, creo que así como un sistema basado en una teoría de la unión ha de ser *necesariamente* disfuncional —en cuanto se le asignan a la pena en el mismo momento fines diversos y contrapuestos— por el contrario, un sistema basado en una teoría relativa de la pena *puede* ser disfuncional, pero no tiene por qué serlo necesariamente. Todo dependerá de cómo se articulen las relaciones entre la prevención general y la prevención especial en el marco de la individualización de la pena. Si en este decisivo momento se le vuelven a asignar a la pena fines diversos y contrapuestos —ahora no ya retribución y prevención, pero sí prevención general y prevención especial— el sistema seguirá siendo disfuncional ya que parece evidente que la única forma de evitar las contradicciones del sistema es asignarle a la pena un único fin en el marco de su individualización legislativa o conminación típica (*Strafbemessung*) y un único fin *también* en el marco de su individualización judicial (*Strafzumessung*). Quizá este exclusivo fin pueda ser en el marco citado en último término el de la prevención especial. No en vano todavía no ha encontrado una respuesta convincente la cuestión de hasta qué punto es necesario que en la individualización judicial de la pena se tengan en cuenta las exigencias de la prevención general o hasta qué punto es esto tan siquiera posible. Que la necesaria coherencia y eficacia del sistema global exija tener en cuenta en la individualización judicial de la pena las exigencias de la prevención general constituye sólo una afirmación que en sí misma no encierra la demostración de lo que quiere significar —aparte de no ser la solución requerida por la necesaria funcionalidad del sistema.

Estamos sin duda ante un problema esencialmente discutible, pues en el campo de las teorías de la pena todos los enunciados imaginables son, en principio, perfectamente posibles y válidos en un plano de pura abstracción lógica: máxime si se tiene en cuenta que la falta de fundamentación última es admitida en la epistemología moderna, sin excepción, para todas las ciencias. Si queremos reconocer la modestia y la falibilidad del conocimiento humano —afirma Popper en este sentido— es preciso que los juristas sigan el ejemplo de los físicos y matemáticos y renuncien también a supuestas fundamentaciones últimas que no son sino dogmatizaciones —sustracciones a la crítica racional— de algún punto

(9) Vid LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, *Medición de la pena y sustitutivos penales*, cit., pág. 20. Ampliamente vid. SÁINZ CANTERO, José Antonio, *Lecciones de Derecho Penal*, cit., págs. 21 y ss.

de partida (10). Dispuesto, pues, a excluir de mis planteamientos posturas dogmáticas, quiero poner de manifiesto aquí solamente que la necesidad o conveniencia de tener en cuenta las exigencias de la prevención general en el marco de la individualización judicial de la pena es, cuanto menos, discutible y no tan obvia como parece dar a entender el dato de haberse dejado el problema virtualmente fuera de discusión.

La exclusión de la retribución de la culpabilidad en el marco de las teorías relativas de la pena obliga a los partidarios de éstas a la búsqueda de límites fiables, racionales y eficaces a las exigencias de la prevención (general y especial). No faltan puntos de vista que —como el expuesto por Luzón Peña— procuran demostrar que estos límites proceden de las leyes que gobiernan interiormente ambos tipos de prevención. Pero este tipo de argumentación presenta desde mi punto de vista tan serias dificultades —a ellas me referiré más adelante— que hace surgir la duda de hasta qué punto no sería *también posible* aceptar que la prevención general y la prevención especial reconocen unos límites que juegan desde fuera de la prevención (11) y cuya naturaleza tiene origen diverso: así lo han puesto de manifiesto los autores que últimamente han subrayado el valor de los puntos de vista ético-sociales en las elaboraciones científicas del Derecho penal (12).

Desde esta perspectiva sería plausible considerar que la idea de la dignidad humana constituye un límite, tanto a las exigencias

(10) Cfr. POPPER, Karl, *Ausgangspunkte. Meine intellektuelle Entwicklung*, Hamburg 1977, pág. 190. El mismo, *La lógica de la investigación científica*, Madrid 1971, pág. 49. El mismo, *La lógica de las Ciencias sociales, en La disputa del positivismo en la sociología alemana*, Barcelona 1973, pág. 119. En las obras y lugares citados puede encontrarse un panorama amplio sobre el pensamiento del autor.

(11) Aquí radica, en mi opinión, el punto débil de la argumentación de JAKOBS (*Schuld und Prävention*, Tübingen 1976) según la cual, en cuanto al tema de si los presupuestos de la pena pueden fundamentarse en consideraciones preventivas, debe tenerse en cuenta que la pena presupone culpabilidad por razones de prevención general. Esta tesis olvida, en primer lugar, que si la pena presupone culpabilidad por razones de prevención, la culpabilidad no podrá limitar más allá de la misma idea de prevención en la que se fundamenta y, en segundo lugar, que lo que se discute hoy es si disponemos de posibilidades teóricas aceptables para limitar en serio la prevención mediante una medida distinta de la prevención misma. Volveremos sobre el tema más adelante: cfr. infra, nota 15 y el texto que le corresponde.

(12) Esto no está necesariamente en contradicción con la idea de que sería conveniente desde el punto de vista político-criminal renunciar a un Derecho penal que ofrezca una visión ética del delito. También un Derecho penal que entienda al delito —como la política criminal— en los términos de las ciencias sociales deberá tener en cuenta, si no se les quiere llamar planteamientos éticos, sí al menos puntos de vista que operando desde fuera de la prevención limiten el poder punitivo del Estado atendiendo a la dignidad humana, a la sensibilidad jurídica, o pura y simplemente a los *Derechos Humanos*. Esta es la idea que, en mi opinión, y acertadamente, subyace en el planteamiento de GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *¿Tiene un futuro la dogmática juridicopenal?*, cit., páginas 63 y ss. Vid. infra nota 6.

de la prevención general que el legislador debe tener en cuenta en el momento de la fijación de la pena abstracta del tipo (*Strafmasung*), como a las exigencias de la prevención especial que el juez debe tener en cuenta en la individualización de la pena (*Strafzumessung*).

Por lo que hace al primer tema hay que observar que cuando el legislador amenaza con una pena, difícilmente —para la fijación de la misma— podrá tener en cuenta consideraciones basadas en la prevención especial ya que desconoce las características personales del autor concreto que en el futuro infringirá la norma. En este marco el requisito de la proporcionalidad entre la gravedad de la pena con la que se conmina y la gravedad del injusto que se quiere evitar, podría aparecer como un límite ético-social que opera desde fuera de razones preventivas, pues podría darse el caso de que ni la retribución, ni la prevención general, ni la prevención especial ofrecieran fundamento bastante a la proporcionalidad que debe existir entre los delitos y sus penas. Este fundamento habría que buscarlo entonces en el mismo lugar en el que fundamentamos hoy nuestro rechazo a la pena de muerte: en que constituya un instrumento penal que choca frontalmente con nuestra sensibilidad, lo que debe impedir su aplicación aún en el caso —hipotético— de que fuera útil desde el punto de vista de la prevención general o especial. Que todo lo inútil sea inadmisibles en el campo del Derecho penal no quiere indicar, como torcidamente se interpreta por algunos, que todo lo útil sea lícito.

De otra parte, en el marco de la individualización judicial de la pena, la exclusión de la prevención general que postula un sector de la doctrina (13) se debe ante todo a una exigencia que no deriva de fundamentos preventivos, sino de la consideración kantiana de que el hombre es un fin en sí mismo y, por consiguiente, no puede ser utilizado para un fin: ello debe conducir, lógicamente, a la eliminación de la pena ejemplificadora, de la pena individualizada —y, por consiguiente, ejecutada— ejemplificadoramente. Tal forma

(13) En este sentido, aunque con diferencias de matices: HAAG, *Rationale Strafzumessung*, Köln 1970, pág. 20; STREE, *Deliktsfolgen und Grundgesetz*, 1960, págs. 38 y ss.; WARDA, *Dogmatische Grundlage des richterlichen Ermessens im Strafrecht*, 1962, págs. 163 y ss. Más contundentemente, BRUNS, *Die Generalprävention als Zweck und Zweckungsgrund der Strafe?*, Fest. für v. Weber, 1963, pág. 89; el mismo, *Strafzumessungsrecht*, 2. Auf. 1974, págs. 207 y ss. y 307 y ss.; BADURA, *Generalprävention und Würde des Menschen*, JZ, 1964, págs. 337 y ss. Que yo sepa, esta dirección/doctrina carece de representantes en España, donde la prevención general ha tenido siempre un fuerte arraigo. Para una mejor comprensión de la tesis que aquí se intenta sostener debo puntualizar que entiendo a las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal (atenuantes y agravantes) como elementos del tipo penal y, por consiguiente, como un tema que queda al margen del problema de la individualización judicial de la pena e incardinado propiamente en la *Strafbemessung* —conminación típica o individualización legislativa de la pena. De esta misma opinión: BACIGALUPO, Enrique, *La individualización de la pena en la reforma penal*, "Rev. Fac. Derecho Universidad Comp. Madrid", 1981, 72.

de proceder, que pertenece a épocas ya superadas del Derecho penal, supondría un grave ataque —se afirma— a la dignidad humana. La invocación de fines preventivos generales en la individualización judicial de la pena podría incluso considerarse contraria a la Constitución (14).

Pero pese a ser poderoso, no es éste el único argumento que se esgrime para pretender excluir a la prevención general del marco de la individualización judicial de la pena.

Debe tenerse en cuenta, en segundo lugar, que los puntos de vista que procuran demostrar cómo los límites de la prevención provienen de las leyes que gobiernan interiormente las relaciones entre la prevención general y la prevención especial presentan la necesidad de requerir una verificación empírica y está claro que ello resulta, por lo menos, extremadamente difícil. Es por ello que los que esgrimen tales argumentaciones se ven obligados a *suponer* unas consecuencias de las que, en realidad, no tenemos constancia alguna. Además, lo que hoy se discute con relación a este tema es si disponemos o no de posibilidades teóricas aceptables para limitar en serio la prevención mediante una medida *distinta* de la prevención misma (15).

(14) Frente al argumento de WARDA (el impulso a imitar aumenta no sólo lo injusto sino también la culpabilidad en la medida en que el autor debió tomar en cuenta el efecto contagioso de su hecho) esgrimido en *Dogmatische Grundlage des richterlichen Ermessens im Strafrecht*, cit., pág. 168, otro sector de la doctrina considera más acertadamente que el autor sólo tiene que contar con la producción del resultado típico sin que haya ley alguna que le obligue a una complicada evaluación sociológica que ni siquiera los jueces pueden hacer ni hacen. Es más, en cuanto la pena concretamente aplicada se funda en razones de intimidación a la generalidad, el autor se convierte en un medio para lograr efectos sobre otros, por cuyos comportamientos o tendencias de comportamiento él no es responsable, y ello sería contrario al art. 1, I de la Grundgesetz, según el cual "La dignidad de la persona es intangible. Su respeto y protección son una obligación de todos los poderes del Estado. Cfr. STREE, *Deliktsfolgen und Grundgesetz*, cit., págs. 38 y ss.; BRUNS, *Die Generalprävention als Zweck und Zumessungsgrund der Strafe?*, cit., págs. 89 y ss.; el mismo, *Strafzumessungsrecht*, cit., págs. 207 y ss. y 307 y ss.; BADURA, *Generalprävention und Würde des Menschen*, cit., págs. 337 y ss. El argumento puede trasladarse a España, donde el art. 10, 1 de la Constitución establece: "La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social". El art. 15 de la Constitución, además, puntualiza: "Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que en ningún caso puedan ser sometidos a torturas ni a penas o tratos inhumanos o degradantes". La constitucionalidad, pues, del núm. 2 del art. 92 y del núm. 3 del art. 94 —ambos del Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal— es, cuanto menos, discutible. Y ello porque "para la condena condicional rige fundamentalmente lo mismo que para la individualización *stricto sensu*): lo que se afirma para la individualización debe afirmárselo también para la condena condicional (individualización *lato sensu*)". BRUNS, *Die Generalprävention als Zweck und Zumessungsgrund der Strafe?*, cit., pág. 80.

(15) Vid. supra nota 11: aunque el problema aquí es distinto, al

En tercer lugar, parece no haber duda acerca de que los autores que intentan dar entrada a la prevención general en el marco de la individualización judicial de la pena no están en condiciones de demostrar convincentemente por qué es *necesario* entremezclar las exigencias de la prevención general y la prevención especial en el marco al que venimos haciendo referencia. En este sentido hay que reconocer que «empíricamente se sabe hoy muy poco realmente sobre los posibles efectos de merma de la prevención general. en su doble aspecto de intimidación general y prevailecimiento del orden jurídico con la consiguiente seguridad y confianza de los ciudadanos en el mismo, que puedan derivarse de atenuaciones o sustitutivos de la pena por exigencias preventivo especiales» (16). Si tal es el estado de nuestros conocimientos, no puede sostenerse —si se quiere ser coherente con la tesis según la cual la pena se justifica exclusivamente por su necesidad— que a un sujeto concreto, por *ignoradas* razones de prevención general, debe imponérsele una pena que excede de la que correspondería a las exigencias de su tratamiento preventivo especial.

Por lo demás, en cuarto lugar, la exclusión de la prevención general del marco de la individualización judicial de la pena que postula un sector de la doctrina se debe a un esfuerzo de racionalización de la *Strafzumessung*. En primer término, porque no disponemos de mecanismos adecuados para determinar científicamente cuándo una pena adecuada a las exigencias de la prevención especial es absolutamente contrapuesta, hasta cierto punto contrapuesta o adecuada a las exigencias de la prevención general. En segundo lugar, porque si las exigencias de la prevención general y las de la prevención especial pueden ser encontradas en el campo de la individualización de la pena, ¿qué razones convincentes pueden esgrimirse para justificar que las exigencias del tratamiento preventivo especial cedan ante las exigencias de la prevención general cuando se trata precisamente de individualizar una pena orientada —constitucionalmente incluso— a un tratamiento resocializador? (17). En el caso de que una de las modalidades de prevención deba ceder ante la otra, ¿no sería más razonable que fuera la prevención general la que cediera ante la prevención especial? En tercer lugar, la racionalidad y funcionalidad del sistema vendría a exigir, más bien, que ninguna de las dos modalidades de prevención tuviera que ceder ante la otra: y para esto no cabría, en principio, otra solución que confiarle a cada una de las modalidades de prevención un ámbito de juego distinto. Así las cosas, podría llegarse

esgrimirse los mismos argumentos, también la crítica puede ser idéntica.

° (16) Así lo reconoce LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, *Medición de la pena y sustitutivos penales*, cit., pág. 52.

(17) Nuevamente aparece aquí otro argumento constitucional contra la toma en consideración en la individualización judicial de la pena de las exigencias de la prevención general. Vid. art. 25, 2 de la Constitución española de 1978.

a la siguiente propuesta-conclusión: la prevención general debería constituir el único fin de la pena en el estadio de la *Strafbemessung* (conminación típica o individualización legislativa) y solamente las exigencias de la prevención especial deberían entrar en consideración en el estadio de la *Strafzumessung* (individualización judicial de la sanción).

Con todo lo expuesto hasta ahora de forma sucinta he pretendido, en resumen, lo siguiente: 1. Poner de manifiesto que la necesidad, conveniencia y posibilidad de tomar en consideración las exigencias de la prevención general en el marco de la individualización judicial de la pena, lejos de ser obvia, es fundamentalmente discutible y prueba de ello son los argumentos que contra esta forma de proceder esgrime actualmente un sector de la doctrina. El proceso de discusión sobre este tema está, pues, abierto. 2. Que así como cualquier sistema que se elabore a la luz de las teorías de la unión ha de ser necesariamente disfuncional —como ha demostrado Bacigalupo— no ocurre lo mismo con los sistemas que puedan elaborarse en el marco de las teorías relativas: aquí la disfuncionalidad es sólo posible y, por consiguiente, evitable. 3. Que están abiertas en la dogmática actual las posibilidades de reformular ciertos aspectos de las teorías relativas de la pena para permitir que las exigencias de las dos modalidades de prevención no entren en conflicto necesariamente. 4. Que una de esas posibilidades es la de —prescindiendo lógicamente de la retribución— reservar la prevención general para la conminación típica y la prevención especial —exclusivamente— para la individualización judicial de la pena.

Es innecesario, sin duda, poner de manifiesto que, lógicamente, pese a las ventajas de racionalización del sistema que conlleva esta última propuesta, la misma no apunta precisamente hacia un camino desprovisto de dificultades. Baste un único ejemplo bastante significativo. En el marco de la teoría de la pena (y de su individualización) que se propone, la institución de la condena condicional debería tener una configuración totalmente distinta (18) a la que se recoge en el Código penal vigente y en el Proyecto de Ley Orgánica de Código penal español de 1980. Esta configuración, que haría referencia a la institución más ventajosa de la suspensión del fallo (19), podría encontrar una plasmación legislativa en un único artículo redactado con el siguiente tenor: «Se confiere a los Tribunales la atribución de suspender motivadamente el fallo de las sentencias condenatorias cuando exista pronóstico favorable de que el sujeto no cometerá delito en el futuro o cuando quepa deducir que, aunque no mediere tal pronóstico, la imposición de

(18) Por las razones esgrimidas por BRUNS en *Die Generalprävention als Zweck und Zumessungsgrund der Strafe?*, cit., pág. 80. Vid infra nota 14, in fine.

(19) En este sentido, ampliamente, vid.: MAQUEDA ABREU, María Luisa, *La condena condicional*, tesis doctoral, inédita, Granada 1981.

la pena hubiere de resultar contraproducente en orden a evitar que el sujeto vuelva a delinquir» (20).

La realización práctica de la fórmula, qué duda cabe, requeriría «un pronóstico sobre las consecuencias de las medidas prácticas, así como una difícil evaluación diferenciada de los distintos efectos positivos y negativos aislables de una medida, a lo que se conecta una valoración y eventual corrección de la medida que se quiere llevar a cabo. Por otra parte, las posibilidades de sustraer estas evaluaciones a la influencia de consideraciones de tipo moralizante son dudosas, lo que implica el riesgo de caer precisamente en algo que se quiere evitar» (21). La puesta en práctica de una teoría relativa de la pena que acentúe la prevención especial en la individualización judicial de la misma chocaría, pues, con el inconveniente de exigir unos conocimientos —menos de los que exigiría tener en cuenta además las exigencias de la prevención general— de los que hoy no se dispone totalmente. Quizá sea este el camino por el que deban conducirse en el futuro las investigaciones —a no ser que se quiera admitir lisa y llanamente que pretendemos ejecutar científicamente con arreglo a fines una serie de medidas cuyos efectos desconocemos. De todas formas no puede ignorarse que los criterios que aquí se proponen tienden a una mayor racionalización y, sobre todo, a una mayor controlabilidad de la individualización de la pena, lo que resulta coherente con nuestro intento «de transformar la individualización penal, concebida ahora como un asunto de valoración *emocional*, en una cuestión propia de la razón práctica procurando elevarla de esta manera al nivel de *racionalidad* que desde hace mucho nos parece inexorable en las cuestiones de la dogmática» (22).

(20) En este sentido, MAQUEDA ABREU, María Luisa, *La condena condicional*, cit., infra nota 19.

(21) Cfr. BACIGALUPO, Enrique, *La individualización de la pena en la reforma penal*, "Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid", cit., pág. 72.

(22) Cfr. STRATENWERTH, G., *El futuro del principio juridicopenal de culpabilidad*, cit., pág. 83.

NECROLOGICA

Profesor doctor SEBASTIAN SOLER (*)

El 12 de septiembre de 1980 falleció en Buenos Aires el catedrático Sebastián Soler, figura consular de la República Argentina, que le tenía entre sus hijos predilectos.

Eminente jurista, consagró su vida al Derecho penal y tuvo el privilegio de introducir la dogmática en su país como método normativo, influenciado por la doctrina alemana a la que conocía a la perfección en sus fuentes por el dominio del idioma. Tenía además, lo que es siempre necesario, completa versación histórica del Derecho nacional, un dominio fluido del español y una precisión conceptual pocas veces superada, abonada por una aptitud para el razonamiento lógico poco común.

Soler y Jiménez de Asúa han sido los valores que más influencia han tenido desde 1940 en la dogmática argentina, el primero con una concepción lógica del derecho encerrada en el ordenamiento positivo; el segundo con una posición normativa culturalística. Soler funda y orienta la dirección cordobesa, cuya trascendencia para el Derecho argentino sería ocioso destacar.

Maestro por antonomasia, inició su actividad docente como profesor normal desempeñándose sucesivamente en los cargos de vicedirector, director, inspector general hasta ser ascendido a inspector de Escuelas Nacionales en provincia, consustanciado con el espíritu de Domingo Faustino Sarmiento, sirvió al ideario del prócer con la fidelidad de su formación liberal que le imponía su nunca desmentida adhesión a la Constitución Argentina de 1953.

Su actividad universitaria comenzó en la cátedra de Córdoba en 1926 con el cargo de profesor suplente, luego fue profesor titular en la Universidad de Buenos Aires a partir de 1955, pues durante el Gobierno peronista de 1945 a 1955 se mantuvo alejado de toda actividad oficial; más tarde la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires lo designó profesor Consulto.

Aparte de la docencia universitaria, ocupó cargos en la justicia a partir de 1933 como miembro de la Cámara de Apelaciones de Rosario y luego de un interregno que estuvo ausente de ella, fue procurador general de la Nación durante el Gobierno de la Revolución Libertadora 1955-1957, sus votos como Juez o sus dictámenes en el último cargo tuvieron particular resonancia.

(*) Los penalistas argentinos se suman con esta nota necrológica al dolor del ANUARIO por la pérdida de uno de los más eminentes penalistas de nuestro tiempo.—N. de la Redacción.

Su obra cumbre fue el «Tratado de Derecho Penal», cuyos primeros dos tomos de la parte general aparecieron en 1940 y produjeron resonante cambio en la doctrina del Derecho penal argentino, dominado por las tendencias del positivismo criminológico. En 1945 publica la segunda edición de su parte general y tres tomos más que comprenden la parte especial, desde entonces pasa a ser una obra monitora en el pensamiento penal. La última reimpression (séptima) de la cuarta edición de la parte general 1970 y la tercera edición de la parte especial fue editada en 1976 por la Tipográfica Editora Argentina. Buenos Aires, 1976.

Deben destacarse además las siguientes obras: «Exposición y Crítica de la Teoría del Estado Peligroso», «Ley, Historia y Libertad», «El proyecto Krilenko de Código Penal», «Derecho Penal Liberal, soviético y nacional socialista», «Fe en el Derecho», «Los valores Jurídicos», «Culpabilidad real y Culpabilidad presunta», «Interpretación de la ley», «Bases ideológicas de la reforma Penal», «Las palabras de la ley» y «Temas antiliberales».

Proyectó el Código Penal para la República en 1960 en colaboración con los catedráticos Luis C. Cabral y Eduardo Aguirre Obarrio, el que fue enviado a la Cámara de Diputados por el Poder Ejecutivo, él no fue sancionado, pero ejerció enorme influencia sobre las reformas parciales a la ley argentina Decreto-ley 17.567 de 1967 y en el Decreto-ley 23.338 de 1976. La muerte sorprende al maestro argentino en circunstancias en que había elaborado con la colaboración de los mismos profesores que proyectaron la reforma de 1960, un nuevo Código que ha entrado a ser materia de examen por la opinión pública.

Como procesalista tuvo también destacada actuación, fue coautor con el extinto catedrático doctor Alfredo Vélez Mariconde del Código de Procedimientos Penales para la provincia de Córdoba, el cual serviría como modelo para posteriores reformas en otras provincias, donde el segundo elaborara la legislación procesal que instituyó en gran parte del país el juicio oral. Fue autor del Anteproyecto de Código de Faltas para la provincia de Santa Fe.

Tradujo del alemán «Esquemas de Derecho Penal», de Ernesto von Beling, y «La Estructura y Concepto de la Culpabilidad», de Reinhart Franck; además del italiano con la colaboración de los catedráticos Ricardo C. Núñez y Ernesto Gravier el «Programa de Derecho Criminal», del ilustre maestro de Pisa, Francisco Carrara, en sus diez volúmenes.

Fue director con Alfredo Orgáz y Mauricio Yadarola de la «Revista Jurídica de Córdoba» (1947-1949), colaboró en la «Revista de Derecho Penal», de Eusebio Gómez, en «La Prensa», de Buenos Aires, «Jurisprudencia Argentina», «La Ley» y muchas otras publicaciones nacionales; escribió además para el «Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales» y la «Revista de Occidente», de Madrid, en la «Revista de Criminología de Río de Janeiro», en «Criminalia», de Méjico, etc.

Entre los cargos académicos otorgados en el extranjero pueden citarse el del «Doctor Honoris Causa», otorgado por la Universidad Nacional del Brasil, la de San Carlos de Guatemala y de la República Oriental del Uruguay; fue además profesor honorario de las universidades del Salvador y San Carlos de Lima; en su país fue distinguido con los honores de miembro

de la Academia Nacional de Derecho, así como la de Córdoba y la de «Ciencias Morales y Políticas de Buenos Aires». Condecorado en 1972 en Gran Bretaña como «Honorary Commander of the Civil Division of the order of the British Empire».

Tuvo relevante desempeño en la Primera y Segunda «Comisión de Expertos de las Naciones Unidas para la prevención de la criminalidad y tratamiento de los delincuentes», así como en la «Comisión Internacional de juristas con asiento en Ginebra»; presidió una de las comisiones argentinas para la elaboración del Código Penal-tipo para latinoamérica e intervino en el debate de sus conferencias plenarias; fue presidente de la «Reunión Preparatoria Regional Latino-Americana sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente», fue vicepresidente de la Asociación Argentina de Derecho comparado» y miembro de la «Comisión sobre la discriminación racial» de las Naciones Unidas.

El doctor Sebastián Soler nació el 30 de junio de 1889 en España, desde muy niño se radicó en Argentina, cuya nacionalidad optó; estudió en Córdoba y se graduó de doctor en Derecho y Ciencias Sociales en la Universidad local en 1924.

CARLOS V. GALLINO YANZI

OMISSIS

En la nota (1) a la pág. 99 se ha omitido consignar, que el autor de las notas que acompañan a la traducción del Código penal austríaco y revisor de ella es el Dr. José M.^a RODRÍGUEZ DEVESA.

de la Academia Nacional de Derecho, así como la de Córdoba y la de «Ciencias Morales y Políticas de Buenos Aires». Condecorado en 1972 en Gran Bretaña como «Honorary Commander of the Civil Division of the order of the British Empire».

Tuvo relevante desempeño en la Primera y Segunda «Comisión de Expertos de las Naciones Unidas para la prevención de la criminalidad y tratamiento de los delincuentes», así como en la «Comisión Internacional de juristas con asiento en Ginebra»; presidió una de las comisiones argentinas para la elaboración del Código Penal-tipo para latinoamérica e intervino en el debate de sus conferencias plenarias; fue presidente de la «Reunión Preparatoria Regional Latino-Americana sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente», fue vicepresidente de la Asociación Argentina de Derecho comparado» y miembro de la «Comisión sobre la discriminación racial» de las Naciones Unidas.

El doctor Sebastián Soler nació el 30 de junio de 1889 en España, desde muy niño se radicó en Argentina, cuya nacionalidad optó; estudió en Córdoba y se graduó de doctor en Derecho y Ciencias Sociales en la Universidad local en 1924.

CARLOS V. GALLINO YANZI

OMISSIS

En la nota (1) a la pág. 99 se ha omitido consignar, que el autor de las notas que acompañan a la traducción del Código penal austríaco y revisor de ella es el Dr. José M.^a RODRÍGUEZ DEVESA.

INDICE GENERAL DEL TOMO XXXIV AÑO 1981

Páginas

TOMO XXXIV-FASCICULO II Y III-MAYO-DICIEMBRE

NUMERO MONOGRAFICO EXTRAORDINARIO A LA MEMORIA DEL PROFESOR DON JOSE ANTON ONECA

<i>In Memoriam</i> , por José María Rodríguez Devesa	339
<i>Don José Antón Oneca. In memoriam</i> , por Alfonso Serrano Gómez.	341
<i>De nuevo sobre la responsabilidad criminal de las personas jurídicas</i> , por Miguel Bajo Fernández	371
<i>Otra opinión sobre el art. 516 bis del Código penal</i> , por Enrique Beltrán Ballester	381
<i>Interrupción voluntaria del embarazo: reflexiones teológico-jurídicas</i> , por Antonio Beristain	385
<i>Extradición y pena de muerte en el ordenamiento jurídico español</i> , por Francisco Bueno Arús	399
<i>Manuel Seijas Lozano, miembro de la Comisión General de Códigos</i> , por Francisco Candil Jiménez	413
<i>Los estados emotivos y pasionales como causa de atenuación: sus incidencias y delimitaciones con la circunstancia de trastorno mental transitorio</i> , por Concha Carmona Salgado	433
<i>La doble posición del dolo en la ciencia del Derecho penal española</i> , por José Cerezo Mir	455
<i>Presupuestos para una teoría del bien jurídico protegido en Derecho penal</i> , por Joaquín Cuello	461
<i>Determinados abusos en el ejercicio de la función pública (Proyecto de 1980)</i> , por María Dolores Fernández Rodríguez	485
<i>El delito de aborto consentido, a la luz de las legislaciones actuales</i> , por Aurora García Vitoria	493
<i>La prevención general en la determinación de la pena</i> , por Mercedes García Arán	511
<i>Italia: Cinco referéndum afectantes a materias penales</i> , por Juan José González Rus	523
<i>¿Existe un elemento subjetivo de lo injusto en el delito de allanamiento de morada?</i> , por Alfonso Guallart y de Viala	541
<i>El sistema de fuentes del Derecho penal en el Principado de Andorra</i> , por el doctor Juan Felipe Higuera Guimerá	561
<i>La publicidad en Derecho penal: Una aproximación conceptual e histórica</i> , por Carmen Lamarca Pérez	573

	<u>Páginas</u>
<i>Las formas periféricas de usura en el proyecto de Código penal,</i> por Gerardo Landrove Díaz	585
<i>Los nuevos Códigos penales de Cuba y China,</i> por Manuel López-Rey y Arrojo, Ll. D.	599
<i>La pena de comiso en el proyecto de Código penal,</i> por José Luis Manzanares Samaniego	613
<i>Proclamación de doctrinas contrarias a la moral pública,</i> por José Manuel Martínez-Pereda	653
<i>El artículo 20 de la Constitución y los delitos de desacatos,</i> por Lorenzo Morillas Cueva	669
<i>La reforma penal panameña,</i> por Carlos Enrique Muñoz Pope	691
<i>Sobre la necesidad de una política criminal,</i> por José María Rodrí- guez Devesa	699
<i>Los delitos económicos en el proyecto de Código penal,</i> por Gonzalo Rodríguez Mourullo	707
<i>Hacia una teoría de las fuentes materiales del Derecho penal,</i> por Luis Rodríguez Ramos	721
<i>El error evitable de prohibición en el Proyecto de 1980,</i> por Carlos María Romeo Casabona	739
<i>La persona jurídica y el Derecho penal,</i> por Enrique Ruiz Vadillo	769
<i>La preterintencionalidad en el proyecto de Código penal de 1980,</i> por Rodrigo Fabio Suárez Montes	795
<i>Los delitos del peligro hipotético,</i> por Angel Torío López	825
<i>Acerca de la llamada prohibición de residencia,</i> por Esperanza Vaello Esquerdo	849
<i>La prevención general en la individualización judicial de la pena,</i> por José Miguel Zugaldia Espinar	869
<i>Necrológica.</i> Profesor doctor Sebastián Soler	879
Omissis	881