

ANUARIO  
DE  
DERECHO PENAL  
Y  
CIENCIAS PENALES

TOMO XXXV  
FASCICULO I



ENERO-ABRIL  
MCMLXXXII

# ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

Fundador:

EUGENIO CUELLO CALÓN (†)

Directores:

ANTONIO FERRER SAMA

Catedrático de Derecho penal de la Universidad a Distancia

Redactor-Jefe:

DIEGO MOSQUETE MARTIN

Profesor Adjunto de Derecho penal

JOSE MARIA RODRIGUEZ DEVESA

Catedrático de Derecho penal de la Universidad Complutense

Secretario:

ALFONSO SERRANO GOMEZ

Profesor Adjunto de Derecho penal de la Universidad a Distancia

Consejo de Redacción:

(†) JOSE ANTON ONECA

Catedrático de Derecho penal

MIGUEL BAJO FERNANDEZ

Profesor Agregado de Derecho penal de la Universidad Autónoma de Madrid

ANTONIO BERISTAIN IPINA

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de San Sebastián

BERNARDO FR. CASTRO PEREZ

Magistrado de la Sala 2.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo

JOSE CEREZO MIR

Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Zaragoza

MANUEL COBO

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

JUAN CORDOBA RODA

Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Barcelona

FERNANDO DIAZ PALOS

Presidente de la Sala 2.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo

ADOLFO DE MIGUEL GARCÍ-LOPEZ

Ex Presidente de la Sala 2.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo

HORACIO OLIVA GARCIA

Profesor Agregado de Derecho penal de la Universidad Complutense

GONZALO RODRIGUEZ MOURULLO

Catedrático de Derecho penal de la Universidad Autónoma de Madrid

JOSE ANTONIO SAINZ CANTERO

Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Granada

JOSE MARIA STAMPA BRAUN

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad a Distancia

RODRIGO FABIO SUAREZ MONTES

Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Oviedo

ANGEL TORIO LOPEZ

Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Valladolid

## INDICE

Páginas

### SECCION DOCTRINAL

<i>El Derecho penal internacional: Historia, objetivo y contenido</i> , por Cherif Bassiouni .....	5
<i>Reflexiones para la determinación y delimitación del delito económico</i> , por Eduardo Novoa Monreal .....	43
<i>El trasplante de tejidos y órganos humanos en la Legislación española</i> , por Miguel Angel Soto Lamadrid .....	77

# **ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES**

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

Periodicidad: CUATRIMESTRAL.

Precio de suscripción: España, 2.700 ptas. Extranjero, 2.900 ptas.

Precio del fascículo suelto: España, 1.100 ptas. Extranjero, 1.300 ptas.

Primer fascículo aparecido: Enero-abril 1948.

Último fascículo aparecido: Mayo-diciembre 1981.

---

Publica artículos doctrinales de los más destacados Penalistas españoles y extranjeros, comentarios de Legislación y Jurisprudencia y notas bibliográficas sobre libros y revistas de la especialidad.

## **CORRESPONDENCIA**

Sobre distribución, suscripción, venta de fascículos, separatas, etc., dirigirla al Servicio de Publicaciones del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Duque de Medinaceli, núm. 6, teléfono 222-92-42, Madrid.

La relativa a Dirección y Colaboraciones, al Secretario del ANUARIO, Duque de Medinaceli, núm. 6. MADRID.

**PUBLICACIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURIDICOS**

**SERIE 1**

**PUBLICACIONES PERIODICAS**

**NUMERO 3**

**ANUARIO DE DERECHO PENAL  
Y CIENCIAS PENALES**

**El ANUARIO no se solidariza con las opiniones sostenidas  
por los autores de los originales publicados**



**MINISTERIO DE JUSTICIA  
Y CONSEJO SUPERIOR DE INVESTIGACIONES CIENTIFICAS**

**ANUARIO  
DE DERECHO PENAL  
Y  
CIENCIAS PENALES**

TOMO XXXV  
FASCICULO I



ENERO-ABRIL  
MCMLXXXII

---

---

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

---

---

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

## El Derecho penal internacional: Historia, objeto y contenido\*

Por CHERIF BASSIOUNI (\*\*)

Catedrático. De Paul University (Chicago)

Los avances tecnológicos del presente siglo en el campo de las comunicaciones y el desarrollo de las relaciones humanas de todo tipo, han contribuido de manera importante a la toma de conciencia de la interdependencia de los pueblos y naciones del mundo. Al mismo tiempo, la experiencia humana relativa a los diversos tipos de adversidades naturales impuestas por el hombre ha contribuido igualmente a elevar el nivel de la conciencia social mundial. La combinación de estos factores ha constituido la base necesaria para la aparición y desarrollo de una serie de valores y expectativas compartidos por la sociedad mundial. Fruto de lo cual es la creciente exigencia a sus miembros por parte de la comunidad mundial de un cada vez más alto grado de conformidad y sujeción a ciertos «standards» mínimos de conducta, a fin de alcanzar los conocidos objetivos de seguridad individual y colectiva (1). El sistema jurídico internacional se encuentra abocado, en consecuencia, a afrontar la difícil tarea de desarrollar aquellas normas, estructuras, estrategias y recursos aptos para lograr las metas de preservación y protección de la comunidad mundial que, al mismo tiempo, posibiliten su transformación y evolución conforme a sus propias necesidades (2). En este contexto, el Derecho penal internacional constituye la rama del sistema jurídico internacional configuradora de una de las estra-

---

(\*) Trabajo publicado por vez primera en la *Révue Internationale de Droit Pénal*, 1974, pp. 405 y ss., con el título «An Appraisal of the growth and developing trends of International Criminal Law», y reproducido con algunas modificaciones en BASSIOUNI, CH., *International Criminal Law. A Draft International Criminal Code*, Sijthoff & Noordhoff, Alphen aan den Rijn (The Netherlands), 1980, pp. 1 y ss.

(\*\*) Traducción al castellano del doctor José L. de la Cuesta Arzamendi, profesor de Derecho penal, Facultad de Derecho de San Sebastián (Universidad del País Vasco).

(1) M. McDUGAL y F. FELICIANO, *Law and Minimum World Public Order* (1960), p. 263.

(2) CARLSTON, «World Order and International Law», 20 *Journal of Legal Education* (1967), p. 127.

tegiás empleadas para alcanzar, respecto de ciertos intereses mundiales, el más alto grado de sujeción y conformidad a los objetivos mundiales de prevención del delito, protección de la comunidad y rehabilitación de los delincuentes. Intereses sociales de alcance mundial, resultado de una común experiencia a lo largo del tiempo y reflejo de la existencia de ciertos valores compartidos que la comunidad mundial considera necesitados de un esfuerzo colectivo de cooperación y de coerción para asegurar su protección. El objeto de las prescripciones normativas del Derecho penal internacional consiste, por tanto, en delimitar las conductas específicas que se consideran atentatorias de un interés social de transcendencia mundial dado, para cuya protección parece necesaria la aplicación a sus autores de sanciones penales; sanciones impuestas por los Estados miembros de la comunidad a través de actuaciones nacionales o internacionales, colectivas y de cooperación.

## I. ORIGEN Y DESARROLLO DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL DESDE UNA PERSPECTIVA HISTORICA

El Derecho penal internacional es el resultado de la convergencia de los aspectos internacionales de la legislación penal nacional de los Estados y de los aspectos penales de la legislación internacional (3). Es por ello que, aun cuando el Derecho penal internacional se encuentre en vías de lograr su afirmación como disciplina autónoma, su origen y desarrollo deben exponerse distinguiendo entre estas dos ramas del Derecho. Distinción que, siendo históricamente válida, dado lo anterior, va adquiriendo cada vez más un sentido puramente metodológico (3 bis).

---

(3) En algunos idiomas este dualismo resulta difícil de conciliar en orden a la correcta denominación de la disciplina. Así, por ejemplo, en los idiomas que provienen del Latín, el eterno dilema consiste en si debe denominarse «Derecho Penal Internacional» o «Derecho Internacional Penal». Ver A. QUINTANO-RIPOLLÉS, *Derecho Penal Internacional e Internacional Penal* (1955-56). Cfr., también, H. DONNEDIEU DE VABRES, *Introduction à l'Etude du Droit Pénal International* (1922) y *Les Principes Modernes du Droit Pénal International* (1928), que se ocupan de los aspectos internacionales del Derecho Penal interno, y S. GLASER, *Introduction à l'Etude du Droit International Pénal* (1954) e *Infractions Internationales* (1957), *Le Droit International Pénal Conventionnel* (1971), y C. LOMBOIS, *Le Droit Pénal International* (1979), que tratan de los aspectos penales del Derecho Internacional. Ver, también, RADIN, «International Crimes», 32 *Iowa Law Review* (1946), 33.

(3 bis) Dadas las dificultades afrontadas en orden al empleo correcto, y en su sentido estricto, de las expresiones «Derecho Penal Internacional» y «Derecho Internacional Penal» en la presente traducción, y creyendo interpretar correctamente la voluntad del autor, que opta por la construcción del Derecho Penal Internacional como disciplina autónoma y bajo una única denominación, hemos preferido la utilización de la expresión «Derecho Penal Internacional» en un sentido amplio, comprensivo tanto de los aspectos internacionales del Derecho Penal interno de los Estados como los aspectos penales del Derecho Internacional (Derecho Internacional Penal, en sentido estricto) (N. del T.).



## A) ASPECTOS JURÍDICO-INTERNACIONALES DEL DERECHO PENAL INTERNO DE LOS ESTADOS

Esta parte del Derecho penal internacional encuentra su origen en las prácticas de los Estados, resultado de sus esfuerzos de cooperación internacional en orden al logro de la aplicación efectiva del Derecho penal interno. Comprende esencialmente sistemas de colaboración interestatal respecto de las personas buscadas por la comisión de delitos contra el orden jurídico estatal interno, y no por delitos contra el orden jurídico internacional. Este aspecto del Derecho penal internacional depende, por tanto, de modo esencial, de la naturaleza de la cooperación interestatal y es, en consecuencia, más procedimental que sustantivo. La primera de sus manifestaciones fue la práctica de la extradición (4).

El origen de la extradición se remonta a la civilización egipcia, hace unos cuatro mil años, donde se firmó el primer tratado de extradición hacia el año 1280 a. C. (5), cuando Ramsés II, de Egipto, tras repeler la invasión del rey de los Hititas, Hattusili III, firmó con éste un tratado de paz (el segundo documento más antiguo de la historia diplomática) que contenía una disposición relativa a la extradición recíproca de los fugitivos (6). Desde entonces, la historia de la extradición no ha hecho sino desarrollarse hasta devenir un eje central del Derecho penal internacional. En la actualidad, se encuentra incorporada a las legislaciones internas y las prácticas de casi todos los países del mundo y se la reconoce como el instrumento principal de cooperación entre los Estados para el control de la criminalidad interna e internacional.

En lo referente a la criminalidad interna, la extradición ha devenido una práctica corriente de cooperación entre los Estados, como demuestra todo un conjunto de tratados bilaterales (7) y los ocho convenios regionales multilaterales existentes sobre el tema (8), y ha llegado a ser reconocida como una auténtica *civitas maxima* (8 bis), que los Estados tienen el deber de respetar (9).

(4) También lo fue la práctica del asilo, cuyos orígenes son anteriores a los de la extradición. Véase CAILLEMER, «Asylla», en *Dictionnaire des Antiquités Grèques et Romaines d'après les Textes et Documents* (1877), p. 505, y P. SINHA, *Asylum and International Law* (1971).

(5) M. C. BASSIOUNI, «International Extradition and World Public Order» (1974), pp. 3-41, citando a Langdom y Gardner en *6 Journal of Egyptian Archaeology* (1930), 179, donde se comenta el tratado en cuestión.

(6) *Ibid.* Véase, también, VON HALTZENDORF, *Völkerrechts* (1885), p. 169.

(7) Los Estados Unidos, por poner un ejemplo, tenían, hacia 1977, tratados en vigor con 87 Estados. Para una relación de estos tratados hasta 1975, cfr. BASSIOUNI, *supra cit.*, n. 5, pp. 78-85.

(8) BASSIOUNI, *supra cit.*, n. 5, pp. 19-24.

(8 bis) Es decir, una obligación de derecho necesario (*ius cogens*) (N. del T.).

(9) BASSIOUNI, «International Extradition and World Public Order: a Conceptual Evaluation», en *Aktuelle Probleme des internationalen Strafrechts* (Pötz y Oehler, eds., 1971), p. 10; WISE, «Some Problems de Extradition», *15 Wayne Law Review* (1968), 709, y A. BILLOT, *Traité de l'Extradition* (1874).

La extradición fue, si no la única, la principal manifestación de los aspectos internacionales del Derecho penal interno de los Estados hasta el advenimiento, en el siglo XIX, de las más importantes codificaciones europeas en el ámbito penal. Ahora bien, a partir de los Códigos francés y alemán del XIX, se consideró preciso que el Derecho penal interno extendiera su dominio a una serie de conductas individuales llevadas a cabo fuera del ámbito jurisdiccional de los Estados (10). En consecuencia, se desarrollaron diversas teorías acerca de la aplicación extraterritorial del Derecho penal interno de los Estados que alcanzaron un gran éxito, hasta el punto de que alguna de ellas fueron admitidas no sólo por la legislación interna de muchos Estados (11), sino también por el propio Derecho internacional (12). Y, como resultado de todo ello, surgió un completo cuerpo de normas y prácticas relativas a los conflictos de leyes penales (13), así como nuevas vías de armonización de los diferentes intereses de los Estados en la defensa de su competencia penal extraterritorial.

Las nuevas soluciones coincidieron con una creciente movilidad de la población entre los Estados. Movilidad que planteaba nuevas dificultades a la cooperación internacional en materia penal. De aquí que, en la actualidad, una serie de tratados (particularmente entre los Estados miembros del Consejo de Europa) se ocupen de regular materias tales como el reconocimiento de decisiones penales extranjeras, la transmisión de procedimientos penales en curso, la ejecución de sentencias en el extranjero, la prestación de testimonio en países diferentes de aquél en que tiene lugar el proceso penal, cartas y comisiones rogatorias y otras formas de ejecución probatoria en países diferentes de aquél en el que se desarrolla el proceso penal (14).

(10) DONNEDIEU DE VABRES, *supra cit.*, n. 3.

(11) Para una visión de conjunto, véase Feller, «Jurisdiction over Offenses with a Foreign Element», en M. C. Bassiouni y V. P. Nanda, *A Treatise on International Criminal Law*, vol. II (1973), pp. 5-64 (en adelante, citado como Bassiouni y Nanda I ó II); y George, «Extraterritorial Application of Penal Legislation», 64 *Michigan Law Review* (1966), 609. Véase, también, «Harvard Draft Convention on Jurisdiction with Respect to Crime», 29 *American Journal of International Law* (1935), Sup. 439, y J. Moore, *Report on the Extraterritorial Crime and the Cutting Case* (1887).

(12) «The Lotus Case», *Permanent Court of International Justice* (1972), número 10; M. Hudson, *World Court Reports* (1935), p. 20 y L. Oppenheim, *International Law I* (H. Lauterpacht, 1955, 8.ª ed.), pp. 263 y ss.

(13) BASSIOUNI, «Theories of Jurisdiction and their Extra-territorial Application in the Law and Practice of Extradition», 5 *California Western Journal of International Law* (1974), 1 y SZASZY, «Conflict of Law Rules in International Criminal Law and Municipal Criminal Law in Western and Socialist Countries», en Bassiouni y Nanda II, *supra cit.*, n. 11, p. 135.

(14) Vid. GRÜTZNER, «International Judicial Assistance and Cooperation in Criminal Matters», en Bassiouni y Nanda II, *supra cit.*, n. 11, p. 189. Véase también en ese volumen los artículos de De Schutter, Oehler y Markus acerca del mismo tema. Cfr., Asimismo, «Harvard Draft Convention on Judicial Assistance», 33 *American Journal of International Law* (1939), 3. Entre los convenios europeos, vid. «Convenio Europeo sobre la Validez Internacional de las Sentencias Penales», *European Treaty Series* (1970), núm. 70; «Convenio Europeo sobre Asistencia Mutua en Materias Penales», 472 *United Nations Treaty Series*, 185, *European Treaty Series* (1959), 30 «Convenio Euro-

Paralelamente a estos desarrollos en el campo judicial, se han puesto en marcha otra serie de dispositivos de cooperación práctica a nivel administrativo, como la cooperación formal e informal de representantes de fuerzas del orden de diferentes Estados (15) y la creación y potenciación de la Interpol (estructura de cooperación internacional para el intercambio de información y asistencia mutua entre los Estados partícipes) (16).

La potenciación de este aspecto del Derecho penal internacional provino, por tanto, de la internacionalización del Derecho penal interno, que dio lugar a la aprobación de normas reguladoras de la cooperación internacional en materia penal. Su campo de aplicación han sido invariablemente delitos comunes contra el orden jurídico interno, cometidos por personas individuales (o pequeños grupos de delincuentes) con finalidad lucrativa privada y no política. De todos modos, conviene recordar que la distinción entre los dos aspectos señalados se encuentra condenada a desaparecer, salvo a efectos metodológicos, dada la penetración de los aspectos penales del Derecho internacional en el orden jurídico interno.

## B) ASPECTOS PENALES DEL DERECHO INTERNACIONAL

Este aspecto del Derecho penal internacional comprende una serie de disposiciones internacionales establecidas por vía consuetudinaria o acordada, incriminadoras de ciertos tipos de conducta, independientemente del hecho de que su aplicación se lleve a cabo interna o externamente. Su contenido puede extraerse a partir de la regulación internacional de diversas materias: 1) El control de la guerra; 2) La reglamentación de los conflictos armados; 3) La persecución de las infracciones de las leyes de guerra (en su iniciación y desarrollo); y 4) Delitos comunes de interés internacional. Es importante destacar que el

---

peo sobre la Transmisión de procedimientos en Materias Penales», DPC/CEPC IV (70), 1, *European Treaty Series* (1973), núm. 73. Para los tratados recientes relativos al intercambio de presos, cfr. Bassiouni, «Perspectives on the Transfer of Prisoners Between the United States and Mexico and the United States and Canada», 11 *Vanderbilt Journal of Transnational Law* (1978), 249.

(15) Un aspecto de este tipo de cooperación puede verse en Bassiouni, «Unlawful Seizures and Irregular Rendition Devices as Alternatives to Extradition», 7 *Vanderbilt Journal of Transnational Law* (1974), 25.

(16) La Interpol, la Organización Internacional de Policía Criminal, fue creada en 1923. Hasta mediados de los años 60 la media aritmética de casos tratados anualmente por su Secretaría General fue de 8.000 y la de sus Oficinas de Control Nacional, 190.000. Dispone de una red de comunicaciones por radio que une a las 105 Oficinas Nacionales de Control existentes en todo el mundo. Para un estudio de su papel actual y su posible futuro, según su Secretario General, vid. Nepote, «The Role of an International Criminal Police in the Context of an International Criminal Court, and Police Cooperation with Respect to International Crimes», en Bassiouni y Nanda, I, *supra cit*, n. 11, p. 676.

desarrollo de las disposiciones integrantes de cada uno de estos bloques ha sido progresivo y, por lo general, ha seguido este modelo: aparición de un conjunto de obras doctrinales que constituyen la base de teorías más específicas, las cuales, a su vez, impulsan a la asunción de ciertos compromisos internacionales, a los que sigue la formulación de prohibiciones normativas específicas y la articulación de dispositivos sancionatorios.

### 1. *El control de la guerra*

Las obras de Aristóteles, Cicerón, San Agustín y Santo Tomás de Aquino, en su intento de distinguir entre guerras justas e injustas, introdujeron en la civilización occidental la premisa filosófica de la legitimación de la guerra (17). Estos esfuerzos habían tenido sus paralelos en otras civilizaciones. Las civilizaciones china, hindú, egipcia y asirio-babilónica contaron ya con normas acerca de la legitimidad de la guerra (18). La civilización islámica, basada sobre el Corán, también estableció reglas específicas relativas a la legislación de la guerra (19). Reglas y prácticas que, como visiblemente se deduce de las obras de algunos canonistas (20), influyeron, de alguna manera, en el desarrollo de la civilización occidental, dados los contactos del Islam con las Cruzadas en la Edad Media y con España, el sur de Francia y sur de Italia durante el tiempo en que estas áreas permanecieron bajo dominación musulmana. Así, pues, para el siglo XVII se había establecido ya una importante base filosófica, en especial, en el seno de la civilización occidental, acerca de la limitación de la guerra (y del modo de llevarla a cabo).

La fase histórica siguiente fue la de la formulación de disposiciones normativas contra las formas de guerra que habían llegado a ser rechazadas por la comunidad internacional como contrarias a los valores

(17) Una selecta relación de estas obras puede encontrarse en H. GROTIUS, *De Iure Belli ac Pacis* (BK II, 1625), que constituye el fundamento del Derecho Internacional Occidental. Una reflexión similar, aunque, en cierto modo, más humanística, sobre los mismos clásicos puede encontrarse en G. VATTTEL, *Le Droit des Gens* (1887). Para una interesante visión de conjunto, vid. Von ELBE, «The Evolution of the Concept of 'Just War' in International Law», 33 *American Journal of International Law* (1939), 665. Cfr. también WRIGHT, *A Study of War* (1964) y MANNHEIM, *War and Crime* (1941).

(18) A. AYMARD y J. AUBOYER, *L'Orient et la Grèce Antique* (T. I, 1935); véase también, NUSSBAUM, *A Concise History of the Law of Nations* (1947).

(19) M. KHADDURI, *The Islamic Law of Nations* (1966); A. MAHMASANI, *The Principles of International Law in the Light of Islamic Doctrine* (1966); S. RAMADAN, *Islamic Law, its Scope and Equity* (1961); H. HAMIDULLAH, *Muslim Conduct of State* (1961); RESHID, «L'Islam et le Droit de Gens», *Récueil des Cours de L'Académie de Droit International de La Haye* (1937), 4; DRAZ, «Le Droit International Public de l'Islam», 5 *Révue Égyptienne de Droit International* (1949), 17; A. ARMANAZI, *L'Islam et le Droit International* (1929); MAJID, «The Moslem International Law», 28 *Law Quarterly Review* (1912), 89; y BASSIOUNI, «Islam: Law, Concept and World Habeas Corpus», 1 *Rutgers-Candem Law Journal* (1969), 160.

(20) Véase C. RHYNE, *International Law* (1971), p. 23.

comunmente compartidos. Como manifestación de esta tendencia muchos Estados participaron en tratados bilaterales y multilaterales, particularmente desde 1648 (Tratado de Westfalia), en orden a regular sus relaciones como medio de evitación de la guerra entre los mismos, y que contribuyeron al desarrollo de una conciencia mundial acerca de la necesidad de prevenir la guerra (21).

El control de la guerra, en cuanto reflejo de un esfuerzo comunitario mundial basado sobre una serie de valores mundialmente compartidos, puede ilustrarse por tanto, de la mejor manera, a través de los pactos multilaterales dirigidos a controlar, regular, prevenir y prohibir las guerras. De éstos, los más importantes son:

1) Los Convenios de La Haya de 1899 y 1907, acerca de la solución pacífica de las disputas internacionales (22).

2) El Tratado de Versalles de 1919, que condenó las guerras de agresión (23).

3) El Pacto de la Sociedad de Naciones de 1920, que prohibió las guerras de agresión (24).

4) El Pacto Briand-Kellogg, de 1928, acerca de la renuncia a la guerra como instrumento de la política nacional (25).

5) La Carta de Londres de 1945, que incriminó la guerra (26).

6) La Carta de las Naciones Unidas de 1946, que prohibió la guerra, salvo en casos de autodefensa (27).

A lo largo de esta fase de la evolución se han sucedido varios intentos, tanto en círculos académicos como oficiales, dirigidos a definir y codificar la agresión, habiéndose llegado finalmente, en 1974, por el Comité Especial de las Naciones Unidas para la Definición de la Agresión, a un acuerdo al respecto (28); acuerdo que, implícitamente y en

(21) Vid. *Major Peace Treaties of Modern History 1698-1967* (Israel y Chile, eds., con una introducción por Toynbee, 1967).

(22) Los Convenios de La Haya de 1899 y 1907 son el «Convenio para el Arreglo Pacífico de las Disputas Internacionales de 29 de julio de 1899», 26 *Martens Nouveau Recueil* (2.º), 920, y el «Convenio para la Resolución Pacífica de las Disputas Internacionales de 18 de octubre de 1907», 3 *Martens Nouveau Recueil* (3.º), 360.

(23) *Treaties, Conventions, International Acts, Protocols and Agreements between the United States of America and Other Powers, 1910-1923*, III (Redmond Ed., 1923), p. 3329.

(24) Artículo 10. Para conocer su texto, ver 13 *American Journal of International Law* (1919), Supp. 151.

(25) 94 *League of Nations Treaty Series*, 57; M. Hudson, *International Legislation*, vol. 4 (1923), p. 2522; éste fue, de todos modos, precedido por el «Proyecto de Tratado de Asistencia Mutua» de 1923, no ratificado, y seguido por el Convenio de Londres de 1933 sobre la «Definición de la Agresión».

(26) M. HUDSON, *International Legislation*, vol. 9 (1945), p. 659.

(27) Artículo 2 (4). Véase también el Tratado Saavedra-Lamas de 1922, firmado en Río de Janeiro y titulado «Tratado Antigüerra de No-agresión y Conciliación» y la Carta de Bogotá de la Organización de Estados Americanos de 1948, artículo 16, Pan American Unión, *Law and Treaty Series* (1948), núm. 23.

(28) Cfr. «Report of the Special Committee on Defining Aggression», U. N. Doc. A/9619 (XXIX) 12 abril 1974; U. D. Doc. A/9890 (XXIX), 6 diciembre

atención a los esfuerzos habidos a lo largo de la historia para prevenir y castigar la guerra de agresión, podría constituirse en una disposición internacional susceptible de criminalización. Esto requeriría, sin embargo, la redacción de un convenio más específico sobre la materia, similar a los que existen en otros aspectos de la criminalidad internacional. Tal es el propósito del Proyecto de Código de Delitos contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad que, aunque presentado a las Naciones Unidas en 1954 y desde entonces pendiente de discusión, fue incluido de nuevo en el Orden del día de la Asamblea General de 1978.

Los esfuerzos de las Naciones Unidas en el área de la prevención de la guerra han producido también otros resultados (29). Entre ellos destacan, aunque todavía no hayan llegado a ser efectivas, la creación de fuerzas defensoras de la paz como medio de disminución y prevención de las guerras (30). Asimismo, en orden a la prevención de las guerras, las Naciones Unidas han realizado un importante esfuerzo en el campo de la protección de los derechos humanos (31). La persecución de los «crímenes contra la paz», que fuera ensayada con escaso éxito por el artículo 227 del Tratado de Versalles de 1919, a fin de procesar al Kaiser Alemán Guillermo, y, seguidamente, por los procesos de Nuremberg y Tokio, tras la Segunda Guerra Mundial, constituyen ejemplos históricos.

---

1974. Para un comentario exhaustivo de la cuestión de la definición, vid. B. FERENCZ, *Defining International Aggression* (1975). Para una visión de conjunto sobre la historia de la agresión, véase BASSIOUNI, «The Definition of Aggression in International Law: The Crime against Peace», en Bassiouni y Nanda, I, *supra cit.*, n. 11, p. 159; J. STONE, *Aggression and World Order* (1958); C. POMPE, *Aggressive War: An International Crime* (1953). Vid., también, «Declaration of Principles of International Law Concerning Friendly Relations and Cooperation Among States in Accordance with the Charter of the United Nations», 25 U. N. General Assembly Official Records, Res. 2.625 (1970).

(29) Véase, por ejemplo, «Draft Code of Offenses Against the Peace and Security of Mankind», 9 U. N. General Assembly Official Records, Supp. 9, U. N. Doc. A/2693 (1954).

(30) Para una completa panorámica de las actividades de las Naciones Unidas en favor de la paz hasta 1973, véase AGRAWALA, «Permanent or Temporary United Nations Peace-Keeping Forces. A World Police Force», en Bassiouni y Nanda, I, *supra cit.*, n. 11, p. 694. Vid., también, B. BOWELL, *United Nations Forces* (1964).

(31) Véase, por ejemplo, L. SOHN y T. BURGENTHAL, *International Protection of Human Rights* (1972) y BASSIOUNI, «The Human Rights Program: The Veneer of Civilization Thickens», 21 *De Paul Law Review* (1971), 271, y otros artículos del Symposium sobre Derechos Humanos. Ninguno de estos tratados inscribina específicamente las conductas atentatorias de intereses protegidos, pero todos declaran explícita o implícitamente que esas conductas violan el Derecho Internacional. Algunos tratados adicionales han definido tales conductas como criminales, si bien el único que se encuentra actualmente en vigor es el Convenio sobre Genocidio. El Convenio de Apartheid está abierto a la firma y el Convenio sobre Tortura en período de discusión por las Naciones Unidas.

## 2) La reglamentación de los conflictos armados

En el siglo IV a. C. un escritor chino, Sun Tzu, en la obra titulada *El Arte de la Guerra* (32), describió las costumbres dominantes de exceptuar de la misma a heridos y ancianos. Hacia la misma época, en la civilización hindú se incluyeron en el *Libro de Manú* un conjunto de reglas reguladoras de la guerra terrestre. En el segundo milenio a. C., los egipcios mantuvieron tratados con otros pueblos, como los sumerios, que regulaban la guerra y el modo en que había de llevarse a efecto. Los antiguos griegos y romanos disponían de normas acerca del asilo, el tratamiento de los heridos y de los prisioneros (33). La práctica musulmana de la guerra se encuentra cuidadosamente reglamentada por el Corán (desde el año 623), en cuanto se refiere a la conducta guerrera, y fue recogida por las enseñanzas de Shaybani, del siglo VIII (34). En la Edad Media, la Iglesia Católica enunció en diversos concilios algunas disposiciones tendentes a regular el modo de llevar a cabo las guerras, pudiéndose citar a este respecto: el Primer Concilio de Letrán (1122), el Segundo (1139) (que prohibió, en particular, el uso de la ballesta) y el Tercero (1215); el Primero (1245) y el Segundo (1274) Concilio de Lyon. Concilios que se ocuparon principalmente de las Cruzadas, pero regularon también el modo en que había de llevarse a cabo la guerra (35). Las obras de Santo Tomás de Aquino, entre 1125 y 1274, en particular su *Summa Theologica* (1260), en la que siguió a los griegos clásicos como Homero, Platón y Aristóteles y al romano Cicerón, y de San Agustín (345-430, d. C.) encontraron su continuación en Vitoria (1483-1546) (36), Araya (1548-1584) (37), Suárez (1548-1617) (38) y Gentili 1552-1608) (39). Y Grocio (1583-1648) (40) sentó las bases doctrinales de la reglamentación de los conflictos armados. Desde entonces se han publicado múltiples obras acerca de la regulación de los conflictos armados que han desarrollado la filosofía humanitaria expresada en las posiciones precedentes.

(32) (Traducido por Giles, 1940).

(33) AYMARD y AUBOYER, *supra cit.*, n. 18, pp. 293-299; ROUSSEL, CLOCHE y GROUSSET, *La Grèce et L'Orient des Guerres Médiques à la Conquête Romaine* (2.ª ed., 1938); C. FITZGERALD, *Peace and War in Antiquity* (1931). Para un estudio sobre los ejércitos romanos, con referencias acerca de Grecia, cfr. C. GRANT, *The Army of the Caesars* (1974).

(34) Los casos y prácticas de Derecho Internacional y de relaciones internacionales relatados por Al-Shaybani en el siglo octavo fueron recopilados en el *Haiderabad* en 1335-1336. Han sido traducidos por M. KHADDURI, en *Islamic Law of Nations* (1966). Vid. también, M. KHADDURI, *War and Peace in the Law in Islam* (1955) y *supra*, n. 19.

(35) FITZGERALD, *supra cit.*, n. 33, y M. KEEN, *The Laws of War in the Middle Ages*.

(36) Acerca de las Indias y el Derecho de la guerra, véase *The Classics of International Law* (1944) (en adelante citado como *Classics*).

(37) «Three Books on the Law of War and on the Duties Connected with War», en *Classics*.

(38) «On War», en *Classics*.

(39) «De Jure Belli», en *Classics*.

(40) «On the Law of War and Peace (1625)» en *Classics*.

El «Derecho de la Guerra» y la regulación de los diversos aspectos de la misma y de los conflictos armados han sido, en los tiempos modernos, objeto de importantes acuerdos internacionales. Así, por ejemplo, normas de este tipo fueron anunciadas en la Declaración de París de 1856, el Convenio de Ginebra de 1864 (la Cruz Roja), la Declaración de San Petesburgo de 1868, la Declaración de Bruselas de 1874, los Convenios de La Haya de 1899 y 1907 (en especial el relativo a las leyes y costumbres del combate terrestre), el Protocolo de 1925 acerca de la prohibición del uso en guerra de gases asfixiantes y tóxicos u otros gases y los procedimientos de guerra bacteriológica, y el Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949.

Junto a las obras doctrinales señaladas, diversos países desarrollaron regulaciones y leyes militares que supusieron la incorporación parcial de algunas de estas prácticas internacionales. Sun Tzu describió el costumbre de prescindir de los anciano y los *fuera de combate* y desarrolló una destacada teoría acerca de la responsabilidad de los mandos por las posibles infracciones, cercana a lo que nosotros denominaríamos responsabilidad absoluta (*absolute liability*).

Los antiguos griegos desarrollaron un elaborado código basado en el «Derecho Universal» destinado a limitar los sufrimientos y la destrucción inherentes al hecho de la guerra. Paradójicamente, fue el rey «bárbaro» Jerjes quien, tras conocer que los griegos habían asesinado algunos de sus emisarios, rehusó la adopción de represalias arguyendo el hecho de que los griegos habían violado el Derecho de toda la Humanidad y que él no haría aquello de lo que él mismo les acusaba (41).

También se preocuparon otras sociedades antiguas de regular el uso de la fuerza en los conflictos armados. Investigaciones realizadas han demostrado la existencia de limitaciones estrictas en el uso de la fuerza en los códigos mayas, hasta aproximadamente el siglo VI d. C., en el Japón del siglo X, y entre los Incas de los siglos XI y XVI. En la Europa medieval, los Códigos de Caballería y el Derecho de las armas limitaron el recurso a la violencia a la clase de los Caballeros, además de prohibir el empleo de ciertas armas como la ballesta, el arcabuz y los gases venenosos o tóxicos (42).

Incluso la práctica de las represalias privadas fue limitada históricamente. El objetivo de las represalias consiste en hacer que el enemigo renuncie a continuar las prácticas ilegales de combate al mostrársele, como respuesta, la disposición y capacidad de empleo de los mismos métodos (43). No obstante, el recurso a esta práctica no se llevaba a cabo con ligereza y, en el siglo XIII, una costumbre inglesa estableció diez condiciones a respetar antes de emprenderlas, una de las cuales consistía en que la solicitud de satisfacción presentada hubiera sido rechazada. Sólo cuando se cumplieran las diez condiciones

(41) C. FENWICK, *Digest of International Law* (1965), p. 7.

(42) H. MAINE, *International Law* (2.ª ed., 1894), pp. 138-40; y C. FENWICK, *supra cit.*, n. 41, p. 667.

(43) Vid., por ejemplo, *General Orders*, n. 100, Department of the Army, 24 abril 1863, artículo 28, relativo a la «retribución protectora».



la Corona podría autorizar la represalia e incluso entonces la autorización había de ser limitada y bien definida (44).

En 1621, Gustavo Adolfo de Suecia promulgó sus «Artículos de las Leyes Militares que deben ser observados en tiempos de guerra», ordenando, por ejemplo, en el artículo general, que «ningún Coronel ni Capitán podrá ordenar a sus soldados la comisión de actos ilegales; quien así lo hiciere será castigado a discreción del juez» (45).

En los Estados Unidos, los primeros artículos de guerra fueron promulgados en 1775 y contenían previsiones específicas para la sanción de los oficiales que no lograran mantener el «buen orden» entre las tropas. Este mandato fue mantenido y reforzado en los artículos de guerra de 1806 (46) y sirvió de base para la persecución de las infracciones del Derecho de las Naciones (47). La regulación más destacada en este campo fue el «Código Lieber de los Estados Unidos» de 1863 (48). A partir del mismo, todos los países con reglamentaciones militares promulgaron regulaciones similares, en particular, tras los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, que deben ser divulgados tanto entre el personal militar como entre el gran público. Los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 son los únicos instrumentos internacionales que distinguen las violaciones constituyentes de «infracciones graves» de las demás infracciones y exigen que todas las infracciones sean incriminadas por el Derecho interno, con independencia de la calificación de las graves como delitos internacionales (artículos 49, 50, 129, 146). Prácticamente, ningún otro tratado en vigor establece específicamente que la infracción de sus disposiciones constituya un delito castigado por el Derecho internacional o por el Derecho penal interno de los Estados firmantes. El Proyecto de 1973 de Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 disponía, no obstante, que en caso de «infracciones graves» los Estados signatarios debían procesar o extraditar al infractor (artículo 78) (48 bis), pero esta fórmula no fue mantenida en el texto final adoptado en 1977.

(44) CLARK, «The English Practice with Regard to Reprisals by Private Persons», 27 *American Journal of International Law* (1933), 694.

(45) GROSS, «The Punishment of War Criminals», 11 *Netherlands International Law Review* (1955), 356.

(46) *Articles of War*, art. IX (1775); vueltos a aprobar, con modificaciones, *Articles of War*, art. IX (1776); *Articles of War*, art. 32 (1806). Estas disposiciones se inspiraron principalmente en los Artículos de Guerra Británicos. SHERMAN, «The Civilianization of Military Law», 22 *Maine Law Review* (1970) 1, 6; G. DAVIES, *A Treatise on the Military Law of the United States* (3.ª ed. revisada, 1918). Esta norma subsiste, aunque mitigada, en el *Uniform Code of Military Justice*, art. 138, 10 U. S. C. pág. 1038.

(47) «Heinfield's Case», 11 F. Cas. 1099 (n. 6.630) (Circuit Court of Pennsylvania, 1793) (violación del principio de neutralidad por civiles).

(48) Promulgado como: «Instruction for the Government of the United States in the Field by Order of the Secretary of War», en Washington D. C., 24 abril 1863, y aprobado por el Presidente Lincoln. Para normas similares en USA, vid. *Rules of Land Warfare* (1956). Véase, también, G. DAVIS, *A Treatise on the Military Law of the United States* (3.ª ed. revisada, 1918), que traza la historia de los primeros «Articles of War» de 1775.

(48 bis) Véase BASSIOUNI, «Repression of Breaches of the Geneva Con-

3. *La persecución de las infracciones de las leyes de la guerra y de las guerras de agresión.*

La criminalización internacional de los actos que contravienen las leyes, normas y regulaciones de la guerra evolucionó gradualmente, y lo mismo sucedió con la persecución internacional de los provocadores de guerras injustas o de agresión y los infractores de las reglamentaciones del modo de desarrollar la guerra. La historia de este proceso puede dividirse, a efectos de su exposición, en: crímenes de guerra internacionalmente definidos y perseguidos por Tribunales Internacionales o Nacionales de Crímenes de Guerra; y procesos por delitos de alcance internacional definidos por el Derecho interno. Sólo los crímenes de guerra internacionalmente definidos, con independencia de la composición y características del tribunal enjuiciador, serán objeto de atención en este apartado.

En primer lugar, conviene destacar que en todas las actuaciones judiciales relativas a la guerra y a los crímenes de guerra las acusaciones se han dirigido contra personas individuales en base a transgresiones de normas provenientes de las fuentes del Derecho más arriba comentadas y a su responsabilidad individual por su participación en la decisión o ejecución, total o parcial, de acciones consideradas como infractoras de esas regulaciones y por no haber intervenido para impedir su producción. El tema central de estas actuaciones versó sobre la iniciación o participación en la iniciación de guerras de agresión, infracciones de las leyes de guerra, y, en los juicios que siguieron a la Segunda Guerra Mundial, los «crímenes contra la Humanidad».

El primer proceso por el desencadenamiento de una guerra injusta parece ser que tuvo lugar en Nápoles, en 1268, cuando Conradin Von Hohenstafen fue condenado a muerte por esta razón (49), mientras que la primera actuación judicial conocida por crímenes de guerra fue la de Peter Von Hagenbach, en Breisach, Alemania, en 1474 (50).

Peter Von Hagenbach fue juzgado por un tribunal de veintiocho jueces de los Estados aliados en el Sacro Imperio Romano Germánico. Aunque no fue juzgado por delitos cometidos durante la guerra, el interés de su proceso reside en que fue despojado de sus derechos de caballero por un tribunal internacional que lo consideró culpable de asesinato, violación, perjurio y otros delitos «contra el Derecho divino y humano» durante una ocupación militar (51).

ventions under the Draft Additional Protocol to the Geneva Conventions of August, 12, 1949», 8 *Rutgers-Candem Law Journal* (1977) 185.

(49) Así lo indica BIERZANEK, «The Prosecution of War Crimes», en Bassiouni y Nanda, I, *supra cit.*, n. 11, pp. 559-60. Véase, también, la decisión del Congreso de Aix-La-Chapelle de 1810 acerca de la detención de Napoleón por haber llevado a cabo guerras que perturbaron la paz mundial. BELLOT, «The Detention of Napoleon Bonaparte», 39 *Temple Law Review* (1923), 170.

(50) SCHWARZENBERG, «The Breisach War Crime Trial of 1474», *Manchester Guardian*, 28 septiembre 1946; DEBARRANTE, *Histoire des Ducs de Bourgogne*, vols. 9, 10 (1837).

(51) PARKS, «Command Responsibility for War Crimes», 61 *Military Law Review* (1973), 4.

En 1689, Jaime II de Inglaterra, en el exilio, destituyó al Conde Rosen de todos sus cargos militares no por el fracaso de su misión, sino porque el asedio de Londonderry había sido atroz e incluyó el asesinato de civiles inocentes (52).

Entre los ejemplos más destacados de la Historia se encuentran los de la revolución americana, como el proceso contra el capitán Nathan Hale, por un tribunal militar británico, y el del mayor John Andre por una comisión de oficiales designada por Georges Washington (53). Inmediatamente después de la guerra civil americana el mayor Henry Wirz fue juzgado por su intervención en la matanza de varios miles de prisioneros de La Unión en la prisión de Andersonville (54). Los Estados Unidos también constituyeron tribunales de crímenes de guerra tras la guerra hispano-americana y la ocupación de Filipinas (55).

Después de la Primera Guerra Mundial, el Tratado de Versalles de 1919 estableció el principio de punibilidad de los crímenes de guerra; impuso a Alemania el deber de entrega a los aliados de los alemanes acusados de crímenes de guerra para su enjuiciamiento por tribunales militares (art. 228); y se autorizó a los Aliados la creación de tribunales nacionales de crímenes de guerra (art. 229). También dispuso el procesamiento del Kaiser Guillermo II por un tribunal internacional (art. 227) (56). Se creó un cuerpo especial para informar sobre las personas que debían ser perseguidas, la «Comisión decisoria de las responsabilidades de los autores de la guerra y para la aplicación de las sanciones», que hizo público su informe el 3 de febrero de 1920 (57). En él los Aliados pusieron en conocimiento de Alemania

(52) *Ibid.*

(53) Vid. COLBY, «War Crimes», 23 *Michigan Law Review* (1925), 482.

(54) *American State Trials*, vol. 8 (1918), p. 666. Las Actas de la Comisión Militar fueron publicadas en *House Executive Documents*, vol. 8, n. 23, serie n. 1.381, 40 Congreso (1868); cfr. también A. ROACH, *The Prisoners of War and How They Were Treated* (1865).

(55) Véase Corte Marcial del General Jacob H. Smith, Manila, P. I. abril 1902, S. Doc. 213, 57 Congreso, 2.ª sesión, pp. 5-17; Corte Marcial de Lt. Preston Brown, Manila, P. I. junio 1902, S. Doc. 213, 57 Congreso, 2.ª sesión, pp. 48-62.

(56) Por el «Delito Supremo contra la Moral y la Validez Internacional de los Tratados», esto es, la neutralidad de Bélgica, el Kaiser nunca fue juzgado porque se refugió en Holanda, la cual se negó a conceder su extradición en base a que el delito del que se le acusaba era un «delito político» y, por tanto, excluido de la extradición. Vid. WRIGHT, «The Legality of the Kaiser», 18 *American Political Science Review* (1919), 121. Sobre el problema de la excepción por delito político y los delitos internacionales, cfr. M. C. BASSIOUNI, *International Extradition and World Public Order* (1973), pp. 441-24. Para un análisis de las disposiciones penales del Tratado de Versalles, véase H. H. JESCHECK, *Die Verantwortlichkeit der Staatsorgan -nach Völkerstrafrecht* (1952). Debe destacarse que el Tratado de Sevres con Turquía de 1920 (sin ratificar) y su continuador, el Tratado de Lausana de 1923, sólo contenía una cláusula (art. 230) tendente a que Turquía entregara a los Aliados los criminales de guerra que le pudieran ser solicitados. No hubo ninguna petición, por lo que tampoco los infractores turcos fueron procesados. Véase, por ejemplo, GARNER, «Punishment of Offenders Against the Law and Customs of War», 14 *American Journal of International Law* (1920), 70.

(57) *Ibid.*

los nombres de 896 pretendidos criminales de guerra, aunque por razones políticas se redujo la lista a 45 y, de éstos, Alemania juzgó tan sólo a 12 ante el Tribunal Supremo del Reich, reunido en Leipzig, resultando absueltos seis (58). No se aplicó el artículo 228 porque Alemania se negó a la extradición de sus nacionales.

El período entre guerras supuso cierta paralización de los esfuerzos por regular este tipo de conductas. Durante la Segunda Guerra Mundial, en especial cuando el resultado de la batalla comenzó a sonreír a los Aliados, pareció necesario proseguir con la persecución de los que iniciaran guerras de agresión, las llevaran a efecto o cometieran crímenes de guerra (u otras atrocidades semejantes que serían más tarde calificadas como «crímenes contra la Humanidad»). La primera indicación en este sentido se produjo en la Declaración de los Aliados de Moscú de 30 de octubre de 1943, a la que siguió el Acuerdo para la Persecución y Castigo de los Grandes Criminales de Guerra del Eje europeo (la Carta de Londres, de 8 de agosto de 1945), que creó el primero de los dos tribunales militares internacionales habidos en la historia, en Nuremberg; el segundo, el de Tokio, surgió de un Estatuto de 1946 (59). Además de estos dos tribunales militares internacionales, los Aliados crearon tribunales militares en sus zonas de ocupación respectiva. Esto último fue decretado por la Ordenanza número 10 del Consejo de Control, de 20 de diciembre de 1945, que dispuso que cada potencia ocupante podría juzgar a oficiales alemanes de bajo rango. El Tribunal de Nuremberg de crímenes de guerra enjuició a 19 importantes criminales de guerra (60). Antes, durante y después de los juicios de Nuremberg, los Estados Unidos condenaron a 1.814 en su zona de ocupación (de los que 450 fueron ajusticiados). Gran Bretaña a 1.085 (240 ajusticiados). Francia 2.107 (109 ajusticiados) y la URSS alrededor de unos 10.000 (sin que se conozca el número de las personas ajusticiadas). El número total de actuaciones judiciales adicionales por parte de las potencias aliadas, según se infiere del informe de la Comisión de Crímenes de Guerra de las Naciones

(58) Los dos procesos más importantes fueron *The Dover Castle* (1923-24) Ann. Dig., n. 231 y *The Llandovery Castle* (1923-24) Ann. Dig., n. 235. Véase, también, MULLINS, *The Leipzig Trials* (1921).

(59) Cfr. U. N. War Crimes Commission, *History of the United Nations War Crimes Commission* (Wright ed., 1948). Vid. también ROLING, «The Nuremberg and Tokio Trials in Retrospect», en Bassiouni y Nanda, I, *supra cit.*, n. 11, p. 590, y el Estatuto del Tribunal Militar Internacional del Extremo Oriente. Vid. también BASSIOUNI, «International Law and the Holocaust», 9 *California Western Journal of International Law* (1979), 201, 208-41.

(60) *Proceedings in the Trial of the Major War Criminals Before the International Military Tribunal* (1949), 42 vols., conocidos como las *Blue Series*. Los procesos siguientes fueron publicados bajo el título *Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunal* (1949), 14 vols., conocidos como la *Green Series*. Para un interesante relato del juicio y sobre los acusados, vid. E. DAVIDSON, *The Trial of the Germans* (1966). Para una valoración jurídica y la descripción de los procesos, vid. R. WOETZEL, *The Nuremberg Trials in International Law* (1960); J. KEENAN y B. BROWN, *Crimes against International Law* (1950); S. GLUECK, *War Criminals, their Prosecution and Punishment* (1944).

Unidas, fue: Estados Unidos, 809; Gran Bretaña, 524; Australia, 256; Francia, 254; Países Bajos, 30; Polonia, 24; Noruega, 9; Canadá, 4; China, 1 (61).

Además, varios súbditos aliados fueron acusados de colaboración con el enemigo y de la comisión de crímenes de guerra y contra la Humanidad (62). Una vez finalizado el proceso de Nuremberg y los procesos llevados a cabo por las fuerzas de ocupación, Alemania se ha hecho cargo de la tarea de persecución de los criminales de guerra y continúa haciéndose cargo de los mismos a través de sus tribunales internos. El único proceso importante de grandes criminales de guerra habido fuera de Alemania después de 1946 ha sido el de Eichmann. Caso que fue juzgado por el Estado de Israel sobre la base de la teoría de la competencia universal en crímenes internacionales, teoría que fue, fundamentalmente, la mantenida por los procesos de Nuremberg en relación con los «crímenes contra la Humanidad» (63).

La Carta de Londres de 8 de agosto de 1945 no creó el Tribunal Militar Internacional para el Extremo Oriente, tribunal que comenzó sus actuaciones en 1946 y juzgó a 28 personas, de las cuales siete fueron condenadas a muerte (64). Algunas de estas sentencias fueron apeladas ante el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, pero la resolución del recurso no fue favorable a los reos (65).

Además de los procesos por crímenes de guerra de Tokio, los Estados Unidos constituyeron en Filipinas Comisiones Militares Especiales para juzgar a los oficiales japoneses por crímenes de guerra, cuyas sentencias fueron confirmadas por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos (66). Es de resaltar que el único proceso habido por crímenes de guerra contra un aliado de la Segunda Guerra Mundial fue planteado por ciudadanos japoneses contra los Estados Unidos por el empleo de armas atómicas, pero el caso fue rechazado por el Tribunal Supremo del Japón por cuestiones de competencia (67).

(61) *Ibid. Proceedings and Trials*. Véase también R. FREIDMAN, *The Law of War* (1972), pp. 773-80.

(62) MAUNOIR, *La Répression des Crimes de Guerre devant les Tribunaux Français et Alliés* (1956). Vid., también, COWLES, «Trial of War Criminals (non-Nuremberg)», 42 *American Journal of International Law* (1948), 299.

(63) «Attorney-General of Israel v. Eichmann (Israel District Court of Jerusalem, 1961)», 36 *Israel Law Review* (1962), 277. Vid. también P. PAPADATOS, *The Eichman Trial* (1964).

(64) U. S. *Naval War College International Law Documents* (1948-49); véanse extractos de la sentencia en Bassiouni y Nanda, I, *supra cit.*, n. 11, p. 615.

(65) «Hirota, Dohihara y Kido v. MacArthur», 335 U. S. (1948), 876.

(66) En «Re Yamashita», 327 U. S. (1946), 1, y «Homma v. United States», 327 U. S. (1946), 759. Ambos casos fueron criticados por establecer un criterio sin precedentes en relación con la responsabilidad del mando, a saber, que los dos generales con mando en cuestión debían haber conocido y prevenido los crímenes de guerra cometidos por los soldados a sus órdenes. Vid. F. REEL, *The Case of General Yamashita* (1949).

(67) «Shimoda v. The State», 355 Hanrel Jiho (Tribunal Supremo del Japón 7 diciembre 1963), citado también, aunque parcialmente, en FRIEDMAN, *supra cit.*, n. 61, p. 1688. La denuncia, en este caso, fue contra los EE. UU.

En estos tribunales internacionales, así como en las correspondientes actuaciones judiciales internas de los Estados por crímenes de guerra, el principio básico de imputación fue el de la responsabilidad individual derivada de obligaciones legales internacionales, sin que se aceptara la excepción de «obediencia debida a las órdenes superiores» (68). Los procesos habidos tras la Primera Guerra Mundial lo fueron por: 1) violaciones de las normas y costumbres de la guerra establecidas por el Derecho internacional consuetudinario y compiladas por los Convenios de La Haya; y 2) iniciación y realización de guerras de agresión en violación del Derecho internacional (69). Las actuaciones que tuvieron lugar después de la Segunda Guerra Mundial trataron sobre la responsabilidad individual y delegada por: 1) iniciación y realización de guerras de agresión en violación del Derecho internacional consuetudinario y convencional; 2) violación de las normas y costumbres de la guerra; 3) crímenes contra la Humanidad (que no estaban expresamente definidos por el Derecho internacional) (70).

En los procesos de la Primera Guerra Mundial el principal argumento de la defensa contra la acusación fue la ausencia en el Derecho internacional de disposiciones aplicables que ligaran a Alemania por medio de obligaciones internacionalmente exigibles. En cuanto a las acusaciones de crímenes de guerra se presentó el argumento de la «obediencia debida» como defensa, en base a que el Derecho internacional no había exceptuado de manera expresa esta exigencia. Se argumentó también que las disposiciones internacionales invocadas no disfrutaban de carácter normativo desde el punto de vista penal, prueba de lo cual era que, de hecho, no se hubiera previsto para las mismas sanción alguna.

Para tratar de neutralizar algunas de estas argumentaciones, el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de 1945 dispuso, en sus artículos VII y VIII, que los Jefes de Estado no podían beneficiarse de la excepción proveniente de la Doctrina del Acto de Estado y que nadie podría eludir su responsabilidad en base a la «obediencia debida a órdenes superiores». No obstante, esto no pudo subsanar el hecho de que, con anterioridad a la entrada en vigor de la Carta, estas normas no tuvieran otra existencia que la derivada de su extrapolación de una práctica histórica limitada, que no constituía prueba bastante de una práctica consuetudinaria internacional. Por otro lado, nunca se habían fijado penas para las violaciones en cuestión. En este sentido, cabe afirmar que las penas impuestas infringieron el principio de *nulla poena sine lege*. Además, la persecución de los «crímenes contra la

---

por el lanzamiento de bombas atómicas en Nagasaki e Hiroshima con infracción de las leyes y costumbres de la guerra.

(68) VOGLER, «The Defense of "Superior Orders" in International Criminal Law», en Bassiouni y Nanda I, *supra cit.*, n. 11, p. 619; y Y. DINSTEN, *The Defense of «Obedience to Superior Orders» in International Law* (1965).

(69) Véanse *supra*, ns. 57 y 58, y JESCHECK, *supra cit.*, n. 56.

(70) Véanse *supra*, ns. 60-67. Extractos de las sentencias de Nuremberg y Tokio pueden encontrarse en Bassiouni y Nanda I, *supra cit.*, n. 11, pp. 608-19.

Humanidad» fue una novedad en el Derecho penal internacional y supuso, en consecuencia, una incriminación *ex post facto*. Por ello, los argumentos principales presentados en favor de la exoneración fueron que: 1) la creación del tribunal y su composición por Decreto de los Aliados, en la medida de que no se conformaba al Derecho internacional preexistente, era inválida; 2) las acusaciones presenadas infringían el principio de legalidad del Derecho penal, pues los delitos habían sido incriminados *ex post facto*; y 3) las penas impuestas infringían el principio de legalidad *nulla poena sine lege*.

En suma, en los procesos derivados de la Segunda Guerra Mundial fueron aducidos continuamente los argumentos de la irretroactividad de las leyes penales (*ex post facto*) y *nulla poena sine lege*, perfectamente impecables desde el punto de vista jurídico-penal (71).

Para obviar las dificultades, después de la Segunda Guerra Mundial, se trató de codificar algunas de las normas y principios puestos en cuestión, a fin de impedir el recurso a estos argumentos en el caso de que tuviera lugar alguna actuación posterior. Así, en 1947, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó el Proyecto de la Comisión de Derecho internacional relativo a la «Formulación de los Principios de Nuremberg» (72); en 1948, se redactó el Convenio para la Represión del Genocidio (73); en 1949, el Comité de la Cruz Roja abrió a la firma los cuatro Convenios de Ginebra (74); en 1953, el

(71) Cuatro de los abogados defensores expresaron esta opinión en Nuremberg: KRAUS (Consejero Jefe de Schacht), «The Nuremberg Trials of the Major War Criminals: Reflections after Seventeen Years», 13 *De Paul Law Review* (1964) 233; HAENSEL (Consejero Jefe para los SS. y los SD), «The Nuremberg Trial Revisited», 13 *De Paul Law Review* (1964) 298; KRANZBUHLER (Consejero Jefe de Donitz), «Nuremberg Eighteen Years Afterwards», 14 *De Paul Law Review* (1965) 333; PANNENBECKER (Consejero Jefe de Frick), «The Nuremberg War Crimes Trial», 14 *De Paul Law Review* (1965) 398. C. JACKSON, *The Nuremberg Case* (1971). Sobre el «principio de legalidad» en la doctrina de Derecho Penal, vid. M. C. BASSIOUNI, *Criminal Law and its Processes* (1969), pp. 37-45; y M. C. BASSIOUNI, *Substantive Criminal Law* (1978), pp. 30-32, 50-58.

(72) 5 *U.N. General Assembly Official Recors, Supp.* 12 U.N. Doc A/1316 (1950) 11-14.

(73) I *U.N. General Assembly Official Records* (Res. 96, 11 diciembre 1946); 78 *U.N. Treaty Series*, 277. Véanse, también, Lemkin, *Genocide as a Crime Under International Law*, 41 *American Journal of International Law* (1944), 145, y P. DROST, *The Crime of State* (1959), y Bassiouni, «International Law and the Holocaust», 9 *California Western Journal of International Law* (1979), 201-248.

(74) Los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 son: I «Convenio para la Mejora de la Condición de los Heridos y de los Enfermos de las Fuerzas Armadas en el Campo de Batalla», 75 *U.N. Treaty Series*, 31; II «Convenio para la Mejora de la Condición de los Heridos y Náufragos de las Fuerzas Armadas en el Mar», 75 *U.N. Treaty Series*, 85; III «Convenio Relativo al Tratamiento de los Prisioneros de Guerra», 75 *U.N. Treaty Series*, 135; IV «Convenio relativo a la Protección de los Civiles en Tiempo de Guerra», 75 *U.N. Treaty Series*, 287. Cfr. también, GUTTERIDGE, «The Geneva Conventions of 1949», 16 *British Yearbook of International Law* (1949), 294 y YINGLING Y GIANNANE, «The Geneva Conventions of 1949», 46 *American Journal of International Law* (1952), 393. En 1977 se abrieron a la firma proyectos de protocolos adicionales. Vid. BASSIOUNI, «Repression of

Comité de las Naciones Unidas para la Creación de una Jurisdicción Penal Internacional presentó un Proyecto de Estatuto de Tribunal Penal Internacional (todavía pendiente) (75); en 1954 fue presentado a la Asamblea General el «Proyecto de Delitos contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad» (todavía pendiente) (76); y en 1968, la Asamblea General aprobó una resolución titulada «Convenio sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y contra la Humanidad» (77). No obstante, los acontecimientos posteriores a estas codificaciones no han dado lugar a procesos que hayan tenido que tomarlas en consideración o basarse en los precedentes de Nuremberg y Tokio (78). Sólo los Estados Unidos han juzgado a tres oficiales por infracciones del Derecho militar de los Estados Unidos, tras la masacre de My-Lai (79).

De la historia de la represión de los crímenes internacionales (que pone el acento en la iniciación y continuación de las guerras injustas y agresivas y su modo de llevarlas a cabo, y, a partir de Nuremberg, en los «Crímenes contra la Humanidad») se deduce que, hasta el momento, la responsabilidad directa en Derecho internacional se ha impu-

Breaches of the Geneva Conventions Under the Draft Additional Protocols to the Geneva Conventions of August 12, 1949», 8 *Rutgers-Candem Law Journal* (1977), 185.

(75) 9 *U.N. General Assembly Official Records*, Supp. 12, U. N.Doc.A/12645 (1954). Vid., también, Secretaría de las Naciones Unidas, *Historical Survey of the Question of International Criminal Jurisdiction*, U.N.Doc. A/CN.4/7/Rev. 1 (1949), 18. Véase, también, DAUTRICOURT, «The Concept of International Criminal Jurisdiction-Definition and Limitations of the Subject», en Bassiouni y Nanda, I, *supra cit.*, n. 11, p. 636, y KLEIN Y WILKES, «United Nations Draft Statute for an International Criminal Court: An American Evaluation», en G. O. W. MUELLER Y E. WISE, *International Criminal Law* (1965), p. 573; P. CARJEU, *Projet d'une Jurisdiction Pénale Internationale* (1953); A. SOTTILE, *The Problem of the Creation of a Permanent International Criminal Court* (1951). El primer proyecto de tratado para la creación de este Tribunal se contenía en el Convenio sobre Terrorismo de 1937, abierto a la firma en Ginebra el 16 de noviembre de 1937, pero este tratado nunca entró en vigor al no alcanzar el número de ratificaciones requeridas. Véase M. HUDSON, *International Legislation*, vol. 7 (1937), p. 878. Para una propuesta reciente, vid. J. STONE y R. WOETZEL, *Towards a Feasible International Criminal Court* (1970).

(76) 9 *U.N. General Assembly Official Records*, U.N. Doc. A/2693 (1954), 11-12. Vid., también, JOHNSON, «The Draft Code of Offenses against the Peace and Security of Mankind», 4 *International & Comparative Law Quarterly* (1955), 445. Este proyecto se encuentra en la agenda del Sexto Comité de las Naciones Unidas desde 1979.

(77) Resolución 2391 (XXII) de la Asamblea General (9 diciembre 1968).

(78) Los múltiples conflictos habidos desde la Segunda Guerra Mundial han supuesto un gran número de violaciones susceptibles de ser perseguidas tanto en la Guerra de Corea, la Guerra de Independencia argelina, la Guerra de Independencia indo-china, la Secesión de Biafra, el Conflicto de Vietnam, la Secesión de Bangla-Desh y el Conflicto árabo-palestino-israelí.

(79) Los tres oficiales fueron el Coronel Henderson (absuelto), el Capitán Medina (absuelto) y el Lugarteniente Calley (culpable, aunque su condena fue revocada). Vid. T. TAYLOR, *Nuremberg and Vietnam: An American Tragedy* (1970) y FERENCZ, «War Crimes Law and the Viet-Nam War», 17 *American University Law Review* (1968), 403. Vid. también R. FALK, G. KOLKO y R. LIFTON, *Crimes of War* (1971).



tado a los individuos. Esto no significa, sin embargo, que la responsabilidad de los Estados queda excluida. La responsabilidad de los Estados por delitos internacionales, cuya problemática se asemeja a la de la responsabilidad colectiva en el Derecho penal interno, se ha manifestado a través de la historia en la forma de reparaciones, un híbrido entre las sanciones penales y la responsabilidad civil (80). Invariablemente, cada vez que se ha aplicado, ha tomado una de las formas siguientes: aprehensión por la víctima de los bienes del vencido, e imposición de indemnizaciones o cesión de territorios por «acuerdo» con la parte vencida.

El desarrollo del concepto de responsabilidad del Estado por delitos de los propios Estados, como el desencadenamiento de una guerra de agresión u otras violaciones tales como el genocidio, ha dado a lugar a la exigencia de cierta responsabilidad penal a los Estados (81). En este orden de cosas, el Derecho internacional ha fijado algunas líneas directivas en relación con los actos irregulares cometidos por los Estados, pero no existe todavía ninguna regla concerniente a la responsabilidad criminal del Estado que no sea la analogía (82). En cualquier caso, el Tratado de Versalles y la experiencia de los Aliados de la Segunda Guerra Mundial contra Alemania y Japón continúan

---

(80) Véase E. ARONEANU, *Le Crime contre l'Humanité* (1961); P. DROST, *The Crime of State* (1959); V. PELLA, *La Criminalité collective des Etats et le droit pénal de l'avenir* (1949). Vid también GLASER, «L'Etat en tant que personne morale est-il pénalement responsable?», *29 Révue de Droit Pénal et de Criminologie* (1948) 451; y V. PELLA, *La Guerre crime et les criminels de guerre* (1964).

(81) Vid. el informe de la Comisión de Derecho Internacional «The Internationally Wrongful Act of the State, Source of International Responsibility», U. N. Doc. A/CN. 4/246 (5 marzo 1971) que cita decisiones fundamentales del Tribunal Internacional Permanente de Justicia y el Tribunal Internacional de Justicia, así como decisiones arbitrales. Cfr. también, M. WHITEMAN, *A Digest of International Law*, Vols. 1 y 8 (1968); A. VERDROSS, *Völkerrecht* (5.º ed. 1974); G. BALLADORE-PALLIERI, *Diritto Internazionale Pubblico* (8.º ed. 1962); C. ROUSSEAU, *Principes Généraux de Droit International Public* (1953); P. GUGGENHEIM, *Traité de Droit International Public* (1953); H. KELSEN, *Principles of International Law* (1952); L. OPPENHEIM, *International Law*, Vol. 1 (Lauterpacht, 8.º ed. 1955); G. SCHWARZENBERG, *International Law* (3.º ed., 1957); J. PERSONNAZ, *La Réparation du Préjudice en Droit International Public* (1939); C. EAGLETON, *The Responsibility of States in International Law* (1928); C. »1 VISSCHER, *La Responsabilité des Etats* (1924); D. ANZILOTTI, *Teoria Generale della Responsabilità dello Stato nel Diritto Internazionale* (1902), eeditado en D. ANZILOTTI, *Corso di Diritto Internazionale* (1928); K. STRUPP, *Hnadbuch des Völkerrechtliche Delik*, Vol. 3 (1920); G. VATTEL, *Le Droit des Gens* (1887).

(82) MUNCH, «State Responsibility in International Criminal Law», en Bassiouni y Nanda I, *supra cit.*, n. 11, p. 143; TRIFFTERER, «Jurisdiction over States for Crimes of State», en Bassiouni y Nanda II, *spra cit.*, n. 11, p. 86; O. TRIEFFTERER, *Dogmatische Untersuchung zur Entwicklung des materiellen Völkerstrafrechts seit Nürnberg* (1966); I. BROWNLEE, *International Law and the Use of Force by States* (1963); F. MUNCH, *Das völkerrechtliche Delikt* (1963); G. DAHM, *Zur Problematik des Völkerstrafrechts* (1956). La paternidad del término «delito internacional» se atribuye a G. SCELLE, *Précis du Droit des Gens* (1934).

siendo la piedra angular en la exigencia de responsabilidades a los Estados (83).

En suma, si hacemos abstracción de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, que imponen a los Estados signatarios la obligación de incriminar las infracciones por ellos contempladas en sus Derechos penales internos, cabe afirmar que el control de la guerra y del modo de llevarla a cabo todavía se encuentra en el estadio de enunciación de sus mandatos y no ha llegado aún al estadio de determinación y aplicación de las sanciones.

#### 4) *Delitos comunes atentatorios de intereses internacionalmente protegidos.*

La historia del control de la guerra y su realización se ha visto asociada a los problemas de la soberanía estatal y la imposición de limitaciones al empleo de la fuerza por los Estados. Regulaciones y controles que, como más arriba se ha expuesto, claramente muestran que, aun cuando su premisa filosófica provenga de preocupaciones humanitarias, el desarrollo de las prescripciones y su aplicación se han visto muchas veces subordinados a los intereses de los Estados. El control de la guerra y su realización a través de la tipificación internacional de la infracción de sus disposiciones tiene también características distintivas que lo separan de otros intereses internacionalmente protegidos, cuyas violaciones han sido criminalizadas. Entre estas características destacan: 1) la decisión de entrar en guerra o de proseguir una guerra empezada es una decisión colectiva; 2) las infracciones individuales específicas de la legislación de guerra suelen tener lugar en un contexto de violencia colectiva; 3) este contexto podría servir de legitimación en el supuesto del uso de la fuerza desde un punto de vista defensivo; 4) el autor se encuentra colocado generalmente en el contexto de violencia sin que se haya contado con su voluntad; 5) la infracción puede verse afectada o causada por factores que no son necesariamente indicativos de la criminalidad del sujeto activo; y 6) ciertos supuestos de obediencia debida a órdenes superiores pueden admitirse como circunstancias eximente y atenuantes.

En cualquier caso y en un sentido más amplio, las disposiciones relativas a la iniciación y desarrollo de la guerra no son sino un ejemplo de un género más amplio de disposiciones tendentes a la protección de otros intereses internacionalmente vitales. Las conductas atentatorias de tales intereses pueden clasificarse en dos categorías: la primera comprensiva de las conductas de los individuos realizadas en provecho de sus propios fines e intereses; y la segunda, de las conductas individuales realizadas en favor de la política de un Estado dado o en apoyo de un Estado. Generalmente, las conductas del segundo tipo suelen ser cometidas por funcionarios públicos estatales.

(83) JESCHECK, *supra cit.*, n. 56; F. BERBER, *Diktat von Versailles* (1939), y J. CASTILLON, *Les Réparations allemandes — deux expériences* (1919-1932, 1945-1952) (1953).

Las conductas atentatorias de intereses internacionales de vital importancia han sido definidas e incriminadas progresivamente por el Derecho internacional consuetudinario y, más tarde, por tratados. Los convenios incriminadores de tales conductas lo han hecho, generalmente, definiendo, en primer lugar, la conducta en cuestión, declarándola, seguidamente, contraria a los intereses internacionales e imponiendo, por último, a los Estados signatarios la necesidad de adoptar el compromiso de perseguir a los delincuentes a través de su Derecho interno o bien de extraditarlos al Estado que lo solicite. Aunque en un caso, el Convenio de Genocidio, se establece que, en el supuesto de que fuera creado un Tribunal Penal Internacional tendría jurisdicción sobre las conductas que constituyen infracción de la misma, normalmente este tipo de convenios no prevén ninguna actuación internacional a través de tribunales penales internacionales. En su lugar, el mecanismo jurisdiccional del principio de competencia universal asegura que el deber de procesar o extraditar pueda ser siempre cumplido.

Prácticamente todos los intereses internacionalmente protegidos desde el punto de vista penal presentan características comunes y se han desarrollado sobre modelos paralelos.

Sus características más importantes son: 1) la conducta incriminada suele ser una conducta individual, incluso cuando el hecho ha sido cometido por pequeños grupos; 2) el móvil de la misma es de orden privado o económico, no político; 3) constituye un daño a las personas o intereses privados; 4) implica a más de un Estado en su preparación o ejecución; 5) el interés que afecta es un asunto que concierne a todos o a un número sustancial de Estados, y consiguientemente, los Estados comparten el interés de su prevención, control y represión; 6) para conseguir estos resultados la cooperación internacional parece esencial; 7) la conducta en cuestión constituye, por lo general, un delito para el Derecho interno.

El modelo seguido en la formulación de las normas internacionales tipificadoras ha sido generalmente el siguiente: 1) la conducta en cuestión es considerada delictiva por las legislaciones nacionales; 2) por medio de obras doctrinales y a partir de reuniones internacionales comienza a surgir la conciencia de la necesidad de su prohibición a nivel internacional; 3) se elabora un proyecto o un tratado, en una primera fase, únicamente para declarar la conducta como atentatoria o constitutiva de una violación del Derecho internacional; 4) a ello sigue generalmente uno o más convenios adicionales, cada uno de los cuales añade determinaciones más específicas al precedente y, como paso final, la declaración de que el comportamiento en cuestión constituye un delito internacional sometido al principio de competencia universal en su persecución, a cuyo efecto los Estados signatarios se comprometen a tipificar en sus Derechos penales internos y, en consecuencia, a procesar a sus autores o a conceder su extradición.

El breve repaso que se incluye a continuación trata de describir la evolución histórica debida en este grupo de delitos y se encuentra dividido en dos partes: A) Tipificaciones internacionales desarrolladas

como resultado de la evolución progresiva en las obligaciones asumidas por medio de tratados, y B) Tipificaciones internacionales establecidas originariamente, esto es, que no son el resultado de la evolución progresiva de obligaciones acordadas por medio de tratados.

A) TIPIFICACIONES INTERNACIONALES, NO DESTINADAS A LOS ESTADOS, DESARROLLADAS COMO RESULTADO DE LA EVOLUCIÓN PROGRESIVA EN LAS OBLIGACIONES ASUMIDAS POR VÍA CONVENCIONAL

1. *La esclavitud, el tráfico de esclavos y la trata de mujeres y niños* (84)

Los primeros esfuerzos tendentes a la abolición de la esclavitud y la trata de esclavos tuvieron lugar durante la Conferencia de Paz de París de 1814-15 y en el Congreso de Viena de 1815 (85). A ellos siguieron el Tratado de Londres de 1941 (86) y el de Washington de 1962 (87), el Convenio de Bruselas de 1890 (88) y el de S. Germain-en-Laye de 1919 (89). En 1926, la Sociedad de Naciones adoptó un Convenio sobre la esclavitud que prohibió la esclavitud y el tráfico de esclavos en todas sus formas (90). En 1956, se aprobó un «Convenio Suplementario acerca de la Abolición de la Esclavitud, el Tráfico de Esclavos e Instituciones y Prácticas similares a la Esclavitud» (91). La Carta de las Naciones Unidas la prohíbe expresamente en su artículo 1.º, párrafo 3.º, y lo mismo hacen la Declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo 4.º, y el artículo 8.º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (92).

En cuanto a la trata de blancas, el primer acuerdo fue alcanzado en 1904, el «Acuerdo Internacional para la Represión de la Trata de Blancas» (93), al que siguió el «Convenio Internacional para la Represión de la Trata de Blancas» de 1910 (94), el «Convenio Internacional para la Represión del Tráfico de Mujeres y Niños» de 1921 (95), el «Convenio Internacional para la Represión del Tráfico de Mujeres Ma-

(84) NANDA y BASSIOUNI, «Slavery and Slave Trade: Steps toward its Eradition», 12 *Santa Clara Law* (1972), 424.

(85) 2 *Martens Nouveau Recueil* (1.º), 432.

(86) 30 *State Papers*, 269.

(87) 12 *Stat.* 1225, T. S. n.º 126 (7 abril 1862).

(88) 16 *Martens Nouveau Recueil* (2.º), 3.

(89) Contenido en un Memorandum de las Naciones Unidas preparado por la Secretaría General sobre la Supresión de la Esclavitud, U. N. Doc. ST/SOA/4 (1951), p. 12.

(90) 60 *League of Nations Treaty Series*, 253. Vid., también, el Memorandum de las Naciones Unidas *supra cit.*, n. 89, pp. 35-36.

(91) 266 *U. N. Treaty Series*, 3.

(92) Resolución 2200A de la Asamblea General, 21 *U. N. General Assembly Official Records*, Supp. n.º 16, pp. 49, 52; U. N. Doc. A/6316 (1966).

(93) 1 *League of Nations Treaty Series*, 83.

(94) 11 *League of Nations Treaty Series*, 438.

(95) 9 *League of Nations Treaty Series*, 416.

yores de Edad» de 1933 (96) y, en 1950, el «Convenio para la Represión de la Trata de Personas y la Explotación de la Prostitución Ajena» (97) (también en el seno de la OIT se han elaborado tratados para la protección de mujeres y niños, tratados que merecerían ser tomados en consideración en este contexto).

El estadio actual de la evolución de este género de prohibiciones no ha alcanzado todavía un nivel similar al del Sistema de Control Internacional de Estupefacientes, que, en sus tratados más recientes (que serán objeto de comentario inmediatamente), impone claramente a los Estados la obligación de procesar o extraditar. Las Naciones Unidas continúan trabajando, a través de su Consejo Económico y Social, para elevar el control internacional de la esclavitud el tráfico de esclavos y la trata de mujeres y niños al mismo nivel que el Control Internacional de las Drogas.

## 2. El tráfico ilícito de drogas (98).

Los esfuerzos para controlar la producción, fabricación, el tráfico y el uso ilícito de drogas naturales y sintéticas han encontrado su concreción en un conjunto de once tratados localizados cronológicamente entre 1912 y 1972. La mayor parte de los convenios concernientes a la regulación de la producción y tráfico de drogas y a la simple prohibición y castigo de su tráfico ilícito han seguido una evolución gradual, como lo demuestran los tratados siguientes: el «Convenio Internacional del Opio», de 1912 (99), el «Convenio Internacional del Opio» de 1925 (100), el «Convenio para la Limitación de la Fabricación y Regulación de la Distribución de Estupefacientes» de 1931 (101), el «Convenio para la Supresión del Tráfico Ilícito de Drogas Nocivas» de 1936 (102), el «Protocolo Enmendante de los Pactos, Convenios y Protocolos sobre Estupefacientes» de 1946 (103), el «Protocolo de París» de 1948 (104), el «Protocolo sobre la Limitación y Regulación del Cultivo de la Adormidera, la Producción y el Comercio Internacional y al por Mayor y el Uso del Opio» de 1953 (105), el «Convenio Unico sobre Estupefacientes» de 1961 (106), el «Convenio sobre Sustancias Psicotrópicas» de 1971 (107), y el «Protocolo de Ginebra sobre la Modificación del Convenio Unico de Ginebra sobre Estupe-

(96) 150 *League of Nations Treaty Series*, 431.

(97) 96 *U. N. Treaty Series*, 271.

(98) Cfr. BASSIOUNI, «The International Narcotics Control Scheme-A Proposal», 46 *St. John's Law Review* (1972), 713.

(99) 8 *League of Nations Treaty Series*, 187.

(100) 81 *League of Nations Treaty Series*, 317.

(101) 139 *League of Nations Treaty Series*, 299.

(102) 198 *League of Nations Treaty Series*, 229.

(103) 12 *U. N. Treaty Series*, 180.

(104) 44 *U. N. Treaty Series*, 297.

(105) 456 *U. N. Treaty Series*, 56.

(106) 520 *U. N. Treaty Series*, 204.

(107) U. N. Doc. E./Conf. 58/6 (1971).

facientes» de 1972 (108). Esta dinámica evolutiva se encuentra caracterizada por un gradualismo en las incriminaciones internacionales orientadas a obligar a los Estados a procesar o extraditar. Fórmula que se considera como el estadio más alto de control de las actividades tipificadas por el Derecho Internacional. Con todo, debe observarse que este sistema internacional de control sigue todavía esencialmente una doble vía: 1) control de la elaboración, producción y tráfico lícitos, cuya regulación constituye probablemente la forma más desarrollada de cooperación internacional, y 2) control de la elaboración, producción, tráfico y tenencia ilícita de las sustancias señaladas por los tratados en cuestión, que se apoya sobre un sistema indirecto (a saber, el consistente en obligar a los Estados a la aplicación del tratado). Si bien ésta es el área en que la cooperación internacional tiene mayores posibilidades de incrementarse, pues su contenido ideológico es escaso y porque el objeto de las prohibiciones se sitúa en el nivel más alto de los valores compartidos por la comunidad mundial.

### 3. Piratería aérea y apoderamiento ilícito de aeronaves (109)

La prohibición de la piratería encuentra sus orígenes en el Derecho internacional consuetudinario y fue codificada por el Convenio de Ginebra de 1958 sobre el Derecho del Mar (110). No existe, de todos modos, una regla explícita que exija la persecución de los piratas o su extradición, si exceptuamos la reconocida por el Derecho internacional consuetudinario.

El secuestro de aeronaves es una forma de piratería y, de aquí, su afinidad con este delito. Fue regulado en 1969 por el Convenio de Tokio sobre «Delitos y otros Actos Cometidos a Bordo de Aeronaves» (111), cuya preocupación principal era el establecimiento de reglas para la cooperación interestatal en la prevención de los secuestros y la pronta devolución de los aparatos a sus servicios comerciales. En 1970, el «Convenio de La Haya para la Represión del Apoderamiento Ilícito de Aeronaves» (112) estableció el deber de procesar o conceder la extradición. En 1971, el «Convenio de Montreal para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Aviación Civil» trató de

(108) U. N. Doc. E/Conf. 6318 (1972).

(109) SUNDBERG, «Piracy: Air and Sea», en Bassiouni y Nanda, I, *supra cit.*, n. 11, p. 455.

(110) 450 U. N. Treaty Series, 82. Cfr. el acuerdo de Nyon de 14 septiembre 1937, 181 *League of Nations Treaty Series* 1351. El Tratado Internacional para la Limitación y Reducción de Armamento Naval, 112 *League of Nations Treaty Series*, 65 y su Protocolo de 1936 sobre la Guerra Submarina, 173, *League of Nations Treaty Series*, 353. La historia de la piratería y de su regulación se encuentra unida a la del Tráfico de Esclavos. Vid., también, Sundberg, *supra cit.*, n. 100, pp. 456-57.

(111) 704 U. N. Treaty Series, 291. Véase, también, EVANS, «Aircraft Hijacking its Cause and Cure», 63 *American Journal of International Law* (1969), 695.

(112) 22 *United States Treaty Series*, 1641, *Treaties and Other International Acts Series*, 7192.

establecer algunas penas mínimas, pero no encontró suficiente apoyo (113). Este fue el primer intento a nivel internacional de fijación de penas específicas para delitos internacionales.

#### 4. Terrorismo y secuestro de personas internacionalmente protegidas (114)

El control del terrorismo se remonta al «Convenio para la Prevención y Represión del Terrorismo» de 1937 (que nunca entró en vigor); único convenio internacional relativo a delitos internacionales sustantivos que haya previsto la creación de un Tribunal Penal Internacional (115). Idea que, si bien fue demasiado avanzada para su tiempo, se ha visto potenciada por acontecimientos recientes que han resucitado el interés sobre el tema y sobre el Convenio señalado, en particular, sobre la idea de la creación de un Tribunal Penal Internacional (116).

Fruto de los acontecimientos contemporáneos se han aprobado dos convenios. El primero, en 1971, por la Organización de Estados Americanos, el «Convenio para la Prevención y Represión de Actos de Terrorismo que toman la forma de Delitos contra las Personas y Extorsiones Conexas con estos Delitos de Trascendencia Internacional» (117) y el «Convenio de las Naciones Unidas para la Prevención y Represión de los Delitos contra Personas Especialmente Protegidas a Nivel Internacional, con inclusión de los Agentes Diplomáticos» (118). El sistema empleado para el control de las drogas, que fue seguido por el sistema de control de la piratería aérea, ha sido también el adoptado por estos convenios, que establecen la obligación de los Estados firmantes de procesar o extraditar. De todos modos, no se prevén penas para los delitos ni se contempla la creación de un Tribunal Penal Internacional por ninguno de estos instrumentos internacionales. En

(113) 24 *United States Treaty Series*, 567, *Treaties and Other International Acts Series*, 7570. Véase EVANS, «Aircraft Hijacking: What is Being Done», 67 *American Journal of International Law* (1973), 641.

(114) Vid. M. C. BASSIOUNI (ed.), *International Terrorism and Political Crimes* (1975), y A. EVANS y J. MURPHY (eds.), *Legal Aspects of International Terrorism* (1978); BASSIOUNI, «Prolegomenon to Terror Violence», 12 *Creighton Law Review* (1979), 745.

(115) 19 *League of Nations Official Journal* (1938), 23; M. HUDSON, *International Legislation*, vol. 7 (1937), p. 362.

(116) Véase, por ejemplo, el estudio de la Secretaría de las Naciones Unidas, titulado «Measures to Prevent International Terrorism, etc.», U. N. Doc. A/Conf. 6/418 (2 noviembre 1972). Vid. la propuesta USA de Tratado, titulada «Draft Convention for the Prevention and Punishment of Certain Acts of International Terrorism», U. N. Doc. A/C./G./L./850 (25 septiembre 1972), que fue aplazada. Vid., asimismo, BASSIOUNI, «Methodological Options for International Control of Terrorism», 7 *Akron Law Review* (1974), 388.

(117) *Organisation of American States Official Records/Serv. P./Doc.68* (31 enero 1971).

(118) Resolución de la Asamblea General A/3166 (XXVIII) (5 febrero 1974); véase, también, MURPHY, «The Role of International Law in the Prevention of Terroristic Kidnapping of Diplomatic Personnel, en Bassiouni, *supra cit.*, n. 114, p. 285.

1977, el Consejo de Europa adoptó un convenio sobre terrorismo y, en 1978, la ONU aprobó un convenio sobre la captura de rehenes (118 bis).

B) TIPIFICACIONES INTERNACIONALES, NO DESTINADAS A LOS ESTADOS QUE NO SE DESARROLLARON COMO RESULTADO DE LA EVOLUCIÓN PROGRESIVA EN LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALMENTE ASUMIDAS.

1. *El «Convenio Internacional para la Represión de la Circulación y Tráfico de Publicaciones Obscenas» de 1923* (que no impuso, con todo, el deber de procesar o extraditar) (119). Este Convenio ha caído en desuso debido a los cambios habidos en las actitudes populares y las dificultades inherentes a su aplicación, dada la existencia de diversas disposiciones constitucionales en los Estados protectoras de la libertad de expresión.

2. *El «Convenio Internacional para la Represión de la Competencia Fraudulenta»* (que impone el deber de extradición) (120).

3. *El «Convenio Postal Universal»* (Convenio de Berna), que ha tomado diversas formas desde sus inicios en el siglo XIX, y prohíbe el envío irregular de explosivos y materias inflamables o peligrosas de cualquier género. En su redacción actual, el artículo 59 del Convenio de Berna (121) extiende la responsabilidad a toda expedición de materias peligrosas no sólo para los funcionarios de Correos, sino también para sus destinatarios. Esta medida resulta muy importante en el momento presente, dado el frecuente uso del Correo para el envío de cartas-bomba (122).

Estos tres convenios han establecido prohibiciones sin seguir las fases de evolución descritas más arriba y ninguna de las así creadas parece encontrar sus orígenes en el Derecho internacional consuetudinario.

C) TIPIFICACIONES INTERNACIONALES DESTINADAS A LOS ESTADOS.

Todas las previsiones internacionales relativas a actuaciones estatales encuentran sus orígenes en el Derecho internacional consuetudinario y se han desarrollado a través de un proceso evolutivo de convenios sucesivos. Se caracterizan por constituir incriminaciones de violaciones de los derechos del hombre suficientemente graves como para sacudir la conciencia de la Humanidad o amenazar la paz y la seguridad mundiales.

(118 bis) *European Treaty Series*, n.º 90; *U. N. General Assembly Official Records* (XXXIV), A/34/819.

(119) *27 League of Nations Treaty Series*, 213, art. 10.

(120) *112 League of Nations Treaty Series*, 371, art. 9.

(121) Unión Postal Universal, conocida como la Convención de Berna, 11 julio 1952, 169 *U. N. Treaty Series*, 3.

(122) Cfr. PANZERA, «Terrorismo Postale e Diritto Internazionale», 56. *Rivista di Diritto Internazionale* (1975), 762.



1) *El «Convenio de Genocidio» de 1948 (123)*

El Convenio de Genocidio fue urgido por la situación en que se encontraron los tribunales militares de la Segunda Guerra Mundial para el castigo de los oficiales del Eje por su participación en intentos de exterminio de determinados grupos étnicos. El Convenio incrimina aquellas conductas tendentes a la eliminación total o parcial de grupos identificados por su nacionalidad, etnia, religión o medio social o convicciones políticas. Al hacerlo, contribuye a la construcción del concepto de «crímenes contra la Humanidad» reconocido en la Carta de Londres de 8 de agosto de 1945, que, junto a la Orden núm. 10 del Consejo de Control, constituyó la base de las acusaciones en los procesos de Nuremberg (vid. *supra*, el comentario de los «crímenes contra la Humanidad» bajo la rúbrica de los Crímenes de Guerra).

De todos modos, el Convenio de Genocidio va más allá del concepto de «crímenes contra la Humanidad», que anteriormente se ligaba al hecho de la guerra al prohibir el genocidio con independencia de que se realice o no en el contexto de una guerra. Exige a los Estados el procesamiento o extradición de las personas acusadas de genocidio y excluye la inmunidad de tales personas frente a la extradición en base a motivos políticos, pues prohíbe a los Estados signatarios tratar al genocidio como delito político. Es el único Convenio que prevé que, si fuera creado un Tribunal Penal Internacional, habría de tener competencia en el enjuiciamiento de los casos relacionados con el Convenio. No obstante, no prevé por sí mismo pena alguna y deja la sanción de los hechos en manos de los Estados firmantes, que deben aplicar las penas previstas por sus Derechos internos.

2) *El «Convenio Internacional para la Prevención y Represión del Delito de Apartheid» de 1972 (124).*

Este Convenio, que ha entrado en vigor en julio de 1976, incrimina conductas que, en cierta medida, se encuentran ya tipificadas por el «Convenio para la Eliminación de Toda Forma de Discriminación Racial» (125). De todos modos, en la medida en que sus previsiones no se encontraban expresamente en el Convenio anterior, constituye una nueva tipificación así como el resultado de la evolución de disposiciones preexistentes.

3) *«Proyecto de Convenio para la Prevención y Represión de la Tortura» (126)*

Es un Proyecto de Convenio que, en octubre de 1979, se encontraba todavía debatiéndose en el seno de las Naciones Unidas. No es

(123) 78 U. N. Treaty Series, 277, art. 7.

(124) Resolución de la Asamblea General n.º 3068, *General Assembly Official Records* (n.º 50), U. N. Doc. A/9233/Add. 1 (1973).

(125) 660 U. N. Treaty Series, 195.

(126) U. N. Doc. E/CN. 4/NGO 213 (1 febrero 1978).

probable que se convierta en una tipificación de Derecho penal internacional convencional, dados los lamentables esfuerzos que se realizan en orden a que sus previsiones, que convierten a la tortura en un delito internacional, sean suprimidas (127). Al igual que el Convenio sobre Apartheid, el de la Tortura puede ser también considerado como fuente de una norma, en la medida en que perfecciona las disposiciones existentes sobre la tortura, y como punto final de un proceso de evolución, ya que la tortura ha sido ya prohibida por instrumentos internacionales sobre derechos humanos como la «Declaración Universal de Derechos Humanos», el Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos», el «Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales» y el «Convenio Interamericano sobre los Derechos del Hombre».

El Convenio sobre la Tortura sigue los modelos precedentes en Derecho Internacional Penal, al exigir a los Estados signatarios el compromiso de optar por el procesamiento de estos delincuentes o su extradición, declarar a estos delitos incurso en el principio de competencia universal y, asimismo, como el Convenio de Genocidio, dispone que, caso de crearse un Tribunal Penal Internacional, los hechos por él contemplados serían de su competencia. Además, prevé el establecimiento de un sistema limitado de aplicación directa del Convenio por medio de la interposición de quejas y la realización de investigaciones a cargo de un Comité Especial de las Naciones Unidas, dependiente de la Subcomisión para la Prevención de la Discriminación y la Protección de las Minorías. También se encuentra en período de debate un Proyecto de Protocolo Adicional que prevé el establecimiento de un control suplementario a través de un Comité Internacional similar al Comité Internacional de la Cruz Roja.

## II.—ANÁLISIS DE LA ESTRUCTURA DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL

La historia del Derecho penal internacional pone de manifiesto que se trata de un ordenamiento que pretende regular la actividad de diversos participantes en diversos ámbitos, empleando estructuras y estrategias diversas basadas sobre valores diferentes, pero todo ello, en orden a alcanzar una serie de fines conectados a los valores generalmente compartidos. Así, pues, su denominador común es la protección de ciertos intereses que representan valores comunmente compartidos por la sociedad mundial. En cuanto disciplina científica, sin embargo, el Derecho penal internacional es el resultado de la convergencia de dos ramas fundamentales del Derecho y, en consecuencia, se ve afectado por una importante dicotomía en sus premisas doctrinales de

(127) Véase BASSIOUNI, «An Appraisal of Torture in International Law and Practice; The Need for a International Convention for the Prevention and Suppression of Torture», 48 *Revue Internationale de Droit Pénal* (1978) (n.ºs 3-4), 17.

base. Precisamente, son las divergencias doctrinales existentes entre el Derecho internacional y el Derecho penal las que han determinado que el Derecho penal internacional se configure como una «personalidad dividida», característica que ha dificultado su desarrollo. A este respecto, basta constatar que el Derecho internacional es un sistema jurídico construido sobre la presunción de consenso y sumisión voluntaria de sus principales sujetos (Estados), cuyas relaciones se establecen en pie de igualdad, sin que ninguna autoridad superior aplique los mandatos del sistema, y que, de otra parte, el Derecho penal, en todos los Derechos internos, supone procesos de toma de decisión de modo vertical, apoyados sobre medios coercitivos en orden a la aplicación de los mandatos del sistema. Las diferencias entre los dos sistemas son demasiado bien conocidas y no necesitan ser recordadas. Se diferencian en sus fines, enfoques, métodos y resultados. Ello explica en gran medida la falta de cohesión y sentido de dirección tan manifiesta en todo el desarrollo del Derecho penal internacional. Consecuencia directa de esta situación es que los autores que tratan de estos temas se distingan por su enfoque, terminología, metodología, así como por la diferente valoración del objeto y funciones del Derecho penal internacional, según cuál sea la premisa doctrinal elegida (en función de los principios de base sobre los que se apoyen) (128). Así, los internacionalistas tenderán a analizar al Derecho penal internacional en base a las obligaciones asumidas por vía acordada y las prácticas consuetudinarias internacionales de los Estados en orden al cumplimiento de los mandatos del Derecho penal internacional a través de sus sistemas penales internos. Y, de otro lado, los penalistas tratarán de construir un modelo de ejecución internacional paralelo al sistema penal interno y se preocuparán de la codificación de las normas penales internacionales y su aplicación a través de un sistema internacional de justicia penal.

En suma, las diferencias que existen entre las dos premisas doctrinales de base atañen a los factores siguientes: 1) meta y fines del Derecho penal internacional; 2) fuentes; 3) objeto y contenido; 4) forma; 5) sujetos; 6) estructuras a emplear; 7) recursos; 8) técnicas de aplicación; 9) sanciones, y 10) aspectos procedimentales. Un repaso de la literatura especializada pone de relieve el impacto de estas diferencias en las cuestiones críticas siguientes:

1) ¿Deben aplicarse sanciones penales internacionales (p. e., reparaciones, multas y otras sanciones económicas) a los Estados y Organizaciones internacionales, o el Derecho internacional ha de aplicarse tan sólo a los individuos?

2) ¿Cuáles son las fuentes del Derecho penal internacional (tratados bilaterales, convenios multilaterales, Derecho internacional con-

(128) Cfr. en Bassiouni y Nanda I, *supra cit.*, n. 11, Primera Parte, MUELLER y BESHAROV, RYU y SILVING, JESCHECK, VAN BEMMELEN, M'WENDWA, TORNARITIS, SINHA y MUNCH. Vid., también, SCHWARZENBERG, «The Problem of an International Criminal Law», 3 *Current Legal Problems* (1950), 263.

suetudinario, principios generales del Derecho internacional, el Derecho interno?

3) ¿Qué grado de especificidad habrían de tener sus mandatos (p. e., han de consistir en aseveraciones de carácter general incorporadas a las fuentes del Derecho internacional que deben ser concretadas por el Derecho interno o en una codificación internacional paralela a la legislación interna)?

4) ¿Qué mecanismo de aplicación debería emplearse (creación de un sistema internacional de justicia penal o imposición a los Estados de la obligación de ejecutar los mandatos del Derecho penal internacional a través de su sistema penal interno)?

5) ¿Cómo puede asegurarse la aplicación y ejecución de las sanciones concretas? (¿deberían ser determinadas las sanciones por el Derecho penal internacional y aplicadas por un aparato internacional, o habría de delegar el Derecho penal internacional esta función en los Estados?).

6) ¿Qué sanciones deberían preverse para el caso de incumplimiento por parte de los Estados de las obligaciones impuestas por el Derecho penal internacional (sanciones económicas, boicot)?

7) ¿Deberían establecerse normas de resolución de conflictos para los supuestos de fricciones entre los Estados acerca de las obligaciones impuestas por el Derecho penal internacional? (p. e., en caso de conflicto proveniente del no respeto por los Estados de sus obligaciones, ¿qué mecanismo de resolución de conflictos sería válido como paso previo a la aplicación de cualquier posible sanción?).

8) ¿De qué garantías jurídicas mínimas deberían disfrutar los individuos en un sistema internacional de justicia penal y en el sistema interno destinado a aplicar el Derecho internacional? (¿qué salvaguardas procedimentales deberían existir en esas actuaciones y cuál habría de ser la extensión del derecho a la defensa?).

9) ¿Cómo debería asegurarse el respeto a la ley? (p. e., ¿es necesario crear una fuerza de policía internacional mediante la expansión de la Interpol o lo que habría de fomentarse es la cooperación de los órganos de policía nacionales?).

10) ¿Cómo debe organizarse la cooperación judicial? (p. e., ¿mediante la unificación de procedimientos judiciales o por medio de la elaboración de tratados a ejecutar por la legislación interna y, por tanto, aplicados por los tribunales nacionales?).

La serie de problemas expuestos sirve para ilustrar no sólo la doble naturaleza del Derecho penal internacional, un híbrido entre el Derecho internacional y el Derecho penal, sino también el respectivo impacto de las ciencias operantes en el seno de las dos ramas señaladas (como son la Ciencia política y la Criminología). En ello reside la originalidad del Derecho penal internacional, mas, al mismo tiempo, de ahí provienen muchas de sus grandes dificultades. En efecto, la

originalidad reside en el intento de integrar dos disciplinas dispares y sus ciencias auxiliares en una única estructura. Pero, las dificultades son sintomáticas de los problemas inherentes a tal integración disciplinaria.

Los diversos enfoques existentes en el Derecho penal internacional pueden ser el resultado de la original dicotomía de sus componentes, pero también se deben a la existencia de diferencias metodológicas en cada una de las ramas que lo componen. Penalistas e internacionalistas se encuentran divididos entre dos metodologías principales: el enfoque histórico y el enfoque político.

El primer enfoque, como sugiere su denominación, pretende examinar y analizar el desarrollo de la disciplina en su devenir cronológico, destacando su progresión como cuerpo recolector de prácticas y costumbres. El segundo, adopta un modelo teórico dado y reúne en torno al mismo las diversas prácticas históricas. En gran medida, el primer método es más descriptivo de la *lex data*, mientras que el segundo se orienta hacia la *lex ferenda*. Es por ello que los partidarios del método histórico han contribuido en poco al desarrollo del Derecho penal internacional, mientras que, por su parte, los representantes del enfoque político han sobrepasado a menudo su nivel de crecimiento aceptable. Esto no es inhabitual en una rama del Derecho que se encuentra todavía en estado de formación. No obstante, se trata de una situación que pone de manifiesto cierta debilidad de la disciplina y que, combinada con otros factores, ha contribuido al desarrollo lento e irregular del Derecho penal internacional y, en particular, de su efectiva aplicación. De todos modos, es importante resaltar que, contrariamente a lo sucedido en otras ramas, el Derecho penal internacional no ha atraído todavía la atención de los historiadores del Derecho y, por consiguiente, sus antecedentes permanecen dispersos en las obras de intelectuales de diferentes formaciones. Descuido benigno que ha favorecido el carácter fragmentario de la disciplina naciente.

Por otro lado, la doble naturaleza del Derecho penal internacional posibilita la existencia de dos definiciones de la disciplina. La definición que se propone en relación con los aspectos penales del Derecho internacional es:

«Los aspectos del sistema jurídico internacional que regulan a través de obligaciones jurídicas internacionalmente asumidas, las conductas cometidas por individuos, personalmente o en su calidad de representantes o por colectividades, que violan prohibiciones internacionalmente definidas para las que se prevé una sanción penal.»

La definición propuesta en razón a los aspectos internacionales del Derecho penal es:

«Los aspectos del sistema jurídico internacional e interno que regulan la cooperación internacional en materias penales en relación con los individuos que cometen infracciones de la legislación penal de un Estado dado.»

Las dos definiciones se encuentran interrelacionadas, especialmente, en la medida en que la primera depende de la segunda para su aplicación efectiva. Pero, para unir ambos aspectos se requiere adoptar un enfoque diverso, que distinga al Derecho penal internacional sustantivo del Derecho penal internacional adjetivo (129). El primero, referido a las violaciones sustantivas específicas, y el segundo, comprensivo de los compromisos colectivos y de cooperación que se consideran necesarios para hacer cumplir y ejecutar aquellas prescripciones. El *excursus* histórico realizado en la primera parte de este artículo demuestra que este enfoque es el más adecuado para el correcto desarrollo y crecimiento de la disciplina.

### III.—JUICIO CRITICO ACERCA DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL: LA NECESIDAD DE UN CODIGO PENAL INTERNACIONAL Y DE UN TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

El Derecho penal internacional sustantivo se ha desarrollado esencialmente a través de una serie de áreas, cada una con su evolución propia, y que han culminado finalmente en la aprobación de un convenio multilateral definidor del delito internacional en cuestión y determinante del deber de su sanción por los Estados signatarios. De un modo semejante, el Derecho penal internacional adjetivo es el producto de convenios multilaterales por medio de los cuales se han impuesto ciertos deberes y normas de cooperación internacional a los Estados signatarios. Junto a ello, el Derecho penal internacional, sustantivo y adjetivo, se ha desarrollado también a través de tratados bilaterales y del Derecho penal interno de los Estados que, de este modo, han prestado su apoyo para su aceptación por la comunidad mundial.

El camino seguido por el Derecho penal internacional ha sido el definir, en primer lugar, un delito internacional a través de convenios multilaterales y delegar, seguidamente, la aplicación del convenio y la imposición de las sanciones previstas para el delito, en el Derecho penal interno de los Estados que acepten las normas en cuestión. Hasta la fecha, sólo una vez se ha intentado la fijación de sanciones específicas para delitos internacionalmente definidos: en 1971 en el Convenio de Montreal sobre sabotaje aéreo, que no se encuentra en vigor (130). En todos los demás casos no se han previsto sanciones por la violación del Derecho penal internacional, ni para los crímenes contra la paz, las infracciones de las reglamentaciones de conflictos armados (normas consuetudinarias, infracciones de los cuatro Convenios de Ginebra y

(129) Este es el camino seguido por el autor en Bassiouni y Nanda I y II, *supra cit.*, n. 11, en el que el subtítulo del primer volumen es «Delitos y Penas» y el del segundo «Jurisdicción y Cooperación».

(130) *Supra*, n. 113.

demás convenios prohibidores del uso de ciertas armas), o los crímenes comunes contra la Humanidad.

Hasta el momento presente, por tanto, el Derecho penal internacional se ha desarrollado a través de tratados que meramente definían una serie de delitos y establecían el deber de los Estados (que pactaban su sometimiento a los mismos) de perseguirlos conforme a su legislación interna (exigiendo, en consecuencia, la incorporación de tales delitos al ordenamiento jurídico interno) o conceder la extradición de sus autores a los Estados dispuestos a hacerlo (131). Este sistema de control, que no reposa sobre una estructura de ejecución supranacional, puede calificarse como un «sistema de control indirecto» (132).

Las dificultades más importantes que presenta son: 1) sólo obliga a los Estados a actuar en conformidad con las obligaciones asumidas en los tratados; 2) no se crea ninguna autoridad superior a los Estados que asegure el cumplimiento de tales obligaciones; 3) tampoco se establecen mecanismos para la resolución de los conflictos que surjan entre los Estados; 4) ni se articulan garantías para los individuos objeto de las relaciones de cooperación entre Estados en este campo; 5) no existe una estructura global unitaria; 6) no se dispone de reglas generales o de modelos para la redacción de las disposiciones tipificadoras específicas; 7) ni se prevén modelos uniformes o reglas generales aplicables a las previsiones específicas de las diversas infracciones; 8) no existe una política criminal definida; 9) no existe ningún sistema de aseguramiento de la aplicación efectiva de las normas de los tratados por parte de los encargados de su ejecución; 10) la aplicación y sanción resulta, por tanto, incompleta y se encuentra sujeta a las consideraciones de política interna que puedan afectar al Estado encargado de la aplicación.

En suma, reúne en torno a sí todas las dificultades e insuficiencias inherentes al Derecho internacional y, además, presenta los defectos típicos de un enfoque criminalizador asistemático, que agrupa de manera indiscriminada diversas prohibiciones normativas que tienen muy poco en común y que no se encuentran informadas ni por un sistema global ni por reglas generales (133) (p. e., tiene muy poco en cuenta, en relación con las infracciones, las reglas tradicionales de la legalidad, en particular del *nullum crimen, nulla poena sine lege*) (134). Así, el Derecho Penal Internacional, que se pretende una combinación de las características más destacadas del Derecho internacional y el Derecho penal, sólo ha conseguido, hasta ahora, combinar sus peores aspectos.

La creación de un sistema internacional de justicia penal parece factible en un próximo futuro, pero su realidad dependerá de la dispo-

---

(131) Vid. *supra* las notas y el texto relativos al sistema de control internacional de drogas y estupefacientes y al control del secuestro de aeronaves.

(132) Una propuesta de este tipo fue realizada por el autor en BASSIOUNI, *supra cit.*, n. 98, y en BASSIOUNI, «Transnational Control of Narcotics», 1972 *Proceedings of the American Society of International Law*, p. 227.

(133) Véase McDougal y Feliciano, *supra cit.*, n. 1.

(134) Vid. *supra*, n. 71.

sición política de los Estados en orden a la creación de un sistema de este tipo. De todos modos, las líneas de evolución actual indican que la creciente cooperación internacional dará al Derecho penal internacional un gran empuje, particularmente respecto de la cooperación entre Estados en materias referentes al Derecho penal interno. En efecto, dado que van reduciendo o eliminándose las restricciones de viaje y residencia en la mayor parte de los países del mundo y continúa incrementándose la movilidad de la población entre los Estados, parece obvio que en un futuro próximo se incrementen las relaciones de cooperación de los Estados en el campo de la lucha contra la criminalidad común. Al mismo tiempo, dada la mayor frecuencia en la comisión de ciertos delitos comunes internacionales (p. e., piratería aérea, secuestro, tráfico internacional de drogas, tortura, etc.) habrán de buscarse medios más efectivos para su prevención, control y represión. A estos efectos, el sistema seguirá siendo el mismo: el Derecho penal internacional continuará apoyándose sobre el orden jurídico interno para la aplicación de las sanciones penales y sobre el orden jurídico internacional para proveerse de los medios que permitan exigir a un determinado sistema nacional que lleve a cabo aquella tarea (p. e., ampliando el ámbito de aplicación del principio de competencia universal, exigiendo la persecución o imponiendo el deber de extradición y desarrollando nuevas normas sobre extradición y cooperación en materias penales). Puesto que todas las fuentes y aspectos del Derecho penal internacional conducen finalmente al derecho o deber del Estado de procesar (por delitos internacionalmente perseguidos en base al principio de competencia universal) o, alternativamente, el deber de conceder la extradición a otro sistema interno para que lleve a cabo el procesamiento, parece que la única *civitas maxima* existente en la actualidad en el Derecho penal internacional es la que propuso Hugo Grocio en 1624: *aut dedere aut punire*, quizá con una pequeña alteración en el sentido de que debiera ser *aut dedere, aut judicare*.

En consecuencia, el futuro del Derecho penal internacional se encuentra probablemente más en las normas de acomodación que incrementan y mejoran la cooperación interestatal que en el desarrollo de un sistema internacional de justicia penal. Las razones de esto han sido ya expuestas por otros autores, incluso por aquéllos que propugnan un tal sistema de justicia (135). De todos modos, si un tal sistema llegara a establecerse el problema a plantear sería si habría de hacerse con anterioridad a la elaboración de un Código penal y procesal internacional o si este género de normas deben preceder a la decisión de creación de un tal sistema. Desde el punto de vista de la lógica, parece que la creación de la estructura ha de ser posterior a la de la sustancia. En este sentido, una estructura del tipo señalado podría requerir, en primer lugar, la codificación del Derecho penal internacional; pero, hasta ahora, a pesar de los esfuerzos realizados, en particular

---

(135) Vid. *supra*, n. 75.



el abandonado Proyecto de Código de Delitos contra la Paz y Seguridad de la Humanidad de 1954 (136), tal Código no existe.

Por otra parte, son muchos los autores que apoyan la idea del establecimiento de un sistema internacional de justicia penal (137). Idea que no es, por supuesto, nueva, ni tampoco lo son las dificultades que plantea su creación. Esta estuvo muy cerca de lograrse tras la Primera Guerra Mundial, pero los Aliados no llegaron a ponerse de acuerdo acerca de muchas de las cuestiones que, todavía hoy, continúan siendo objeto de controversias. A resultas de ello, el procesamiento de los oficiales germanos se llevó a cabo en virtud de una solución de compromiso incorporada al Tratado de Versalles que estableció un «Tribunal especial» (art. 227) para el enjuiciamiento de Guillermo II de Hohenzollern, el Kaiser alemán. No obstante, este tribunal no llegó a constituirse porque los Países Bajos, donde el ex Kaiser se había refugiado, se negaron a entregarlo a los Aliados (138).

La idea fue examinada de nuevo por dos organizaciones no oficiales en el período entre guerras. La 34.<sup>a</sup> Conferencia de la Asociación de Derecho Internacional, reunida en Viena en 1926, discutió, entre otras cosas, una serie de propuestas para la creación de un Tribunal Penal Internacional y acerca de los delitos a incluir en su ámbito de competencia, y en la 39.<sup>a</sup> Conferencia, que se desarrolló en París, en 1936, se aprobó una declaración tendente a fijar la competencia del Tribunal Permanente de Justicia Internacional en toda violación del «Tratado General de 1928 sobre la renuncia a la Guerra como Instrumento de Política Nacional» (el Pacto de Paz de París o Pacto Briand-Kellog). Estos esfuerzos no produjeron, con todo, el resultado esperado.

Un nuevo apoyo a la creación de un Tribunal Penal Internacional surgió en 1937, con el «Convenio para la Prevención y Represión del Terrorismo», firmado el 16 de noviembre de 1937 (139), que ordenó el establecimiento de un Tribunal Penal Internacional para el enjuiciamiento de los actos de terrorismo, Veinticuatro Estados firmaron el Convenio del Terrorismo y treinta el Convenio para la creación del Tribunal Internacional. Sin embargo, nunca entró en vigor, puesto que no fue ratificado por el número de Estados requerido (140).

Durante la Segunda Guerra Mundial, una vez que los Aliados

(136) Vid. *supra*, n. 76. Véase también «Draft Convention for the Prevention and Suppression of Torture», 48 *Revue Internationale de Droit Pénal* (1978) (n.ºs 3-4), 267.

(137) Vid. *supra*, n. 57, y ZUBKOWSKI, «The Creation of International Criminal Court», en M. C. BASSIOUNI, *supra cit.*, n. 114. Para un amplio abanico de opiniones, cfr. GREING y MARCUS en 35 *Revue Internationale de Droit Pénal* (1964), número especial sobre la creación de un Tribunal Penal Internacional.

(138) Véase *supra*, n. 56. Vid., también, GREEN, «An International Criminal Code—Now?», 3 *Dalhousie Law Journal* (1976), 560, 561; RADIN, «International Crimes», 32 *Iowa Law Review* (1946), 33, 46; DINSTEN, «International Criminal Law», 5 *Israel Year Book of Human Rights* (1975), 55, 72.

(139) *League of Nations Official Journal* (1938), 23.

(140) Vid. *supra*, n.ºs 75 y 137.

tomaron las riendas de los acontecimientos, se consideró oportuno que aquéllos que habían iniciado y desarrollado la guerra y cometido crímenes de guerra u otros delitos fueran llevados a juicio y castigados. Esta idea se plasmó en la Declaración de los Aliados de Moscú, de 30 de octubre de 1943. Consiguientemente, la Carta de Londres de 8 de agosto de 1945 creó el Tribunal Militar Internacional para el Enjuiciamiento de los más importantes criminales de guerra de Europa, en Nuremberg, competencia que, en Asia, le correspondió al Tribunal Militar Internacional del Extremo Oriente, sito en Tokio (141). Estos dos tribunales se convirtieron, así, en los dos únicos precedentes existentes hasta la fecha.

Por parte de las Naciones Unidas se han hecho también importantes esfuerzos, en tiempos pasados, para promover la creación de un Tribunal Penal Internacional. Así, en diciembre de 1948, siguiendo el precedente del recientemente aprobado Convenio de Genocidio, que disponía la persecución alternativa de tales delitos por tribunales internacionales, en el supuesto de que fueran creados, la Asamblea General solicitó a la Comisión de Derecho Internacional que estudiara las posibilidades de creación de un Tribunal Penal Internacional para el enjuiciamiento de las personas acusadas de genocidio y otros delitos sobre los que se le concediera competencia a través de convenios internacionales. En 1951, fue aceptado por los miembros de la Comisión un Proyecto de Estatuto de este Tribunal y se elevó un informe a la Asamblea General en 1952. Esta adoptó una resolución por la que se creaba una Comisión sobre la Jurisdicción Penal Internacional, encargada de estudiar las consecuencias de la creación de un Tribunal de este tipo, los diversos métodos para llevarlo a cabo y las relaciones que deberían existir entre ese tribunal y las Naciones Unidas. En 1953 se finalizó la revisión del Proyecto de Estatuto y el Comité informó a la Asamblea General sobre el tema en 1954 (142). Sin embargo, ésta pospuso *sine die* toda consideración acerca del tema de la jurisdicción penal internacional.

Conforme a la Resolución 1.187 (XII) de 1957, la Asamblea General pospuso la discusión sobre el Tribunal Penal Internacional hasta que se llegara a un acuerdo sobre la definición de la agresión. En 1967, se creó un Comité Especial sobre la Definición de la Agresión por la Asamblea General que, finalmente, en 1974, dio cuenta de haber completado su tarea (143). En consecuencia, dado que el obstáculo aparentemente principal para la creación de un tribunal penal internacional ha sido superado, el Proyecto de Estatuto de 1953 podría ser presentado de nuevo a la Asamblea General. Ciertamente, esto es posible, pero parece poco probable que suceda. La creación de un tribunal de este tipo supone el desarrollo de toda una estructura interna-

---

(141) Vid. *supra*, «Persecución de las Infracciones de las Leyes de la Guerra» y sus correspondientes notas (51-81).

(142) Para la historia de la creación de un Tribunal Penal Internacional vid. *supra*, n.º 75 y 137.

(143) Véase *supra*, n. 28.

cional para la administración del nuevo sistema de justicia penal que resulta altamente difícil en la situación política y económica vigente. Además, exigiría elaborar un Código penal internacional, que, a la vista de las posiciones políticamente divergentes de los Estados acerca de diversos delitos internacionales (p. e., terrorismo, piratería aérea y otros), no parece pueda conseguirse en un futuro cercano. Seguramente, si el Tribunal propuesto tuviera por objeto la solución de conflictos de competencia entre Estados o la decisión de conflictos de extradición, sus posibilidades de éxito serían mucho más amplias.

En cualquier caso, mientras continúe privándose al Derecho penal internacional de una estructura supranacional, éste seguirá desarrollando su «sistema de control indirecto» actual (144). Al mismo tiempo, sus prohibiciones normativas llegarán a ser más específicas y el deber de los Estados de cumplimiento de sus obligaciones internacionales se fortalecerá. Esta etapa de la evolución se caracterizará también por una mayor penetración del Derecho penal internacional en los sistemas jurídicos internos, paralela a la necesidad de incremento de la cooperación internacional. A su vez, los estudiosos continuarán dando al Derecho penal internacional una mayor cohesión y mejor orientación (145). El Proyecto de Código internacional (145 bis) suscitará el interés internacional. Probablemente se desarrollarán estudios más específicos y detallados en materias como la Criminología internacional, la Justicia penal comparada, sistemas de armonización de la justicia penal, normas y procedimientos y nuevas vías de cooperación internacional. El desarrollo de estas áreas brindará una nueva dimensión al Derecho penal internacional, pero conllevará también cierta inestabilidad temporal del objeto de la disciplina, su estructura, fines y métodos. Por todo lo cual, el Derecho penal internacional continuará siendo tanto un reto como una esperanza para los estudiosos y las personas interesadas que se esfuerzan en contribuir a la paz y seguridad de la Humanidad a través de esta disciplina.

El análisis histórico y el comentario llevados a cabo en este artículo ponen de manifiesto que el Derecho penal internacional se ha desarrollado por vía acordada de un modo compartimentalizado, al

(144) Esto puede observarse en los tratados sobre piratería aérea y control de drogas, que exigen a los Estados «procesar» o «extraditar».

(145) Entre las obras generales recientes están D. OEHLER, *Internationales Strafrecht* (1974); BASSIOUNI y NANDA I y II, *supra cit.*, n. 11; S. PLAWSKI, *Etude des Principes Fondamentaux du Droit Pénal International* (1972); C. LOMBOIS, *Le Droit International Pénal* (1979); B. DE SCHUTTER, *A Bibliography on International Criminal Law* (1972); y S. GLASER, *Droit Pénal International Conventionnel* (1970). Además de los numerosos estudios de Donnedieu de Vabres, Pella, Glaser, Jescheck y otros, citados en este artículo, vid., también, autores anteriores, como M. TRAVERS, *Le Droit Pénal International et sa mise en oeuvre en temps de Paix et en temps de Guerre*, 5 vols. (1920-22); F. MEILI, *Lehrbuch des internationalen Strafrechts und Strafprozessrechts* (1910), y A. HEGLER, *Prinzipien des internationale Strafrechts* (1906).

(145 bis) Se refiere el autor al Proyecto de Código Penal Internacional preparado por él mismo, y presentado a las Naciones Unidas en 1979, que aparece publicado en BASSIOUNI, CH., *International Criminal Law, supra cit.*, n. (\*) (N. del T.).

haber sido regulado cada uno de sus aspectos por uno o varios convenios en un período de tiempo dado y sin ninguna relación con el desarrollo habido en áreas conexas. En consecuencia, se ha producido un desarrollo en cierto número de materias, pero de manera descoordinada, lo que ha dado como resultado la carencia de la necesaria consistencia, cohesión y uniformidad. Para remediarlo, es preciso realizar un esfuerzo de codificación progresiva. En esta línea, el Proyecto de Código podría servir como modelo para los Estados que adopten o incorporen normas de Derecho penal internacional en sus Derechos internos, o como un Código penal sustantivo para su aplicación por un Tribunal Penal Internacional, en el caso de que este Tribunal fuere efectivamente creado.

# Reflexiones para la determinación y delimitación del delito económico (\*)

EDUARDO NOVOA MONREAL

SUMARIO: 1. Incertidumbre acerca de lo que es delito económico. 2. Las funciones del Estado y del derecho en el plano económico. 3. Necesidad de un examen de las posiciones políticas y económicas. 4. Una simplificación metodológica. 5. El capitalismo. 6. El socialismo. 7. Las posiciones intermedias. 8. La aplicación efectiva de las tendencias doctrinarias. 9. La intervención económica del Estado como hecho de la historia reciente. 10. Fundamentos teóricos del Derecho económico. 11. Desarrollo moderno del Derecho económico. 12. Ejemplos de implantación constitucional del Derecho económico. 13. Bien jurídico protegido y delito económico. 14. El bien jurídico y sus características. 15. El concurso de bienes jurídicos. 16. Otras complicaciones. 17. El delito económico en las ideologías extremas. 18. Conclusiones.

## 1. *Incertidumbre acerca de lo que es delito económico*

Basta examinar unos cuantos estudios sobre delito económico para advertir la existencia de apreciables discrepancias entre los autores.

Así, mientras algunos proponen como delitos económicos solamente aquellas figuras jurídico-penales que sancionan ciertos hechos atentatorios contra las disposiciones legales que imponen un determinado ordenamiento de la economía nacional con miras al bienestar o mejoramientos colectivos en lo referentes al aprovechamiento, distribución y consumo de la riqueza y de los servicios (1), otros dan sobre aquéllos

---

(\*) En memoria a don José Antón Oneca. Este trabajo se apoya, principal aunque no exclusivamente, en los estudios y debates promovidos en Hispano-América acerca del tema del delito económico.

(1) Ver ROBERT VOUIN, «Le droit pénal économique de la France», en *Revue Internationale de Droit Penal*, núms. 1-2, París, 1953. Esta idea sobre delito económico corresponde en sus aspectos esenciales a lo que MARCEI

un concepto extensivo que les permite calificar como delitos económicos también a hechos que atentan en contra de ciertos intereses patrimoniales capaces de afectar a grupos más o menos extensos de sujetos pasivos o que atentan en contra de los intereses del comercio y, en general, del tráfico jurídico (2).

Las consecuencias que derivan de una u otra posición son de importancia.

---

ROUSSELET y MAURICE PATIN denominan «Legislación económica», en el capítulo VIII de su *Droit Penal Spécial*, Sirey, París, 1958, p. 650.

El indicado es el concepto que predominó en Chile hasta el golpe militar de 1973; así lo comprueban las actas del II Congreso Latinoamericano de Criminología, celebrado en Santiago de Chile en 1941 y de las Quintas Jornadas Nacionales de Ciencias Penales, sobre Delito Económico, que tuvieron lugar en Santiago de Chile en octubre de 1962 (ver Revista de Ciencias Penales correspondiente a 1962).

En gran medida se ajusta también a ese concepto ESTEBAN RIGHI, en «Derecho penal económico», publicado en *Estudios de Derecho Económico*, I, edición del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1977, y en «El Derecho penal y su función en el ámbito de la regulación económica de los países en desarrollo», publicado en *La reforma penal en los países en desarrollo* (Memorias del Congreso Internacional organizado por U. N. A. M. (Acatlán), México DF, en marzo de 1977).

(2) MIGUEL BAJO, en *Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial*, Editorial Civitas, Madrid, 1978, p. 42, expresa que se considera opinión dominante sobre delito económico la de Zirpins, el cual distingue seis grandes grupos: 1) la estafa; 2) delitos que atentan contra el principio de la confianza, como malversación, prevaricación, cohecho y otras formas de corrupción de funcionarios; 3) delitos contra la libertad de competencia; 4) delitos fiscales y de contrabando; 5) delitos de insolvencia, y 6) otros delitos, como el agio arrendatario, receptación, tráfico de alimentos y medicamentos, etc.

JOSÉ M. STAMPA y ENRIQUE BACIGALUPO, en «La reforma del Derecho penal económico español», publicado en Revista Jurídica de Cataluña, 1980, número extra sobre *El proyecto de Código penal*, p. 165, anotan que hoy rige, por lo menos en Europa, un difundido consenso legislativo mínimo sobre la necesidad de aplicar el Derecho penal en los siguientes sectores de la vida económica: crédito y finanzas, concursos, usura, impuestos y otros tributos.

Puede sostenerse que el concepto extensivo prevalece entre los penalistas que se ocupan de la materia sin cuidarse de dilucidar antes el concepto de Derecho económico.

En el Proyecto de Código penal para España, de 1980, el título VIII de su libro II está dedicado a los «delitos contra el orden socio-económico». Ese título consta de once capítulos, varios de ellos divididos, además, en secciones. En los 58 artículos de que se compone incluye una extensa tipología que, en su mayor parte, consideramos ajena al delito económico.

Lo que hemos expresado acerca de dicho Proyecto nos conduce a precisar que no hay pleno acuerdo en la doctrina acerca de la denominación misma de los delitos de que nos ocupamos. En el VI Congreso Internacional de Derecho penal (Roma, 1953) se trató el tema: Derecho penal social-económico. Los holandeses Mulder y de Vriij hablaron allí, al igual que otros, de Derecho penal social-económico y de delito social-económico. ELIE ALFANDARI, en *Droit des Affaires*, Dalloz, París, 1979, considera que el «derecho de los negocios» debe ser considerado como otra denominación del Derecho económico. Recientemente parece advertirse una tendencia a uniformar el nombre de delito económico.

Hubo momentos en que se advirtió cierta inclinación a convertir el

Para los primeros, la noción de delito económico corresponde a la realización de hechos que se hacen posibles en virtud de fenómenos económico-sociales recientes y que están dotados, por ello, de apreciable especificidad y originalidad. Para los segundos, en cambio, la idea de delito económico se vincula a una amplia gama de hechos cuyos resultados afectan relaciones individuales o sociales de índole económica, con la sola exclusión de los que atentan únicamente en contra de los derechos patrimoniales individuales, reunidos estos últimos en los acostumbrados títulos sobre «delitos contra la propiedad» dentro de los códigos penales tradicionales. En esta virtud, los recién mencionados incorporan a los delitos económicos muchos hechos tipificados desde antiguo en muy variadas ubicaciones por la legislación penal clásica, entre ellos, por ejemplo, la usura, la quiebra punible, el giro doloso de cheques, el fraude fiscal y el manejo abusivo de sociedades anónimas.

Como es natural, una dispersión de opiniones harlo coincidente con la que acabamos de exponer se advierte también cuando se trata de precisar lo que debe entenderse por Derecho económico y de definir el contenido de éste y sus relaciones con las demás ramas jurídicas. A lo que debe agregarse que la distinción inevitable entre un Derecho económico nacional y otro internacional contribuye, en este caso, a aumentar aun más las dificultades de determinación (3).

Es así como los juristas que sustentan el concepto extensivo de Derecho económico se muestran inclinados a incluir dentro de él a aspectos muy variados, como pueden ser: la legislación sobre propiedad estatal, sobre régimen de expropiaciones, sobre planificación económica meramente indicativa, sobre estímulos fiscales a la producción económica, sobre autogestión obrera, sobre cooperativas y sociedades mutuales, sobre acuerdos en materia arancelaria, sobre transferencia de tecnología, sobre régimen de empresas públicas y sobre secreto industrial, entre otros. Con esta confusión sobre el genuino objeto del Derecho económico se enturbian aún más las ideas acerca de la identidad y

---

Derecho penal económico en una rama autónoma e independiente del Derecho penal. Esta posición, evidentemente excesiva, tiende a desaparecer. Righi niega esa autonomía, sin desconocer que en el Derecho penal económico pueden advertirse particularidades que lo conforman como una especialidad (ver su trabajo citado en segundo lugar en nota 1, pp. 190 y 191).

(3) Una parte importante del contenido del Derecho económico internacional aparece en la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados, aprobada por abrumadora mayoría, en diciembre de 1974, por la Asamblea General de Naciones Unidas, pero cuyo contenido es fuertemente resistido por las naciones industrializadas que se opusieron a ella. Sobre este punto puede verse: *Derecho económico internacional* (obra colectiva coordinada por J. Witker), Fondo de Cultura Económica, México, 1976.

Sobre dispersión de opiniones en cuanto al contenido del Derecho económico es buena prueba la serie Estudios de Derecho Económico (dirigida por Héctor Cuadra), publicada por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), pues recoge temas que manifiestamente exceden un concepto preciso de Derecho económico.

límites de éste y se le convierte en una especie de traje de arlequín en el que se juntan caprichosamente innúmeros trozos de tela desprendidos de otras ramas tradicionales del Derecho, como son: el Derecho administrativo, el Derecho mercantil, el Derecho internacional privado, el Derecho aduanero, el Derecho fiscal y el Derecho industrial (4).

Por consiguiente, pese al consenso tan amplio, aunque no unánime (5), producido en los últimos cincuenta años acerca del surgimiento de una nueva rama jurídica, que sería el Derecho económico, no puede afirmarse que exista, hasta ahora, una concepción única a su respecto. Y si consideramos al delito económico como la figura penal prevista por el legislador para proteger los bienes jurídicos más relevantes y merecedores de amparo penal que propone dicho Derecho económico, nos resultará fácil comprender el origen, grado y profundidad de las discrepancias que se mantienen acerca del concepto de delito económico.

Las líneas que siguen están ordenadas a presentar un concepto de delito económico que encuentre cómoda cabida sistemática dentro de la parte especial del Derecho penal y que perfile una idea más nítida.

---

(4) Todos los temas señalados al comienzo de este período y muchos otros, tan variado como ellos, que en su mayoría sobrepasan claramente el ámbito específico de un Derecho económico, figuraron como ponencias para el Congreso Internacional de Derecho económico celebrado en México DF del 29 de junio al 3 de julio de 1981, bajo el patrocinio de UNAM, Escuela Nacional de Estudios Profesionales de Acatlán. En nuestra intervención inicial en dicho Congreso lamentamos que no se hubiera cuidado de discutir y esclarecer previamente el concepto de Derecho económico. Esto condujo a la elaboración de un documento no oficial en el que en alguna medida se acogieron nuestras observaciones.

Para Alfandari, el Derecho de los negocios (equivalente al Derecho económico) no es un Derecho autónomo y toma su materia de otras ramas del Derecho, pero tiene originalidad en cuanto permite incorporar reglas que difícilmente encuentran lugar en las disciplinas tradicionales, asegura una síntesis de materias cogidas de otras ramas jurídicas y es lugar de encuentro del Derecho con la economía (ob. cit., pp. 3 y 4).

ENRIQUE R. AFTALION, en *Tratado de Derecho penal especial*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 1969, tomo I, pp. 20, 85 y 87, afirma que el Derecho económico no es una rama jurídica autónoma, pues sus instituciones son heterogéneas, se coligan por criterios contingentes y se afincan en viejas ramas del Derecho (civil, comercial, penal, trabajo, etc.), de las cuales extrae su contenido.

Semejante parece ser el criterio de EUGENIO R. ZAFFARONI, en *Tratado de Derecho penal*, Ediar, Buenos Aires, 1980, tomo I, p. 249, pues dice que en el Derecho penal económico se han agrupado cuestiones de diversa naturaleza jurídica (monopolios, cheques sin fondos, etc.), por lo que no puede ser satisfactoriamente sistematizado, sino entendido como un ámbito de competencia jurisdiccional cuyas ventajas prácticas no discute.

Nos proponemos demostrar que el Derecho económico es un Derecho original y autónomo, cuya delimitación se hace indispensable si se quiere llegar a un claro concepto de lo que es delito económico.

(5) Sebastián Soler se cuenta entre los que rechazan el Derecho penal económico (ver: «El llamado Derecho penal económico», en *Revista Mexicana de Ciencias Penales*, México, 4.ª época, núm. 17, julio-septiembre 1975), sobre la base de negar que la idea de delito económico esté construida sobre un bien jurídico.



acerca de él. Ellas tienen en cuenta que no hay posibilidad alguna de precisar el concepto de delito económico sin llegar antes a un esclarecimiento de los fundamentos, alcances y objeto del Derecho económico. Por esta razón, el análisis se inicia con este último (6).

## 2. Las funciones del Estado y del Derecho en el plano económico

No es nuestro ánimo el entredarnos aquí en tecnicismos ajenos al tema específico que estamos desarrollando. Por ello nos basta expresar, con mucha simplicidad, que vemos al Estado, desde un punto de vista jurídico (7), como el ente público supremo que asume e impone la organización, la conducción y la protección de una comunidad nacional independiente sobre un territorio dado.

Esta noción jurídico-abstracta de Estado envuelve varias ideas que le son inseparables. Aquí hemos de insistir sólo en aquéllas que se vinculan más cercanamente al Derecho económico, dentro de las cuales podemos señalar:

a) Un poder soberano que le permite resolver libremente, mediante la adopción de determinaciones autónomas, todo aquello que es propio del ámbito de sus tareas y funciones.

b) Medios efectivos (variados en su naturaleza) que le permiten subordinar las voluntades particulares o de grupo existentes en su seno y obtener pleno acatamiento a dichas decisiones (8).

---

(6) Miguel Bajo, en su reciente extensa monografía sobre delito económico (ob. cit., pp. 36-44) incurre en grave error cuando trata de exponer el concepto de delito económico sin ocuparse previamente de dejar fijado el concepto de Derecho económico. Esto explica que acuse una extrema imprecisión cuando intenta señalar hechos que constituyen delitos económicos. Para salvar las dificultades, proporciona dos conceptos sobre delito económico, uno en sentido estricto y otro en sentido amplio, pero, aparte de que en ambos introduce materias que nos parecen ajenas a la noción de delito económico, termina por no deducir consecuencia alguna de la división que propone, pese a que, en la práctica, aplica la segunda. Abunda, en cambio, en disquisiciones criminológicas. Esto explica que la fundamentación jurídica de su obra sea débil y que concluya aseverando que «es inútil... pretender mayor precisión» (p. 43).

Desde una posición diferente y más general, Héctor Cuadra se muestra escéptico en lo relativo a una delimitación apropiada del Derecho económico. Para él es irrelevante determinar si el Derecho económico es o no autónomo, todo intento de definirlo acusa una «manía jurídica» y, en todo caso, no se define en actitud finalista (expresiones que tuvo como ponente en el Congreso Internacional señalado en nota 4). Procuraremos rebatirlo.

(7) Esto nos excusa por omitir el debate teórico acerca de las coincidencias y diferencias que existen entre Estado y derecho, ampliamente cubierto por H. Kelsen y otros autores.

(8) R. von Ihering declaró que «la ausencia de poder material es el pecado mortal del Estado, aquel para el cual no hay perdón y que la sociedad no soporta..., pues es una contradicción en sí...».

c) Una organización administrativa eficiente, capaz de lograr la planificación, realización adecuada y perduración de sus directivas sociales; y

d) Una regulación legal que establece su misión, poderes y atribuciones con la mayor claridad y determinación posibles y que reconoce a los ciudadanos el respeto de sus derechos fundamentales ante posibles excesos de poder. Esta última es la idea que conduce a la noción de Estado de Derecho, ampliamente difundida y generalmente aceptada en el mundo moderno.

Sobre la mayoría de las ideas anotadas existe actualmente un consenso práctico lo suficientemente asentado como para tenerlas por ampliamente dominante, pese a la diversidad de enfoques particulares que derivan de las variadas ideologías imperantes. Se produce, en cambio, una notoria divergencia de opiniones sobre la misión que corresponde al Estado en materia económica y sobre las actuaciones que él puede desarrollar en dicho plano en relación con la sociedad y los individuos que la constituyen. La discrepancia se extiende, como es natural, a los aspectos económicos que deben ser regulados por las normas legales y se refleja al determinar los fundamentos, el alcance y las características de lo que se denomina Derecho económico.

Esta divergencia se origina en concepciones ideológicas diferentes que deciden muy diversamente las funciones del Estado y del Derecho en relación con las actividades de producción, distribución y consumo de bienes y servicios entre los hombres. En último término se trata de disensiones acerca de la organización político-económica que corresponde dar a un país.

### 3. *Necesidad de un examen de las posiciones políticas y económicas*

Los juristas teóricos oponer una resistencia notoria cuando se trata de sobrepasar los límites de la «Ciencia del Derecho» (9). Esta resistencia los ha llevado, en más de una ocasión, a convertir los conocimientos jurídicos en puras entelequias que flotan en el vacío, por su falta de conexión con las realidades sociales. Hay que advertir que ella es, muchas veces, más aparente que real, pues ellos mismos no vacilan en poner dicha ciencia al servicio de las ideologías políticas y económicas dominantes, como si éstas fueran las únicas válidas.

No creemos posible, sin embargo, llegar a la comprensión de lo que es el Derecho económico sin examinar las variadas formas de or-

---

(9) Hablamos de «ciencia del Derecho» para denominar el conjunto de conocimientos teóricos y de técnicas que se ocupan del fenómeno jurídico. Pero dejamos constancia de nuestras reservas acerca de que el derecho sea una verdadera ciencia. Este es un tema que no es posible tratar aquí.

ganización política y de estructuras económicas que pueden darse en la realidad. Para nosotros se acaba aquí un derecho puro y etéreo, pues hemos de penetrar en un campo menos ideal, en el que ingredientes políticos, económicos y sociales muy variados, nacidos de la realidad o de concepciones doctrinarias, empiezan a interpenetrar teorías y principios jurídicos.

Esto significa que en materia de Derecho económico debemos trabajar con elementos que están fuera de lo estrictamente jurídico y que hemos de mezclar nuestro material de elaboración con conceptos y realidades que provienen no sólo de ciencias sociales ajenas al Derecho, como la politología y la economía, sino también de experiencias sociales concretas.

Cuando se ha de penetrar en campos de esta clase (nos viene a la mente la palabra «multidisciplinarios»), el científico del Derecho se estremece ante el temor de contaminarse con el insustancial verbalismo que cree advertir tantas veces en esas interminables discusiones relativas a las variadas y opuestas posiciones que surgen respecto de la organización política y económica concreta. Teme verse envuelto en debates a los que salpican manifestaciones de demagogia, si no de politiquería, o verse arrastrado a turbias controversias en las cuales afloran fácilmente pugnas de grupos o luchas por predominios materiales, siendo que él ha creído siempre que sus construcciones jurídicas abstractas lo mantienen alejado de ese terreno.

Lo primero que hemos de procurar en este planteamiento inicial ha de ser, por consiguiente, convencernos de que sin un examen directo de la realidad concreta de las diversas naciones en lo relativo a su organización política y económica, no podemos obtener los elementos primarios que necesitamos para elaborar principios de Derecho económico. Esto significa reconocer, de partida, que hemos de conocer y estudiar primero esas formas organizativas, tanto en su enunciación doctrinaria como en su aplicación práctica (10).

Con la firme resolución de conservar —pese a todo— nuestra neutralidad científica en materias en que doctrina y realidad son tan variadas como antagónicas y en que los debates ideológicos se advierten tan apasionados como opuestos, hemos de examinar y analizar en la forma más objetiva posible, la pluralidad de opciones que se dan, tanto en las posiciones ideológicas como en la realidad concreta. Sólo abarcando toda la gama, sin prejuicio ni preferencia alguna, podremos apor-

---

(10) Nuestra posición personal en este punto es bien definida: son la política y la economía las que determinan el contenido del Derecho y éste no pasa de ser otra cosa que un instrumento al servicio de ellas. Lo anterior, que es válido para todos los ámbitos jurídicos se aprecia con gran claridad cuando se trata del Derecho económico. Ver nuestro: *El Derecho como obstáculo al cambio social*, Siglo XXI Editores, 5.ª edición, México, 1981, capítulos VI y VIII.

Muchos de los estudiosos del Derecho económico y del Derecho penal económico, entre ellos Hans H. Jescheck, Klaus Tiedemann, Elie Alfandari, admiten que la estructura de esas disciplinas están en relación directa con la forma de organización político-económica dominante.

tar, en cuanto juristas, las luces que nuestros conocimientos técnicos permiten proyectar en este ámbito de tan vehemente controversia.

#### 4. *Una simplificación metodológica*

Tan vasto es el abanico de doctrinas políticas, económicas y sociales que se disputan el favor de los hombres con el fin de mejorar su vida individual y social, y tan extensa es la variedad de sistemas realmente existentes en ese orden dentro de las diversas naciones del mundo, que habría absoluta imposibilidad práctica de abarcarlos en los límites materiales de este trabajo. Por esta razón nos proponemos efectuar una reducción esquemática de ellos que seleccione a los más característicos y que presente sus rasgos más esenciales, con el objeto de que consideremos a su respecto los problemas capitales que plantea el Derecho Económico.

Esta reducción se limitará a presentarnos, primero, los puntos extremos y, luego, la enorme variedad de matices que en insensible gradación se sitúa entre ellos, reunida en un solo haz intermedio encargado de mostrar la línea central que siguen las posiciones eclécticas. De este modo, las posiciones extremas quedarán caracterizadas con el rigor de sus tesis más integristas y todo aquello que escapa a este rigor figurará en los términos de mayor equilibrio, como un centro coincidente con la línea media de aquéllas.

Estamos plenamente conscientes de que el procedimiento simplificador que anunciamos nos llevará, debido a su propia generalización tan acentuada, a afirmaciones que en algún caso sean poco precisas o carentes de los necesarios matices y, por ello, no enteramente coincidentes con ciertas realidades —especialmente cuando se agrupen en una sola línea las variadísimas tendencias de centro—; pero creemos preferibles este riesgo, hartamente advertido, que el de dispersarnos en forma excesiva y confusa.

Al explicar esta triple división esquemática, vamos a comenzar por señalar la doctrina o la práctica que cada una de las tres tendencias predica o exterioriza en los aspectos económicos, para de ellas deducir, en seguida, el concepto de Estado que para cada una fluye y los principios sobre organización de la economía que invocan, principalmente por lo que se refiere a las funciones que en este respecto atribuyen al Estado. Todo esto para ser colocado como una base y una explicación de lo que es el Derecho económico.

Veremos, así, que el Derecho económico adquiere su mayor desarrollo dentro de la posición intermedia, de las tres que consideramos. En las otras dos, que son las posiciones extremas, decae notoriamente su importancia. Sin embargo, por razones históricas y lógicas hemos de exponer primero dichas posiciones extremas, que son el capitalismo, con la ideología liberal-individualista que lo sustenta, y el socialismo, con la doctrina principalmente marxista que le sirve de apoyo. La razón histórica está en la aparición cronológica anticipada de estas po-

siciones, y la razón lógica, en que éstas son, con su pugna, las que originan el nacimiento de la posición intermedia.

### 5. *El capitalismo*

El capitalismo es un modo de organización socio-económica que admite la propiedad privada de los medios de producción, afirma la necesidad de que existan seres humanos que vendan su trabajo personal a los poseedores de esos medios y encuentra en la existencia de un libre mercado la regla infalible encargada de determinar las clases, formas y precios de los productos y servicios, de regular sus costos y las ganancias correspondientes y de proceder a la distribución y consumo de la riqueza.

El capitalismo predica la más plena libertad de industria y de comercio y propone una libre iniciativa empresarial, todo esto dentro de un sentido competitivo de las actividades económicas y del reconocimiento de la utilidad y el lucro como impulsores de éstas. Declara, asimismo, que no es la igualdad de medios económicos la meta de su sistema, sino una igualdad de oportunidades para todos, que permita el triunfo de los más capaces.

Será en este ámbito de libre concurrencia para los empresarios y de libre elección para los consumidores (economía libre de mercado), donde se impondrán las leyes naturales de la economía, las cuales, como mano invisible, determinarán automáticamente un equilibrado progreso económico general y, con ello, un aumento del bienestar de todos.

El empresario queda convertido así en el actor principal y dominante del proceso económico. La ilimitación con que él puede acumular riqueza no es tenida como un mal social, pues constituye la base de un ahorro que incrementa las actividades económicas en beneficio colectivo y permite, en definitiva, que esa riqueza acumulada en manos privadas caiga en cascada, en su excedente, sobre todos los miembros de la sociedad. El salario de los trabajadores queda regulado, dentro de este sistema, por la ley de la oferta y de la demanda.

El capitalismo insiste en que su aplicación favorece la mayor libertad de los individuos, por cuanto permite a éstos dedicarse a la actividad que prefieran y elegir libremente, dentro del ámbito económico, aquello que más se ajuste a sus deseos. Esta libertad económica es la base sobre la cual se apoyarán sólidamente las libertades políticas y civiles de los individuos.

Para el capitalismo la única función interna del Estado es el resguardo del orden, entendido éste como la protección efectiva de la libertad y derechos de cada individuo. Para ello debe establecer un aparato policial y una organización judicial eficientes, que impidan choques entre los individuos o atentados de unos contra los derechos de otros. La propiedad privada y los derechos adquiridos de cada uno deben quedar plenamente asegurados por la organización estatal; ésta debe ocuparse, también, de la perduración del sistema.

Dentro de esta concepción el Estado no debe intervenir ni tomar ingerencia alguna en las actividades económicas, las cuales han de quedar entregadas a la libre iniciativa de los particulares y reguladas en forma natural, eficaz e infalible por las leyes del mercado. Este Estado prescindente, dotado de una estructura muy simple, significa una reducción considerable del Derecho administrativo.

## 6. *El socialismo*

El socialismo no admite la propiedad privada sobre los medios de producción, como manera de abolir la explotación del hombre por el hombre, de procurar la extinción del régimen de salariado y de alcanzar la desaparición de las clases sociales. La lucha de las masas desposeídas para acabar con la propiedad privada capitalista y destruir el poder de la burguesía es el motor privilegiado de la historia y de la revolución que necesariamente habrá de sobrevenir.

La actividad económica queda subordinada a la satisfacción de las necesidades humanas, expresadas conforme a la voluntad de la clase trabajadora y de sus organizaciones. La meta final es que todo ser humano cuente con lo necesario para su más pleno desarrollo como tal, en lo material, en lo intelectual y en lo cultural. Por tales razones, las actividades económicas han de desarrollarse subordinadas al gobierno de los trabajadores, conforme a una planificación que alcance a todas ellas y que tienda al logro de aquellos objetivos. El trabajo es el valor preponderante dentro de la sociedad, constituye un deber de todo hombre y ha de ser realizado de modo que quede asegurada la igualdad económica de todos. Sin igualdad económica no adquieren realidad las libertades de orden civil y político.

El Estado es el instrumento que permitirá a la clase trabajadora someter a sus enemigos de clase (por ello se habla de dictadura del proletariado). Toca al Estado, en su calidad de órgano superior al servicio de la clase trabajadora, organizar, planificar y regir las actividades económicas en interés de ella. El papel del Estado alcanza a todo aquello que sea necesario para imponer la subordinación de los individuos a la sociedad, para llegar a la plena igualdad de todos los hombres y para el perfeccionamiento y consumación del socialismo (11).

## 7. *Las posiciones intermedias*

Entre el capitalismo y el socialismo puros existe una gama amplísima y muy matizada de posiciones eclécticas que proponen soluciones intermedias por la vía de moderar las tesis de un extremo, de selec-

---

(11) Deliberadamente y con ánimo de simplificar el esquema, omitimos aquí referencias a la etapa final del socialismo, que es el comunismo. Ha de entenderse, por lo tanto, que nos estamos refiriendo al socialismo en su etapa de lucha anticapitalista.

cionar sólo algunas de ellas, desechando las demás, o de mezclar las de uno y otro para llegar a algo que aúne lo mejor de cada cual. Hasta hay algunas que pretenden construirse con elementos enteramente nuevos. Caben aquí todas aquellas tendencias que se denomina social-democracia, democracia-cristiana, social-cristianismo, democracia social, tercera posición y otras, todas las cuales pueden caber dentro del género común de «reformismo».

Antecedente de ellas pueden encontrarse en la encíclica «*Rerum Novarum*», iniciadora del grupo de las llamadas encíclicas sociales del Papado, la que plantea —en 1891— una defensa de los obreros contra los abusos y excesos de los empresarios y propone una corrección del capitalismo por medio de la constitución de asociaciones obreras, de la implantación de un justo salario y de una mejor distribución de la riqueza. No son éstas ideas originales de León XIII, sin embargo, pues ellas se expresaban ya desde antes en muchos ambientes doctrinarios laicos, aparte de haber sido sostenidas también por algunos reducidos sectores cristianos carentes de organicidad.

Se reconoce que las primeras manifestaciones normativas de este orden que aparecen en forma más o menos sistematizada en el mundo jurídico, se hallan en la Constitución de Méjico de 1917 y en la Constitución de Weimar de 1919. En la primera se proponen los derechos de los trabajadores, la reforma de la tierra y la redistribución de la riqueza, todo ello dentro de un trasfondo de conciliación de clases. La segunda agrega las nociones capitales de propiedad con función social, de deberes sociales de los ciudadanos y de función asistencial del Estado.

En la imposibilidad de referirnos a todas las variedades corrientes reformistas, describiremos aquí una línea media destinada a caracterizar a las que se apartan más de los extremos, las cuales coinciden con las más importantes y difundidas de ellas.

Su idea común es que ni el capitalismo ni el socialismo puros son apropiados para una mejor convivencia humana, razón por la cual deben introducirseles rectificaciones e incorporárseles algunos principios nuevos que eviten sus malos resultados. Para ello subrayan la necesidad de lograr una distribución más equitativa de la riqueza, una efectiva participación de todos en las decisiones más importantes de la vida social y una conciliación de las clases antagónicas. El argumento reformista que se esgrime con mayor efectividad y preponderancia consiste en la defensa de la dignidad humana, que se supone hollada o desprotegida por las tendencias más extremas. La demanda de una mayor justicia social se halla también en el primer plano.

El reformismo pone de realce el sentido y valor del trabajo humano (sin oponerse directamente al régimen de salariado) y procura su respeto a través de medidas que eviten su menosprecio, principalmente mediante la fuerza de las organizaciones de trabajadores y de normas que apoyen y protejan la debilidad del trabajador aislado.

Para alcanzar sus finalidades el reformismo admite la conservación

de las estructuras socio-económicas básicas del capitalismo (12), pero sujetas a rectificaciones que impidan excesos y abusos. Por ello acepta que el Estado, al cual se declara tutor del bien común (13), vigile las actividades económicas privadas, las modere y las regule con uso de atribuciones más o menos amplias. Accede, así, a que el Estado, utilizando legislación apropiada, restrinja en alguna medida la libertad de industria y comercio, la libre iniciativa empresarial y la libre competencia, si ello conviene al bien común. También acepta que el Estado asuma funciones claramente asistenciales, auxiliando a los desfavorecidos en sus necesidades de vivienda, salud, educación y otras (14). No son raras las tendencias reformistas que buscan paliativos al régimen de salariado por la vía de promover empresas de autogestión de los trabajadores (15).

El reformismo llega hasta a aceptar que el Estado mismo se convierta en actor económico y que asuma directamente ciertas actividades productivas o de distribución de gran importancia para el interés general. En tales casos el Estado, en tanto representante de este interés, se transforma en empresario y toma a su cargo la gestión correspondiente, originando lo que se llama una «empresa del Estado», generalmente a través de una nacionalización (16).

---

(12) Parece importante hacer notar que el reformismo se presenta invariablemente como un capitalismo dulcificado o corregido y no como un socialismo parcial o atenuado. Esto podría deberse a que los reformistas son generalmente hombres de la clase media, que conocen la penuria de los trabajadores, pero que esperan una reforma que les permita mejorar también su propia condición. Esto les impide dar el largo paso de admitir propiedad colectiva sobre los medios de producción.

(13) La noción de bien común es una categoría aquinatense que adquiere gran relieve en aquellas corrientes del reformismo que se inspiran en filosofías consideradas cristianas.

(14) Es importante señalar la aparición, en el ámbito del nuevo Derecho internacional, de los derechos sociales como derechos humanos fundamentales que debe proteger y promover todo Estado. Entre esos derechos sociales se cuentan el derecho a la vivienda, el derecho a la salud, el derecho al trabajo y otros. Ver: Declaración Internacional de los Derechos Humanos de 1948 y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 1966.

(15) La reciente encíclica del Papa Juan Pablo II, emitida en la mitad de septiembre de 1981 con el nombre de *Laborem exercens*, recomienda la autogestión de los trabajadores.

(16) Hemos dedicado muchos esfuerzos nuestros al tema de la nacionalización, como se ve en: *Nacionalización y recuperación de recursos naturales ante la ley internacional*, Fondo de Cultura Económica, México, 1974; *Defensa de las nacionalizaciones ante tribunales extranjeros*, publicación UNAM, México, 1976; *La nacionalización del petróleo en Venezuela*, publicación UNAM, México, 1979, y «La nacionalización en su aspecto jurídico», en *Derecho Económico Internacional, Fondo de Cultura Económica*, México, 1976.

En muchos Estados modernos no plegados rígidamente a los principios liberal-capitalistas o socialistas, el número de las empresas del Estado o de empresas dominadas por el Estado va en constante aumento. Entre los países latinoamericanos podemos mencionar como buenos ejemplos al Brasil y a México, como países en los que existe un alto número de empresas de esta clase.



Lo que se ha expuesto explica el papel nuevo que corresponde al Estado dentro de la posición reformista. Abandonando la tesis capitalista sobre total prescindencia de él en las actividades económicas, le asigna funciones de gran relieve e importancia dentro de éstas, que van desde una simple tarea de fiscalización y de control hasta su incorporación a las actividades económicas en la condición de empresario de ciertas actividades de esta clase, pasando por una muy aceptada facultad de regulación obligatoria de los procesos económicos privados y de planificación imperativa de éstos.

#### 8. *La aplicación efectiva de las tendencias doctrinarias*

En las tres secciones precedentes hemos propuesto las posturas doctrinarias que se ocupan de la función del Estado y del papel del Derecho en lo relativo a las actividades económicas. Llega ahora el momento de enfocar la aplicación práctica de ellas, según sus rasgos más generales que sean útiles para una mejor explicación acerca del Derecho económico.

En los años recientes presenciamos un evidente resurgimiento en el mundo de un capitalismo de inspiración más acentuadamente liberal-individualista. Predonderan en muchos centros de altos estudios económicos doctrinas conservadoras que, gracias al apoyo de grandes transnacionales, han obtenido apoyo y realización práctica en varios países. Es lo que ocurre no sólo en los Estados Unidos sino también en Gran Bretaña, España y varios países latinoamericanos sometidos a regímenes dictatoriales. Algunos hablan hoy de un reflujo conservador en el mundo.

Hasta hace poco el reformismo dominaba en casi todas las naciones, sin excluir a los propios Estados Unidos. Pese a la reaparición del capitalismo que hemos anotado, aquél persiste en los países europeos dominados por la social-democracia o la democracia-cristiana, como es el caso de Alemania Federal, Austria, Bélgica, Holanda e Italia y en países latinoamericanos en los que se conserva plena o parcialmente un régimen democrático, como es el caso de Colombia, Ecuador, Méjico, Perú y Venezuela. En todos ellos impera el concepto de Estado benefactor (Welfare State), pese a que algunos prefieran la expresión de H. Heller «Estado democrático y social de derecho», pues una de sus características más importantes radica en su gran respeto por los derechos sociales y en su vocación democrática.

El socialismo impera como doctrina inspiradora, aun cuando alterado en varios de sus aspectos dentro de su aplicación práctica, en los países del oriente europeo y en Cuba. Francia ha declarado encaminarse hacia el establecimiento de un socialismo después de las últimas elecciones presidenciales y parlamentarias (17).

---

(17) Nos limitamos a proporcionar algunas referencias genéricas de países próximos, pues no tenemos la posibilidad de dar información completa en ámbito mundial.

### 9. *La intervención económica del Estado como hecho de la historia reciente*

El fenómeno de la intervención del Estado en la fiscalización, regulación y gestión de actividades económicas se ha producido en época moderna en la mayor parte de los Estados durante el último medio siglo y fue determinado en varios casos más como resultado de necesidades prácticas que por inspiración ideológica.

Se inicia a fines del siglo pasado y comienzos del presente en forma larvada: mediante medidas estatales destinadas a resolver problemas de subsistencia y vivienda de los grupos económicamente más desfavorecidos; se extiende, luego, a medidas para el mejoramiento de la salud y de la educación de ellos. Pero son las grandes guerras de este siglo las que lo imponen como una necesidad, en cuanto el Estado no puede evitar el inmiscuirse en las actividades económicas privadas como única forma de resolver en plazo prudente los graves problemas de destrucción de viviendas e industrias, de migración y desplazamiento de refugiados y de debilitamiento general de la economía.

De esta manera, la intervención del Estado en las actividades económicas libradas al sector privado se establece en casi todos los países, y pese a que en alguna de sus manifestaciones más extremas desaparezca una vez alcanzada la normalización dentro de la paz, una vasta variedad de ellas perdura y llega a consolidarse de modo permanente (18).

En su virtud, el Estado adquiere atribuciones que le permiten ingerencia dentro de muchas fases de las actividades económicas, especialmente de las que miran a determinar la clase de industrias que pueden ser establecidas, el tipo de producción que podrán llevar a cabo, la cantidad y calidad de sus productos, el monto del salario de sus trabajadores, la forma de distribución de los productos y el precio de ellos. Con ello quedan restringidas en mayor o menor medida la libertad de industria y comercio, la libre iniciativa empresarial y las leyes naturales del mercado libre, propias todas del sistema capitalista. Aparte de ello, el Estado se ocupa de resolver la satisfacción de los derechos sociales de todos, tomando casi siempre a su cargo los organismos y servicios encargados de ellos. Y esto, sin contar con las tareas económicas que el Estado se reserva para sí mismo en forma exclusiva, mediante reserva simple, estatización y nacionalización de ciertas actividades.

Junto a lo anterior, aparece una serie de medidas estatales destinadas a proteger los intereses económicos nacionales en relación con las actividades de otros Estados o de empresas extranjeras. Algunas de estas medidas son adoptadas unilateralmente por el Estado. Otras son aplicadas en virtud de convenciones bi o multilaterales entre Estados

---

(18) Es muy conocido el caso de nacionalizaciones decretadas por Francia y Gran Bretaña en los años de pre y postguerra. Estas medidas fueron mantenidas, en su enorme mayoría, aun después de alejada la emergencia bélica.

y tienden a regular relaciones económicas entre los pactantes o a ampararlos de actividades económicas perjudiciales generadas por terceros Estados o por empresas pertenecientes a éstos.

Brota, de este modo, además, un vasto conjunto de reglas obligatorias de conducta para ciertas actividades económicas que se generan fuera de la nación, pero que la afectan, o que se proyectan hacia afuera del territorio nacional. Es ésta una dimensión del Derecho económico que, no obstante la cada vez mayor importancia que va adquiriendo, se olvida frecuentemente (19).

La hipótesis que nos proponemos confirmar y demostrar con estas consideraciones y las que siguen, es que esas medidas, mediante las cuales se someten las actividades económicas nacionales e internacionales de un país a reglas obligatorias que limitan las posibilidades de actuación de empresas o individuos, con fines de protección de una forma determinada de organización socio-económica nacional (20), forman el contenido del Derecho económico. Con ello, lo sustancial de estas medidas queda constituido por la restricción, modificación o prohibición de ciertas actividades económicas de los particulares que impone el Estado (unilateralmente o en concierto con otros) en nombre del interés general, y lo formal, por el conjunto de normas obligatorias que expresan esas limitaciones y que sirven de vehículo a la voluntad del Estado de imponer un modelo determinado de organización político-económica. Son estas normas obligatorias las que en su conjunto sistemático conforman el Derecho económico.

Se trata, por consiguiente, de la expresión de nuevas atribuciones del Estado, fruto de las circunstancias históricas que entran a vivir los pueblos de hoy, la que se explica en razón de nuevas condiciones sociales que han aparecido (21).

Todas estas nuevas atribuciones del Estado, fundadas en una variada concepción acerca de la misión social que toca a éste, requieren, inevitablemente, de leyes que las establezcan, regulen y delimiten. Estas surgen inicialmente en forma reducida, pero van aumentando gradualmente en número, extensión e importancia en las décadas más recientes. Y atenta su trascendencia, empiezan a figurar también dentro

---

(19) Ver la obra citada *supra* en nota 3, sobre *Derecho Económico Internacional*.

(20) Los juristas tradicionales abominan de este sometimiento de las actividades económicas a reglas jurídicas rígidas, en cuanto éstas desconocen la libertad contractual y la autonomía de la voluntad. Es el caso de George Ripert, quien llegó hasta a profetizar la «declinación del derecho» en razón de esta indebida ingerencia de la ley en los contratos, en nombre de lo que él denunciaba como la «democracia social».

(21) Es cierto que la intervención del Estado en la economía viene desde muy antiguo, podría decirse que de milenios. Ella se ha dado en todas las épocas de la historia. Sin embargo, creemos que la forma extensiva y sistemática con la que aparece en este siglo, los medios muy eficaces que se emplean para hacerla efectiva y su vinculación a doctrinas ideológicas que aspiran a proporcionar una concepción completa de la forma de organización social y económica, constituyen toda una novedad.

de la mayor parte de las constituciones modernas (22). Con ello el Derecho económico emerge como nueva rama jurídica positiva y comienza la posibilidad de su teorización jurídica por medio de una hermenéutica apropiada, un estudio dogmático y una crítica lógica y valorativa.

#### 10. *Fundamentos teóricos del Derecho económico*

De lo que se ha expresado puede inferirse que el Derecho económico es una rama jurídica que se origina y adquiere desarrollo dentro de Estados que se atribuyen, en mayor o menor grado, una dirección de la economía nacional y que la hacen efectiva por medio de leyes que les reconocen facultades para regular las actividades económicas que se hallan en manos de particulares o, eventualmente, para asumirlas en forma parcial. Es precisamente el conjunto de leyes y preceptos de todo orden (aun de rango constitucional, como se ha visto) relativo a ese aspecto el que forma la materia positiva de tal Derecho económico.

Tan pronto se admite que la intervención dentro de las actividades económicas de un país, en cualquier grado que sea, es una misión que corresponde al Estado en virtud de su poder soberano para adoptar todas las decisiones adecuadas para el bien general de la población y se dictan normas jurídicas que señalan los casos y formas en que esa intervención ha de tener lugar, puede tenerse por nacido allí el Derecho económico.

Es ese poder soberano del Estado, manifestado en la correspondiente norma jurídica, el que se sobrepone a la voluntad de los particulares que llevan a efecto actividades económicas, imponiéndoles preceptos obligatorios en lo concerniente a la forma y condiciones de proseguir con ellas. Dicho poder interfiere en la libertad de industria y comercio, en la libre iniciativa del empresario y en la libre concurrencia al mercado, en la medida en que ellas estuvieren plena o parcialmente reconocidas, por cuanto se expresa en normas que las restringen o que las derogan parcialmente. Como esas medidas se imponen en nombre del interés general, cuya custodia y tutela están entregadas al Estado, nos encontramos, en tal caso, con un conjunto de reglas imperativas que ni el deseo ni el interés ni la voluntad de los particulares puede modificar ni desconocer, lo cual significa que constituyen normas de conducta de aquéllas que se denominan «de orden público». Y como el orden superior que ellas están llamadas a resguardar mira

---

(22) Las constituciones antiguas, como la norteamericana de 1787, proporcionaban estructuras exclusivamente políticas y no se pronunciaban respecto de sistemas económicos determinados, a lo menos en forma expresa. En cambio, las constituciones modernas contienen, en su mayoría, preceptos que revelan una determinada concepción de la economía nacional o que la imponen. Esto se debe a que la economía se ha convertido en un elemento del que los planes políticos no puede prescindir y a que se estima que las líneas centrales de una organización económica deben quedar claramente establecidas en la constitución para su mejor respeto y perdurabilidad.

al ordenamiento de la economía nacional para el bien colectivo, resulta apropiado reconocer, en su virtud, la existencia de un «orden público económico», afortunada designación que debemos a G. Ripert (23).

El concepto de orden público económico nos parece de primera magnitud para una acertada elaboración de una teoría sobre el Derecho económico, pues él permite concretar el bien jurídico genuino que organiza teleológicamente a esta rama del Derecho y que le da sustento material. Este concepto nos muestra que conforme al pensamiento político-económico dentro del cual nace una legislación de este tipo se reconoce calidad de valor social básico a una determinada forma de organización de la economía nacional impuesta por mandato imperativo del Estado. Esta forma de organización, justificada por razones de bien colectivo según la ideología o la práctica que la imponen, es un bien social nuevo que el interés social explica y que el Derecho ha de resguardar y proteger (24).

La ventaja de la identificación del bien jurídico específico que se contiene en la legislación económica estriba no sólo en una simplificación de la hermenéutica de sus normas, facilitada por el descubrimiento de la finalidad que aquélla persigue, sino también en que dicha identificación proporciona un criterio seguro para encontrar las diferencias que separan a esa legislación de otras ramas jurídicas.

### 11. Desarrollo moderno del Derecho económico

El Derecho económico es la más joven y la técnicamente menos madura de las grandes ramas del derecho moderno, lo cual no impide que haya adquirido un impresionante desarrollo cuantitativo. Pertenecen al Derecho económico la mayor parte de las leyes de índole general que se dictan hoy en muchos países.

(23) Fue G. Ripert el primero en utilizar la expresión «orden público económico» en su obra *El régimen democrático y el Derecho civil moderno* (traducción de José M. Cajicas), Editorial Cajica, Puebla, México, 1951, para señalar uno de los recursos empleados por los cuerpos legislativos modernos para eliminar el contrato (pp. 222 y 223). Recordemos que Ripert era abiertamente contrario a la intervención del Estado en materia económica; no obstante, el aprovechamiento de su expresión en este trabajo se hace con miras a un argumento objetivamente semejante (ver *supra* nota 20). La expresión ha tenido fortuna: fue usada en Chile desde 1941 y ha sido aceptada por numerosos penalistas modernos (caso, entre otros, de E. R. Aftalion, ob. cit., p. 102).

M. Bajo y Conde Pumpido, este último en su ponencia a las Jornadas de Estudios sobre delitos económicos, celebrada en Madrid los días 24 y 25 de septiembre de 1981, bajo los auspicios de la Fundación fondo para la investigación económica y social, dicen simplemente «orden económico», lo que nos parece ambiguo y peligroso. F. Muñoz Conde, en su ponencia a las Jornadas indicadas, reprocha la vaguedad e imprecisión de estas últimas palabras.

(24) M. Delmas-Marty, en su ponencia a las Jornadas aludidas en nota precedente, explica que el objeto de protección del delito económico, coincidente con el objeto de ataque de la acción delictuosa, es el sistema económico por sí mismo, en el sentido de «estructuras económicas del país». Esta idea concuerda sustancialmente con la que sostenemos.

Sus preceptos nacen todavía en forma muy dispersa y desordenada, pues se originan casi siempre por requerimientos e impulsos circunstanciales de urgido apremio y se preparan con criterios altamente contingente y pragmáticos. De ahí que su sistematización y consecuente teorización se hagan extremadamente difíciles. Son estas dificultades, aparte del poco aprecio que muchos juristas le dispensan por razones ideológicas, las que explican que no se haya logrado aún elaborar una teoría jurídica acabada sobre el Derecho económico.

Esto último, hasta el punto que no se llega a acuerdo siquiera acerca de la naturaleza, características y límites de esta nueva rama.

Con el solo propósito de dar una orientación general que ayude a reconocer sus normas, atentas las vacilaciones inevitables que provoca la confusión de los criterios teóricos, creemos conveniente mencionar como indiscutidamente propias del Derecho económico a las disposiciones jurídicas que tratan de lo siguiente:

- a) Planificación imperativa de la economía nacional.
- b) Limitaciones a la producción de bienes y servicios, imposición de cuotas obligatorias de producción o exigencias sobre naturaleza y calidad de esos bienes y servicios.
- c) Distribución obligada de productos y servicios, especialmente de primera necesidad, a veces con señalamiento de precios máximos, zonas de distribución, control de su transporte, etc.
- d) Protección del consumidor, identificación apropiada de bienes y servicios, abusos de propaganda comercial y, en general, medidas para impedir un manejo abusivo de los precios o un desmejoramiento en la calidad de los productos.
- e) Acaparamiento, especulación y agio en sus diversas formas.
- f) Regulación monetaria, control de divisas y cambio de monedas extranjeras.
- g) Asignación de créditos para la industria y el comercio y tasas de interés máximo para ellos (25).

## 12. Ejemplos de implantación constitucional del Derecho económico

Para mostrar preceptos constitucionales que se ocupan de dejar sentadas las bases fundamentales de la doctrina económica que corres-

(25) E. ALFANDARI (ob. cit., p. 1) señala como ámbito del Derecho de los negocios (equivalente al Derecho económico):

- los cuadros jurídicos de la economía (especialmente la reglamentación de la moneda y del crédito, de la concurrencia y de los precios);
- los agentes económicos (principalmente las empresas);
- los objetos económicos: los bienes en el sentido jurídico (corporales e incorpóras), pero también los servicios;
- las actividades económicas: producción, distribución, consumo. Como puede apreciarse, su marco es vago y se separa del que resulta de nuestras reflexiones.

AGUSTÍN FERNÁNDEZ ARBOR, en *Estudios sobre Criminalidad Económica*, Bosch, Barcelona, 1978, señala tres modalidades que trataría de proteger el legislador mediante el delito económico, las que permitirían conocer su

ponde establecer y preservar en los respectivos países, acudiremos a los más pertinentes de España, Colombia y Venezuela.

El artículo 38 de la Constitución Española de 1978 dispone:

«Art. 38. Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación.»

Erraría profundamente quien quisiera fundar en este precepto una opción económica capitalista por parte de los españoles, pues él mismo prevé una consideración de «las exigencias de la economía general» y admite que se imponga una planificación de la economía, ideas ambas extrañas al sistema capitalista.

Pero, además, numerosas normas constitucionales prueban que la nación española se ha acogido a un «Estado social y democrático de Derecho» (art. 1), en el que se busca «participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social» (art. 9), se reconoce la función social de la propiedad como una delimitación de ésta (art. 33), se predica una remuneración suficiente del trabajo (artículo 35) con lo que éste queda sustraído a los efectos de la ley del mercado, se promueve una distribución equitativa de la renta personal (art. 40), se comete a los poderes públicos promover condiciones políticas orientadas a un pleno empleo, pide a los mismos velar por la seguridad e higiene en el trabajo y proteger el bienestar de los trabajadores (mismo artículo) y los obliga a garantizar la defensa de los consumidores y usuarios, ocupándose de su seguridad, salud y legítimos intereses económicos, fomentando su organización, información y educación y «regulando el comercio interior y el régimen de autorización de productos comerciales» (art. 51).

Como si todo esto, que denota manifiestamente una opción por una postura político-económica francamente reformista, fuera poco, otros preceptos prueban hasta la evidencia que los españoles se han distanciado grandemente de un capitalismo liberal y aun de un neo-capitalismo moderno, adentrándose en una avanzada posición ecléctica. En efecto, el artículo 128 declara que «toda la riqueza del país... sea cuál fuere su titularidad, está subordinada al interés general» y que «se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica», facultándose al sector público para reservarse recursos o servicios esenciales y aun para «acordar la intervención de empresas cuando lo exija el interés general»; el artículo 131 permite al Estado planificar la actividad económica general para atender a las necesidades colectivas y estimular la más justa distribución de la riqueza; el artículo 149, número 13, reserva al Estado la competencia exclusiva para fijar «bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica»

---

pensamiento acerca del ámbito del Derecho económico. Ellas son: ordenado desarrollo de la competencia, el crédito y particulares directrices de política económica. No encontramos en él la precisión buscada.

y este mismo artículo faculta al Estado para ocuparse de numerosas materias propias de un Derecho económico (divisas, cambios, créditos, etcétera). Si a todo lo anterior —y ciertamente no hemos agotado las citas constitucionales que pudieren hacerse, puesto que damos una visión rápida del conjunto de esta constitución— se agrega que en los artículos 27, 28, 35, 37, 39, 41, 43, 44, 47, 48, 49 y 50 se reconocen los derechos sociales de los españoles, no puede haber duda alguna que nos hallamos en presencia de una de las constituciones más progresistas y avanzadas del mundo occidental, que con ella la legislación española queda abierta a un vasto desarrollo del Derecho económico y que es admisible que conforme a ella, como uno de tantos recursos jurídicos para preservar el sistema económico implantado, tengan caída los delitos económicos (26).

La declaración pretendidamente capitalista del artículo 38 hemos de entenderla, conforme ya lo hemos explicado, en el sentido de que el reformismo español, como casi siempre sucede, parte de estructuras socio-económicas básicamente capitalistas, pero luego las rectifica y reforma de una manera que lo dejan considerablemente alejado de este extremo. Con ello queda demostrado, una vez más, que el reformismo es un capitalismo corregido.

El artículo 32 de la Constitución de Colombia declara que «la dirección general de la economía estará a cargo del Estado, (el cual) ... intervendrá, por mandato de la ley, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes y en los servicios públicos y privados, para racionalizar y planificar la economía a fin de lograr el desarrollo integral» (27).

Los artículos 95 y 98 de la Constitución de Venezuela disponen que el Estado promoverá el desarrollo económico y la diversificación de la producción, con el fin de crear nuevas fuentes de riqueza, aumentar el nivel de ingresos de la población y fortalecer la soberanía económica del país, y tendrá la facultad de dictar medidas para planificar, racionalizar y fomentar la producción, y regular la circulación, distribución y consumo de la riqueza, a fin de impulsar el desarrollo económico del país.

Estos preceptos latinoamericanos dan cabida también, aunque en forma más resumida, a un dirigismo económico muy amplio. Crean,

---

(26) Nos parece incompleto y restringido el modelo económico que extraen de la Constitución Española vigente José M. Stampa y Enrique Bacigalupo (ob. cit., pp. 163 y 164). Ellos lo limitan a la libertad de empresa, al derecho de propiedad con función social, a las tareas de bienestar general impuestas al Estado y a la participación de los sindicatos de trabajadores y asociaciones empresariales. Con estas indicaciones piensan haber logrado la fijación de un límite exterior *máximo* del objeto de protección.

Basta comparar sus indicaciones, apoyadas apenas en los artículos 7, 28, 33, 38, 40, 41 y 51 de la Constitución, con las que damos en el texto, para apreciar la notoria insuficiencia de ellas.

(27) La Constitución de Venezuela es de 1961. En cambio, la de Colombia es antigua, de 1886, si bien su artículo 32 procede de una modificación reciente.



con ello, la base de un Derecho económico, pues tal propósito habrá de tener manifestación jurídica principalmente por medio de leyes propiamente dichas.

### 13. *Bien jurídico protegido y delito económico*

Esclarecido el concepto de Derecho económico y fijada con ello la clase de normas constitutivas que él establece, corresponde entrar en la precisión y delimitación del concepto de delito económico, principal objetivo de nuestras reflexiones. Con ello nos introducimos en el aspecto sancionatorio, por medio de sanciones penales, de las más graves o turbadoras conductas que atenten en contra de lo que aquellas normas imponen.

De las muchas ideas y categorías que utiliza la técnica jurídico-penal para la elaboración de la teoría del delito, pocas han logrado la estabilidad de la de bien jurídico protegido. Se han formado, como es natural, corrientes diversas también en este punto, pero, pese a todo, podríamos afirmar que desde fines del siglo pasado no se han producido en la doctrina discrepancias muy profundas en lo que concierne a su contenido. En todo caso, las divergencias que pueden existir no tocan ni perjudican la cuestión que tenemos en estudio.

Los bienes jurídicos se confunden con determinados intereses vitales individuales o sociales, cuya alta importancia hace valiosa la mantención de un determinado estado en el que ellos se conserven indemnes. Su valor se establece conforme a un interés medio que toma en cuenta el Derecho. El interés que está en la base de cada bien jurídico no lo crea el Derecho sino que es fruto de una determinada forma de concebir a la sociedad y a los individuos que la forman, la que se refleja en un concreto régimen de organización social, política y económica que se establece en un país en una cierta etapa de su historia. Pero es el Derecho el que capta y recoge ese interés y el que, elevándolo a la categoría de bien jurídico, lo coloca como base del orden social que le corresponde proteger y sostener.

De esta manera, la protección y preservación de un conjunto armónico de bienes jurídicos se convierte en una de las funciones principales del ordenamiento legal y la prevención de las conductas que los lesionen o pongan en peligro con menoscabo o acentuada perturbación del interés social, pasa a ser la misión más indiscutible de la legislación penal.

Conviene aclarar que el concepto de bien jurídico no constituyen sólo el fundamento primordial de la reacción penal, sino que integra el núcleo mismo de la noción de injusto, como carácter de todo delito, en cualquier explicación jurídica que no se satisfaga con elaboraciones puramente formales y que aspire a encontrar la sustancia misma de la negación jurídica en que consiste el delito.

Los hechos punibles pueden ser clasificados conforme a puntos de vista diferentes. Sin embargo, las clasificaciones que toman como base el bien jurídico específico al que afectan, son las más frecuentes, las:

que aseguran mayor racionalidad, las que son más fácilmente comprensibles y las que mejor agotan el ordenamiento del material que sirve de objeto. Esto no puede extrañar, porque es la idea de bien jurídico la que permite distinguir la razón última de la creación de cada grupo de delitos; debido a ello, será la indagación del bien jurídico que corresponde a cada hecho punible descrito legalmente el que mejor permitirá discernirlo para su agrupación de manera consecuente.

La determinación de los bienes jurídicos que el Derecho penal protege, no es, sin embargo, empresa fácil. Muchas veces ella fluye de la misma sistematización de la parte especial que ofrecen las legislaciones penales a través de las divisiones y subdivisiones de ésta, pero en ocasiones hay epígrafes desafortunados o confusos, puesto que el legislador no se aficiona mucho a la teoría y prefiere los criterios prácticos. A lo anterior debe agregarse que es posible distinguir dentro de un bien jurídico genérico numerosas facetas más particularizadas, todas las cuales caben dentro del género, pero cada una de las cuales lo especifica de una manera especial. Hallar dentro del género todas las especies, caracterizar debidamente a éstas y diferenciarlas de manera acertada dentro de una sistematización del conjunto, se convierte en una tarea inevitable para el jurista que quiera llegar a un conocimiento más profundo y exacto. Pero como esto debe cumplirse con elementos que rara vez son proporcionados en forma expresa por el legislador, las conclusiones bien fundadas se logran sólo al precio de grandes esfuerzos.

A lo expresado se suman otras dificultades que añaden una sombra de incertidumbre. Una de ellas es que el Derecho económico está frecuentemente inspirado por concepciones político-económicas contingentes, no siempre amoldables a las clasificaciones doctrinarias ni diáfanas y sencillas. Sus preceptos pueden ser el resultado de problemas sociales puramente coyunturales, elaborados con criterios pragmáticos que carecen de la nitidez de una decisión ajustada a una concepción político-económica definida. Eso, sin contar con que sus reglas pueden ser el resultado de una transacción entre tendencias opuestas dentro de los cuerpos legislativos.

Además, los estudios comparatistas, a los que con tanta frecuencia se acude, pueden no constituir el auxilio apropiado para el jurista, desde que no existe un concepto universal único relativo al contenido del Derecho económico.

Una dificultad más deriva de lo difícil que es fijar criterios definitivos sobre valoraciones que, cualquiera sea su signo ideológico, están siempre determinadas por componentes cambiantes y fuertemente subjetivos.

Este recuento de los más importantes obstáculos que se oponen a una buena determinación y delimitación del concepto de delito económico, no puede llevarnos a un escepticismo negativo. El jurista debe cumplir su tarea empujando hasta el extremo sus razonamientos. Si es afortunado, alcanzará éxito final y, en caso contrario, habrá puesto un

punto de apoyo para que otros, haciendo su crítica o agregando otros nuevos, alcancen aquél (28).

#### 14. *El bien jurídico y sus características*

Si, como hemos visto, al Derecho económico corresponde, como bien jurídico genérico, la protección y preservación de un orden público económico, este mismo bien jurídico constituirá el objeto de protección general de los tipos penales destinados a prevenir hechos que signifiquen formas concretas de lesión o de puesta en peligro de él, según libre elección del legislador respectivo. Esto es, el Derecho penal sancionador habrá de quedar enmarcado por el mismo criterio teleológico usado para el derecho constitutivo, aun cuando la superposición entre ambos nunca sea completa, en razón de que el delito económico se presentará siempre como un sistema discontinuo de hechos elegidos por el legislador a su criterio con el fin de asignarles pena.

Por consiguiente, todo delito económico tendrá como bien jurídico protegido propio algún aspecto del orden público económico concreto establecido en un país determinado.

Este bien jurídico presentará un contenido diferente, según sea el modo concreto de organización político-económica adoptado en cada país y, por ello, no es posible precisar este contenido de manera general. Ello podría hacerse solamente en referencia a una legislación nacional dada.

Con todo, hay algunas características genéricas que por corresponder a la noción misma de orden público económico, tal como la tenemos explicada, van a estar siempre presentes.

Estas características genéricas podemos resumirlas así:

a) Ese orden público económico corresponde a un determinado sistema de organización general de la economía que está implantado en un país.

b) Ese orden público económico se establece por razones de interés general.

c) Ese orden público económico domina imperativamente sobre toda la organización económica del país y obliga a todos los ciudadanos, tanto administradores (autoridades) como administrados (particulares), pese a tener como destinatarios preferidos a estos últimos, pues son éstos los que más frecuentemente pueden menoscabarlo, distorsionarlo o desconocerlo.

Como consecuencia de la primera característica, debemos señalar que el sujeto pasivo del delito económico lo será el sistema económico nacional, en cuanto forma privilegiada de organización de la nación (29).

---

(28) En nota 6 precedente hemos consignado expresiones escépticas de los juristas Héctor Cuadra y Miguel Bajo.

(29) Este concepto es bastante más amplio que otro que se maneja con frecuencia y que también nosotros usamos en otro tiempo: el de la regula-

Como consecuencia de la segunda característica, hemos de precisar que el delito económico no causa por sí mismo un daño (lesión o peligro) a persona o personas determinadas, sino que su daño se difunde sobre toda la nación, sin radicarse sobre nadie en particular; por esta razón, se trata de un daño que no es cuantificable ni singularizable (30).

La consecuencia de la tercera característica (que en parte no es asertórica sino de grado) será que la mayor parte de los delitos económicos tendrán como sujetos activos a los particulares y, dentro de éstos, a los empresarios, lo cual no excluye que, en ciertos casos especiales, algún tipo pueda indicar a un funcionario público como ejecutor directo.

Todo tipo penal que tenga como bien jurídico protegido al orden público económico y que se ajuste, por consiguiente, a las características expresadas, describe un delito económico puro y genuino.

Una inferencia importante y esclarecedora acerca del concepto de delito económico es que basta con que legalmente quede excluida la punibilidad de un hecho por la eliminación o reparación de algún daño cuantificable causado a persona o personas determinadas, para tener la seguridad de que ese hecho típico no puede ser un delito económico.

Una de las figuras más características entre los delitos económicos es el acaparamiento, conducta mediante la cual alguien acumula ocultamente gran cantidad de mercadería de fácil venta con la finalidad de reducir la oferta de ella y de lograr un importante aumento de su precio de venta. Un hecho de esta clase lesiona el orden público económico por cuanto altera la libre concurrencia, priva al mercado de la mercadería que normalmente debería llegar a él, beneficia injustificadamente a quien lo urde y perjudica a todos los demás al provocar un alza en los precios de bienes de gran consumo. No se advierte en él, en cambio, un daño cuantificable para ningún individuo en especial.

Otras figuras bien representativas de los delitos económicos las constituyen las violaciones del comercio de moneda extranjera, que permiten sacar riqueza importante fuera del país, con empobrecimiento de la economía nacional. Cosa semejante puede decirse de aquellas violaciones de reglas imperativas impuestas a la industria o a una parte de ella para producir bienes de clase determinada o de cierta calidad o en cierta cantidad.

Un delito económico de la mayor importancia, olvidado muchas veces por los especialistas, es la falsedad en la información que deben dar a los organismos encargados de la planificación de la economía las

---

ción jurídica del intervencionismo estatal en la economía. Este último no permite explicar la existencia de delitos económicos en los regímenes capitalistas puros, no obstante que en éstos aparecen algunos de ellos.

E. AFTALIÓN (ob. cit., p. 110) estima que el daño que causa el delito económico afecta a la economía nacional en su conjunto.

(30) Los tipos penales relativos a delitos económicos habrán de ser redactados, como es lógico, en forma en que no aparezca como necesaria una prueba del daño, pues tal prueba, por la naturaleza misma de éste, sería imposible o muy difícil.

actividades económicas de producción, distribución y consumo de bienes y servicios. Estas falsedades significan, como es obvio, un perjuicio muy grave para la elaboración de un correcto plan económico y ellas no pueden ser sancionadas normalmente conforme a la legislación penal ordinaria por provenir de particulares y no originar daños directos a alguna persona determinada. Todo sistema económico basado en la planificación de las actividades correspondientes necesitaría contar con tipos de esta clase.

Al proponer los ejemplos anteriores está bien lejos de nuestro ánimo la idea de formar un cuadro de los delitos económicos. Bien conocemos la imposibilidad de agotar su elenco. Si mencionamos algunos es solamente para marcar cómo puede verificarse en ellos el cumplimiento de las características anteriormente señaladas (31). Téngase en cuenta, además, que en razón de que intentamos fijar criterios teóricos básicos para la determinación y delimitación del delito económico, sin ceñirnos por ello a una legislación determinada, los ejemplos propuestos corresponden a figuras ordinariamente previstas por las diversas legislaciones penales económicas.

#### 15. *El concurso de bienes jurídicos*

Las necesidades sociales que el Derecho debe satisfacer no tienen la simplicidad de los esquemas teóricos, sino que se presentan a menudo con características muy variadas que reclaman diversidad o multiplicidad de soluciones jurídicas. Es lo que sucede con hechos que el legislador cree necesario tipificar y que atentan simultáneamente en contra de dos o más bienes jurídicos. Ejemplos apropiados son el desacato a la autoridad, el cual lesiona el prestigio y decoro de ésta desde un punto de vista de interés público, pero puede lesionar al mismo tiempo el honor personal del funcionario ofendido; o el robo con violencia, en el que quedan afectados no sólo el bien jurídico del interés patrimonial individual del sujeto pasivo, sino también los de su vida o integridad corporal.

---

(31) M. BAJO, en ob. cit., p. 42, se aparta de los criterios que hemos fijado y no fija otros que los sustituyan. Como consecuencia, proporciona una abigarrada nómina de delitos económicos. Incluye entre los delitos económicos «estrictos» a los hechos que atentan contra la determinación o formación de los precios, los delitos monetarios, las infracciones de contrabando y el delito fiscal, y entre los delitos económicos «amplios» a la insolencia, la competencia ilícita, los abusos de crédito, la estafa, los fraudes alimenticios, los delitos laborales, los delitos relacionados con la actividad de las sociedades mercantiles, la receptación, la malversación de caudales públicos, el cohecho, la apropiación indebida, la falsedad de documentos, etc.

Si revisamos el título VIII del Libro II del Proyecto de Código Penal español de 1980, advertiremos que dentro de él figuran hechos, calificados como «socio-económicos», en los cuales la responsabilidad por ellos queda excluida por la eliminación o reparación del daño que ellos causaron a una persona determinada, según puede verse en sus artículos 353 (letra de cambio vacía) y 354 (cheque en descubierto). Dentro de ese título se incluyen hechos tan variados como los que M. Bajo llama «delitos económicos amplios».

Este concurso o cúmulo de bienes jurídicos protegidos puede producirse también en hechos en los cuales uno de los bienes comprometidos sea claramente el orden público económico (32). Los ejemplos posibles son muchos: el *dumping*, que destruye la competencia y favorece el monopolio, pero perjudica también directamente a las empresas que son víctimas de él; la violación de precios máximos de venta de ciertas mercaderías, el que a más de perjudicar a los adquirentes concretos de la mercancía, importa un desconocimiento de las reglas de ordenación económica impuesta por la autoridad pública.

No es posible dar una solución general y única para estos casos, pues las circunstancias pueden conducir a soluciones diversas.

Puede ocurrir, por ejemplo, que uno de los dos o más bienes jurídicos comprometidos sea de valoración tan superior al otro u otros, que estos últimos pierdan todo relieve y simplemente desaparezcan desde un punto de vista jurídico, o lo que es igual, que no tengan efecto alguno en una solución que considerará únicamente la valoración prevalente. Es lo que sucede en el ejemplo del desacato y de la violación de precios máximos de venta, pues en ambos el interés colectivo predomina incontrastablemente sobre los intereses privados que también se afectan.

En otros casos, cada uno de los diversos bienes jurídicos puede presentarse con una importancia equivalente o casi equivalente a la del otro u otros. Lo menos que esto significará será una incertidumbre para una correcta clasificación del tipo, pues cualquiera de ellos podría ser utilizado para clasificarlo. En definitiva, será la preferencia del legislador por alguno de los bienes comprometidos lo único que podrá zanjar la duda.

Basta con revisar textos sobre delitos económicos para darse cuenta de que una parte considerable de ellos atacan no sólo el orden público económico sino también intereses económicos o patrimoniales de una o varias personas particulares. Cuando sea esta clase especial de concurrencia de bienes jurídicos la que se presente, será el juicio del legislador, exteriorizado en la ubicación sistemática que asigne al delito correspondiente o en otras indicaciones que denoten la valoración que hace de los bienes jurídicos que concurren, el que nos permitirá decidir si ha de ser tenido por un delito económico o por un delito de diferente clasificación.

Hay un punto que ha originado muchas confusiones en la doctrina. Entre los viejos delitos «contra la propiedad» (o contra los intereses patrimoniales individuales) y el delito económico, puede aparecer un tercer término, que algunos denominan «delitos contra la confianza en el tráfico jurídico» (33). Cuando este tercer término aparece en la ley nos encontramos ante una legislación que ha convertido también en bien jurídico susceptible de protección a la buena fe y a la lealtad

(32) E. AFTALIÓN (ob. cit., p. 107) se pone en el caso de delitos económicos que afectan simultáneamente a otros bienes jurídicos.

(33) STAMPA y BACIGALUPO (ob. cit., p. 161) utilizan la expresión «delitos en o con ocasión del comercio».

de los contratantes en sus negocios. Es éste un bien que trasciende el interés privado de una o más personas, porque mira al ennoblecimiento de cierta clase genérica de relaciones jurídicas, pero que no puede ser confundido con un orden público económico por cuanto, en último término, protege y beneficia sólo a grupos humanos más o menos amplios que realizan tráfico de negocios y no a toda la colectividad. Además, no está destinado a preservar un sistema de organización general de la economía, sino tan sólo a mejorar un ámbito más o menos reducido de actividades económicas que interesan a un sector de la sociedad. Finalmente, ese bien jurídico mira a un espacio de actividades en el que los particulares siguen operando libremente y en el que siguen vigentes la autonomía de la voluntad y la libertad contractual.

Son, no obstante, muchos los especialistas que equivocadamente incorporan los delitos contra la confianza en el tráfico jurídico a los delitos económicos. Pertenecen a aquéllos el alzamiento de bienes, la insolvencia delictuosa, la quiebra punible, el giro de cheques sin provisión de fondos (que en caso alguno puede ser tenido como delito económico desde que por el pago oportuno de su valor quede excluida la responsabilidad penal), los fraudes en la entrega de mercaderías (los que también podrían ser incluidos cómodamente entre los delitos contra los intereses patrimoniales individuales), el abuso en la gestión de sociedades anónimas (34) y la violación del secreto industrial, entre otros.

## 16. Otras complicaciones

Existe una notoria inclinación a incluir entre los delitos económicos a los fraudes fiscales y al contrabando (35).

Lo cierto es que, en principio, ellos son formas de preservación de valores propios del Derecho Hacendario (o del Derecho Fiscal y del Derecho Aduanero, si se prefiere tratarlos separadamente) y que miran a la protección del interés del Fisco y no a la de la estructura económica nacional. Pese a ello, podría ocurrir que ciertos impuestos o ciertas tasas aduaneras fueran establecidas por la ley, no tanto con el fin de dar al Fisco una fuente de ingresos, sino con el ánimo preponderante de influir en los procesos económicos nacionales y de lograr por esta vía un mejoramiento general del sistema económico vigente. En tal

(34) Ver MARCEL ROUSSELET y MAURICE PATIN, *Délits et sanctions dans les sociétés par actions*, Sirey, Paris, 1938.

Como expresó F. Muñoz Conde en su ponencia a las Jornadas mencionadas en nota 23, «el derecho de sociedades, por importante que sea para la vida económica de un país, sigue siendo un derecho privado patrimonial, como lo demuestra su situación en el Derecho mercantil».

(35) M. BAJO (ob. cit., p. 42) y F. Muñoz Conde (ponencia citada en nota precedente) ubican el delito fiscal y al contrabando entre los delitos económicos. E. AFTALIÓN (ob. cit., p. 110) incorpora el contrabando al delito económico.

caso, lo que aparecía como delito fiscal o aduanero podría pasar a ser un delito económico, con tal que la particularidad indicada fuera prevista o admitida en forma clara y distinta.

Igualmente, podrá ser tenida como delito económico la destinación de un préstamo otorgado por una institución crediticia para fines de fomento de ciertas actividades de producción o de distribución, a un objetivo diferente del previsto. Para ello será necesario que la regla reguladora del otorgamiento del crédito se asiente en las conveniencias generales de la economía. Sólo bajo esta condición este hecho podría ser considerado como delito económico. En cualquier otro caso, habría de ser tenido como un simple engaño que afecta al ente crediticio.

Son frecuentes los preceptos legales destinados a prevenir atentados contra los intereses económicos de los consumidores, entre ellos, los destinados a sancionar la propaganda comercial falsa, la venta de mercaderías con peso o contenido diverso del indicado en el envase, la omisión o alteración de las indicaciones sobre procedencia de la mercadería y otras semejantes (el delito de violación de precios máximos de venta, al que antes nos referimos, podría quedar incluido también aquí).

Surge con ello el problema de saber si tales delitos pueden ser tenidos como delitos económicos o si pertenecen a un grupo separado.

Se afirma que en una economía de mercado hay dos aspectos que deben estar asegurados legalmente: uno, la libre concurrencia de los empresarios al mercado, y otro, la protección del interés de los consumidores (36). La protección de los consumidores adquiere gran desarrollo, como es natural, dentro de los sistemas político-económicos reformistas.

El concepto de consumidor ha sido fijado expresando que abarca a toda persona natural o jurídica a la cual se venden bienes o se ofrecen servicios para su uso privado, no considerándola tan sólo como un adquirente de bienes o de servicios para su uso personal, familiar o colectivo, sino como persona interesada en los diferentes aspectos de la vida social que pueden afectarle, directa o indirectamente, en calidad de consumidor (Carta del Consejo de Europa y Programa preliminar de la Comisión Económica Europea para una política de protección y de información de los consumidores, de 14 de abril de 1975).

La tutela de los intereses de los consumidores se confunde en la legislación moderna con la de los intereses colectivos, porque todo miembro de la comunidad es en definitiva un consumidor (37). No corresponde, por tanto, hacer una distinción entre delitos que protegen los intereses económicos de todos los consumidores y los que protegen los intereses económicos colectivos. Cosa diferente es que, ordinariamente, un delito destinado a velar por el interés de los consumidores no será un delito económico puro, pues también podrá causar un daño cuan-

(36) M. Delmas-Marty, en su ponencia a las Jornadas referidas en nota 23.

(37) Cfr. ESTEBAN RIGHI y FEDERICO CÁNOVAS, en «El sistema de reacciones penales de la ley de invenciones y marcas», en *Cuatro ensayos de Derecho penal*, UNAM, Enep-Acatlán, México, s/f, p. 67.



tificable y directo a algún consumidor concreto al cual afecte. De este modo, cobran aplicación en él las explicaciones que hemos dado acerca de los delitos económicos con bien jurídico múltiple.

En los años más recientes ha aparecido una tendencia que busca separar de los delitos contra la propiedad tradicionales a aquéllos que tienen como sujetos pasivos a un conjunto muy amplio de individuos. Es lo que sucede, por ejemplo, con los fraudes en ventas inmobiliarias, las administraciones abusivas de sociedades anónimas, la venta de alimentos adulterados (en cuanto su carácter dañoso para la salud no pueda llevarla a una clasificación diversa: los delitos contra la salud) y la propaganda comercial falsa. Se los llama delitos con sujeto pasivo masa o, simplemente, delitos-masa (38).

Es difícil admitir que la concurrencia de una gran cantidad de sujetos pasivos pueda alterar, sin más, el bien jurídico protegido y, por ende, la clasificación misma de los tipos legales. Ellos seguirán siendo delitos de estafa o de fraude, cuando así corresponda, aunque afecten a cientos o a miles de víctimas, o se mantendrán como delitos económicos de bien jurídico múltiple, en otros casos. Lo relativo al gran número de víctimas tiene un indudable interés criminológico, puesto que son nuevas formas y condiciones de vida social las que permiten esta multiplicación extrema de los sujetos pasivos, con notorio aumento del provecho ilícito del sujeto pasivo, el cual se ve favorecido en su actuar por el empleo de medios masivos de comunicación social, por la concentración urbana, por el aumento creciente de las expectativas del hombre moderno y por otros factores. Lo que sí interesa anotar es que esta masificación del sujeto pasivo exige leyes más apropiadas que las tradicionales, con el fin de hacer frente a estos delitos de manera más apropiada y con una política criminal más correcta. Las leyes penales atrasadas no permiten resolver muchos de los problemas propios de ella y hasta entorpecen su adecuada persecución y punición (39).

### 17. *El delito económico en las ideologías extremas*

De lo que tenemos explicado aparece bien obviamente que el delito económico tiene amplio desarrollo dentro de una organización político-social reformista y que tanto mayores serán su cabida e importancia cuanto más avanzado sea ese reformismo.

Las razones son claras: en el reformismo una parte considerable,

---

(38) A. FERNÁNDEZ ALBOR (ob. cit., pp. 48-52) se ocupa de los delitos masa, aceptados por la moderna jurisprudencia española mediante una aplicación extensiva de la idea de delito continuado.

(39) La aparición de delitos masa exige de reformas penales sustantivas dirigidas a evitar que perjuicios patrimoniales muy reducidos desde el punto de vista individual reduzcan la penalidad aplicable (podrían ser considerados como multitud de faltas) y que el delincuente retenga sus enormes ganancias ilícitas. También impone reformas procesales destinadas a no exigir la individualización de todos los perjudicados, a facilitar la prueba de los hechos y a asegurar un firme sostenimiento de la acción penal.

normalmente la mayoritaria, de las actividades económicas se encuentran en manos de particulares y ellas deben ser vigiladas, reguladas o intervenidas por el Estado con el fin de planificarlas, dirigirlas y encauzarlas en una dirección conveniente al interés nacional, como medio de alcanzar justicia social, mejor distribución de la riqueza y una tutela adecuada del interés de los más desposeídos. Para asegurar una debida prevención de la violación de las normas estatales, el legislador crea figuras especiales de delitos económicos.

Algo muy diferente es lo que ocurre en el caso de la ideología que hemos llamado extremas.

Si suponemos un capitalismo liberal rígidamente ajustado a los principios, caso difícil de darse en la realidad por la utopía que encierra, podríamos entender que conforme a la regla *laissez faire, laissez passer* los particulares, únicos titulares de las actividades económicas, gozarían de una libertad irrestricta para desarrollarlas y no correspondería al Estado, a su respecto otro papel que el de un espectador prescindente.

Diversa es la realidad en los países que se ciñen a esa ideología. En ellos el Estado se siente autorizado, por lo menos, para adoptar las medidas que permitan el juego claro, regular y sin vicios del sistema adoptado, y por ello dicta leyes en cuya virtud se reprimen ciertos hechos que se oponen a sus principios. El más claro de éstos es el de la libre concurrencia (40) y a su protección se dirigen algunos tipos penales casi tan antiguos como el capitalismo. En los artículos 412 a 419 del Código penal francés de 1810 (41) y en los viejos artículos 539 a 541 y 574 del Código penal español, para no citar otros, se contienen preceptos destinados a penar hechos que deforman o trastornan el libre juego del mercado. Es cierto que varios de ellos penan acciones fraudulentas o violentas destinadas a alterar la ley de la oferta y de la demanda (que podría estimarse el último extremo al que puede llegar un Estado prescindente), pero también existen algunos que sancionan penalmente actos de mera coligación o acuerdo entre los actores económicos. Estos constituyen, a no dudarlo, delitos económicos, puesto que sancionan hechos atentatorios en contra de las disposiciones legales que imponen un determinado ordenamiento de la economía nacional, con miras al bienestar o mejoramiento económico colectivo (42).

Carácter análogo tienen los preceptos penales destinados a reprimir asociaciones de empresas o acuerdos entre ellas, que tienden a do-

(40) Las reglas clásicas de la libre concurrencia son: competencia perfecta, atomicidad del mercado, transparencia del mismo, homogeneidad de los bienes, libre entrada al mercado y equilibrio entre la oferta y la demanda.

(41) M. ROUSELET y M. PATIN, ob cit. en nota 1, especialmente pp. 619 a 626.

(42) Estas disposiciones legales pueden ser apenas implícitas, en los casos en que el ordenamiento jurídico no se pronuncia por un determinado régimen económico, pero de hecho entrega al libre juego de la iniciativa particular el desarrollo de las actividades económicas. Esto sucede, con frecuencia, en países que viven en el capitalismo.

minar un mercado mediante la eliminación de los competidores. Esta clase de tipos penales, iniciados en 1890 en los Estados Unidos mediante la Ley Sherman, se han difundido mucho y casi no hay país capitalista que no incluya en su legislación penal preceptos destinados a combatirlos, bajo el nombre de delitos de monopolio (43).

Por cierto, que disposiciones legales de esta clase son toleradas únicamente para protección, perfeccionamiento y defensa del liberalismo económico (44), pues el sistema rechaza con vehemencia otra clase de delitos económicos.

Si vamos al otro extremo, un sistema socialista puro, también allí hemos de observar que una legislación especial sobre delitos económicos resulta en gran parte extraña. En efecto, en cuanto en un régimen socialista riguroso todas las actividades de índole económico están sustraídas a los particulares y son puestas a cargo exclusivo del Estado, no cabe ya ingerencia de éste para fiscalizar o dirigir lo que forma parte de sus atribuciones propias. Lo que sucede, en tal caso, es que el Derecho Administrativo, como rama legal que se ocupa de la organización de las funciones y servicios del Estado, debe pasar a regir todas las actividades económicas de las que éste se hace cargo, con lo cual desaparece un Derecho económico autónomo, absorbidos por aquél.

Sin embargo, hay ciertas actividades que perturban el ordenamiento de la economía nacional, que pueden ser cometidas aun dentro del socialismo por los particulares. El ejemplo más ostensible y claro lo forman los hechos de éstos que violan la prohibición que se les ha impuesto de ejercer actividades económicas de producción y de distribución de bienes y servicios. También pueden mencionarse como ejemplo los que violan las previsiones legales relativas a divisas y moneda extranjera.

---

(43) Según K. Vergopoulos, *el neoliberalismo se opone a la legislación antitrust*, so pretexto de que no se puede combatir con leyes el fenómeno del monopolio y propone como solución de recambio el refuerzo de las condiciones de la competencia libre e ilimitada (*Le Monde Diplomatique*, julio de 1981, núm. 31).

(44) H. H. Jescheck, no obstante situarse dentro de principios de libertad económica, declara que la misión del Derecho penal económico es velar por que la libertad económica no se transforme en un libertinaje, en «El Derecho penal económico alemán», Cuadernos de los Institutos, núm. 74, Universidad Nacional de Córdoba, Argentina.

Resulta ilustrativo aludir, en este punto, a los esfuerzos que se realizan por regímenes capitalistas como el establecido en Chile a partir de 1973 por la dictadura militar de Pinochet. En la IX Reunión Plenaria de la Comisión Redactora del Código Penal Tipo para América Latina, celebrada en Santiago de Chile en marzo de 1975, la Comisión chilena, conjuntamente con la argentina, hicieron esfuerzos por bloquear un proyecto sobre delitos contra el orden económico presentado por la Comisión colombiana. No obstante que el cometido de preparar tal proyecto había sido encargado a la Comisión colombiana desde momentos en que la democracia florecía en Chile, por lo que era indiscutible que tal materia correspondía a los propósitos de un Código Penal Tipo, se argumentó que el tema no debía figurar en el articulado. Todo esto se cumplió dentro de planteamientos verdaderamente farsescos, destinados a impedir la inclusión dentro de dicho Código del concepto de delito económico (Ver Esteban Righi, obra citada en la parte final de nota 1, pp. 199 a 203).

Dentro de la legislación soviética, por ejemplo, se penan varios delitos económicos, entre los que podemos mencionar el ejercicio de comercio prohibido, la especulación, la negociación privada en organizaciones sociales, la tala ilegal de árboles y otros (45).

Quando se trata de sistemas capitalistas o socialistas no extremos, aumenta la cabida para los delitos económicos, en el primero en cuanto se conserva o admite algún grado de intervención estatal en la economía, y en el segundo, en cuanto se permite o tolera alguna actividad económica por parte de los particulares (por ejemplo, industrias familiares).

## 18. Conclusiones

a) Sin precisar el concepto de Derecho económico no es posible comprender el concepto de delito económico (46). A su vez, sin conocer los fundamentos de los diversos sistemas de ordenación y organización de la política económica, no es posible entender debidamente el Derecho económico.

b) No existe un contenido unívoco del Derecho económico, porque él varía según el sistema económico concreto que está llamado a proteger y mantener en cada país.

c) A falta de un contenido único y universal del Derecho económico, los estudios comparatistas deben ser utilizados con cautela y, en general, proporcionarán sólo una medida utilidad.

d) Es posible, con todo, encontrar semejanzas provechosas en legislaciones que corresponden a un mismo o a un parecido sistema económico.

e) El Derecho económico constituye hoy, en numerosos países, un área jurídica de gran importancia cuantitativa y cualitativa, que se extiende a los planos nacional e internacional.

f) En los países en que el Derecho económico ha adquirido amplio desarrollo, él se presenta como una rama jurídica autónoma y original, exigida por circunstancias nuevas de la vida de sus pueblos. Pese a ello, es preciso reconocer que varios factores han conspirado contra un desenvolvimiento teórico más acabado de esta rama.

g) El Derecho económico es aquella rama del Derecho que reúne y sistematiza un conjunto de reglas jurídicas de interés público, destinadas a proteger y mantener una cierta ordenación y organización de la economía nacional con miras al bienestar de toda la colectividad. Sus fuentes formales están constituidas por normas administrativas y por leyes emanadas del poder legislativo y, en algunos casos, por pre-

(45) Ver Esteban Righi, misma obra mencionada en nota precedente, página 197.

(46) A quienes puedan extrañarse porque no sea necesario decir lo mismo en relación con otros derechos constitutivos o normativos (por ejemplo, Derecho civil, Derecho mercantil, Derecho administrativo, etc.), hemos de recordarles que en estos últimos casos se trata de ramas precisas y bien delimitadas, cosa que no ocurre con el Derecho económico.

ceptos constitucionales que marcan las grandes funciones del Estado en la economía nacional.

h) El bien jurídico que procura proteger y mantener el Derecho económico es el orden público económico de una nación.

i) El orden público económico supone la existencia de un determinado sistema de ordenación y organización general de la economía, implantado en un país conforme a ciertas doctrinas o prácticas, por razones de interés general. El constituye también el bien jurídico protegido por los delitos económicos.

j) El bien jurídico propio de los delitos económicos sirve para identificar a éstos y para distinguirlos de otros tipos penales semejantes. Con arreglo a dicho bien jurídico protegido es posible decidir qué hechos son inequívocamente delitos económicos y qué hechos no pueden serlo. Sin embargo, hay una vasta gama de figuras punibles complejas o ambiguas que pueden ser o no delitos económicos según las condiciones concretas en que se produzca su respectiva tipificación legal.

k) Los delitos contra la confianza en el tráfico jurídico o en los negocios, difieren de los delitos económicos y no pueden ser confundidos con éstos.



# El trasplante de tejidos y órganos humanos en la Legislación española\*

MIGUEL ANGEL SOTO LAMADRID  
Doctor en Derecho penal y Criminología

## INTRODUCCION

Todo parecía indicar, y con pruebas más que espectaculares, que la segunda mitad de nuestro siglo enriquecería preponderantemente la cultura del hombre con mayores conocimientos sobre el macrocosmos que nos envuelve, y que las Ciencias biológicas y médicas habían tenido ya sus mejores logros. Pero he aquí que la ilusión universal por conocer los miterios de la vida, por derrotar o aplazar la muerte, renacieron con fuerza sorprendente en Africa del Sur (\*\*), arrastrando en el fragor de la polémica, no sólo a la medicina y a la ética, sino también, con el natural retardo, al mismísimo Derecho. El hombre había vuelto sus ojos al microcosmos de su propio organismo, olvidando momentáneamente las estrellas y demás cuerpos inertes del espacio.

Este nuevo aprovechamiento del hombre por el hombre, no muy lejano de la antropofagia, es un fenómeno trascendental que requiere de una regulación jurídica, ciertamente favorable al avance de la terapéutica médica, tanto quirúrgica como farmacológica, pero que prohíba el tráfico inhumano y lucrativo de repuestos orgánicos, fijando límites a la voluntad del donante vivo con ánimo protector, y que reglamente con criterios respetuosos la utilización de órganos provenientes de cadáveres. El Derecho, sin embargo, no siempre ha respondido a los requerimientos de esa medicina vorazmente curiosa, aunque profundamente humanitaria, que no pocas veces se ha desviado del camino de la terapia abusando de la experimentación. Apenas se ha ocupado de fenómenos relativamente nuevos como el aprovechamiento de sustancias lácteas; la extracción, conservación y transfusión de sangre y sus derivados; la inseminación artificial; la cesión, conservación y trasplante de órganos con fines terapéuticos y la experimentación quirúr-

(\*) En memoria de don José Antón Oneca.

(\*\*) Primeros trasplantes de corazón humano practicados por el profesor Christian Barnard y su equipo en el Hospital Groote Shuur de Ciudad del Cabo, sobre Luis Washkansky y Philip Blaiberg, respectivamente, los días 3 de diciembre de 1967 y 2 de enero de 1968.

gica y farmacológica, para mencionar algunas de las actividades que tienen al ser humano, vivo o fallecido, como fuente y receptáculo.

Las aportaciones legislativas al tema de los trasplantes de órganos humanos son definitivamente jóvenes e indecisas, casi empujadas por los requerimientos de la medicina y de cierto sector avanzado de la opinión pública. Originalmente sólo comprendían los trasplantes homoplásticos (\*), respecto de tejidos tomados del cadáver, siempre que el fallecido hubiese hecho donación o su familia hubiera dado su consentimiento. Los trasplantes homovitales (\*\*), apenas se insinúan, se soslayan los problemas de la determinación de la muerte y la donación de órganos en vida, encuadrando a este último en un tema de mayor envergadura; el de los límites de la libre disposición de nuestro cuerpo y, en fin, se plantean como soluciones revolucionarias ante el alud de requerimientos de quienes reclaman una oportunidad para prolongar o normalizar su vida; la incautación de los cadáveres; la adopción legal de los criterios sobre la muerte clínica y la liberalización de la ortotanasia.

Los espectadores de esta última década hemos asistido, sin embargo, al nacimiento de un nuevo ser legislativo. Su aspecto no resulta agradable para todos, aunque nadie se atreva a negar la utilidad de su existencia. Sus movimientos son tímidos, como si temiera escandalizar a su propio padre, el legislador, quien le mira con gesto preocupado, quizá arrepentido de una acción tan temeraria como el turbar la paz e integridad de los difuntos. Posiblemente haya llegado a sus oídos el angustioso reclamo del profesor Repetto y Rey, quien en su acalorada defensa de la intangibilidad del cuerpo humano decía: «¡por amor de Dios!, ¡por caridad!, dejemos quietos y tranquilos a nuestros cadáveres, descubriéndonos ante ellos y entregándolos sin mefistofélicas prácticas a la paz y quietud de sus sepulcros. Sigamos pensando seriamente y no convirtamos los cementerios en «tablajerías» de despojos humanos» (1).

Un ejemplo del drama es la más reciente legislación europea en materia de trasplantes orgánicos, la española del 27 de octubre de 1979, reglamentada por Real Decreto de 22 de febrero de 1980, la que atrae poderosamente la atención del estudioso en general, cualquiera que sea su nacionalidad, y de los españoles en particular, por-

---

(\*) Implantación quirúrgica de tejidos sin vasos sanguíneos, que pueden ser extraídos hasta varias horas después de la muerte, que no requieren de minuciosas coincidencias biológicas con el organismo receptor y que, por lo tanto, presentan un limitado índice de rechazo (ejemplo, córneas, huesos, etc.).

(\*\*) Referidos a tejidos de gran actividad orgánica y alto grado de nutrición sanguínea, que sufren por lo tanto una rápida necrosis y un inmediato ataque de los anticuerpos del receptor, lo que obliga a buscar la máxima afinidad histológica entre el cedente y el receptor, a procurar una extracción temprana y a proteger al injerto con inmunodepresores (ejemplo, corazón, hígado, riñones, etc.).

(1) GERMAN REPETTO Y REY, *La incautación del cadáver humano con fines terapéuticos ante la Ética y el Derecho*, "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", Madrid 1960, pág. 755.



que independientemente de sus glorias pasadas o presentes, calificadas insistentemente de inmortales, todos los hispanos están destinados a morir algún día, y esta ley hace de ellos donantes potenciales de sus propios órganos, mediante una presunción de voluntad que difícilmente sobrevive al análisis jurídico-constitucional y que no concuerda con los criterios populares que dan su verdadero contenido a la cultura.

Esta avanzada normativa regula por primera vez la obtención de órganos procedentes de donantes vivos, además de la extracción de piezas anatómicas de fallecidos que sí contaba con antecedentes legislativos, impone el carácter gratuito a todos estos actos y se pronuncia en favor del diagnóstico de muerte cerebral, entre otras singularidades a que después aludiremos.

Antes de entrar al análisis de esta legislación, evocando brevemente sus antecedentes legales, queremos dejar claras algunas premisas generales sobre el fenómeno en beneficio del lector poco versado, aunque tengamos que irritar a los especialistas.

## NOTAS GENERALES SOBRE TRASPLANTES DE ORGANOS: HUMANOS

### *Planteamiento del problema*

El ser humano es una entidad compuesta, una delicada unidad psicosomática que basa su propia individualidad en la conciencia de existir y en esa variable capacidad de dar una justificación y un valor a los fenómenos que le rodean y a sí mismo.

El cerebro, o más bien el sistema nervioso central, en donde radican la sensibilidad y la coordinación corpórea, la conciencia y las altas capacidades afectivas, volitivas e intelectivas, depende a su vez del correcto funcionamiento de los órganos del cuerpo. El cerebro y sus conexiones constituyen un órgano también, pero dado que en él radica lo que de humano tiene nuestra vida, nada se opone, según mi entender, a que le subordinemos todas las demás funciones meramente biológicas, tan comunes en el reino animal.

La conciencia de vivir y el placer que normalmente proporciona, aun en condiciones adversas, nos hace procurar el mantenimiento de nuestra vida, su mejoramiento y defensa, aceptando con poca resignación las consecuencias del pecado original: el sufrimiento y la muerte. De ahí la importancia de la medicina, la atracción morbosa del sistema capitalista y la jerarquía del Derecho penal en relación con estas expectativas.

En más de una triste ocasión, sin embargo, nuestra naturaleza mortal se ve precozmente confirmada por un diagnóstico médico sobre disfunciones orgánicas incurables, por tener su origen en la atrofía irreversible del órgano mismo. La solución quirúrgica es en extremo simple: sustituir el órgano dañado que compromete tan gravemente a todo el sistema corpóreo.

### *La intervención quirúrgica*

Desde el punto de vista de la cirugía no existe ningún problema técnico. Una larga experimentación sobre cadáveres de humanos y sobre animales vivos, amén de muchos casos de cirugía experimental sobre seres humanos vivientes, han extremado la pericia de los médicos especializados en esta área. Las nuevas técnicas de anestesia y reanimación han hecho posibles los injertos viscerales, «pues se ha logrado mantener muchísimo tiempo la anestesia por ser de poca toxicidad la sustancia empleada, así como perfectas hibernaciones artificiales y la aplicación de un sistema de circulación extracorpórea con una adecuada oxigenación».

Decía el Dr. Manuel Martínez Selles hace quince años, en una profecía que se ha cumplido cabalmente, que «a medida que se hayan adaptado tales recursos con precisión matemática, se podrán ver en materia de trasplantes hechos realmente prodigiosos. Con el corazón parado y la sangre circulando por el cuerpo con impulso extracorpóreo, en perfecta sincronización, el operado, merced a la hibernación, permanecerá insensible e inmóvil durante las horas que se desee. Se podrá operar a los humanos con perfecta calma, tomándose el cirujano las horas que precise, realizándose cada vez más numerosos, ambiciosos e insospechados trasplantes» (2).

### *El rechazo genético*

El verdadero problema médico en relación con el receptor, grave e irresoluble, por lo menos hasta nuestros días, y que amenaza con disminuir e incluso eliminar a la gran mayoría de los trasplantes viscerales (\*), es el fenómeno de rechazo.

El profesor chileno Eduardo Novoa Monreal nos explica que cada individuo es una combinación de millones de variantes en los factores hereditarios, transmitidos a través de innumerables generaciones. Estos terminan fijando las diferencias de los hombres entre sí, caracterizando a cada individuo en su estructura somática, sus habilidades y su carácter. Esta combinación se produce igualmente en cada una de las células que forman el ser vivo, imponiendo armonía y paz entre ellas, ya que al ser genóticamente idénticas, se comportan y reaccionan conforme a un mismo código genético, que es diverso en cada individuo.

Esta armonía se rompe cuando en el conjunto celular se trasplantan células que responden a una individualidad diversa, es decir, a un código genético diferente. Contra estos cuerpos extraños cada orga-

(2) MANUEL MARTÍNEZ SELLES, *Cesión y venta de órganos humanos tanto de vivos como de muertos*, "Boletín Informativo del Ministerio de Justicia Español", núm. 653, 1965, pág. 7.

(\*) Canadá prohibió los trasplantes de corazón humano, hasta que se hubiera experimentado con éxito sobre el fenómeno de rechazo, atendiendo a que los pacientes operados murieron poco tiempo después de efectuado el trasplante, como había sucedido ya en los 75 injertos de corazón practicados sobre perros, en el plazo de 18 meses, a consecuencia del mismo proceso.

nismo tiene un sistema de alarma altamente diferenciado, que detecta la presencia de esa estructura biológica ajena y la declara inmediatamente como «enemigo», movilizandó todo un sistema defensivo compuesto por «inmunocitos» (plasmacélulas, linfocitos o células del sistema reticuloendotelial), productores de materias defensivas que neutralizan y eliminan a esas sustancias biológicas que no responden al mismo bioquemismo.

Los anticuerpos transportados por los glóbulos blancos, multiplicados ante la presencia extraña, producen procesos inflamatorios, hemorragias y degradación de las fibras musculares del injerto, hasta provocar su desprendimiento y destrucción (3). A este fenómeno se le reconoce como rechazo.

Por eso afirma el Dr. Martínez Selles, antes citado, que «para realizar con éxito un trasplante orgánico, tratándose de vísceras, lo primero que hay que salvar es la barrera genética existente entre diversos individuos; exceptuando de tal condición a aquellos tejidos que apenas tienen vasos sanguíneos, tal y como acontece con las córneas, que solamente en su margen tienen un conato de ellos para aportar la linfa nutricia, lo que permite un amplio margen de realizaciones, como sucede con los huesos, para su trasplante».

El aprovechamiento de otros tejidos o líquidos de naturaleza regenerable como los derivados lácteos y la esperma, tomados ordinariamente de cedentes vivos, no presenta ningún fenómeno de rechazo, ni entran en la categoría ni en la problemática de los trasplantes, como sí sucede con la sangre (\*), cuya asimilación, sin embargo, no ocasiona problemas cuando se ha seguido una cuidadosa identificación histológica entre cedente y receptor.

#### *Los procedimientos inmunodepresores*

Los trasplantes homovitales generan, pues, en diversas proporciones, un fenómeno de rechazo que debe ser tratado con inmunodepre-

(3) Véase EDUARDO NOVOA MONREAL, *El trasplante de corazón. Aspectos médicos legales, éticos y jurídicos*, E. Universitaria S. A., Santiago de Chile 1969, págs. 22, 23 y 24.

(\*) Un apunte para adicionar las legislaciones sobre obtención, almacenamiento y utilización de tejido sanguíneo, es la afirmación del profesor D. A. Petrov, del Instituto Schliposovsky de Moscú, citada por REPETTO Y REY, de que el 70 por 100 de las transfusiones sanguíneas que se realizan en aquel país utilizan sangre de cadáver. La cantidad hasta ahora transfundida asciende a unas veinticinco toneladas. Por término medio, un cadáver proporciona dos o tres litros, sin diluir, pero mediante una técnica de lavado del sistema vascular, se consiguen dos litros más. El material es recogido dentro de un período de seis a ocho horas a partir del fallecimiento, tiempo en el que todavía se mantiene potencialmente en condiciones funcionales de transportar oxígeno. Puede conservarse por veinte o treinta días. Debe quedar claro que la actual legislación española sobre trasplantes, al excluir expresamente la utilización terapéutica de la sangre humana y sus derivados de sus normas reguladoras, impide este espectacular aprovechamiento del cadáver, debiéndose actualizar las normas sectoriales sobre la materia si se quiere llegar a este fin. El tema se regula actualmente en el Decreto del 26 de junio de 1975, núm. 1574, y la Orden del Ministerio de Gobernación del 14 de mayo de 1976, sobre la hemodonación y los bancos de sangre.

sores. Es decir, con terapias inmonológicas que disminuyan radicalmente la reacción del organismo contra el tejido extraño.

Tres armas han sido puestas a disposición de los médicos: la primera, la irradiación —del tipo de la bomba de «cobalto»—, que parece haber sido la responsable del fallecimiento del primer operado en la Ciudad del Cabo, ya que un «ametrallamiento» excesivo provoca seguramente el hundimiento de los glóbulos blancos de la sangre. La segunda, el empleo de los «inmunodepresores» y de la cortisona, que parecen asegurar una terapia «más equilibrada», merced al empleo de dosis más débiles pero más eficaces contra el rechazo. La tercera, que podría suplantar a las precedentes, es el «suero antilinfocitario» (4).

Estos métodos evitan o retardan la reacción inmunológica del organismo contra el tejido extraño, pero le deja, según el profesor Novoa Monreal, imposibilitado para defenderse de otros agente infecciosos, además de que acortan considerablemente la vida; se ha comprobado que producen cáncer hasta en el 51 por 100 de los animales que no han muerto, ya que atacan las sustancias hereditarias de las células, transformándolas y alterándolas. No hay solución médica todavía para el fenómeno de rechazo. El procedimiento inmunodepresor no es selectivo, disminuye o retarda el rechazo genético, pero condena al organismo receptor a morir por la infección más vanal.

### *Experimentación y terapia médica*

Uno de los temas más debatidos a propósito de los trasplantes de órganos humanos, es el de si poseen todavía calidad experimental, o han adquirido ya un carácter terapéutico.

No es una distinción académica del fenómeno lo que se pretende, sino ubicar su licitud ante el Derecho, determinando los límites de la intangibilidad somática del individuo y de la protección jurídica que el Estado le debe proporcionar.

Se entiende por terapia o tratamiento médico, el que sirve para prevenir y curar las enfermedades, incluyendo las intervenciones quirúrgicas que tienden a restablecer, en beneficio exclusivo del paciente, la forma o el funcionamiento normal de algunos órganos o la estética corporal. Este es el principio que legitima cualquier intervención quirúrgica, el de ser un medio autorizado, debidamente confirmado en su técnica y resultados, que tiene por objeto principal favorecer la salud del paciente.

La experimentación científica en cambio, según la versión más conocida, no pretende curar al sujeto, quien en muchos casos goza de salud y normalidad anatómica, sino descubrir, avanzat científicamente, confirmar hipótesis y métodos curativos con un fin humanitario si se quiere, pero futuro e impersonal. Los riesgos orgánicos son difícil-

---

(4) Nota del profesor JEAN GRAVEN, *Nuevas aportaciones en torno al problema de la "vida" y de la "muerte" y sus incidencias jurídicas*, ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES, tomo 21, 1968, pág. 236.

mente determinables, precisamente por desconocerse los efectos de la intervención.

Una distinción así de tajante, nos llevaría en una reacción primaria a oponernos a la experimentación médica sobre seres humanos, a proteger su dignidad, su integridad y su propia vida, aun contra su expresa y libre voluntad.

Tan humanitaria conclusión, sin embargo, sería egoísta, apresurada y producto de una deficiente información. Ferrando Mantovani amplía la noción de estos conceptos (5), admitiendo que la *experimentación pura* no tiene como finalidad conseguir una ventaja para la salud del paciente, sino verificar una hipótesis científica con el fin de adquirir nuevos conocimientos en beneficio de la Humanidad, siendo su máxima nota distintiva la ignorancia de los resultados, positivos o negativos, lo que hace de ella por definición y en cierta medida, «un viaggio nell'ignoto».

Introduce, no obstante, un nuevo concepto en el que hace poco más de veinte años hubieran caído de plano casi todos los trasplantes de órganos humanos; el de *experimentación terapéutica o clínica*, en posición intermedia entre la verdadera terapia y la experimentación pura, caracterizándola por su interés en la salud del paciente, aunque el tratamiento o método estuviese a nivel de experimentación, justificando su aplicación en la misma situación desesperada del individuo.

En relación al tema, el profesor de la Universidad de Berlín, Dr. Hans Lüttger, en una conferencia sobre los problemas jurídico-penales en la trasplatación de órganos (6), requería dos elementos para determinar la calidad terapéutica de la intervención; la indicación médica y la técnica quirúrgica.

La indicación médica resulta del estudio comparativo entre el diagnóstico y el pronóstico del caso, basándose en consideraciones médico-jurídicas, no en juicios éticos de valor, ya que entre la situación actual y la que se espera obtener mediante el trasplante, debe existir una probabilidad objetiva de mejoría, no sólo una posibilidad. El simple aplazamiento de la muerte no es un argumento válido, ya que por éxito terapéutico debe entenderse la rehabilitación total o parcial del paciente. La supervivencia garantizada por más de un año podría servir de índice.

Las probabilidades de éxito y los riesgos de fracaso se obtienen en virtud de un cotejo estadístico de las intervenciones ya realizadas en centros especializadas, procurando no olvidar que la operación está condenada a fracasar si el equipo no cuenta con experiencia, instrumental y capacidad técnica quirúrgica, ya que lo decisivo no es el porcentaje de éxitos que otros médicos hayan alcanzado, sino la experiencia concreta del equipo interviniente. El riesgo natural de la

---

(5) FERRANDO MANTOVANI, *I trapianti e la sperimentazione umana*, Cedam Pádova, 1974, págs. 16 y ss.

(6) Incluida en el Seminario auspiciado por el Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, sobre "los problemas límites entre el Derecho penal y la Criminología, sustentado por el profesor HANS LÜTTGER los días 10 de marzo a 10 de abril de 1980.

operación no debe ser atendido en forma aislada, pues paralizaríamos la cirugía.

Señaló por último el conferencista, que los trasplantes de corazón, hígado y pulmones, entre otros, han caído en desuso por su acusado carácter experimental, pues el fenómeno del rechazo es uno de los factores que deben tomarse en cuenta al momento de la indicación médica, la que en más de una ocasión se ha orientado por la mera «chance» ocasional o la expectativa bien intencionada, olvidando que la casualidad o los milagros no son cuantificables en la medicina curativa.

«Mientras las dificultades del rechazo subsistan, dice también Novoa Monreal —porque los aspectos propiamente quirúrgicos parecen haber sido dominados—, el trasplante de corazón se hallará en una etapa experimental, como un camino no debidamente esclarecido que la ciencia se esfuerza por alumbrar» (7).

Entrando en la polémica, el profesor Jean Graven responde en cambio, con plena convicción, que «hoy, en lo que concierne a los injertos de corazón humano, practicados por equipos de especialistas perfectamente calificados, después de todas las experiencias convincentes sobre el animal, con todos los aparatos técnicos perfeccionados y con el concurso de las personas competentes cuya ayuda se estime necesaria, particularmente en el dominio de la inmunología, se ha pasado del estado de la «experimentación» al de la «terapéutica» y la situación jurídica está desde luego clara, si esos imperativos se han respetado y, particularmente, si las condiciones de control de una detención completa de las funciones cerebrales del donante se cumplen, y si el consentimiento de éste ha sido regularmente obtenido» (8).

A propósito de la experimentación, el código de Deontología Médica español, admite que «las pruebas en el hombre de nuevos medicamentos y nuevas técnicas es algo científicamente necesario; no obstante, sólo pueden practicarse después de una experimentación animal realizada con seriedad durante un tiempo suficiente, y si los resultados de estos experimentos, valorados científicamente, demuestran posibilidades de éxito...». «La experimentación en el hombre sano sólo puede admitirse cuando el sujeto es mayor de edad, se encuentra en situación de dar libremente su consentimiento y en condiciones de vigilancia médica que puedan hacer frente a cualquier complicación».

La medicina reconoce, pues, la necesidad y justificación de la experimentación pura sobre humanos, aunque la Asociación Americana de Médicos y otras muchas organizaciones admiten el hecho, siempre que: a) se hubieren agotado las investigaciones sobre animales; b) no impliquen certeza de muerte para el sujeto; c) éste conozca las implicaciones y riesgos del experimento; d) haya dado su libre y expreso consentimiento; e) se usen como sujetos de experimento únicamente

---

(7) EDUARDO NOVOA MONREAL, *Los problemas jurídico-sociales del trasplante de corazón*, en homenaje al profesor Luis Jiménez de Asúa, Editorial Pannedille B. A., Argentina 1970, págs. 233 y 234.

(8) ) JEAN GRAVEN, *Obra citada*, en pág. 6, nota en pág. 449.

a personas cuya eventual pérdida no sea excesivamente dañosa para la sociedad (ancianos, desahuciados, condenados a prisión perpetua); f) se realicen en el menor número posible y se condicione su repetición a los resultados obtenidos, y g) se trate de experiencias que hayan de significar un avance importante para la Ciencia y para la Humanidad.

No obstante su indiscutible beneficio, la licitud de estas actividades quedará siempre bajo impugnación, ya que la libre disposición de nuestro cuerpo no ha sido definida ni delimitada como derecho, y sí en cambio existen legislaciones como el Código penal español que declara irrelevante el consentimiento de la víctima en el delito de lesiones, artículo 428, criterio que sigue casi unánimemente la doctrina (9), prolongándolo al homicidio, si bien la muerte consentida o a petición (auxilio efectivo al suicidio), aparezca atenuada en algunas legislaciones, como la mejicana y la italiana entre otras, y a pesar de las discrepancias respecto a la punibilidad de la eutanasia.

Mientras no exista una legislación que regule la experimentación sobre seres humanos vivos, como sí existe respecto a la utilización de cadáveres no reclamados para fines científicos o didácticos, los médicos experimentadores del mundo, incluso los mejor intencionados, y no obstante contar con la autorización del sujeto, serán técnicamente criminales aunque nadie se entere, e independientemente de que los tribunales les absuelvan con argumentos laterales, socio-políticos más que legales.

Si los trasplantes de órganos fueran considerados como actividades de tipo experimental, no cabe duda que la problemática antes señalada les arrastraría por igual, pero es el caso que muchos de éstos entran, como ya señalábamos al citar a Mantovani, en una segunda categoría, la de terapia experimental, que se caracteriza por su naturaleza ecléctica, es decir, porque el beneficio curativo que se pretende es inmediato y personal, se aplica a un sujeto gravemente enfermo ante quien otros métodos tradicionales han fracasado, aunque la técnica y sus resultados no sean del todo conocidos por estar precisamente en fase experimental.

No creo, sin embargo, que se pueda generalizar sobre la naturaleza de estas intervenciones. Algunas hay que han alcanzado un éxito y una madurez científica indiscutible, como los trasplantes de córneas

---

(9) JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ DEVESA apunta que antes de la reforma de 1963 la situación doctrinal en España no era pacífica, ya que un sector negaba toda eficacia al consentimiento, argumentando la indisponibilidad de la integridad corporal y la salud, mientras que otro sostenía que el consentimiento excluye la antijuricidad de la conducta lesiva. La reforma no ha resuelto el problema, afirma el conocido penalista, sino que lo ha complicado innecesariamente, entre otras razones, porque declarar formalmente la irrelevancia del consentimiento de la víctima en el delito de lesiones nos puede conducir a la conclusión de que en los demás delitos en que no existe tal declaración, el consentimiento excluye siempre la antijuricidad, lo que es inadmisibile. Véase para abundar, la obra de este autor *Derecho Penal Español. Parte Especial*, Madrid 1977, págs. 136 y ss.

y riñones. Otras que de experimental sólo tienen el recuerdo de sus inicios, como el trasplante de corazón, a cuyo éxito total se opone solamente la barrera genética de que ya hemos hablado, pero que concuerda con las recomendaciones anticipadas por el mismo Pío XII, en su discurso del 30 de septiembre de 1954, ante un Congreso de médicos. Dijo entonces el Papa que, «en los casos desesperados, cuando el enfermo parece perdido y si no existe todavía un medio último de curarle que tenga alguna posibilidad, incluso mínima, de éxito, se debe admitir que el médico pueda, con la autorización explícita o tácita del enfermo, proceder a un tratamiento experimental. Pero tres condiciones son indispensables; la urgencia de la intervención «algunas posibilidades de éxito» y el consentimiento del enfermo.

Los actuales trasplantes, por otra parte, no deben calificarse como experimentos o como terapias, en función de oscuros criterios cuantitativos, derivados del cotejo de las probabilidades de vida sin la operación o a consecuencia de ésta, reconociendo solamente a aquéllos que garanticen una supervivencia mínima de un año, como sugería el profesor Hans Lütger en su conferencia. Esta posición no toma en cuenta la multitud de factores que intervienen, no todos favorables, ni sujetos a control, ni relacionados con el trasplante; pretende además dar un contenido material a la simple probabilidad de éxito, olvidando la historia y el difícil avance de la Humanidad en el campo de la medicina. Si hubiéramos impuesto estos criterios cuando se iniciaron los trasplantes de riñón, no hubieran obtenido ese merecido triunfo sobre una patología irreversible, triunfo que muy pocos discuten en la actualidad.

Es verdad que en esta materia existen intervenciones que podrían quedar en el campo de la experimentación o, si se quiere, en el de la fantacirugía, como son el trasplante de cerebro o el de las glándulas sexuales, ampliamente violatorias de la dignidad humana, pero este problema puede encontrar respuesta legislativa también, como la que surge del artículo 1.º de la Ley italiana del 2 de diciembre de 1975, sobre extracciones de parte de cadáveres con finalidad de trasplante terapéutico, que prohíbe, salvo casos de autopsia, extraer el cadáver el encéfalo y las glándulas de la zona genital y de la procreación, como también lo hace en forma menos radical la Ley sudafricana de 1970, que sólo prohíbe el uso de cualquier gonada, tomada del cadáver a fin de procreación, si no se cuenta con autorización ministerial escrita.

Cualquiera que sea la excluyente, el hecho es que las intervenciones terapéuticas no son punibles, como sí podrían serlo, eventualmente, las prácticas meramente experimentales sobre seres humanos vivos, aunque éstos hubiesen dado su consentimiento. De aquí la importancia de determinar doctrinal y legislativamente cuáles trasplantes merecen el carácter de terapéuticos.



*Extracción de órganos y tejidos del cadáver*

Venciendo los milenarios temores a la muerte, tan íntimamente ligados a la intangibilidad del cadáver y a una mala interpretación de la doctrina de la reencarnación, el cuerpo de los fallecidos empezó a enriquecer los conocimientos médicos desde hace siglos. Los cadáveres no reclamados fueron entregados a la experimentación e investigación científica de hospitales y universidades.

Esta tradición, que llega a nuestros tiempos con grandes deficiencias cuantitativas en cuanto a la disponibilidad de cuerpos humanos sin vida y las necesidades científicas, se ve angustiosamente agravada, ahora incluso en el aspecto cualitativo, ante la reciente posibilidad de injertar sustancias orgánicas todavía vivas para devolver la salud o prolongar la existencia de muchos seres humanos.

Después del aspecto médico, el ético-religioso fue el primero en manifestarse, con mayor firmeza y claridad que el jurídico.

Pío XII, en un discurso relativo a los trasplantes de córneas, hace casi veinticinco años, admitió que eran inobjetables en el aspecto moral, pues el cadáver ya no es sujeto posible de derechos. En opinión de este Papa, la utilización de algunos órganos del cuerpo humano, después de muerto, con fines utilitarios y caritativos «es un derecho del hombre que para nada atenta a la doctrina de la resurrección», con tal y que se respete hasta el último aliento de vida, mediante una correcta determinación de la muerte.

Muy pocas son las legislaciones sobre trasplantes que hayan cumplido la mayoría de edad. Las primeras conocidas regularon el aprovechamiento de cadáveres para fines terapéuticos o científicos, con todo tipo de cautelas. Ante las exigencias de quienes proponían la incautación del cadáver humano para fines terapéuticos, ignorando la voluntad del difunto o de sus herederos, por considerar que el beneficio social no podía quedar subordinado a la ingratitud, al egoísmo o a una equivocada veneración, el legislador sólo admitió el aprovechamiento de aquellos cadáveres respecto de los que hubiera una donación expresa, o una autorización, presumida a veces en la ausencia de oposición de la familia.

Es cierto que no escuchó las voces plañideras que se oponían a cualquier utilización del cadáver, esgrimiendo argumentos éticos y religiosos no totalmente superados en la actualidad, pero tampoco modificó el procedimiento tradicional para diagnosticar la muerte, limitando de hecho el número de las piezas aprovechables, impidiendo así un mayor desarrollo en la cirugía de los trasplantes orgánicos.

El nuevo fenómeno incidió de lleno en el tema del derecho a la disposición del cuerpo, como manifestación de ese amplio derecho a la personalidad que, según Joaquín Díez Díaz, camina hacia una universal aceptación. A pesar de que «nuestro Código civil carece de un reconocimiento ex profeso acerca de un derecho corporal subjetivo, característico e independiente... el cuerpo humano se presta innegable-

mente, y en mayor medida cada día, a una más amplia y complicada utilización» (10).

Las diversas legislaciones sobre trasplantes que admiten la donación de nuestros órganos para ejecutarse después de la muerte y, especialmente, las leyes más recientes que autorizan la cesión en vida de ciertos tejidos regenerables y de uno de los órganos dobles, parecen reconocer parcialmente ese derecho personalísimo que tiene el individuo sobre su propio cuerpo, siempre que no implique la privación de la existencia o afecte gravemente la integridad y funcionamiento del soma. El que estas condiciones sean ajenas a la cesión «post mortem» de piezas corporales para trasplante o del cadáver entero a fines de investigación, no quiere decir que la muerte sea un límite a la protección del derecho, pues en los casos de cesión parcial, el cadáver debe ser reconstruido cuidadosamente y entregado a su familia, para que se cumpla el destino bíblico, ético y jurídico de devolverlo a la tierra con la dignidad y respeto que se debe a la envoltura humana.

#### *La voluntad del donante o su familia*

La voluntad del donante parecía ser, hasta hace pocos años, el elemento que legitimaba la extracción o, en su caso, la autorización de su familia. Las condiciones y formalidades no aparecían normalmente en las leyes pioneras del trasplante orgánico, pero un natural reenvío a la legislación común nos daba la respuesta: mayoría de edad y plena capacidad mental, consentimiento expreso, libre y consciente, amén de la posibilidad de revocar la donación sin responsabilidad.

De las condiciones antes señaladas y de la especial naturaleza de la cesión de órganos del propio cuerpo, para ejecutarse en vida o después de la muerte, se desprende que este acto personalísimo y trascendental no admite representación. Nadie puede otorgar consentimiento por otro. Ningún poder, por amplio que sea, puede legitimar la donación corpórea del poderdante. La familia está llamada en muchas legislaciones a dar su consentimiento, expreso o tácito (cuando no muestra oposición), pero este derecho, desprovisto totalmente de carácter patrimonial, sólo puede ejercitarse cuando el sujeto ya haya fallecido y siempre que no hubiese hecho ninguna manifestación de voluntad a este respecto. Si se opuso expresamente a que se utilizara de su cuerpo, la autorización de sus parientes carecería de valor legal, como también en el caso opuesto, por tener ésta un carácter subsidiario.

No existe, sin embargo, uniformidad legislativa respecto de la validez o irrelevancia del consentimiento para la toma de tejidos, cuando se trate de muertes violentas o sospechosas que requieran la intervención judicial y la autopsia como método de diagnóstico sobre sus

(10) Véase JOAQUÍN DíEZ DíAZ, *El derecho a la disposición del cuerpo*, Edit. Reus, S. A., separata de la "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", Madrid 1967, pág. 16.

causas. La Orden del 17 de febrero de 1955 del Ministerio de Justicia español, dispone que los jueces de instrucción podrán autorizar la obtención de piezas anatómicas del cadáver... «siempre que el finado hubiese manifestado en vida por acto o documento auténtico su conformidad, o cuando requeridos sus familiares con quienes conviviere, concedan la oportuna autorización, o no conste su oposición cuando no sea posible practicar el requerimiento». El Reglamento de junio de 1977 de la Ley italiana sobre extracción de partes del cadáver con finalidad de trasplante terapéutico, dispone en cambio, en su artículo 9, que «en la extracción de un individuo sometido a diagnóstico de investigación, según la ley, o a operación de autopsia ordenada por la autoridad judicial, no se requiere la interpelación a los familiares, ni es válida la eventual denegación a la extracción expresada en vida del individuo.

Un último señalamiento resulta necesario; el término «parientes» no identifica necesariamente a los herederos, ni incluye al cónyuge superviviente que ningún parentesco guardaba con el difunto. La locución «familiares» en cambio, sí le incluye pero no resuelve el problema de prelación o la falta de acuerdo entre los miembros de la familia. La Ley italiana resuelve parcialmente el caso al reconocer efectos a la oposición del cónyuge no separado, a los hijos mayores de dieciocho años o a los padres, por este orden.

A reserva de volver sobre nuestros pasos cuando analicemos en concreto la Ley española, quede claro, sin embargo, que el interés del tema se pierde sustancialmente en aquellas legislaciones que, como ésta, presumen el «animus donandi» del difunto, a falta de oposición expresa, negando toda intervención a la familia.

### *El carácter oneroso o gratuito de la cesión de órganos humanos*

Los criterios sobre la gratuidad de la cesión se presentan dispares, aunque legislativamente las simpatías se han inclinado por el altruismo, condicionado a que la extracción no resulte onerosa para el cedente o su familia.

Un sector importante de la doctrina se opone en forma radical a la retribución, argumentando que el cadáver es «res extra commercium» y que el ser humano no tiene un derecho de propiedad tradicional, ni sobre sus órganos en vida, ni sobre su cadáver, y que menos aún lo tiene su familia, la que no puede disponer onerosamente del mismo. Para algunos autores, el consentimiento o la oposición para que se aproveche altruistamente en fines terapéuticos o científicos no son ni siquiera manifestaciones de un verdadero derecho a la disposición extrapatrimonial del cadáver en favor de la familia, sino una manifestación delegada de la verdadera voluntad del occiso. Así, resultaría ilícito, o por lo menos inmoral, el consentimiento de los deudos, cuando éstos supieran a ciencia cierta que el difunto siempre rechazó la idea de ser utilizado en actividades de trasplante o investigación.

«Nos encontramos ante una situación totalmente nueva, dice en

cambio Novoa Monreal, que no puede ser resuelta sobre la base de esquemas tradicionales...». «Dentro del sistema de valores imperante y conforme a las bases del Derecho actual, no es posible formular censura, desde el punto de vista estrictamente jurídico, al deudo que demande un pago a cambio de su asentimiento para que se haga uso del cadáver o de una parte de él. Lo cual significa que no podría hablarse en tal caso ni de causa ni de objeto ilícito, ni de convención contraria al orden público y a las buenas costumbres, que sirviera de motivo de anulación o invalidez del pacto celebrado».

«Una exigencia pecuniaria de esta clase, concluye el autor en cita, podría estar originada en la codicia o en la necesidad. En el primer caso el problema se desplaza al campo ético y deja el jurídico. En el segundo, la sociedad no podría desaprobado el acto de quien por las circunstancias en que ella misma le hace vivir, se ve compelido a formular cobro» (11).

Como criterio formal sobre la validez jurídica de las cesiones orgánicas motivadas en el lucro, el maestro Quintano Ripollés admite que en puro Derecho penal, queda fuera de duda que, aun con la presencia de este afán lucrativo, el valor del consentimiento en las operaciones de tal clase no pierde virtualidad» (12).

El Dr. Martínez Selles después de admitir como lícita la cesión en vida de uno de los órganos pares, «siempre que no existan otros medios de lograr la finalidad curativa», añade que «el carácter oneroso o gratuito no altera esta licitud» (13).

En igual forma concluye Ruiz Vadillo al decir que «no parece que haya inconveniente en aceptar la existencia de un contrato oneroso de cesión del cadáver, siempre que se someta a una rigurosa disciplina normativa, con exigencia registral» (14).

José María Reyes Monterreal, ya citado, condiciona la disposición en vida, entre otros requisitos, a que «no suponga un tráfico constante ni motivo de repetido y constante lucro para el cedente. Esto no quiere decir, agrega este autor, que deba impedirse en absoluto la cesión onerosa o mediante contraprestación, en principio admisible y perfectamente lícita».

Lo más interesante, por no decir absurdo, de la polémica a propósito de la gratuidad o lucro de estas «donaciones», es que los autores de uno y otro bando se pertrechan en argumentos preponderantemente jurídicos. Así, según Repetto y Rey, «el cadáver, para el Derecho, está fuera del tráfico y comercio de los hombres. Por tanto,

(11) EDUARDO NOVOA MONREAL, *Obra citada* en pág. 5. La nota en págs. 62 y 63.

(12) ANTONIO QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de la parte especial del Derecho penal*, Edít. "Revista de Derecho Privado", Madrid 1962, página 683.

(13) MANUEL MARTÍNEZ SELLES, *Obra citada* en pág. 4. Notas en págs. 4 y 5.

(14) ENRIQUE RUIZ VADILLO, *El trasplante de órganos en el Ordenamiento jurídico español*, "Boletín Informativo del Ministerio de Justicia", 1968, núm. 777, pág. 11.

no puede ser objeto ni de incautación, ni de un destino que roce tan siquiera un beneficio de lucro».

La posición de Romeo Casabona viene acompañado de nuevos elementos de refuerzo, distintos de los jurídico-formales. «Es imprescindible, afirma este autor, la absoluta gratuidad en la obtención de órganos, para evitar así discriminaciones en el acceso a esta modalidad terapéutica; garantizar la espontaneidad en la operación y proteger, en suma, la dignidad humana. La obtención de sangre debe apartarse de esta prohibición, por sus características especiales de ser un tejido regenerable y por las grandes necesidades de la misma» (15).

Nosotros no creemos que el criterio de la necesidad sea válido para justificar la enajenabilidad de la sangre, pues idéntico argumento podía servir, atendiendo a la necesidad de los casos concretos, para cualquier otro tejido. Si las necesidades hemáticas fueran cubiertas merced a la extracción de sangre de cadáveres recientes, ¿se prohibiría entonces su enajenación entre vivos, o solamente disminuiría su valor como consecuencia de la mutación entre la oferta y la demanda? Su carácter regenerable, por otra parte, debería facilitar el «animus donandi» de quien quiera que posea un mínimo de civilidad y tuviera el vientre satisfecho.

La sangre, sin embargo, no es más que otro producto de ese gran mercado de la miseria que los Gobiernos no han podido clausurar. La ofrece por hambre el vendedor y la compra para sobrevivir el lesionado, como también sucede en la prostitución, la explotación de menores, la especulación alimenticia y la usura. No busquemos, pues, argumentos para justificar su venta, si no queremos convertirnos en cómplices de quienes sólo se ocupan en administrar la miseria moral y material de sus propios gobernados.

Independientemente de la calidad patrimonial de las partes ya desprendidas del cuerpo humano, más allá de los argumentos morales y religiosos contra el carácter oneroso de la cesión de tejidos, cuya finalidad terapéutica o curativa difícilmente compagina con el consentimiento retribuido de quien no es totalmente dueño de su cuerpo; la crítica mayor a ese vergonzoso comercio de refracciones anatómicas, es que sólo beneficiaría a la vida y a la salud de quienes pudieran pagarlas.

La cesión onerosa de órganos para ejecutarse post-mortem, no sólo atenta contra la dignidad del «donante», envolviendo en la duda su «libre voluntad», sino que, cuando sea la miseria el móvil profundo, el Estado habrá perdido su razón de ser.

¿De qué sirve una estructura política creada para proteger y beneficiar al ser humano, si no puede evitar que éste venda por hambre, y no en el aspecto sexual, su propio cuerpo? (\*).

(15) CARLOS MARÍA ROMEO CASABONA, *Los trasplantes de órganos*, Ed. Bosch, Barcelona 1979, pág. 162.

(\*) Enorme estupor produjo en todo el mundo, y especialmente en Francia, en los inicios del año 1948, el anuncio de un padre desesperado por no poder alimentar a su familia. Anunciaba que ponía en venta sus ojos.

Desde el punto de vista criminológico, la pregunta encuentra respuesta en un mayor número de «suicidios» y homicidios conectados con el tráfico clandestino de sustancias orgánicas.

En fin, para evitar la especulación, el fraude y la lesión, ¿el Estado llegará a la tasación catalogada de cada tejido?, ¿cuáles serán los criterios valorativos?, ¿qué legislador fijará las condiciones de esta categoría especial de negocios jurídicos...?, ¿cuál tribunal ordenará su ejecución en caso de incumplimiento, con criterios quizá más legales pero menos felices que los de Shakespeare? (\*). El absurdo y la degradación del hombre serían las notas distintivas de ese «Mundo Feliz».

La gratuidad de la cesión de órganos no debe ser, sin embargo, un criterio obsesivo. El beneficio del receptor no debe repercutir en el donador o su familia. Los gastos de traslado, internamiento y extracción del órgano o tejido, tanto en vida como después de la muerte, correrán a cargo del beneficiario del órgano, como también, en tratándose de cesiones en vida, el pago de los perjuicios laborales, sin que esto pueda considerarse, de ninguna manera, un lucro.

Los riesgos quirúrgicos de la extracción y los post-operatorios son también a cargo del receptor, a menos que se contrate un seguro respecto de los mismos, cuya prima abonará igualmente el beneficiario del trasplante, a no ser que se cree un seguro obligatorio a cargo del Estado, como propone idealísticamente Romeo Casabona.

## LA DETERMINACION DE LA MUERTE

Los conceptos de nacimiento y de muerte pertenecen a la obstetricia y a la tanatología. Deberían tener un contenido material e inmutable, y sin embargo, el legislador ha debido manejar esos términos en razón de ficciones y de valores socio-culturales en constante evolución.

Los conceptos de muerte orgánica total y muerte clínica no se identifican ni entre sí, ni con la noción tradicional de muerte legal. De aquí la importancia de diferenciar estos términos y referirlos al fenómeno de los trasplantes de piezas procedentes de cadáveres.

### *Muerte orgánica total*

El nacimiento y la muerte no son fenómenos instantáneos, sino procesos que se prolongan en el tiempo y que poseen una secuela perfectamente caracterizada. Tozzini define a esta última desde el punto de vista biofisiológico como «la paralización progresiva que culmina en la destrucción del complejo químico vital, cuyos integrantes retornan, así, a lo inorgánico» (16).

(\*) En su obra *El Mercader de Venecia*.

(16) CARLOS TOZZINI, *El problema del donante en los trasplantes de corazón*, en homenaje al profesor Luis Jiménez de Asúa, Edit. Pannadille, Buenos Aires, Argentina 1970, págs. 246 y ss.

El profesor Rodríguez Devesa nos explica que la capacidad de los tejidos para resistir la falta de oxígeno no es igual, por eso «la muerte» de los diferentes órganos del cuerpo no se produce simultánea, sino sucesivamente. Esta diferencia cronológica entre la muerte del cerebro y la de los otros órganos que tardan más en «morir» es la que permite su utilización por otra persona. El hecho es conocido desde la más remota antigüedad, pues hay tejidos, como el pelo y las uñas, que continúan proliferando, aún después de varios días del fallecimiento (17).

Si tomáramos al hombre como un simple conjunto celular, y diferenciamos aquellos componentes que poseen capacidad de regenerarse (piel, uñas, pelo) de los que han perdido esta facultad (neuronas o células cerebrales), admitiendo que según las necesidades de oxigenación y la composición química, unos morirán antes que otros, comprenderemos mejor el fétido concepto de muerte total, en la que no queda ninguna célula viva, porque el proceso de degeneración biológica ha concluido.

### *Muerte legal*

La cesación de las funciones y la necrosis de los tejidos siguen una secuela lógica. En la normalidad de los casos, los sistemas respiratorio y cardiovascular suspenden casi al unísono sus actividades y, por lo tanto, la irrigación cerebral, concluyendo así lo que se han venido denominando «reacciones vitales».

El proceso mortal afecta básicamente la actividad cerebral, toda vez que para este órgano la oxigenación es vital; su corteza no puede subsistir sin oxígeno más allá de tres a seis minutos. La muerte del cerebro significa una pérdida irreparable, no sólo porque sus células no tienen la capacidad de reconstruirse, sino porque en él radica la dirección de ese todo armonioso que es el hombre.

Los signos negativos de vida han sido adoptados por la mayoría de las legislaciones «tradicionales» para fijar el concepto de «muerte legal», es decir, una total insensibilidad en los centros nerviosos vitales, una paralización de la respiración y una detención de las funciones circulatorias.

### *Periodo de constatación en la muerte legal*

Pero para dar mayor seguridad al diagnóstico y proteger a un individuo eventualmente vivo, la mayoría de las legislaciones prohíben la inhumación y la práctica de la autopsia antes de las veinticuatro horas de ocurrido el fallecimiento, ordenando que se le dé sepultura antes de cuarenta y ocho horas por razones de salubridad (\*).

(17) JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español. Parte Especial*, séptima edición, Madrid 1977, pág. 29.

(\*) El Código Sanitario Mejicano dispone en sus artículos 107 y 108 que ninguna inhumación podrá efectuarse antes de que transcurran veinticuatro horas del fallecimiento, salvo que el médico que expida el

Es decir, la muerte legal opera, cuando constatados «los signos negativos de vida», han transcurrido más de veinticuatro horas del fallecimiento. En esto se diferencia de la muerte total que se caracteriza por el paso de los «signos positivos de muerte» como la rigidez cadavérica, las manchas hipostáticas y, sobre todo, la descomposición químico-física del cadáver en sus variantes de saponificación, momificación o putrefacción simple. La muerte legal tradicional no espera ni exige estas últimas manifestaciones, pero no se conforma con el solo diagnóstico médico.

Se prohíbe la práctica de la autopsia y de la inhumación dentro de las primeras veinticuatro horas del supuesto fallecimiento, como garantía de quien en alguna manera duerme, de que si estuviera vivo a pesar del diagnóstico médico, no sería matado por enterramiento o disección antes de un plazo prudente.

De esto podemos concluir que los médicos que han realizado trasplantes, tomando repuestos anatómicos de cadáveres dentro del plazo prohibido por sus respectivas legislaciones, no serán responsables de homicidio si ya se hubiese verificado y certificado la muerte, pero sí de un ilícito administrativo por inobservancia de normas reglamentarias.

La supresión de este período, atendiendo a las necesidades de trasplantes, ha seguido una solución legislativa que muestra por lo menos dos variantes: pueden derogarse las disposiciones administrativas que se refieran al período de observación, conservando sólo el primero de los requisitos; la comprobación de la muerte, o se puede reducir el período en comentario a un mínimo de seis o de doce horas. Lo que no debe hacerse es olvidar la existencia de este segundo requisito al momento de crear leyes que fijen condiciones para el diagnóstico precoz de la muerte, porque nacerán enfrentadas a este requisito administrativo de la mayor estima y justificación, el que seguirá vigente, aun en el caso de que una ley de trasplantes lo derogue ex-

---

certificado de defunción exprese, en dicho documento, que es urgente la inhumación del cadáver por considerar que peligre la salubridad pública, o bien, cuando las autoridades sanitarias lo determinen. Los cadáveres no deberán permanecer más de cuarenta y ocho horas sin ser inhumados, salvo que lo exijan investigaciones judiciales o que, con autorización de las autoridades sanitarias respectivas, se proceda a embalsamar el cuerpo o a conservarlo en las condiciones que fijen las mismas autoridades. Estas disposiciones se repiten en el Reglamento Federal de Cementerios, inhumaciones, exhumaciones, conservación y traslación de cadáveres en sus artículos 15 y 16.

El Código Civil para el Distrito Federal y para toda la República en materia federal dispone por su parte en su artículo 117, que ninguna inhumación se hará sin autorización escrita dada por el oficial del Registro Civil, quien se asegurará suficientemente del fallecimiento. No se procederá a la inhumación sino hasta después de que transcurran veinticuatro horas del fallecimiento, excepto en los casos en que se ordene otra cosa por la autoridad que corresponda.

En fin, el Reglamento del Cuerpo Médico Legista del Distrito Federal, señala en su artículo 10 que las órdenes de autopsia se cumplirán a más tardar al día siguiente de aquél en que se reciban y, en todo caso, después de veinticuatro horas de acaecido el fallecimiento.



presamente, para todos los casos de muerte que no vayan acompañadas de extracción de órganos.

### *Muerte clínica o cerebral*

Una tercera acepción de muerte es la vinculada al carácter clínico de su comprobación. Hasta hace muy poco se consideraba la detención del corazón como criterio infalible de fallecimiento, cuando iba acompañado de otros signos aparentes de muerte (opacidad corneal, inmovilidad respiratoria, ausencia de pulsaciones, pérdida de la conciencia, disminución de la temperatura corporal, etc.). Sin embargo, los parámetros clásicos de cesación de las funciones cardíacas y respiratorias resultaron pronto desmentidas por el testimonio de muchos «resucitados» (electrocutados, catalépticos y otros), que reclamaron con pleno derecho un mejor diagnóstico para el futuro.

Se presentó, por otra parte, el problema de los «descerebrados», es decir, personas con graves e irreversibles traumatismos encefálicos, total y eternamente inconscientes, pero que mantenían excepcionalmente sus funciones vegetativas.

Los trasplantes de órganos entraron además en la polémica. La utilización de tejidos humanos debe realizarse después de la muerte del donador, en la forma más precoz posible. En pocas horas y a veces en minutos, la mayoría de los órganos han quedado inútiles para su trasplatación en otros seres humanos, por haberles alcanzado el proceso mortal.

Se hizo necesario entonces detectar un estadio en el que la recuperación del sujeto fuese imposible, admitiendo que el daño a ciertas funciones vitales debía ser tomado como signo definitivo de muerte, no obstante la persistencia de vida sectorial o biológica en ciertas partes del cadáver y, sobre todo, derogar el período de confirmación del diagnóstico.

El concepto de muerte real se modifica, dice Novoa Monreal, ya no es necesario esa «cesación total de la vida», sino la detención de ciertas funciones vitales en forma irreversible, es decir, la muerte clínica o cerebral. «En realidad la muerte debe admitirse cuando cese la vida cerebral, o mejor aún, cuando terminen definitivamente las funciones del sistema nervioso central, independientemente de que persistan otros fenómenos de vida biológica en el resto del cuerpo, o *en forma natural o artificial*, se mantenga la circulación y la respiración».

El criterio compartido por muchos médicos (18) y juristas es que «frente a la cesación de la función respiratoria, o de la falta de las llamadas reacciones vitales, nociones correspondientes a formas culturales y científicas superadas, la tanatología tiende hoy a situar el límite de la muerte en el comienzo de un proceso de claudicación de

---

(18) CÉSAR AUGUSTO GIRALDO y otros, *Definición de la muerte y sus implicaciones médico legales*, "Revista Universitas", Facultad de Derecho y Ciencias Socio-Económicas, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia, junio 1973, núm. 44, págs. 23 y ss.

los centros ordenadores y mantenedores del estado de equilibrio dinámico que llamamos vida» (19).

Pocos son ya los que se oponen a esta nueva concepción. La resistencia viene más bien de moralistas y religiosos, aunque no falte la voz acusadora de algún destacado penalista que tachando de deleznable los conceptos de «muerte encefalográfica», «muerte intermedia» o «muerte anticipada», ponga en duda su aceptación bajo el imperio de un Derecho fundado en las más estrictas concepciones naturalísticas y tecnológicas, pues se introduciría en la vida social una inseguridad insoportable, fecunda en errores y, sobre todo, en iniquidades y abusos».

Lo que sucede es que «se crea un concepto nuevo de «muerte», distinto del hasta ahora imperante en la Biología y el Derecho, cuando se intenta transformar el realístico fenómeno de muerte fisiológica integral, y sustituirle por otras ideas sofisticadas, como son las que encierran los artificiosos y ajurídicos conceptos de «muerte cerebral...» o «muerte anticipada». Pues si el fenómeno de la muerte implica la cesación o término de la vida, y ésta se extingue mediante un proceso lento y progresivo que se inicia en los centros vitales y cardíacos y se propaga progresivamente a todos los órganos y tejidos, es evidente que sólo puede afirmarse que el fenómeno de la muerte ha acaecido cuando termina dicho proceso» (20).

Quien así hablaba, el profesor mejicano Jiménez Huerta, estaba movido por un exceso de indignación ante un hecho que parece formar parte de la opinión pública, y que no concuerda con la realidad, a saber: que la necesidad de obtener corazones todavía activos para realizar los trasplantes cardíacos, había motivado la sustitución de la muerte integral por un concepto de «muerte anticipada», que permitía extraer el corazón todavía palpitante de la víctima en una ofrenda sangrienta al dios de la investigación experimental.

El concepto de muerte fisiológica integral para el maestro, sólo se produce cuando cesan las interrelaciones orgánico-funcionales de aquellos órganos que hacen posibles las condiciones físicas y químicas del medio interno, esto es, cuando dejan de funcionar completamente el corazón, los pulmones y el cerebro».

También Ruiz Vadillo parece compartir la idea de una supervivencia cardio-vascular al momento del trasplante, como una condición técnica, pues refiriéndose a la determinación del momento de la muerte dice que el criterio tradicional no sirve cuando se trate de una operación del trasplante de corazón, porque la extracción ha de hacerse in-

---

(19) FRANCISCO FELIPE OLESA MUÑIDO, *Inducción y auxilio al suicidio*, Publicaciones del Seminario de Derecho Penal de la Universidad de Barcelona, Bosch, 1958, pág. 29.

(20) MARIANO JIMÉNEZ HUERTA, *Los trasplantes de corazón y la tutela penal del bien jurídico de la vida*, en homenaje al profesor Luis Jiménez de Asúa, E. Pannadille, Buenos Aires, Argentina 1970, págs. 529 y 530.

mediatamente después de comprobada la muerte, cuando todavía sin embargo, está latiendo (21).

Los criterios confusos que vagan tropezando en la doctrina, hacen obligatorio un esclarecimiento del tema.

### *El verdadero contenido de la muerte cerebral*

Todas las legislaciones, incluyendo la española, rodeaban al fenómeno de la muerte, antes que surgieran los trasplantes de órganos provenientes de cadáveres, con dos garantías; el diagnóstico médico certificando la realidad de la muerte, atendiendo a los síntomas tradicionales, y un período de observación, normalmente de veinticuatro horas, en el que obviamente no pueden realizarse sobre el cadáver ninguna actividad que pudiera coadyuvar a producir la muerte, en caso de que ésta no se hubiera realmente verificado.

Para poder eliminar esta barrera que impedía la toma oportuna de tejidos y órganos, la técnica tanatodiagnóstica ofreció reforzar la primera garantía, de forma tal que la determinación médica de la muerte revistiera un mayor grado de certeza y no fuera necesario esperar ese período de constatación. La nueva técnica consistió en comprobar la cesación de las funciones vitales, especialmente la inactividad eléctrico-cerebral, mediante el encefalograma plano, incluso bajo estimulación, repitiendo la prueba a intervalos.

El argumento básico es que un individuo con las funciones respiratorias y cardíacas paralizadas, cuyo cerebro no responda ni siquiera a los estímulos eléctricos, no requiere de ningún período de observación prolongado, pues las células de la corteza cerebral, por su extrema delicadeza, empiezan a morir a los cinco minutos siguientes a la detención de la circulación.

En relación con la muerte cerebral, los más calificados criterios médicos y las últimas legislaciones en materia de trasplantes, coinciden en exigir varios signos negativos de vida además de la inactividad encefálica, entre los que destaca la falta de respiración espontánea.

Así, el Consejo de las Organizaciones Internacionales de Ciencias Médicas, en su reunión de Ginebra el 15 de junio de 1968, convocada por la Organización Mundial de la Salud, declaró que la determinación de la muerte debe basarse en las siguientes circunstancias:

- a) Pérdida de toda conexión entre el cerebro y el organismo.
- b) Incapacidad muscular total.
- c) Cesación de la respiración espontánea (\*).
- d) Ausencia de presión sanguínea.
- e) Absoluta cesación de la actividad del cerebro, comprobada eléctricamente y aun bajo estímulo.

---

(21) Tomado de JEAN GRAVEN, *Obra citada* en pág. 6. Notas en páginas 241 y 242.

(\*) Se entiende que la respiración en el cadáver es sostenida artificialmente.

Los criterios de diagnóstico sobre la muerte cerebral aprobados por la Conferencia de los Reales Colegios y Facultades de Médicos del Reino Unido, incluyen entre otras pruebas diagnósticas, además de «la ausencia de respuesta de los nervios craneales ante una estimulación adecuada de cualquier área somática, que no se produzcan movimientos respiratorios al ser desconectado el paciente del ventilador mecánico, durante el tiempo suficiente para asegurar que la tensión de dióxido de carbono arterial alcance el umbral para la estimulación de la respiración».

Entre las conclusiones del Symposium Internacional de Trasplantes de Organos, celebrado en Madrid en julio de 1969, se dijo que en el diagnóstico precoz de la muerte debe tomarse en cuenta, entre otros factores, la falta de respiración espontánea.

El artículo 4 de la Ley italiana sobre trasplantes, exige la presencia de las siguientes condiciones:

- 1) Un estado de coma profundo acompañado de:
  - a) Atrofia muscular.
  - b) Arreflexia tendinosa de los músculos del esqueleto enervados por los nervios craneales.
  - c) Indiferencia de los reflejos plantares.
  - d) Midriasis paralítica con ausencia del reflejo corneal y de reflejo pupilar de la luz.
- 2) Ausencia de respiración espontánea, después de suspensión durante los dos minutos anteriores, de la artificial.
- 3) Ausencia de actividad eléctrica cerebral, espontánea y provocada.

«El inicio de la coexistencia de las condiciones citadas, determinará el momento de la muerte, pero ésta deberá ser comprobada a través de su ininterrumpida presencia, durante un sucesivo período de al menos doce horas, en ausencia de administración de fármacos depresivos del sistema nervioso central y de condiciones de hipotermia producida artificialmente».

En fin, la moderna legislación española sobre extracción y trasplante de órganos establece, por Decreto Real de febrero de 1980, que «los órganos para cuyo trasplante se precisa la viabilidad de los mismos, sólo pueden extraerse del cuerpo de la persona fallecida previa comprobación de la muerte cerebral, basada en la constatación y concurrencia, durante treinta minutos, al menos, y la persistencia seis horas después del comienzo de coma, de los siguientes signos:

- 1) Ausencia de respuesta cerebral, con pérdida absoluta de conciencia.
- 2) Ausencia de respiración espontánea.
- 3) Ausencia de reflejos cefálicos, con hipotonía muscular y midriasis.

#### 4) Electroencefalograma «plano» demostrativo de inactividad bioeléctrica cerebral.

Los citados signos no serán suficientes ante situaciones de hipotermia inducida artificialmente o de administración de drogas depresoras del sistema nervioso central (artículo 10)».

Podemos afirmar por lo tanto, que la llamada muerte cerebral que tanta polémica ha despertado, no es otra cosa que un nuevo sistema de constatación de la muerte, mediante aparatos sofisticados que miden como parámetro básico y definitivo, pero no único, la inactividad cerebral. Su consecuencia más saliente es que hace innecesario el período de observación o constatación de la muerte.

En beneficio de la confusión, más de un autor dio a este término una amplitud totalmente errónea. Se dijo que en aquellos raros casos en que la muerte atacara directamente al cerebro, por destrucción o por anoxia específica, provocada por traumatismos, congestión, trombosis u otro fenómeno letal cerebralmente localizado, en que no obstante se mantuvieran en forma autónoma las funciones respiratorias y cardiacas, bastaba el diagnóstico de muerte cerebral para aprovechar el cuerpo aún con vida fisiológica.

Debemos aclarar esta equivocación y dejar firmemente establecido que, cuando las actividades respiratoria y circulatoria se prolonguen en forma independiente, los cuidados médicos deben también mantenerse, porque bien podría ocurrir que la unidad bio-psíquica no estuviera realmente perdida a pesar del diagnóstico de «muerte cerebral» (*in dubio pro vita*); porque la premura de la extracción no se da, ya que un cuerpo en funcionamiento es el mejor depósito para mantener los órganos utilizables y, además, por el respeto que nos debe producir esa importante manifestación de vida en un cuerpo que fue depositario de una conciencia personalísima.

#### *La supresión de la vida residual autónoma como homicidio*

Aclarado así el concepto de muerte cerebral, como síntoma o manifestación principal, pero no aislada, del fenómeno mortal, cabe una conclusión de tipo jurídico; el Derecho penal, protector de los más altos valores del ser humano, castiga la privación de la vida, cuyo contenido conceptual no puede ser menor que los elementos contrarios a la muerte cerebral. Ante esta situación, la extracción de órganos de un cuerpo que respira por sí mismo todavía, aunque su cerebro se haya perdido irremisiblemente, no puede ser otra cosa, si la intervención destruye esta última función, que un típico homicidio.

#### *La ortotanasia y los trasplantes de órganos*

Una nueva situación puede presentarse cuando la función respiratoria no es capaz de mantener su autonomía y el anestésico o el médico especializado se ven obligados a recurrir a un pulmón artificial para prolongar la vida del paciente. A este método para posponer, mediante

cuidados y técnicas extraordinarios, el momento de la muerte, se llama Distanasia.

Pues bien, cuando la falla respiratoria ocurra en el curso de una intervención quirúrgica, o por cualquiera otra causa descienda esta capacidad vital del individuo, pero se tenga la confianza en que, superado el problema, el paciente recuperará su respiración autónoma, entonces el recurso estará preordenado por la ciencia y la deontología médica.

En cambio, cuando el individuo irreversiblemente inconsciente sea incapaz de respirar por sí mismo, dependiendo la prolongación de esta función y por lo tanto de su «vida», de un proceso de reanimación artificial costoso e inútil, porque no ofrece ninguna esperanza de restablecer la normalidad, como sucede en el ejemplo de los descerebrados, entonces debemos concluir usando las palabras de Cuello Calón, que «no consideramos que haya un específico deber jurídico de prolongar artificiosamente la vida más allá de las posibilidades naturales».

La tesis de suprimir la animación artificial —«ortotanasia»— en estos casos, defendida por el profesor de Medicina de la Universidad de Lieja, Roskam, es también adoptada por el mismo Quintano Ripollés, quien niega la posibilidad de incriminación porque «a la ausencia de un efectivo deber jurídico de prolongar la vida, hay que añadir la falta de intención de matar, suplida por la de que no sobreviva, cosa bien distinta, y que, en todo caso, no sería engarzable en la mecánica del nexo de causalidad preciso para tolerar calificaciones de homicidio por omisión propia o impropia, dado que la muerte se produciría de todos modos, no siendo, pues, determinada por la conducta del omitente» (22).

Entendido el término en razón de su contenido etimológico, resultará fácil distinguir entre «muerte natural» que se produce cuando se desconectan los medios mecánicos de reanimación, llamada ortotanasia, ortanasia y también eutanasia por omisión (\*), y la verdadera eutanasia, tan ampliamente conocida, en donde el motivo piadoso (evitar sufrimientos a un desahuciado) va unido a una actividad, solicitada expresamente por la víctima, que destruye directamente una vida no necesitada de ninguna técnica de reanimación.

El dilema es simple en su planteamiento, de fácil solución cuando se trata de extraños, de grave y dramática respuesta cuando involucra a nuestros seres queridos y de difícil predicción cuando afecta a nosotros mismos. ¿Qué debemos hacer frente a un ser privado para siempre de su conciencia, cuya supervivencia fisiológica depende solamente del artificio de un aparato corazón-pulmón...? «La muerte está virtualmente presente, decía Cottier, citado por Graven, pero unos medios artificiales permiten mantener por tiempo indefinido una vida

(22) ANTONIO QUINTANO RIPOLLÉS, *Obra citada* en pág. 14. Nota en pág. 36.

(\*) Si bien el término eutanasia por omisión, no se identifica en todos los casos con la ortotanasia, pues no siempre se deja morir al enfermo que sufre, sino en muchas ocasiones, al que nada siente, precisamente por estar cerebralmente muerto.

vegetativa, sin que esta situación permita restituir la salud. Digamos en consecuencia, desde ahora, que no hay culpa moral en el médico que interrumpe por una causa proporcionada, la práctica de la reanimación que había comenzado.

Este mismo punto de vista fue absuelto en 1957 por el Papa Pío XII (23), al hablar a los miembros del Instituto Italiano de Genética Gregorio Méndel. Dijo entonces el Sumo Pontífice: «si la lesión del cerebro es tan grave que resulta muy probable e incluso prácticamente cierto que el paciente no sobrevivirá, se plantea la cuestión angustiosa de valorar las maniobras de resucitación. El problema total puede formularse en tres preguntas: ¿se tiene derecho, o hasta la obligación de utilizar los aparatos modernos de respiración artificial en todos los casos, aun en aquéllos en que a juicio del médico se consideran como completamente desesperados?; en segundo lugar, ¿se tiene el derecho o la obligación de retirar el aparato respiratorio cuando, después de varios días en estado de inconsciencia profunda, no se mejora, mientras que si se prescinde de él, la circulación se detendrá en algunos minutos?; en tercer lugar, un paciente que cae en la inconsciencia por parálisis central, en el cual la vida —es decir, la circulación sanguínea— se mantiene gracias a la respiración artificial y sin que sobrevenga ninguna mejoría después de varios días, ¿debe considerarse como muerto de «facto», o también de «jure»?... El Pontífice en el mismo discurso manifestó: «En estos casos obliga habitualmente sólo el empleo de medios ordinarios; una obligación más severa sería demasiado pesada para la mayor parte de los hombres».

#### *Las técnicas de conservación de órganos «intra-corpore»*

Una última situación, macabra si se quiere, puede presentarse a propósito del trasplante de órganos y la necesidad de su conservación hasta el momento de la intervención.

Cuando la muerte psico-física se ha producido y el cadáver reciente ingresa en un hospital bien equipado, nada se opone, desde el punto de vista científico, a que se le apliquen técnicas de reanimación que hagan funcionar de nuevo los órganos motores, subsistiendo, como es lógico, la inactividad cerebral. En estos casos, como la muerte integral se ha producido, la desconexión posterior del respirador se convierte en un problema de oportunidad, por la necesidad de mantener los riñones, el corazón y otros órganos, en las mejores condiciones posibles antes de ser estirpados, o por la obligación de llenar ciertos trámites legales y exámenes médicos a fin de proceder al trasplante.

Ningún problema de ortonasia puede plantearse en este caso, la muerte se ha producido, no sólo en su aspecto cerebral, sino respiratorio y cardiaco. La respiración y el sistema vascular fueron reactivados y están siendo mantenidos únicamente por medios mecánicos. La

---

(23) ANUARIO PETRUS, *La Voz del Pío XII*, Ed. Barcelona, 1957, páginas 211-213.

muerte se dio con total autonomía de la intervención médica y antes de que se considerara la posibilidad del trasplante.

La cuestión moral que puede surgir en esta hipótesis, no puede vincularse con la vida o la muerte, pues no se trata de prolongar la «vida» de un descerebrado, sino de reanimar artificialmente a un cadáver. Puede plantearse únicamente respecto de la dignidad que éste nos merece, disminuida quizá cuando le utilizamos como almacén de sus propios órganos.

Ante esta visión panorámica del problema, la toma de piezas anatómicas y la realidad de la muerte adquieren una diáfana claridad. Puede tratarse de un muerto cerebral cuya vida fisiológica se mantiene artificialmente sin que se hubiese producido la muerte natural, como sucedió en el primer trasplante sudafricano de corazón. La técnica consistió entonces en retirar el respirador, esperar a que se produjera esa muerte natural (ortotanasia) y extraer.

Puede en cambio suceder que se aproveche la reanimación post-mortem, como en el segundo trasplante cardíaco de Ciudad del Cabo. En este caso Clive Haupt, el donante, un joven mestizo de veinticuatro años, fue atacado por una congestión cerebral a las 16 horas del 1.º de enero de 1968. Mientras era conducido de la playa al Hospital Victoria, su corazón cesó de latir. Se logró volver a ponerlo en marcha por medio de la respiración artificial. Se avisó entonces al Groote Schuur Hospital, pero no fue sino hasta las 11 horas del día siguiente cuando se inició la operación de trasplante. Los especialistas querían tomar el máximo de precauciones. Era necesario además consultar a la señora de Haupt, y todo con la mayor calma.

Las técnicas modernas de reanimación evitan, pues, la premura de la extracción y permiten, como ha quedado claro, cubrir los requisitos legales, más prolongados aún cuando el cuerpo está a disposición judicial, anulando las críticas que muchos autores han dirigido contra el excesivo burocratismo y la innecesaria repetición del diagnóstico de muerte por más de un equipo especializado.

Estas técnicas colocan al diagnóstico de muerte cerebral de nuevo a la cabeza, pues la respiración y la actividad cardíaca existen, pero sostenidas artificialmente, de forma tal que sólo puede exigirse para la práctica de un trasplante, la ausencia de actividades muscular (el corazón es un músculo) y respiratoria espontáneas, además, claro, de la inactividad cerebral constatada en diversas ocasiones por la desaparición de todas las señales electroencefalográficas.

#### *La donación para ejecutarse en vida*

La necesidad de resolver, en lo posible, los problemas de compatibilidad histológica que se presentan en los trasplantes humanos, y la oportunidad de obtener el donante preciso en calidad y tiempo hizo surgir los trasplantes entre vivos, abriendo una brecha en los ya no tan sólidos principios del Derecho y la Medicina.

La extracción consentida en seres humanos, de órganos que serán injertados en otros individuos, lesionando previa y voluntariamente



el cuerpo del donante, aunque no se provoque la muerte ni una verdadera incapacidad funcional, ¿podría pasar desapercibida para un Derecho penal que niega radicalmente eficacia al consentimiento del lesionado?

Los criterios sobre el contenido de la culpabilidad, por otra parte, no han sido suficientes para excluir la responsabilidad penal del médico, además de que la conducta aparece plenamente tipificada, por lo que sólo en el ejercicio legítimo de un derecho podría ubicarse la exigente. Pero la licitud de los derechos profesionales, del médico en este caso, sólo es reconocida por la jurisprudencia cuando éstos se atemperen al correcto ejercicio demandado, siendo hecho conocido que los trasplantes de órganos provenientes de personas vivas o muertas no tenían, hasta hace muy poco tiempo, ningún reconocimiento médico y menos jurídico de su carácter terapéutico. Situación que aún subsiste en algunas legislaciones.

Esta deficiencia fue observada, entre otros, por Rómeo Casabona, al señalar la necesidad en España de una ley de trasplantes que, reconociendo el carácter terapéutico de la intervención, diera a ésta la licitud que en muchos países se le niega. «Es preciso recordar además, dice el autor en cita, la situación caótica existente en el capítulo de lesiones a partir de su reforma de 1963, cuando se introdujo el artículo 428... Se impone, por consiguiente —si no se acomete una revisión total de este capítulo—, la modificación del artículo 428 y la supresión de los artículos 425 y 426, causa directa de la polémica en torno al consentimiento en las lesiones».

El problema de la licitud de ciertos trasplantes y, por lo tanto, de la actividad médica respectiva, había quedado ya resuelto con la Ley española de 1950 por lo que toca al aprovechamiento de cadáveres. Actualmente es la Ley de 1979 la que autoriza la extracción tanto de vivos como de muertos y fija las condiciones de cada caso, dejando a las disposiciones reglamentarias los requisitos del personal técnico y los centros especializados para efectuar trasplantes, el procedimiento para comprobar la muerte cerebral y las medidas informativas.

El artículo 428, por su parte, quedó establecido en el proyecto de Ley Orgánica del Código penal, presentado a las Cortes Españolas en enero de 1980, con el número 177, en los siguientes genéricos términos: «salvo en los supuestos en que expresamente se establezca otra cosa, las lesiones castigadas en este título que sean producidas con el consentimiento del ofendido, sólo se sancionarán cuando se estimen socialmente reprobables, en cuyo caso se impondrá la pena inferior en grado a la señalada para las lesiones de que se trate».

Por lo que respecta al campo de la medicina, Mantovani señala que «la ablación hecha en un ser viviente para trasladar uno de sus órganos a otra persona, impone una revisión del tratamiento médico-quirúrgico, pues resulta evidente que este concepto ha ampliado sus dimensiones a esa relación médico-donador no contemplada en el binomio tradicional médico-enfermo, lo que ha puesto en crisis la misma regla áurea de «primum non nocere», que desde siempre había cons-

tituido el criterio guía de la medicina tradicional» (24). Y esto es así, porque el donante no necesita ni obtiene beneficios curativos de una extracción que le es técnicamente lesiva.

Esta manifestación del derecho a la personalidad, tiene como primer límite, el de no poner en peligro la vida ni la normalidad funcional del organismo. Es decir, sólo podemos afectar la integridad anatómica cuando el beneficio del receptor sea mayor que el daño consentido.

No existe uniformidad en este tema. La Ley venezolana de 1972 y la italiana de 1967, sólo permiten la extracción y trasplante de riñones, excluyendo tácitamente la donación de piel, córnea o pulmón. Otras, como la española vigente, no limitan el tipo de órgano, pero queda claro que sólo podrán donarse órganos «cuya extracción sea compatible con la vida del donante y no disminuya gravemente su capacidad funcional».

El consentimiento del donante es la piedra angular que abre con uno de sus filos el propio cuerpo. Pero debe ser prestado en forma directa, la doctrina no admite delegación ni representación para un acto de esta naturaleza.

Debe poseerse mayoría de edad. Así lo requiere las leyes venezolana, húngara, brasileña y española, entre otras que siguen el criterio de edad fija, sin excepciones, aunque Mantovani señala la existencia de otras soluciones legislativas que admiten no sólo excepciones, sino la variación de la edad según el tipo de toma y otras que verifican el discernimiento del donador, caso por caso, pues los que sufran graves perturbaciones psíquicas están impedidos para realizar este acto.

La legislación francesa de 1976 autoriza la donación de menores de edad no enajenados, siempre que el receptor fuese hermana o hermano del donante, y se obtenga autorización de un comité formado por tres expertos, como sucede también en Dinamarca, cuya Ley del 9 de junio de 1967 permite la cesión aunque no se tengan los veintiún años, cuando condiciones particulares lo aconsejen, y siempre que el tutor dé su aprobación.

Salvadas las condiciones generales de edad y sanidad mental, tenemos que el consentimiento debe ser expreso, libre y consciente. Es decir, debe externarse, normalmente por escrito y ante una autoridad competente del área registral, sanitaria o judicial; no debe existir ningún tipo de error o coacción, y debe ser reforzado por una amplia y completa información al donante, a propósito de las consecuencias que sobre su persona podría tener la cesión, tanto en el aspecto somático como psíquico, y sobre el beneficio que puede producir al receptor.

Algunas de estas legislaciones exigen que la donación se haga en favor de persona determinada dentro del área familiar. Otras, como la española, la alemana de 1975 (República Democrática), la italiana y la francesa, ya citadas, imponen una absoluta gratuidad de la cesión.

La utilidad del órgano cedido y su aprovechamiento conforme a la

---

(24) FERRANDO MANTOVANI, *Obra citada* en pág. 7. Nota en pág. 44.

naturaleza, la moral y las buenas costumbres, son condiciones no siempre escritas pero igualmente imperativas en esta discutida materia.

### *El receptor*

Poca atención han merecido los beneficiarios del trasplante. Su situación entra de lleno en el tratamiento médico-quirúrgico, puesto que sus lesiones están justificadas en el ejercicio legítimo de una profesión y beneficia por igual a médicos y a auxiliares. Las modernas corrientes, sin embargo, prefieren excluir la tipicidad de aquellas intervenciones coronadas por el éxito, argumentando que no dañan a la salud ni a la integridad, sino todo lo contrario.

Cuando el paciente muera o no se logre el fin terapéutico, se recurre entonces a la ausencia del elemento subjetivo, puesto que ni el cirujano ni sus ayudantes tenían intención de lesionar, tesis bastante discutible, pero útil en aquellos países que no cuentan con una legislación legitimadora de los trasplantes. Si ésta existe, volveremos a nuestra cómoda y amplia exclusión de la antijuricidad por ejercicio de la medicina, por ser una actividad profesional autorizada por el Estado.

Antes de que se legislara en España sobre la cesión de órganos entre vivos, Romeo Casabona, uno de los impulsores de la legislación actual, criticaba esta laguna legal, señalando como imprescindibles para legitimar dichas intervenciones, que se realizarán por médico-cirujanos especializados, con las máximas garantías técnicas y científicas y que contarán siempre con la eficaz voluntad del donador. Creemos que estas mismas condiciones deben exigirse en beneficio del receptor.

Una de las garantías ya recogida por la legislación vigente, es que existan perspectivas fundadas de mejorar sustancialmente la duración o las condiciones de vida del donatario. Una inyección a ciegas, sin la debida experimentación en animales o con tecnología inadecuada, caería en el campo de la experimentación, y sus resultados lesivos podrían ser incriminados a título culposo.

Deben haberse realizado los correspondientes estudios inmunológicos y de compatibilidad histológica, tanto del receptor como del dador, y prepararse en beneficio de ambos las instalaciones y fármacos que requiere este tipo de cirugía (quirófano bien instrumentado, sustancias inmunológicas, sala de aislamiento, etc.).

Es necesario que la autorización del receptor sea igualmente expresa, libre y consciente. Sin embargo, y siendo que el trasplante le beneficia, es posible recabar la autorización de sus representante legales cuando se trate de menores de edad o de incapaces mentales o, incluso, aunque no sea una opinión ampliamente condividida porque no existe un reconocimiento universal del carácter terapéutico de los trasplantes, presumirse su voluntad en los casos de inconsciencia en que sea urgente la intervención, y sea imposible recabar la autorización de su familia.

En fin, una última garantía de contenido ampliamente social, crea-

da también para el receptor, es la gratuidad que la mayoría de las legislaciones imponen a la recepción del órgano trasplantado.

### *Sanciones*

Una vez legitimados los trasplantes provenientes de cadáveres en el carácter terapéutico que el Estado les ha reconocido, siempre que se realicen en las instituciones o por profesionistas autorizados, sólo nos queda para evitar la extracción de órganos de cadáveres con violación de los requisitos reglamentarios, la amenaza de sanciones administrativas, ya que no todos los autores concuerdan en la tipificación del delito de profanación de cadáveres por ausencia de dolo específico.

Por lo que se refiere al trasplante entre vivos, una vez reconocido el carácter legitimante del consentimiento por el fin altruista que se persigue, queda por calificar la omisión de los requisitos formales que impone la Ley, a no ser que se considere igualmente como una infracción administrativa.

Por la trascendencia del tema y reconociendo la mayor firmeza de las normas penales, algunos autores han propuesto bajo diversas perspectivas, modelos de delitos que, adoptados legislativamente, vendrían a reforzar las garantías reglamentarias que impone la ley de trasplantes (25).

La legislación de Dinamarca castiga con multa a quien tome tejido o material biológico sin llenar los requisitos de ley, suponiendo que la conducta no tipifique un delito más grave, pero la mayoría de las legislaciones no han incluido disposiciones penales, considerando quizá que la normativa general cubriría cualquier hipótesis, lo que salta a la vista como un criterio erróneo, pues ¿qué delito comete el intermedio, por ejemplo, que obtiene la autorización de una persona para que done a otra uno de sus órganos dobles, obteniendo un lucro sin engaño ni aprovechamiento del error?

### *Bancos de órganos humanos*

En fin, un último aspecto que merece señalamiento, es la necesidad de conservar órganos humanos para hacer frente a los requerimientos locales, estatales y a veces internacionales, como los depósitos o «bancos» de sangre y de ojos tan ampliamente conocidos y los de nervios, huesos, esperma y piel que no han entrado todavía en el dominio público.

Algunos tejidos son de imposible conservación fuera de un organismo en funcionamiento, por eso se pensó, al inicio de los trasplantes cardíacos, en almacenar el corazón del recién fallecido en los cuerpos de grandes primates, para extraerlo cuando fuese necesario, una vez que se hubiesen hecho los estudios histológicos e inmunológicos de

---

(25) Así, ENRIQUE RUIZ VADILLO y CARLOS ROMEO CASABONA en sus obras ya citadas. Nota en págs. 10 y 165-174, respectivamente.

rigor y se tuviese al receptor idóneo. La actual técnica de reanimación artificial de cadáveres tiene este mismo propósito, pero sólo resulta de utilidad a corto plazo, pues independientemente del problema de conciencia que origina el aprovechamiento del cadáver también como depósito, éste debe entregarse a la familia que espera para proceder a su inhumación.

De ahí la importancia actual de las instituciones encargadas de recabar, centralizar, conservar y distribuir órganos humanos procedentes de cadáveres, como las que operan en beneficio de la mayoría de los países europeos: Scandiattrasplant, Eurotrasplant, etc., o la Navy Tissue Bank of Bethesde y el Banco de Tejidos de California, estos últimos en los Estados Unidos, para mencionar algunos.

No se crea, sin embargo, que estas instituciones son meros depósitos de huesos, córneas o nervios irradiados con electrones. Una parte importante de su actividad es de tipo coordinador: relacionan a los posibles donantes con los receptores que esperan un respuesto orgánico, mantienen comunicación con los principales hospitales y, llegado el caso, conciertan la donación y el traslado inmediato del órgano al receptor, en una labor de verdadero contenido humanitario.

Hasta aquí un bosquejo matizado, definitivamente incompleto pero realizado con la sana pretensión de dar una visión general, un panorama entendible de la apasionada problemática de los trasplantes de órganos humanos. Podemos ahora apreciar con mayor seriedad el enorme avance de la legislación española en esta materia y criticar con mayor sensatez sus defectos y excesos.

## ANTECEDENTES LEGISLATIVOS EN ESPAÑA

La Ley del 18 de diciembre de 1950, fue la primera en España que reguló la obtención de piezas anatómicas para injertos, procedentes de cadáveres.

El mérito de esta Ley, una de las primeras en el mundo, es el haber derogado expresamente el período de observación (\*) para confirmar el diagnóstico de muerte, permitiendo que «la exeresis se realizara dentro de las veinticuatro horas del fallecimiento, antes de iniciarse cualquier alteración capaz de aminorar o destruir la integridad fisiológica de los tejidos», legitimando, al mismo tiempo, cierto tipo de trasplantes humanos que en aquella época habían probado su carácter terapéutico.

La Ley en comentario dejó en manos del ministro de Gobernación, la elaboración de una lista de establecimientos, correctamente equipados, que serían autorizados para «obtener, preparar y utilizar injertos y trasplantes de tejidos y órganos, como huesos, cartílagos, piel y ojos procedentes de cadáveres».

---

(\*) Este período sigue siendo obligatorio para las muertes no seguidas de trasplante en acatamiento del artículo 83 de la Ley del Registro Civil española.

Tanto el profesor Rodríguez Devesa, como Romeo Casabona consideran que el término «como» ha de entenderse en un sentido meramente indicativo, es decir, que no se trata de un catálogo exhaustivo y cerrado, por lo que abarca todo tipo de extracciones (26).

Ruiz Vadillo señala en cambio, que «la Ley del 18 de diciembre de 1950 se refiere a la obtención, preparación y utilización para injertos y trasplantes, de tejidos y órganos, como huesos, cartílagos, piel y ojos procedentes de cadáveres, en una enumeración que, al menos desde el punto de vista práctico, es exhaustiva. Ahora se trata de injertos y trasplantes de riñón, hígado, corazón e incluso de cerebro» (27).

Comulgo con este último autor en cuanto al limitado contenido de esta legislación. Basta colocarnos en la época, ante los incipientes avances de la cirugía del trasplante, frente a las dudas eclesiásticas sobre la legitimidad de los trasplantes viscerales y el gran temor a provocar la muerte por extracción precipitada de órganos básicos, para comprender que esta ley sólo autorizó la toma de tejidos no vitales, «como» los expresamente señalados en ella. Así se desprende con diáfana claridad de su exposición de motivos: «ante la dificultad de obtener material que reúna estas condiciones, y teniendo en cuenta que para las indicadas aplicaciones es suficiente practicar lo más pronto posible en el cadáver la simple extracción de ojos, huesos, cartílagos, piel y, en general, *de elementos no vitales* y cuya utilización llena fines altamente humanitarios, como devolver la visión o convertir a un impedido en un ser útil, se hace necesario salvar los obstáculos ahora existentes, mediante las normas indispensables para adaptar las actuales a los sucesivos avances de la ciencia médica».

No obstante el manifiesto propósito de reducir el tiempo entre el fallecimiento y la extracción, por Orden del Ministerio de Gobernación del 30 de abril de 1951, se fijaron las bases de un «severo criterio tanatológico», ordenando la constatación de quince manifestaciones negativas de vida derivadas de tres factores esenciales: paralización de los centros nerviosos vitales, paralización de la respiración y detención de las funciones circulatorias, todas ellas constatadas por dos médicos del establecimiento, de los cuales uno hubiera asistido al fallecido en su última enfermedad.

En los casos de muerte violenta, se hacía necesario trasladar a la víctima hasta el Instituto Anatómico Forense, en donde se le practicaba un nuevo reconocimiento para ratificar el fenómeno mortal.

El carácter terapéutico de estos trasplantes se puso de manifiesto, al facultar esta Ley a los directores de los establecimientos y a los jueces, cuando las *necesidades terapéuticas* lo exigieran, para autorizar la intervención.

No se regularon las condiciones que debía llenar el receptor, ni se hacía declaración alguna sobre el carácter gratuito u oneroso de

(26) CARLOS MARÍA ROMEO CASABONA, *Obra citada* en pág. 15, nota en pág. 44.

(27) ENRIQUE RUIZ VADILLO, *Obra citada* en pág. 17, nota en pág. 11.

la donación, pero se exigió para todos los casos, que el finado hubiese manifestado en vida, por acto o documento auténtico, su conformidad.

Cuando no hubiese hecho ninguna manifestación al respecto y se tratara de muerte natural, la ley en comentario sólo requirió que no hubiese oposición de los familiares con quienes el difunto convivía. Se reconoció así un simple derecho de oposición en favor de los miembros de la familia, fuesen o no herederos, con tal de que hubieran convivido con el finado, pero no se indicó ninguna prelación, como sí hacen otras legislaciones, ni se solucionó la falta de acuerdo entre los miembros de la familia (en la que se incluye al cónyuge superviviente), de forma tal que la oposición de alguno podía impedir la extracción.

La Orden del 17 de febrero de 1955, ahora del Ministerio de Justicia, señaló que los Jueces de Instrucción podrán autorizar, en los casos de muerte violenta, en vista de las circunstancias del hecho y las necesidades terapéuticas, la obtención de piezas anatómicas del cadáver, siempre que el finado hubiese manifestado en vida, por acto o documento auténtico, su conformidad, o cuando requeridos los familiares con quienes convivía, concedieran la oportuna autorización, o no constase su oposición en caso de no ser posible la práctica del requerimiento. Como puede verse, esta orden sí reconoció a la familia un derecho activo a conceder la autorización y no sólo para manifestar su oposición, a pesar de que no existe una diferencia sustancial en sus relaciones y derechos respecto al difunto por razón de la muerte natural o violenta de éste.

No dejó de producir polémicas el hecho de que las autorizaciones para el trasplante debieran provenir de los directores de los centros oficialmente reconocidos, o del juez instructor en su caso, como si ellos no estuvieran intrínsecamente legitimados para otorgar dicha autorización.

Creo que la crítica pierde contenido si se observa la decisión de estas autoridades en razón de las necesidades terapéuticas y procesales, y no se confunde su aprobación con la voluntad de ceder u oponerse a la extracción de piezas anatómicas.

En efecto, es el propio donante o su familia (expresa o tácitamente), los que autorizan la toma del órgano, pero no siempre las condiciones son apropiadas para efectuar el trasplante, sea del punto de vista médico: falta de urgencia en la injertación, incompatibilidad histológica del receptor, etc., como judicial: falta de comprobación de las causas de la muerte, necesidad del cadáver íntegro para la realización de pericias, etc., de donde resulta que la autorización del director no es más que un simple requisito administrativo de supervisión y la del juez una condición de procedibilidad para liberar el cadáver de la instrucción (\*).

Estas son las líneas generales de una legislación que señaló una

---

(\*) Indebidamente se autorizaba al Juez para analizar las "necesidades terapéuticas" al momento de dar su autorización para el trasplante.

época, aunque sólo autorizara la utilización de ciertas partes del cadáver. De una ley que resolvió con su sola publicación, una serie de interrogantes médico-legales, abriendo una nueva posibilidad de recuperación para muchos hermanos en desgracia.

## LA LEGISLACION ESPAÑOLA VIGENTE

A finales de 1979, surge en España una ambiciosa ley que pretende regular la cesión, extracción, conservación, intercambio y trasplante de órganos humanos para fines terapéuticos, derogando la Ley de 1950 antes analizada.

Su primer acierto fue imponer la más absoluta gratuidad a la donación de órganos, preocupándose sin embargo porque no resultase gravosa para el donante vivo o su familia, y porque el carácter gratuito se prolongara a los «Bancos» de órganos que permitan esta modalidad de conservación.

El Ministerio de Sanidad y Seguridad Social será ahora el que autorice los centros sanitarios en que podrán efectuarse las extracciones de órganos humanos, y el que dicte las normas reguladoras de los citados «bancos» de órganos.

Las autorizaciones determinarán a quien corresponda dar la conformidad para cada intervención, cualquiera que sea el tipo de muerte, dejando a salvo, pero limitada, la facultad del juez de la causa para otorgar su autorización en los casos de muertes accidentales, «el cual deberá otorgarla cuando la obtención de los órganos no obstaculice la instrucción del sumario, por aparecer debidamente justificadas las causas de la muerte».

La autoridad judicial no podrá analizar las necesidades terapéuticas como antaño, porque son circunstancias que le son totalmente ajenas, ni podrá negar la autorización cuando la causa de la muerte haya sido constatada y el cadáver no sea útil a la investigación. En este último caso de muertes accidentales, serán necesarias la autorización del juez de la causa y la conformidad de la autoridad hospitalaria designada.

### *La donación entre vivos*

Un segundo acierto de la Ley en comentario fue el regular, y por lo tanto autorizar implícitamente, con todas las consecuencias jurídicas ya apuntadas, la obtención de órganos procedentes de un donante vivo, rodeándole de una serie de garantías:

a) El donante debe ser mayor de edad. No se admite por lo tanto el consentimiento de menores de veintiún años, atendiendo al carácter civilista, solemne y grave de este tipo de donación.

b) El donante debe gozar de plenas facultades mentales. Esta situación debe constatarse por un médico distinto del o de los que vayan a efectuar la extracción, y quedar debidamente certificada según ordena el Real Decreto del 22 de febrero de 1980, que reglamenta la Ley en comentario.



Este reglamento exige, además, que el donante posea un grado de salud física adecuado para la extracción, el que será también certificado, y que se trate de un órgano cuya extracción sea compatible con la vida del donante y no disminuya gravemente su capacidad funcional.

c) El donante debe otorgar su consentimiento en forma expresa, libre, consciente y desinteresada, agrega el reglamento, siguiendo la nota característica de la Ley que desarrolla.

La expresión del consentimiento debe manifestarse por escrito ante el juez encargado del Registro Civil de la localidad de que se trate, tras las explicaciones del médico que ha de efectuar la extracción, en presencia del médico que certifica el estado de salud física y mental, y de la persona a quien corresponde dar la autorización para el trasplante. El documento de cesión será firmado por el interesado y los demás asistentes, ante el encargado del Registro Civil que dará fe, pudiendo cualquiera de ellos oponerse eficazmente a la donación, si albergara dudas sobre la libre, consciente y desinteresada voluntad del donante.

Entre la firma del documento y la extracción deberán transcurrir, al menos, veinticuatro horas. El donante puede revocar su consentimiento en cualquier momento antes de la intervención, sin sujeción a formalidad alguna y sin ninguna obligación de indemnizar.

El médico que certifique la salud, deberá constatar la ausencia de presiones externas sobre el donador y que las motivaciones han sido libremente expresadas por el interesado, de forma tal que este requisito y su presentación ante el Registro Civil acompañado de las tres personas antes apuntadas, dan una garantía de libertad a su voluntad.

El carácter consciente del acto se logra, cuando el donador es informado en forma amplia sobre las consecuencias de su decisión, tanto en el orden somático como el psicológico, además de las repercusiones que pueda tener la donación sobre su vida personal, familiar y profesional, así como sobre los beneficios que se esperan del trasplante en favor del receptor.

El carácter desinteresado del consentimiento, como garantía de sinceridad del acto jurídico y barrera a la especulación económica, considerada inmoral, discriminatoria y peligrosa desde el punto de vista criminológico, se ve aparentemente reforzado por una condición muy poco clara, no prevista en otras legislaciones: la garantía del anonimato del receptor, cuando en realidad el conocimiento del beneficiario, las ligas de parentesco, conyugales y de amistad íntima, son la razón directa de la donación.

Esta condición, sin embargo, debe entenderse como obligación de tipo administrativo, a cargo de quienes intervienen oficial o profesionalmente en el trasplante, «evitando cualquier información que relacione directamente la extracción y el ulterior injerto o implantación», es decir, un deber profesional de silencio en relación con terceros, pero nunca como un requisito previo entre donante y receptor, o entre ellos y sus respectivas familias, pues una de las razones para procurar y autorizar la cesión de órganos procedentes de personas vivas, es la iden-

tificación histológica que se da, precisamente, entre parientes por consanguinidad, por lo que resultaría absurdo que este tipo de trasplantes, seguramente desinteresados, no pudieran aprobarse porque el anonimato no estuviera garantizado, como sucede cuando se trata de los miembros de una misma familia. Este requisito es, en realidad, un límite a la publicidad, la que se ha mostrado gravemente perjudicial no sólo para el paciente, sino para la misma ciencia médica.

Esto resulta claro cuando se exige legalmente que «el destino del órgano sea su trasplante a una persona determinada», es decir, la donación en vida debe hacerse «intuitu personae» y no en forma genérica o «erga omnes», como sucede normalmente en las donaciones «post-mortem», y debe servir a mejorar la esperanza o las condiciones de vida del receptor. Sólo las intervenciones terapéuticas son admitidas en las donaciones entre vivos, a diferencia de lo que sucede en la extracción de piezas anatómicas de cadáveres que pueden realizarse, según la Ley, tanto para fines terapéuticos como científicos.

#### *La extracción y trasplante de órganos procedentes de fallecidos*

Otra sorpresa grata de la legislación española, fue el haber adoptado expresamente y reglamentado en forma exhaustiva el concepto de «muerte cerebral», basada en la constatación del carácter irreversible de las lesiones que afecten a este órgano, entre otros síntomas negativos de vida.

El certificado de defunción debe ser firmado por tres médicos, incluido un neurólogo o neurocirujano y el jefe de la unidad médica correspondiente o su sustituto, estando prohibido que estos facultativos formen parte del equipo que vaya a proceder a la extracción del órgano o a efectuar el trasplante. El decreto reglamentario antes citado desarrolla en su artículo 10 el sistema de comprobación de la muerte cerebral, cuyos signos ya han sido señalados en otra parte de este trabajo, y ordena que la constatación se haga durante treinta minutos al menos, y que los signos persistan en plena concurrencia, seis horas después del comienzo del coma.

No existe limitación expresa, como sí en otras legislaciones, respecto de los órganos o piezas anatómicas que pueden extraerse de cadáveres. Puede excluirse, sin embargo, la toma del cerebro, porque su implantación no puede considerarse una intervención terapéutica sino experimental, y porque no se trata de un órgano, sino de la persona misma, pues suponiendo que esta injertación tuviera éxito algún día, tendríamos que concluir que lo que se trasplanta es el cuerpo completo de un muerto a un cerebro humano con vida, único y verdadero receptor.

El injerto de glándulas sexuales tampoco está prohibido, ni como materia de la donación entre vivos ni como injerto proveniente de cadáver. Debió merecer, a pesar de su eventual y discutido carácter terapéutico, si no una prohibición expresa, sí una mayor atención, por sus graves consecuencias sobre la filiación, y por ser, siguiendo

un criterio generalizado, contrario a la moral y a las buenas costumbres.

El mayor impacto, sin embargo, producido por esta Ley, a todos los niveles de opinión, es su determinación de que «la extracción de órganos u otras piezas anatómicas de fallecidos, podrá realizarse con fines terapéuticos o científicos, *en el caso de que éstos no hubieran dejado constancia expresa de su oposición*, incluyendo en esta presunción a las personas aparentemente sanas que hubieran fallecido en accidente sin haber manifestado su deseo al respecto (artículo 5.º, párrafo 2 y 3).

Todo parece indicar que la reacción social a esta disposición no ha sido favorable. A pesar de la Ley y de sus términos tan claros, se siguen haciendo campañas radio-televisivas y mediante carteles con «slogans», para concientizar a la población de que debe donar sus ojos o sus riñones. «No te los lleves», rezan estos últimos medios de convencimiento; «dónalos», agregan, cuando en realidad podrían decir desde un punto de vista jurídico formal, «no te pongas»... «no hagas ninguna manifestación a propósito de la utilización de tus órganos cuando mueras»... «muere en silencio».

El profesor alemán Hans Lüttger, al responder a nuestra pregunta de «si en su país se había considerado una presunción de voluntad a cargo del difunto para que se utilizara de su cuerpo», contestó: Sí, existe un proyecto con estas características en el Ministerio de Justicia, pero no tiene ninguna probabilidad de éxito; de hecho ha sido archivado, porque había producido graves críticas su carácter flagrantemente inconstitucional».

Quizá fuese el caso de contrastar el derecho fundamental de todo ser humano a la vida, a la integridad física, al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (artículos 15 y 18 de la Constitución española de 1978), con esta presunción legal de carácter excepcionalmente restrictivo y perjudicial, cuando la naturaleza de las presunciones es el de reconocer un derecho o proteger un interés. En este caso, las pretensiones del cedente, no las del receptor, quien ningún derecho posee respecto del cadáver, y que, bien analizadas en función de los valores sociales imperantes, sólo permiten concluir que es la oposición a que se disponga del cadáver, lo que puede realmente presumirse.

Ya Reyes Monterreal había criticado ásperamente un primer intento de presunción, localizado en la Ley de 1950, a propósito de la autorización de los directores de los establecimientos hospitalarios, para que se efectuara la extracción y el trasplante, cuando el difunto no hubiese hecho ninguna manifestación al respecto y no constara oposición de la familia. Este «requisito, decía, constituido por un hecho puramente negativo y excluyente de toda expresa autorización o consentimiento del acto, tiene indebidamente el mismo valor que un deseo preexistente del causante. La concesión, por otra parte, de facultades dispositivas a los directores, para autorizar el trasplante, no se justifica

en ninguna norma jurídico-sucesoria, ni siquiera por el carácter de autoridad de esas personas que, por supuesto, carecen de ella» (28).

La indignación de este autor es válida por lo que respecta a tan extrema presunción, pero no se hace justicia al acusado. Es el legislador de 1950 el que presumió la voluntad de la familia, representante y vocero natural del fallecido, cuya no oposición fue incorrecta, pero legalmente interpretada. Los pobres directores, blanco de más de una crítica, sólo daban su aprobación a la intervención quirúrgica en un segundo momento, cuando constataban que las condiciones técnicas y fisiológicas eran apropiadas. No era su voluntad la productora de esta especialísima «donación», repetimos, sino la interpretación legislativa que se daba a la ausencia de manifestación expresa del difunto y a la no oposición de su familia.

Novoa Monreal, en su obra tantas veces citada, expuso una opinión realmente valiosa a propósito de un hipotético futuro que, en España, es ya una preocupante realidad. Decía el profesor chileno... «En atención a las nuevas perspectivas que cada día va abriendo la ciencia actual, no dudo que en el futuro podría llegarse a declarar como «bienes de utilidad pública» a los despojos humanos. Pero implantar esa medida desde luego y con alcance general, constituiría ciertamente una violencia para ideas y sentimientos muy respetables, ampliamente difundidos, que la ley debe tomar en consideración si quiere reflejar en sus normas la disposición con que la sociedad por ella regida va a recibirlas».

«En el momento actual, los requerimientos médicos y científicos de elementos de cadáveres, que no son tan grandes, pueden ser satisfechos —aparentemente— con los restos de seres cuyos deudos autorizan su aprovechamiento médico, conscientes de que las realidades vivientes y sufrientes valen más que los símbolos, y de que no hay falta alguna de respeto en permitir que lo que no sirve ya para la vida en un ser que se extinguió, sea empleado en dar salud a quien lucha penosamente por sobrevivir».

«Las nuevas realidades médicas y científicas traerán nuevos conceptos que, convenientemente difundidos por la educación social, modificarán los criterios de la generalidad, alejándolos de ideas que en buena parte —especialmente si está de por medio el interés de otros hombres necesitados— podrían ser tenidas objetivamente como fetichistas o supersticiosas. Cuando ello ocurra, será posible adoptar medidas que determinen casos en que ciertos cadáveres deben ponerse obligadamente al servicio de la ciencia o de la salud de otro. Pero entretanto, mantengámonos en un equilibrio pleno de respeto a los sentimientos profundos y arraigados, y demos graduales concesiones a las necesidades del progreso científico».

Un ejemplo ya legislativo (\*) podría ilustrar mejor el método de

(28) JOSÉ MARÍA REYES MONTERREAL, *Problemática jurídica de los trasplantes de órganos*, "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", 1969, pág. 417.

(\*) La legislación italiana, como ya se dijo, niega trascendencia a la oposición en los casos de autopsia.

selección natural o gradual a que se refería el autor antes citado. En los casos en que proceda la autopsia obligatoria, que son muchos, casi todas las muertes accidentales o violentas de donde surgen los mejores proveedores de órganos, no hay ninguna razón para discutir la intangibilidad del cadáver, la autorización previa del finado o la posterior de la familia. La autopsia es una actividad quirúrgica exploradora que requiere de la disección respetuosa del cadáver para descubrir o constatar las causas de la muerte. Esta pericia es obligatoria. Se impone por su naturaleza a la voluntad de los particulares, ignorando nacionalidades, religiones y súplicas. ¿Qué mal adicional podría causarse entonces al cadáver o a la familia, si se aprovecha la pericia tanatológica para la extracción de algún órgano?

Desde el punto de vista procesal, por otra parte, debe quedar sentado que el silencio que legitima la donación de órganos es una presunción legal que no parte, como en las presunciones humanas, de un conjunto de indicios o hechos conocidos que producen convicción respecto a la existencia de un hecho desconocido.

Si el legislador hubiera exigido algunas manifestaciones positivas por parte del presunto donador, a propósito de estar en conocimiento de la normativa vigente, en posibilidad de expresar oposición y haber mantenido no obstante un voluntario silencio, poco habría que criticar a esta disposición legal, por la similitud que guardaría con las presunciones humanas fraguadas en la realidad. Pero es el caso que el real decreto sólo impone la obligación de informar directamente a los pacientes de los centros sanitarios autorizados, con el propósito de «garantizar a todos los ciudadanos que en ellos ingresen, y a sus familiares, el pleno conocimiento de la regulación sobre donación y extracción de órganos con fines terapéuticos o científicos».

Para estos casos, la oposición expresa del interesado a que después de su muerte se realice la extracción de órganos u otras piezas anatómicas de su propio cuerpo, podrá hacerse constar en la ficha de entrada, en un registro especial que existirá obligatoriamente en el centro para este tipo de declaraciones, en la autorización o conformidad para la intervención quirúrgica o por cualquier otro medio, sin sujeción a formalidad alguna.

La oposición del interesado, dice el reglamento, así como su conformidad, si la desea expresar, podrán referirse a todo tipo y clase de órganos o piezas anatómicas o solamente a algunos de ellos, tales como los que alteran manifiestamente la propia imagen o los que solamente persiguen fines no terapéuticos, científico o de experimentación. Tal declaración de voluntad será respetada inexcusablemente, cualquiera que sea la forma en que se haya expresado. Cuando se trate de menores de edad o pacientes con déficit mental, la oposición podrá hacerse constar por quienes ostenten la patria potestad, tutela o representación legal.

No cabe duda que un individuo hospitalizado puede ser informado directamente de la normativa vigente y de su derecho para oponerse a que se aproveche su cuerpo cuando muera, poniendo inclusive a su

disposición un registro especial, y que, si a pesar de esta práctica macabra no hace ninguna manifestación, por haber enmudecido a consecuencia de la desagradable impresión o por convencimiento altruista, bien puede presumirse su autorización a que se tomen piezas de su propio cuerpo después de la muerte. Pero es el caso que la gran mayoría de las defunciones ocurren en centros hospitalarios no autorizados, en el propio hogar, en las carreteras y lugares de trabajo, o a consecuencia de la lesión homicida en cualquier rincón de las grandes urbes. Estos, ¿pueden considerarse suficientemente informados por la restringida y elitista publicación de la ley en el «Boletín Oficial», o por los eventuales y no siempre amables comentarios que ésta haya producido? ¿No se habrá negado a estos últimos «la garantía de la libre y consciente decisión en esta materia»?

Entre los proyectos alemanes (República Federal) en materia de trasplantes, según nos informa Romeo Casabona, el que cuenta con más posibilidades de convertirse en texto legal, y que ha merecido elogios por parte del Ministro Federal de Justicia, porque «...al mismo tiempo que facilita la realización de trasplantes, respeta los derechos individuales, es el que pretende que ningún ciudadano alemán se quede sin haber tenido la oportunidad de expresar su voluntad afirmativa o negativa haciéndola constar en el documento personal de identificación. Al igual que en Inglaterra se está estudiando la introducción de una cláusula parecida en el permiso de conducir.

La Ley española, sin embargo, no adoptó esta inteligente solución, perfectamente aplicable en la Península previa campaña de concientización ciudadana, no obstante tener conocimiento del caso a través del autor citado, quien ejerció indudable influencia en la creación de la normativa vigente.

Esta Ley no otorga trascendencia a la voluntad de la familia del difunto, a no ser que se trate de un menor o de un deficitario mental y sólo para oponerse, aunque se discutió en el seno de la comisión redactora del proyecto de Decreto-Ley, en el Ministerio de Sanidad y Seguridad Social, la posibilidad de llamar a la familia, con fines probatorios, para conocer «a posteriori» la voluntad del difunto. Esta idea no fue reglamentada, pero ha quedado como válvula de escape utilizable de hecho o como materia de futuras adiciones, para el caso de que la opinión pública muestre una decidida oposición a esta especial legislación administrativa.

También se discutió el tema de los extranjeros. Los derechos personales que acompañan a más de un turista, transeúnte o residente, no le excluyen de la aplicación de las disposiciones locales sobre autopsia, inhumación, exhumación, traslado de cadáveres y otros temas de Derecho sanitario y policía mortuoria, entre las que se incluyen las normas sobre donación presunta de órganos de la legislación española. Sin embargo, el reglamento que nos ocupa dispuso como última voluntad, al concluir el capítulo de disposiciones finales, que quedaban «excluidos del ámbito de aplicación del presente Real Decreto las

personas que no tengan la nacionalidad española, salvo que realicen manifestación expresa en contrario».

Esta sanitaria disposición requirió profundos debates que abarcaron, no sólo el campo de la solidaridad social, sino incluso el turismo y la economía nacional.

Todavía en el tema de trasplantes de piezas anatómicas procedentes de cadáveres, llama la atención la ausencia de una disposición que prohíba el revelar la identidad del cadáver, en caso de que éste sea el donante, mucho más comprensible que la garantía de anonimato del receptor, prevista sólo para los trasplantes entre vivos. Tampoco se previó sanción alguna contra quien violara las normas reglamentarias de esta disciplina, no obstante que los tipos penales tradicionales han mostrado su incapacidad para proteger totalmente esta novísima materia.

### *El donatario o receptor*

Por lo que respecta al receptor, la ley que nos ocupa requiere también su manifestación escrita, libre y consciente de voluntad, o la de sus representantes legales en el caso de pacientes con déficit mental o menores de edad.

Las consideraciones sobre las características que debe llenar la voluntad del donante y las garantías técnicas de seguridad a que tiene derecho, valen igual para el receptor, incluyendo el tema de la gratuidad.

El reglamento respectivo regula las condiciones y requisitos que han de reunir el personal, servicio y centros sanitarios, en orden a la extracción y trasplantes de órganos humanos, además de excluir, como ya lo había hecho la Ley, todo lo referente al aprovechamiento terapéutico de sangre humana y sus derivados, asimilando en esta situación a los trasplantes de médula ósea. Delega también en la Secretaría de Estado para la Salubridad, al Ministerio de Sanidad y Seguridad Social, entre otras obligaciones, la de «promocionar la constitución de organizaciones a nivel de comunidad autónoma y nacional y colaborar con entidades internacionales que hagan posible el intercambio y rápida circulación de órganos para el trasplante, fijando los requisitos técnicos para el correcto funcionamiento de los «bancos» de órganos.

En fin, ya para despedirse, el reglamento en comentario autoriza la extracción de córneas y otros tejidos como huesos, piel y vasos, en los propios lugares del fallecimiento. Para acreditar éste, dice la disposición primera final, no será indispensable constatar los signos de muerte cerebral en la forma establecida en el artículo diez.

Esta reminiscencia de la Ley de Trasplantes de 1950 no es fácil de explicar. El no exigir los signos de muerte cerebral sólo encuentra comprensión en la dificultad de trasladar los aparatos al lugar del fallecimiento, y en el hecho de que los tejidos por extraer no son de los considerados vitales. Sin embargo, no se entiende la premura en retirar piezas orgánicas que se caracterizan, precisamente, por su pro-

longada conservación en el mismo cadáver. Esto resultaría lógico si se tratara de órganos viscerales de rápida necrosis. Tampoco nos parece justificado que se disminuyan las garantías de certificación tanatológica, independientemente de las características vitales o no de los órganos extraídos, pues el diagnóstico que no se base en la encefalografía eléctrica, permite dudar de la realidad de la muerte, facilitando el deceso por hemorragia o, por lo menos, que el paciente vuelva de las sombras de la muerte, sólo para encontrar que ya no tiene ojos para gozar el espectáculo de la vida.

La legislación, como obra humana, es siempre perfectible. A veces nos resulta exasperadamente avanzada, poco técnica y, en casos aislados, inmoral, pero nace siempre con una presunción en su favor: la de pretender la paz y el progreso social.

Sin embargo, más valiosas que muchas legislaciones nos resultan las palabras del que fue Sumo Pontífice del Catolicismo, Pío XII: «Es necesario educar al público y explicarle con inteligencia y respeto, que consentir expresa o tácitamente que se atente de modo serio contra la integridad del cadáver en beneficio de los que sufren, no ofende la piedad debida al difunto cuando hay en ello razones válidas».

¿No es acaso un noble gesto, transcribía Graven, para un moribundo, al igual que para los suyos, el ofrecer sus órganos más preciosos para que en el momento en que hayan cesado de servirle permitan el salvar otra vida humana? Para expresar el fervor de la amistad que le mostraban los primeros cristianos de Galicia, San Pablo decía: «Si hubiera sido posible, os hubiérais arrancado los ojos para dármelos». Lo que no era entonces más que una figura retórica, se convierte hoy en realizable por la virtuosidad de nuestros cirujanos. Se pueden dar los ojos para que, después de la muerte —; no antes!— sirvan todavía para iluminar una vida humana. Se puede hoy dar, físicamente, hasta el corazón. La solidaridad humana como la caridad cristiana, encuentran en el trasplante de órganos una expresión nueva y grandiosa.



# El delito provocado, construcción conceptual de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo\*

LUIS FELIPE RUIZ ANTON  
Universidad Complutense. Madrid

## I. INTRODUCCION

La intervención de un agente provocador en un hecho delictivo ha merecido por parte de la ciencia penal una atención especial y un tratamiento autónomo al estimarse que su conducta se aparta del modelo convencional de delincuencia. La orientación metodológica que se sigue generalmente para enjuiciar su comportamiento consiste en poner en conexión la actividad llevada a cabo con las diferentes categorías y formas de conducta criminal previstas como punibles. Y no podía ser de otro modo, si nos atenemos a las exigencias del dogma que se consagra en el principio de legalidad. Máxime si como sucede en nuestro ordenamiento, el agente provocador no es una categoría jurídico positiva, sino empírica, y por eso la determinación de su posible responsabilidad criminal sólo puede deducirse confrontando la acción desarrollada con las correspondientes formas de autoría o de participación reguladas en el Código penal. La cuestión central está en establecer si su actuación fundamenta el tipo de injusto que posibilita la imposición de la pena. Pero no es ésta la única vía de entrada que suscita la presencia de un agente provocador. Conceptualmente su figura precisa de la persona del provocado, ya que éste es el destinatario de la propia acción provocadora. De ahí que al estudiar el problema jurídico penal que plantea el binomio agente provocador-sujeto provocado, sea factible centrar la atención con preferencia en el segundo. Precisamente en ciertas áreas del Derecho influido por el pensamiento anglosajón, y de modo muy específico en los Estados Unidos de América, la *doctrine of entrapment* se ocupa de determinar en qué circunstancias y bajo qué aspectos el provocado debe quedar exento de una condena al haber actuado a instancias y sometido a la presión de un individuo que ostenta la condición de miembro de las fuerzas de orden públi-

---

(\*) Estas páginas han sido redactadas en homenaje a la memoria de don José Antón Oneca.

co (1). Dicha doctrina se plantea la contradicción a que da lugar la actuación de un policía que acude a los métodos del agente provocador, ya que si por un lado el resultado es la comisión de un hecho delictivo por un tercero, lo que determina la puesta en marcha del aparato represivo, por otro supone un grave atentado contra la libre determinación personal. Bajo esta óptica, la jurisprudencia USA solamente considera lícita la intervención del agente provocador, proporcionando una ocasión para delinquir—indica Stempel—cuando existe constancia de que el sujeto provocado ya estaba de antemano resuelto a llevar a cabo el delito; si se sobrepasa ese límite, y la provocación policial hace nacer la decisión criminal, que de no mediar no se habría traducido en el hecho delictivo, cabe la posibilidad de que la persona incitada plantee la ilegalidad de la actuación y obtenga una absolucón (2). El fundamento de esta doctrina se halla tanto en consideraciones de estricta dogmática jurídico-penal como en valoraciones de orden político. Ciertamente que desde el punto de vista penal el provocado actúa como consecuencia de la previa intervención del agente provocador, y en este sentido se considera que la resolución de su voluntad no es por completo espontánea (3). Pero no es éste el punto esencial: la atención se pone además en que constitucionalmente no está permitido valerse de procedimientos ilegítimos para hacer efectivas las leyes (4). Y tal sucedería cuando se incita a otro a cometer un delito que de otro modo no se habría llevado a cabo.

Finalmente, el Tribunal Supremo ha acudido a una orientación metodológica que se sitúa entre uno y otro planteamiento al tomar como centro de la investigación no ya la actividad del agente provocador o la del provocado, sino el propio hecho resultante de la actuación de ambos: el *delito provocado*. Supone tal premisa metódica, en cierta manera, una inversión sistemática del tratamiento que tradicionalmente se ha concedido al problema del agente provocador. Por eso coincide esta orientación con la *doctrine of entrapment* en que no se plantea de forma directa ni exclusiva la factible responsabilidad penal del agente provocador, sino preferentemente la del provocado. Y de igual modo, en el fondo de toda la cuestión late la continua tensión existente

---

(1) Cfr. Richard HONIG, *Das amerikanische Strafrecht*, en "Das ausländisches Strafrecht der Gegenwart", (edición dirigida por E. Mezger, A. Schönke, H. H. Jescheck), IV, Berlín, 1962, 203 ss.; KLAUS LÜDERSSEN, *Verbrechensprophylaxe durch Verbrechensprovokation?*, en "Festschrift für Karl Peters", Tübingen, 1974, 355 s.; JOCHIM STEMPEL, *Der Lockspitzel im amerikanischen Recht, unter besonderer Berücksichtigung der 'Doctrine of Entrapment'*, Boner Dissertation, Bonn, 1958), en "Jahrbuch der Disserationen", VI, Bonn, 1958, 53 s. Según Stempel la *doctrine of entrapment* apenas si ha encontrado resonancia alguna en los países de la *Common Law*. Desde luego la influencia parece ser nula en Inglaterra y escasa en Unión Sudafricana (54).

(2) STEMPEL (*Der Lockspitzel*), 54.

(3) Cfr. HONIG, *Das amerikanische Strafrecht*, 203, s.

(4) Cfr. STEMPEL (*Der Lockspitzel*), 54, quien cita las Enmiendas quinta (1791) y decimocuarta (1868), de la Constitución USA, como base de la argumentación.

entre las más eficaces técnicas represivas y los límites impuestos por el ordenamiento jurídico.

Las páginas que siguen tienen puesta la mira en perfilar los orígenes y el posterior desarrollo de dicha dirección jurisprudencial, y en localizar las coordenadas metodológicas y sistemáticas en que se asienta. Debo advertir ya ahora que el conjunto de cuestiones que se analizan no se abordan de acuerdo con las pautas convencionales seguidas para dar solución al problema del agente provocador. De ello me he ocupado en otro lugar. El estudio se va a centrar en la actuación del sujeto que recibe la provocación delictiva, y en el propio hecho resultante de su intervención. Por eso el delito provocado es, en cierto modo, el reverso del problema del agente provocador. El tema ha adquirido en los últimos tiempos un especial relieve debido a la frecuencia con que se acude en los medios policiales a provocar la comisión de un delito, de forma más o menos directa, como expediente para conseguir fehacientes pruebas de convicción contra un sujeto. El aumento continuo del tráfico ilícito de drogas, sobre todo, pero también de divisas o de obras de arte, y las extraordinarias dificultades que ofrece su represión, ha puesto en evidencia la escasa eficacia de las modernas técnicas criminalísticas contra este tipo de delincuencia. Una manera cierta de conocer su alcance es involucrarse en la propia trama criminal y *provocar*, si llegara el caso, la comisión de un delito. Si tales actividades incitadoras de un comportamiento delictivo ajeno, que de otro modo no habría tenido lugar, y realizadas con el solo fin de obtener el castigo de sus autores entran o no en el marco de lo que el Tribunal Supremo denomina delito provocado, es una cuestión que será objeto de estudio.

## II. LOS ORIGENES DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SOBRE EL DELITO PROVOCADO

La construcción jurisprudencial sobre el delito provocado se encuentra en una fase de incipiente formación. Las escasas decisiones que hasta ahora hacen referencia al tema no son más que tímidos tanteos de lo que pueden llegar a ser las bases de una doctrina con pretensiones generalizadoras. Sólo de forma muy indecisa se advierte la intención de reiterar una misma fundamentación dogmática para los casos de estructura semejante. También aquí, al igual que sucedió en esa otra construcción jurisprudencial, el delito continuado, el problema hunde sus raíces en la propia realidad criminal. Es la respuesta a una situación concreta y un intento de dar una solución homogénea a determinados casos en que el hecho enjuiciado surge a instancias de un agente provocador, con el especial valor significativo que se concede al término en el ámbito del Derecho penal.

La teoría seguramente que arranca, si no me equivoco, de la sentencia de 22 de junio de 1950, al utilizarse en ella la expresión *delito provocado* con el significado que me ocupa ahora. Es cierto que ya

antes, y en no pocas ocasiones, el Tribunal Supremo se había enfrentado con supuestos de estructura idéntica a los que después calificaría de ese modo (5). En sucesivas decisiones jurisprudenciales—15 de junio de 1956, 3 de febrero de 1964 y 16 de noviembre de 1979 (6)—, y por vía negativa, pues se rechaza que el hecho planteado fuese constitutivo de un delito provocado, se va perfilando su contenido sustancial (7). En este sentido, es decisiva la de 27 de junio de 1967 al marcar la pauta de su configuración más acabada y señalar las líneas maestras del delito provocado. Por último, la sentencia de 18 de abril de 1972 abre una nueva vía interpretativa, seguida por las de 20 de febrero de 1973 y 14 de junio de 1975—pero desechada por la de 8 de julio de 1980—al introducir una sutil diferenciación entre el delito provocado y la provocación policial, determinante de un hecho delictivo ajeno, realizada con el único fin de poner de manifiesto situaciones o actividades criminales ya existentes, pero hasta entonces ocultas.

---

(5) Véase, por ejemplo, la Sentencia de 7 de mayo de 1949, en la que se relata el supuesto de un sujeto, ordenanza del organismo competente, que siguiendo instrucciones de la policía, y con el fin de descubrir sospechadas actividades delictivas, entra en contacto con los procesados y se presta a entregarles una guía de circulación en blanco, para mercancías intervenidas, que después es completada con los datos oportunos. El Tribunal de Instancia apreció un delito imposible de falsedad en documento oficial. Contra este fallo la defensa mantiene en casación la infracción del artículo primero, párrafo primero, del Código penal y fundamenta la tesis en argumentos muy próximos a los que se iban a utilizar más tarde para configurar el delito provocado. Así, se dice, que "hay que entender que el delito calificado fue una ficción (...) no debiendo ser calificado de delito imposible (...) porque esta última figura delictiva exige que (...) se produzca en forma libre y deliberada, y con toda la realidad que es preciso aparezca, para tener los hechos por sancionables". El Tribunal Supremo no acogió este planteamiento al entender que aun haciendo a los procesados la máxima concesión de suponer que sus acciones no fueron libremente realizadas a partir de la intervención del ordenanza, que de acuerdo con sus jefes y la policía finge aceptar la propuesta que se le hace de entregar la guía de circulación en blanco, "siempre resultará que las actuaciones dolosas anteriores a tal fingimiento (...) fueron por ellos voluntaria y deliberadamente queridas y realizadas, y las necesarias para constituir el delito calificado, que quedó imposible en su producción...".

(6) Adviértase que en la Sentencia de 16 de noviembre de 1979 no se habla, creo que con buen criterio, de delito provocado, sino de *provocación delictiva*. En el cambio de nomenclatura hay algo más que una variación de estilo.

(7) Otros supuestos de agente provocador, pero en los que no se plantea la cuestión del delito provocado, pueden verse en las Sentencias de 8 de mayo de 1953 (un sujeto finge tener influencia para levantar una sanción administrativa y pide al interesado a cambio una cantidad de dinero, que le es entregada en billetes marcados por la policía); 13 de noviembre de 1953 (compra de morfina por un policía).

### III. PRESUPUESTOS CONCEPTUALES: CARACTERÍSTICAS

Acabo de decir que el delito provocado es concebido por el Tribunal Supremo como el resultando de la actividad de dos individuos: un agente provocador y un sujeto provocado. Es indiferente la condición personal que ostente tanto uno como otro. No solamente puede asumir el papel de agente provocador el miembro de la policía que trata de cerciorarse de las sopechadas proclividades criminales de un sujeto, sino cualquier otra persona. Y lo mismo hay que decir con respecto al provocado: no existe limitación personal alguna. Así se manifestaron las sentencias de 20 de febrero de 1973 y de 14 de junio de 1975, al hacer alusión a los hechos «causados por *agente provocador* de los mismos, sea este agente un particular—sentencia de 22 de junio de 1950—, sea la propia autoridad policial—sentencia de 27 de junio de 1967—». De igual modo, tampoco se debe circunscribir el delito provocado a determinadas infracciones criminales, sino que, en principio, cualquier hecho delictivo se presta a ser objeto de una provocación (delitos contra la propiedad, contra la fe pública, contra la salud colectiva).

#### A) *Elemento objetivo.*

Establecida la identidad indiferenciada del agente provocador y del provocado, el Tribunal Supremo deduce de la intervención de ambos determinadas características comunes a todo delito provocado. Requiere, en primer lugar, que el hecho no haya surgido de la iniciativa propia del provocado, sino como consecuencia de una incitación ajena previamente calculada para obtener la respuesta apetecida. La sentencia de 22 de junio de 1950 estima que es condición necesaria «que se estimule e induzca a la comisión de un acto punible»; idea en la que insiste la de 27 de junio de 1967, al advertir que el delito provocado «requiere para su existencia, la inducción suficiente para mover la voluntad» de una persona «a fin de que efectúe una actividad». Precisamente por ello la de 15 de junio de 1956 niega que el supuesto de estafa planteado fuese un delito provocado «porque la iniciativa criminal parte del recurrente que se ofrece a entregar una vivienda, utiliza el medio engañoso de aparentar influencia y pide una cantidad que se le entrega y él recibe con ánimo de lucro, aunque se le recoge seguidamente, en todo lo que no hay provocación ajena, sino iniciativa y actuación propias» (8).

En síntesis, el elemento objetivo del delito provocado se sustancia en la presencia de una incitación dirigida a que un tercero realice un delito, incitación que de no haber mediado no habría dado lugar a su verificación. Dicho escuetamente: el delito provocado es el que surge

(8) Cfr. también la de 16 de noviembre de 1979, en la que se contempla un caso de cohecho pasivo, aunque aquí la motivación debe ser otra dada la especial configuración del delito de cohecho pasivo y su autonomía frente al activo. De ello me ocupo más adelante.

«por obra y a estímulos de provocación» (sentencia de 18 de abril de 1972).

La voz *provocación* es utilizada por el Tribunal Supremo con el particular valor semántico que adquiere dicha palabra en el contexto específico del problema del agente provocador. En primer lugar, sirve para denotar el ejercicio de una conducta promotora de un comportamiento ajeno, ya aparezca aquélla como un acto de aparente participación o incluso de autoría: el agente provocador unas veces se mostrará como un supuesto inductor, o un cooperador necesario o un cómplice, o como un coautor, etc. Pero al mismo tiempo, la voz *provocación* es empleada para asociar un segundo significado: la incitación practicada sirve de mero recurso para lograr la reacción en el sentido deseado. Precisamente, este segundo aspecto está en íntima relación con el elemento subjetivo que debe animar la conducta provocadora.

#### B) *Elemento subjetivo.*

En todo acto humano existen distintos momentos psicológicos que aun cuando actúan conjuntamente son susceptibles de ser diferenciados conceptualmente. En la determinación de las características del delito provocado se pueden apreciar dos aspectos subjetivos destacados de forma general por las distintas sentencias del Tribunal Supremo: los móviles por obra de los cuales actúa el provocador y el objetivo que de forma inmediata persigue con la propia acción provocadora. La psicología enseña que los móviles operan a modo de causa psíquica del acto humano y están dotados de un componente afectivo; por el contrario, el fin o el objetivo inmediato perseguido con el propio acto tiene siempre una naturaleza consciente y se traduce en la representación de un determinado resultado (9). Bajo esta óptica, el agente provocador actúa movido, en unas ocasiones, «para poner a prueba la moralidad de un empleado, de conducta sospechosa a su juicio, o verificar la selección de su dependencia» (sentencia de 22 de junio de 1950); en otras, a fin de «conocer la propensión para hechos criminales de una persona, y a comprobar su capacidad de realización, que convenza psicológicamente de que está efectuando actos delictivos de forma oculta o desconocida, para quien desea perseguirlos», o simplemente, con la intención de «determinar la posible existencia de un hábito criminal en vía comprobativa» (sentencia de 27 de junio de 1967). Frente a los móviles, distintos de un sujeto a otro, el objetivo que de forma inmediata y directa se ambiciona mediante la trama provocadora es siempre el mismo: formular denuncia criminal contra el provocado (22 de junio de 1950, 3 de febrero de 1964, al indicar, «con la fina-

(9) Cfr. José María RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español. Parte General*, 8.ª ed., Madrid, 1981, 681; José Luis Díez RIPOLLÉS, *La atenuante de actuar por motivos morales, altruistas o patrióticos de notoria importancia*, en *ADPCP*, 1979, 94 ss.; Alice YOTOPOULOS-MARANGOPOULOS, *Les mobiles du délit*, "Etude de criminologie et de droit pénal", París, 1973, 23 ss. y 103 ss.; Alessandro MALINVERNI, *Scopo e movente nel diritto penale*, Torino, 1955, 20 ss., 35 y 67.

lidad de denunciarlo»). De lo expuesto se deduce que los móviles pueden ser varios, en tanto que el objetivo es siempre el mismo y susceptible de ser individualizado apriorísticamente: obtener el castigo del inculgado, y para ello se *provoca* la comisión de un hecho delictivo como medio certero de conseguir la reacción calculada de antemano.

Mas no es suficiente para poner de relieve la particular estructura del delito provocado la comprobación del elemento objetivo y del momento subjetivo. Si así fuera, no se ve que el Tribunal Supremo tenga argumentos suficientes para destacar con una nomenclatura propia un hecho caracterizado por la presencia de un móvil y objetivo particulares, pero de carácter extratípico, y en principio sin trascendencia jurídica penal. A ellos hay que añadir un tercer requisito.

C) *Imposibilidad de que se alcance el resultado desaprobado por la norma.*

La última característica exigida por el Tribunal Supremo es que el delito no pueda alcanzar el objetivo desaprobado: «en el delito provocado hay absoluta falta de daño y peligro» —dice la sentencia de 22 de junio de 1950—, y ello porque «previamente se han adoptado las medidas, precauciones y garantías para que no se produzca el resultado». O como manifiesta la de 27 de junio de 1967, al indicar que «el delito provocado (...) no puede llegar a un resultado, porque habiéndose previsto éste, se impide por el inductor sea alcanzado, haciendo baldía la actividad, por el empleo de medidas precautorias defensivas o de garantía». Este es el motivo por el que de forma más genérica la sentencia de 18 de abril de 1972, al hacer una exégesis de lo que deba ser el delito provocado, frente al supuesto que se enjuicia, reconoce que aquél es concebido así por los propios provocadores «sin verdadero propósito de perpetración»; y tal conclusión se obtiene, por vía de regreso, pues tendrían «previamente tomadas las necesarias medidas para yugularlo oportunamente, sin dejarlo llegar a término y sazón». Finalmente, con terminología más técnica, la sentencia de 20 de febrero de 1973, seguida por la de 14 de junio de 1975, manifiesta que en el delito provocado «la imposibilidad de realización del daño es inicial, preconstituida, estando, desde el principio al fin, excluido el peligro para el bien jurídico protegido».

De acuerdo con las líneas transcritas, para calificar como de provocado un delito no será bastante la mera constancia de una voluntad interna contraria a que sufra un menoscabo el bien jurídico afectado: es preciso que tenga una manifestación externa. Así entendido, ¿qué fundamentación dogmática deben recibir estos supuestos?

#### IV. FUNDAMENTACION DOGMATICA

El tratamiento jurídico penal que ha merecido el delito provocado por parte del Tribunal Supremo, giró, en una primera etapa, en torno a dos ideas, y se quiso hacer un efecto de la otra: en el delito provocado

todo es fruto de una trama tendenciosa, lo que da lugar a una situación ficticia (10), y por ello la persona del provocado no actúa libre y espontáneamente. Con posterioridad, a medida que se iba consolidando la doctrina, no se centra tanto la atención en el aspecto volitivo de la conducta del provocado como en el propio hecho, el cual estaría dotado de una estructura anómala.

La primera sentencia que plantea el tema —22 de junio de 1950— comienza diciendo que «la voluntariedad de las acciones penadas por la Ley ha de obedecer a la iniciativa libre, inteligente e intencionada del sujeto activo, mas de ningún modo, con carácter general, del perjudicado»; por este motivo, y aquí tiene entrada el segundo argumento, cuando dicho perjudicado «para poner a prueba la moralidad de un empleado de conducta sospechosa a su juicio, o verificar la selección de su dependencia, encarga a una persona de su confianza que estimule e induzca a la comisión de un acto punible y al ser practicado, formula denuncia criminal, es evidente que el delito o falta contra la propiedad de que se trate tiene la condición de provocado e imposible porque previamente se han tomado las medidas, precauciones y garantías para que no se produzca el resultado». Y más adelante insiste en la idea de que se está ante «un hurto provocado, inexistencia realmente de sujeto pasivo, pues él mismo fue el inductor, valiéndose del concurso de otra persona, que se prestó al fingimiento, y de consecuencias imposibles, con absoluta falta de daño y de peligro» (11).

De los párrafos transcritos se deduce que el Tribunal Supremo parte de que si el hecho no ha surgido de la libre iniciativa del autor, falta el presupuesto requerido por el párrafo primero del artículo primero del Código penal. El término *voluntarias*, referido a las acciones, y omisiones se interpreta, de acuerdo con una de las versiones propuestas como conducta libre, espontánea, no coaccionada. Tal requisito faltaría en el provocado que obra como consecuencia de la previa incitación, a fin de ponerlo en manos de la justicia. Este ha sido también el argumento utilizado por la *doctrine of entrapment*, así como por algunas decisiones de la jurisprudencia francesa al entender que se daban los presu-

(10) Cfr. Luis JIMÉNEZ DE ASÚA, *El iter criminis y la tentativa*, en "La ley y el delito. Principios de Derecho penal", 4.<sup>a</sup> ed., México, Buenos Aires, 1963, 469 s., donde también se tilda de situación ficticia ciertos de los casos en que interviene un agente provocador. De igual modo, utiliza la expresión *delito provocado* para estos supuestos.

(11) Cfr. la Sentencia de 3 de febrero de 1964; se alude, en hipótesis —para resaltar las diferencias con el caso planteado— al supuesto en que "una mujer penetra donde se encuentra un hombre solo, excitándolo con movimientos o actitudes lascivas para mostrarse víctima de un atropello"; en tales casos, se afirma en la sentencia, "más que delito provocado hay delito atípico o imposible, toda vez que la persona inculpada actúa sobre situaciones ficticias creadas con el propósito de perjudicarla, no existiendo (...) ataque a la honestidad de quien se mostró deshonesto para excitar a quien se encontraba extraño a tal situación". Con acierto, tanto en la sentencia del texto como en ésta, para nada se apela a la posible existencia del consentimiento del ofendido, sino que se centra la atención en la propia estructura del hecho y en falta de viabilidad para que se produzca el desvalor jurídicopenalmente desaprobado.



puestos del constreñimiento o coacción moral—la *contrainte moral*—con el resultado de la plena irresponsabilidad penal del provocado (12).

Pero al lado de este primer argumento, se utiliza otro que aparece como causa del anteriormente examinado: la trama artificiosa que rodea a todo el hecho, al no ser posible que se llegue al resultado jurídicamente desaprobado, porque se han tomado las medidas de prevención oportunas. Este es el motivo por el que se quiso emparejar, en cierto modo, el delito provocado con el delito imposible del artículo 52, párrafo segundo, del Código penal, ya que ni en uno ni en otro tiene lugar dicho resultado. Sin embargo, la aparente semejanza iba a ser denunciada por Luzón Domingo, quien advirtió de la necesidad de distinguir «el delito imposible propiamente dicho, del delito imposible provocado, o simplemente delito provocado»; de este último dice que en él «no existe propiamente ni un ataque formal al ordenamiento jurídico, sino tan sólo una ilusión de ataque», ya que «no se trata de una espontánea resolución de delinquir» al haber sido el sujeto «víctima de una maquinación insidiosa en que se le ha envuelto» (13). De estas premisas, Luzón Domingo deduce la consecuencia de que «a efectos jurídico-penales, la conducta del individuo que intenta el delito provocado es absolutamente irrelevante, porque aunque en ella pueda descubrirse un principio de ilicitud moral, ni el orden jurídico se puede confundir con el orden moral, ni la voluntad que exteriorizó el sujeto era voluntad de auténtica conducta delictiva, sino de una conducta ilusoriamente delictiva, porque ni aun con un cambio de medios, ni sustituyendo el objeto, etc., su conducta podía ser constitutiva de delito» (14).

Las ideas de Luzón Domingo fueron recogidas literalmente por la sentencia de 27 de junio de 1967, y ya se advierte en ella la dinámica que se iba a operar en sucesivas decisiones. Comienza con la afirmación de que «para incriminar toda conducta humana en el ámbito penal, se exige que las acciones u omisiones sean voluntarias, como producto de una manifestación subjetiva libre, en su creación intelectual y en su realización, al deber ser manifestación de una resolución delictual espontánea»; pero junto a ello destaca, como principal argumento, la circunstancia de que la figura del delito provocado no se puede ni siquiera remitir al ámbito del delito imposible del artículo 52, párrafo segundo, del Código penal como había pretendido el Tribunal de Instancia, puesto que se da «por la maquinación insidiosa que la envuelve, como quiere la mejor doctrina científica, exclusivamente una

(12) Sobre la *contrainte moral* y la polémica de si es o no aplicable en caso de provocaciones policiales, Charles Bornet, *La provocation aux délits par des agents de l'autorité*, en *RPDP*, 1948, 30; Jean BOUCHERON, *Provocation*, en "Daloz, Répertoire de Droit criminel et de procédure pénal", II, París, 1954, 732 s.; Roger MERLE y André VITU, *Traité de Droit criminel*, 3.<sup>a</sup> ed., París, 1978, 712 ss.; André DECOQ, *Droit pénal général*, París, 1971, 346; Gaston STEFAN y Georges LEVASSEUR, *Droit pénal général*, 8.<sup>a</sup> ed., París, 1975, 297 nota 1.

(13) Manuel LUZÓN DOMINGO, *Derecho penal del Tribunal Supremo*, Síntesis crítica de la moderna jurisprudencia criminal, II, Barcelona, 1964. 82/83.

(14) LUZÓN DOMINGO, *Derecho penal del Tribunal Supremo*, II, 83.

aparición de ataque, con ausencia de enfrentamiento formal al ordenamiento jurídico penal, pues la voluntad manifestada no podía llegar a ser antijurídica en su realización y alcanzar un fin, aunque pudiera envolver un sencillo ataque ético, que resultaba meramente ilusorio y sin vida real, por lo que carece de entidad para encajarse en las normas penales» (15). Y más adelante insiste en que el sujeto provocado «no atacó las normas penales de manera esencial y sí simplemente aparente, por lo que no puede castigarse tal conducta» (sentencia de 27 de junio de 1967).

A partir de ahora el valor conceptual que sugiere la expresión delito provocado va a ser condicionante en el Tribunal Supremo de la idea de impunidad. En este sentido se pronuncia de forma expresa la sentencia de 18 de abril de 1972, al concebirlo como «carente... de toda realidad»; por ello se explica la tendencia a abandonar el argumento según el cual en el delito provocado falta el requisito de la voluntariedad de la acción, en favor de la tesis que ve en él un hecho desprovisto de entidad penal sin más. Y así se dice que «al faltar auténtica materia delictiva —más que libre voluntariedad, según se pretende en los coincidentes recursos ahora planteados— siempre habría de quedar la conducta en mera apariencia o ficción, o lo que es lo mismo, en la categoría de delito radicalmente imposible o putativo de hecho, concebido así desde su origen por los propios provocadores» (sentencia de 18 de abril de 1972) (16). El mismo criterio que sigue en las sen-

(15) La sentencia apunta, de forma muy precisa, la distinción sistemática, actualmente acogida por la ciencia del Derecho penal, entre desvalor de la acción —al atribuirse al Derecho penal una función ético social— y desvalor del resultado —basado en la protección de bienes jurídicos—. Pero obsérvese cómo la mera presencia de un desvalor de acción, desvinculado por completo de la posibilidad previa de lesión o puesta en peligro del bien jurídico “carece de entidad para encajarse en las normas penales”. Quienes atribuyan al desvalor de la acción la misión de *constituir* el injusto, y nieguen que el desvalor del resultado cumpla función alguna, encontrarán serias dificultades para no tomar en consideración tales episodios. Las consecuencias sistemáticas en materia de participación, y, particularmente, de agente provocador, no se dejan esperar: el fundamento de la pena en la participación radicaría más en la corrupción operada en el autor —abandono por éste de los valores ético sociales de la acción— que en la contribución a la lesión o puesta en peligro del bien jurídico. A su vez, el agente provocador deberá hacerse acreedor a una pena en todo caso, ya que aspira y contribuye a efectuar el desvalor de la acción que lleva a cabo el provocado, aunque no el desvalor del resultado. La tesis es inaceptable y de ello me he ocupado en otro lugar. Sobre el problema general aquí planteado, basta citar a Hans WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11.<sup>a</sup> ed., Berlín, 1969, 5; José Manuel GÓMEZ BENÍTEZ, *El ejercicio legítimo del cargo*, Madrid, 1980, 157; Diethart ZIELINSKI, *Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff*, Berlín, 1973, 129 ss; Hans Joachim RUDOLPH, *Inhalt und Funktion des Handlungsunwertes im Rahmen der personale Unrechtslehre*, en “Festschrift für Reinhart Maurach”, Karlsruhe, 1972, 66 ss.

(16) La vinculación de los casos de agente provocador con el delito putativo se observa también en Luis JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho penal*, VI, Buenos Aires, 1962, 677. Posteriormente remitiría el tema, en su conjunto, al marco de la participación criminal; véase, a este respecto, *Tratado*, VII, Buenos Aires, 1970, 713.

tencias de 20 de febrero de 1973 y de 14 de junio de 1975, en donde al hacer un estudio de lo que es el delito provocado, frente al caso planteado, se manifiesta que la «actividad provocadora, al inducir a error al sujeto activo de la supuesta infracción menoscaba su libre iniciativa y con ello la voluntariedad de la acción proclamada dogmáticamente en el artículo primero del Código penal»; pero más adelante se añade que «con criterio tal vez más técnico» en el delito provocado «la errónea actuación del sedicente culpable constituiría un supuesto de tentativa inidónea, de delito putativo en sentido amplio, o, en fin, de delito aparente, pero en todo caso impune, dado que la imposibilidad de realización del daño es inicial, preconstituida, estando desde el principio al fin, excluido el peligro para el bien jurídico protegido, de modo que tanto la actuación del provocador como la del provocado han de reputarse absolutamente ineficaces» (sentencia de 20 de febrero de 1973) (17). En conclusión, la opinión de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el delito provocado es la de que nos hallamos ante un hecho en donde falta auténtica materia digna de reprobación penal. De ello se deriva, de forma general, «la irresponsabilidad por hechos aparentemente punibles, pero, en realidad, causados por agente provocador de los mismos» (sentencia de 20 de febrero de 1973 y de 14 de junio de 1975). El resultado es que no cabe exigir responsabilidad criminal a los que hayan intervenido en él. Bien es cierto que en ninguna de las sentencias que me son conocidas se plantea de forma directa la posible deducción de una reprobación penal a cargo del agente provocador, sino sólo a cargo del provocado. Sin embargo, la conclusión que extrae la sentencia de 18 de abril de 1972 al manifestar que el delito provocado «no debe acarrear responsabilidad penal propiamente dicha para los provocados, por razón del inocuo conato resultante», debe hacerse extensible también al agente provocador al no existir más que una apariencia delictiva. Si el agente provocador actuara como supuesto partícipe (inductor, cooperador necesario, cómplice), por aplicación de las reglas generales en la materia (accesoriedad) al no existir un hecho principal típico y antijurídico —y con independencia de otras consideraciones—, no habría posibilidad de fundamentar el contenido de injusto que posibilita su castigo. Y de igual modo, si obrara como aparente coautor, al asentarse el hecho sobre bases ficticias, tampoco cabría establecer el contenido de injusto relevante. En síntesis, del análisis de las sentencias estudiadas cabe deducir —así lo ha señalado también Rodríguez Mourullo— que el Tribunal Supremo considera impunes tanto al agente provocador como al provocado, siempre que el hecho pueda ser *calificado* de delito provocado (18).

---

(17) Cfr. Ruperto NÚÑEZ BARBERO, *El delito imposible*, Salamanca, 1963, 130 y 132, en quien parece inspirarse la sentencia que cito.

(18) Gonzalo RODRÍGUEZ MOURULLO, en *Comentarios al Código penal*, I, Barcelona, 1972, 856, nota 66.

## V. CONSIDERACIONES CRITICAS

Una vez expuestas las líneas esenciales del delito provocado se está en condiciones de hacer un análisis crítico de la orientación que guía al Tribunal Supremo a la hora de abordar el asunto. Por de pronto hay que poner de relieve que si bien el Tribunal Supremo considera que todo delito provocado es el resultado de la previa intervención de un agente provocador, no todo supuesto en el que éste tome parte dará lugar a un episodio de esta naturaleza. Se quiere reservar la expresión delito provocado, debido a las resonancias de impunidad que asocia, para ciertos casos de agente provocador. El Tribunal Supremo repudia la idea de que en el delito provocado pueda adoptarse una solución diferente para el agente provocador y para el provocado. Quiere que ambos corran la misma suerte. Consecuentemente, allí donde sea factible deducir una reprobación criminal a cargo de uno o de otro, no estaremos ante un delito provocado. En segundo lugar, tampoco habrá delito provocado cuando falte el elemento objetivo de la provocación, entendido en el sentido de ser el agente provocador el que tome la iniciativa o el que haga surgir la resolución criminal en el provocado. De este modo se excluyen del ámbito del delito provocado aquellos supuestos unánimemente considerados de agente provocador, pero en los que éste no es el promotor directo de la actuación del provocado (19) o en los que alguno de los dos resulta acreedor a una pena.

Tanto uno como otro aspecto estarían presentes en el caso que plantea la Sentencia de 16 de noviembre de 1979: un oficial de juzgado solicita de un particular una cantidad de dinero so pretexto de activar la tramitación de una causa. El requerido pone el hecho en conocimiento de la autoridad policial, y se presta a entregar un sobre conteniendo diez mil pesetas, cuyos billetes, recuperados posteriormente en poder del oficial de juzgado, habían sido marcados en la comisaría de policía. Dos serán los argumentos que se utilizan para excluir del delito provocado estos hechos. En primer lugar, se afirma que no existe la previa provocación, pues «fue el propio funcionario procesado quien solicitó la retribución no debida para realizar un acto relacionado con el ejercicio de su cargo». En segundo término, y a mi juicio aquí es donde radica la base del problema planteado, de relacionar estos hechos con el delito provocado, el Tribunal Supremo estaría privado de entrar a debatir la factible responsabilidad criminal del funcionario, pues, como ha quedado dicho, lo característico del mismo es que falta auténtica materia delictiva. Sin embargo, existían poderosas razones,

(19) La expresión agente provocador ha sufrido un cambio semántico al ser incorporada al campo del Derecho penal, y bajo la misma se incluyen no sólo los casos en que existe una auténtica incitación, sino también aquellos otros en que la iniciativa la toma el *provocado*, pero el hecho está siendo controlado en todo momento, en su estructura y desarrollo, por el aparente receptor de la incitación. Tal es el episodio de la sentencia que se cita en el texto. Cfr. Hansjürgen KARGE, *Der agent provocateur*, Diss., Frankfurt am Main, 1969, 19.

dada la particular configuración del delito de cohecho en sus dos facetas de activo y pasivo, y la dualidad de bienes jurídicos tutelados, así como de delitos (20), para tomar en consideración, cuando menos la actuación del *provocado*. El Tribunal Supremo consideró que el hecho era constitutivo de un delito consumado de cohecho pasivo, «sin que constituyan el menor obstáculo para la posibilidad de su realización las medidas precautorias tomadas por el particular para lograr la posterior comprobación del delito y evitar su agotamiento». Sin entrar ahora a estudiar la solución dogmática que se ofrece, el proceso metódico seguido es a mi entender el correcto en todos los casos en que interviene un agente provocador. La atención ha de ponerse no ya en unas pretendidas características del hecho mismo, sino en la conducta realizada, y en si fundamenta el injusto relevante del correspondiente tipo de delito afectado.

Sin embargo, cuando el Tribunal Supremo *califica de delito provocado* un episodio, da la impresión de que opera como si fuese una categoría jurídica autónoma dotada de un contenido material propio y del que deriva la impunidad con carácter general sin más. Por ello se explica la evolución que su tratamiento ha sufrido a lo largo del tiempo. Si en un principio se fijó la atención en la falta de una voluntad libremente manifestada por parte del sujeto provocado, paulatinamente se fueron viendo en el propio hecho unas características que más que ser consecuencia de la particular forma de actuar del agente provocador se quieren presentar como inmanentes al delito provocado. En la práctica se está obrando al modo de aquellos sistemas que han incluido en su legislación positiva la figura como tal. Salvando las diferencias estructurales que el Tribunal Supremo quiere atribuir al delito provocado frente a las provocaciones policiales, esto es lo que sucede en el Código penal de Uruguay de 1933 donde el artículo 8 determina la impunidad «del hecho delictuoso provocado por la autoridad para obtener su represión» (21). El resultado no se ha dejado esperar: en

---

(20) Cfr. José María RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español*. Parte Especial, 8.<sup>a</sup> ed., Madrid, 1980, 1120 ss.; Francisco MUÑOZ CONDE, *Derecho penal*. Parte Especial, 2.<sup>a</sup> ed., Sevilla, 1976, 682 ss. Es interesante observar la situación que se produce con respecto al particular que se ofrece al fingimiento, pues está claro que no comete un delito de cohecho activo, ya que no existe propiamente lesión del bien jurídico —respeto que se debe al normal funcionamiento de los órganos del Estado— al estar montada la trama en bases irreales. Mas tampoco cabe construir una conducta de participación —cooperación necesaria o complicidad— en el delito de cohecho pasivo, porque el particular no contribuye *real y efectivamente* al ataque del bien jurídico (quebrantamiento del deber y confianza depositada en el funcionario) que lleva a cabo el oficial de juzgado. Todo ello siempre que se acepte la propia viabilidad del cohecho pasivo, dadas las circunstancias.

(21) Código penal de Uruguay de 4 de diciembre de 1933, artículo 8: No se castiga el hecho jurídicamente lícito, cometido bajo la convicción de ser delictivo, ni el hecho delictuoso provocado por la autoridad para obtener su represión. Queda el juez facultado en tales casos para adoptar medidas de seguridad. Un planteamiento de signo inverso. al someter a una pena cualquier actividad del agente provocador, es el adoptado por los Códigos penales de Grecia de 17 de agosto de 1950 y de Polonia

la doctrina del Tribunal Supremo el delito provocado opera como sinónimo de impunidad al no existir materia delictiva, por lo que de antemano tanto el agente provocador como el provocado deben quedar exentos de reprobación penal.

El defecto de enfoque es notorio. Basta con atribuir a un hecho la condición de delito provocado para deducir sin más su impunidad. Sin embargo, creo que no está justificado dogmáticamente otorgar al delito provocado un tratamiento autónomo. No se puede partir del apriorismo de que el delito provocado es sinónimo de impunidad. La vía de análisis que debe seguirse para determinar la posible responsabilidad criminal de quienes en él intervienen no ha de ser diferente a la del resto de los casos en que actúa un agente provocador. Adviértase que cuando el Tribunal Supremo trata de destacar los requisitos del delito provocado, en realidad lo que está haciendo es remontarse a un momento anterior, esto es, a las causas que lo originan. Uno a uno coinciden dichos requisitos con los que se aceptan generalmente para caracterizar la particular estructura contradictoria de la conducta del agente provocador. Bajo este punto de vista, el análisis de los comportamientos del agente provocador y del provocado ha de llevarse a cabo confrontando sus actividades con las correspondientes categorías de autoría o de participación afectadas, a fin de deducir su posible adecuación. Pero si se llega a la conclusión de que no es posible castigar ni a uno ni a otro, tal cosa no se deberá a la concurrencia de unas características que se quieran presentar como immanentes al delito provocado, sino, antes bien, a que sus conductas no dan lugar al desvalor que fundamenta el injusto del tipo de delito afectado. El problema, en cualquier caso, es más de tipo de injusto (objetivo) que de dolo. Ciertamente que la actuación de uno de ellos puede hacerse acreedora a una pena. Ninguna violencia debe verse en que esto sea así, pues entre el agente provocador y el provocado no existe la armonía funcional de toda realización en régimen de codelinquencia. Es cierto que uno y otro intervienen en un mismo hecho, pero sus actuaciones aparecen enfrentadas. De ahí que el análisis de la conducta de cada uno no admita el tratamiento convencional que se otorga generalmente a la realización conjunta del hecho. La asunción de esta desarmonía se traduce externamente en que mientras el agente provocador tiene prevista la evitación del resultado, el provocado aspira a su consecución. Por ello, ni las reglas generales en materia de participación —en especial las relativas a la naturaleza accesoria y a la con-

---

de 19 de abril de 1969. Código penal de Grecia, artículo 46, 2: Será castigado con la pena señalada al autor, rebajada en su mitad, quien dolosamente haya provocado en otro la decisión de cometer una infracción criminal con el único fin de sorprenderlo en el momento de la tentativa o durante los actos preparatorios, y con el propósito de impedir que llegue a la consumación. Código penal de Polonia, artículo 21, § 3: Lo dispuesto en los párrafos 1 y 2 [exención o atenuación de la pena en caso de haber impedido voluntariamente la ejecución del delito o haber intentado voluntariamente impedirlo, respectivamente] no es aplicable al que induce a otro a realizar una acción punible con el fin de entablar contra él un proceso criminal.

tribución real y efectiva en realización del hecho—, ni los principios de la ejecución en régimen de coautoría —división del trabajo basado en la dependencia funcional en la verificación directa del hecho— tienen aquí aplicación. En consecuencia, es perfectamente posible deducir la responsabilidad criminal de uno de ellos, y excluir la del otro; y también, ambos pueden hacerse acreedores, en su caso, al castigo, si sus intervenciones fundamentan el desvalor que motiva la imposición de una pena. En definitiva, la conclusión de impunidad o de castigo no puede ser nunca el presupuesto, sino la consecuencia, por lo que el llamado delito provocado no representa ninguna particularidad en el análisis de la conducta criminal frente al resto de los casos en que interviene un agente provocador.

Finalmente, la posible influencia ejercida en la voluntad del provocado, sólo secundariamente cobrará algún relieve en el análisis jurídico-penal. Cualquiera que sea la interpretación que se dé a la voluntariedad requerida —como libre o espontánea, como dolosa, como culpable, como referida a la norma—, en principio el sujeto provocado obrará cumpliendo los presupuestos del párrafo primero del artículo primero del Código penal. Insisto en que primordialmente estaremos ante un asunto de tipo de injusto objetivo.

En el propio defecto de enfoque metodológico apuntado debe cifrarse la propensión a emparejar el delito provocado en su conjunto con el delito putativo, con el delito aparente o con el delito absolutamente imposible. La equiparación no es convincente. El delito putativo responde, al menos con el valor conceptual que se le atribuye técnicamente, a pautas bien diferentes (22). Baste ahora recordar que el hecho realizado por el provocado, al menos formalmente, se corresponderá con un tipo penal, y además, de no haber mediado la intervención del agente provocador en su desarrollo, la generalidad de las veces aquél resultaría reproducible criminalmente. Tampoco satisface la vinculación con el delito aparente. Esta ha sido una tesis que ha encontrado algún predicamento en la doctrina científica italiana (23).

Pero quizá de este modo se incurra en el mismo error que se está denunciando al hacer del delito aparente una especie de categoría delictiva autónoma. Será preferible hablar, si se quiere, y para determinados casos, de una apariencia delictiva. El hecho no es en sí aparente, sino que la apariencia emana de la influencia desplegada por el agente provocador al tratar a todo trance de evitar que haga su aparición el resultado desaprobado. La constancia de este dato exige dar una respuesta a la siguiente pregunta: ¿está permitido remitir el problema en su conjunto al ámbito del delito imposible, ya sea para fundamentar su castigo con base en el párrafo segundo del artículo 52, o para excluirlo por entender que se trata de una tentativa absolutamente inidó-

---

(22) Cfr., por todos, RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal*. P. G., 608. Véase, no obstante, JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, VI, 677; *El "iter criminis" y la tentativa*, 469.

(23) Cfr. Alfredo DE MARSICO, *Il reato apparente e l'apparenza nella teoria del reato*, en "Studi in memoria di Arturo Rocco", I, Milano, 1952, 321 ss.

nea o de una tentativa irreal? La contestación requiere algunas matizaciones previas. No hay que pasar por alto la estructura contradictoria que caracteriza la intervención del agente provocador.

Ya he dicho que entre él y el provocado no existe la armonía funcional que preside toda realización en régimen de codelincuencia. Por ello, quienes traten de remitir la *conjunta realización* del hecho al marco del delito imposible del artículo 52 párrafo segundo del Código penal, y por extensión al marco del delito absolutamente imposible, o a la tentativa irreal, incurrirán, al menos con respecto al agente provocador, en una manifiesta contradicción sistemática. Olvidan que es requisito imprescindible del delito imposible y del delito absolutamente imposible —e incluso también de la tentativa irreal (24)— la presencia en el sujeto de un momento subjetivo orientado a la plena realización del delito propuesto (25). Difícilmente se podrá apreciar en el agente provocador esa voluntad de realización, cuando sabe de antemano que el hecho no va a progresar hasta el resultado desaprobado al haber adoptado las medidas oportunas. Por tanto, si el agente provocador no incurre en responsabilidad criminal ello no se deberá a que estemos en presencia de una tentativa absolutamente imposible o ante una tentativa irreal, sino a que su actuación no fundamenta el desvalor que motiva la imposición de una pena al no contribuir real y efectivamente al menoscabo del bien jurídico afectado.

Pero no se puede decir lo mismo del provocado el cual por regla general, sí obrará con intención de llevar a cabo el delito. No se puede descartar de entrada la posibilidad de remitir el comportamiento del provocado al ámbito de la teoría general de la tentativa inidónea en su conjunto. En qué casos el provocado debe hacerse acreedor a una pena y cuándo quedar exento de responsabilidad es una cuestión que no puede contestarse con criterios apriorísticos. El examen en concreto del hecho, y las particulares circunstancias de cada caso, aportarán la solución más conveniente. No obstante, sirva adelantar, como criterio orientativo, que si nos atenemos a la especial configuración del hecho en el que interviene un agente provocador, las más de las veces existirán serias dudas de que pueda fundamentarse el injusto que amplía la pena en la tentativa inidónea con respecto a la conducta del provocado (26). El análisis de la cuestión no ha de radicar tanto en si

(24) Cfr. Enrique GIMBERNAT ORDEIG, *Introducción a la Parte General del Derecho penal español*, Madrid, 1979, 110; *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Madrid, 1966, 146 ss.

(25) Cfr., de la ciencia penal española, por todos, Gonzalo RODRÍGUEZ MOURULLO, *Delito imposible y tentativa de delito en el Código penal español*, en *ADPCP*, 1971, 377 ss. De la literatura alemana, baste citar, Hans-Joachim RUDOLPHI, en *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, AT, I, 2.<sup>a</sup> ed., Frankfurt am Main, 1977, 183 y 192.

(26) Sobre las distintas teorías elaboradas por la doctrina científica para fundamentar la pena en la tentativa inidónea, véase, RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal*, P. G., 742, s.; RODRÍGUEZ MOURULLO, en *Comentarios*, II, 223 ss.; JESCHECK, *AT*, 429; RUDOLPHI, en *SK*, I, 183, s. La jurisprudencia española se muestra oscilante entre las distintas tesis; para la teoría subjetiva, véase Rodrigo Fabio SUÁREZ MONTES, *El delito imposible de aborto en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, en



la actuación de éste es o no idónea o en si el objeto del delito es susceptible o no de ser atacado —tal como acertadamente destacaron Luzón Domingo, Núñez Barbero y Rodríguez Mourullo—, sino en la propia estructura del hecho (27). Si dadas las características de la infracción, la producción del resultado desaprobado es de imposible verificación, precisamente como consecuencia de las medidas adoptadas por el agente provocador, lo más acertado será calificar la actuación del provocado como de tentativa irreal (28). Pero entonces, entendiéndose bien, la impunidad no deriva de que nos encontremos ante un pretendido *delito provocado*, sino de las reglas generales de la teoría de la tentativa irreal. Piénsese en los delitos de encuentro —sumamente frecuentes en la materia por la facilidad con que se puede influir en el desarrollo del hecho—, en los que por lo común quebrará la propia estructura que da vida al tipo de injusto relevante, debido a la intervención de una de las partes como agente provocador; o en los episodios en que solamente se permite la realización de un principio de ejecución, sin trascendencia para el bien jurídico por las medidas adoptadas; o en los de peligro, en los que de antemano se ha previsto evitar la aparición del riesgo de lesión; y así sucesivamente. En todos ellos la actuación del provocado no pasa de ser un grotesco intento sin trascendencia para el bien jurídico afectado y ni tan siquiera para producir alarma en la conciencia social (29). La mera existencia de un desvalor de acción, pero desprendido en absoluto de la posibilidad inicial de realización del objetivo desaprobado por la norma, al haberse adoptado previamente las medidas precautorias pertinentes en favor del bien jurídico, es por sí solo insuficiente para fundamentar el injusto relevante de la tentativa inidónea (30).

*ADPCP*, 1966, 223 ss.; para la teoría de la impresión, puede consultarse mi trabajo *El fundamento de la pena en la tentativa inidónea*. (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 1977), en "Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense", número 55, 1979, 173 ss.

(27) LUZÓN DOMINGO, *Derecho penal del Tribunal Supremo*, II, 82 s.; NÚÑEZ BARBERO, *Delito imposible*, 129 ss.; RODRÍGUEZ MOURULLO, en *Comentarios*, I, 855 s.

(28) Cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO, en *Comentarios*, I, 855.

(29) Esta idea, con toda corrección, fue la que se utilizó como principal motivo del recurso —así se deduce de uno de los Resultandos de la Sentencia de 18 de abril de 1972, a la que parece seguir la de 14 de junio de 1975— al aducirse que "el Derecho penal como protector de bienes jurídicos no puede entrar en juego cuando los mismos no han sido lesionados ni puestos en peligro por haber existido un agente provocador del delito, no habiéndose producido daño alguno ni material ni formal...".

(30) Repárese en la dificultad dogmática que se le presenta a un derecho protector de bienes jurídicos el castigo de la tentativa inidónea en donde por definición falte todo atisbo de peligro objetivo para el bien jurídico. Por ello se ha mantenido que el fundamento de la pena en tales casos —e incluso con carácter general para las formas de ejecución imperfecta— habría que hallarlo en la existencia de un momento subjetivo, esto es, en la intención de cometer el delito (véase, SUÁREZ MONTES, *El delito imposible de aborto en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, 225 ss.); o si se quiere, en el mero apartarse del recto sentir jurídico

Es cierto que a pesar de las medidas precautorias adoptadas, el resultado desaprobado puede hacer su aparición. La tendencia general para estos casos es remitir la actuación del agente provocador al marco de la responsabilidad a título de culpa (31). De nuevo aquí puede surgir la desarmonía funcional entre agente provocador y provocado, pues sin duda que éste habrá actuado dolosamente en todo momento. No es factible construir una inducción culposa —a cargo del agente provocador, si bajo ese título hubiese intervenido— en un hecho doloso cometido por el provocado. La razón hay que hallarla en que la inducción como tal exige el actuar doloso del inductor —doble dirección del dolo (32)—. De ahí que seguramente el lugar de encuadre más adecuado —una vez superada la barrera de la imputación objetiva del resultado, pues no se olvide que el agente provocador quiere evitar su entrada a toda costa (33)— fuese la autoría accesoria, en donde el agente provocador aparecería como autor culposo, si se pudiera fundamentar la autoría en su conducta, y el provocado como autor doloso (34).

---

(desvalor de la acción). La tesis no convence cuando se parte de la idea de que la misión primordial del Derecho penal es la protección de bienes jurídicos. El momento objetivo —alarma social— que quiere destacar la teoría de la impresión, en rigor se basa en presupuestos muy diferentes a los del menoscabo de un bien jurídico. Cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO, en *Comentarios*, II, 224.

(31) Cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO, en *Comentarios*, I, 856; Wilfried KÜPPER, *Der agent provocateur im Strafrecht*, en *GA*, 1974, 333; Hartwig PLATE, *Zur Strafbarkeit des agent provocateur*, en *ZStW*, 1972, 313; Claus ROXIN, en *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, 10.<sup>a</sup> ed., Berlín, New York, 1978, § 26, núm. marginal, 18 y § 27, 31.

(32) Aceptando la doble dirección del dolo —mejor que *Doppelvorsatz*— al ir referido al acto mismo de la inducción y al resultado del hecho principal que lleva a cabo el autor, entre otros, Hans Heinrich JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 3.<sup>a</sup> ed., Berlín, 1978, 559/560; ROXIN, en *LK*, § 26, 14.

(33) Cfr. sobre la materia, Claus ROXIN, *Sobre el fin de protección de la norma en los delitos imprudentes*, en “Problemas básicos del Derecho penal”, traducción de D. M. Luzón Peña, Madrid, 1976, 183 ss.; JESCHECK, *AT*, 230 ss.

(34) La autoría accesoria comprende aquellos casos en que varias personas dan lugar conjuntamente al resultado del delito sin haber obrado en régimen de coautoría, esto es, sin existir en sus aportaciones una dependencia funcional, basada en el principio de la división del trabajo, como consecuencia de un concierto para su común ejecución. Pero la autoría accesoria carece de significado autónomo —tal como resalta ROXIN, en *LK*, § 25, 161— y viene sólo a designar los episodios de autoría individual citados. Cfr., sobre la cuestión, RODRÍGUEZ MOURULLO, en *Comentarios*, I, 838.

## VI.—LA PROVOCACION POLICIAL: LAS PRETENDIDAS DIFERENCIAS CON EL DELITO PROVOCADO

El mismo defecto de enfoque metodológico con que se abordan los casos en que entra en acción un agente provocador se aprecia bien a las claras en las provocaciones policiales de hechos delictivos (35). Según ha quedado reseñado, la tesis mantenida por el Tribunal Supremo parte de la idea de que no existe materia digna de reprobación penal en el delito provocado. De ahí se deduce la impunidad tanto para el agente provocador como para el provocado. Sin embargo, pronto pesaron en el ánimo del Tribunal Supremo consideraciones de distinta índole —de política criminal y de política social, sobre todo— que señalaban como dignos de castigo ciertos hechos que aparecían como efecto de la actuación de un agente provocador. Las Sentencias de 20 de febrero de 1973 y de 14 de junio de 1975 son explícitas en este sentido: la intervención policial dirigida a promover un hecho criminal que venga a demostrar patentemente la previa existencia de actividades delictivas del mismo tipo, como sucede en el tráfico ilícito de drogas, «es única forma de luchar con alguna eficacia contra esta forma de delincuencia colectiva en nuestro tiempo»; y continúa: «de cuya reflexión jurídica, en alianza con una pragmática consideración de política criminal, se deduce la posibilidad y conveniencia de sancionar estas últimas conductas». Pero el Tribunal Supremo se vio sorprendido en la trampa que se había tendido a sí mismo como consecuencia de la inadecuada vía metodológica seguida para dar solución a los casos en que interviene un agente provocador. Si el delito provocado opera como sinónimo de impunidad, obviamente siempre que el hecho surja a estímulos de provocación y sin posibilidad de alcanzar el resultado desaprobado, hay que declarar tanto la impunidad del agente provocador como del provocado. Sin embargo, en ciertos episodios, estrictas razones dogmático penales abogaban en favor de la punición del provocado, no así del agente provocador. ¿Qué sucede cuando un policía, con el fin de reprimir el mercado ilegal, se presenta como comprador de droga e incluso llega a entregar el dinero solicitado, y recibe a cambio la mercancía de tráfico ilícito, si bien la operación termina con la detención del vendedor? Este es el supuesto que contemplan, entre otras, las Sentencias de 13 de noviembre de 1953, 18 de abril de 1972, 20 de febrero de 1973, 14 de junio de 1975 y 8 de julio de 1980. Las respuestas son de toda índole.

Antes de entrar en el análisis de las distintas soluciones arbitradas

---

(35) Existen diferencias estructurales notorias entre las provocaciones policiales, casos de agente provocador, generalmente, y los episodios de presencia de la fuerza pública advertida de antemano para evitar la consumación. Ciertamente que ambas cuestiones son compatibles, pero no todo caso en que la policía hace fracasar la empresa criminal por haber sido alertada entra en el marco del problema del agente provocador. Cfr. NÚÑEZ BARBERO, *El delito imposible*, 125 ss. Véanse las Sentencias de 4 de noviembre de 1948 y de 19 de junio de 1964.

en las decisiones citadas, conviene hacer una breve referencia al cuestionario que suscita el tema en su conjunto. La motivación político criminal reseñada aparece en la jurisprudencia de todos los países (36). Han sido varias las vías propuestas por la doctrina científica para tomar en consideración, como relevantes a efectos penales, los casos de provocación policial en materia de tráfico ilícito de drogas. Una primera es aquélla que declara sin más la responsabilidad penal tanto del agente provocador como del provocado al tratarse de un delito de peligro abstracto y darse todos los presupuestos que fundamentan el injusto en esta especie delictiva (37). La tesis es, a mi juicio, inceptable. Diré simplemente, como consideración de carácter general, que se olvida la especial estructura de los delitos de encuentro y, además, que incluso en las infracciones de peligro abstracto, un presupuesto para poder establecer el contenido de injusto debe ser la posibilidad inicial de la realización del riesgo, cosa que de antemano queda excluida en el ejemplo del que se parte al haber previsto la detención inmediata del vendedor y la intervención de la droga (38). Además, y ya con relación a la especial forma de venir configurado el delito en el artículo 344 del Código penal, de acuerdo con la interpretación que parece más acertada, de resultar alguien responsable criminalmente en

(36) De la muy extensa bibliografía baste aludir, a modo indicativo, para Alemania, Knut AMELUNG y Hero SCHALL, *Zum Einsatz von Polizeispitzeln*, en *JuS*, 1975, 565 ss.; Horst FRANZHEIM, *Der Einsatz von Agents Provocateurs zur Ermittlung von Straftätern*, en *NJW*, 1979, 2014 ss.; LÜDERSEN, *Verbrechensprophylaxe, durch Verbrechensprovokation?*, 349 ss.; para Francia, BORNET, *La provocation aux délits par des agents de l'autorité*, 27 ss.; Alfred LEGAL, *Les consequences juridiques des provocations policières*, en *RSCDP*, 1972, 859 ss.; para Italia, Francesca MINERVA, *Agente provocatore, tentativo impossibile, concorso del fatto doloso della persona offesa nella produzione dell'evento*, en "Archivio Penale", II, 1972, 610 ss.; para Suiza, Jean GRAVEN, *Le problème de L'agent provocateur*, en "Mélanges Georges Sauser-Hall", Neuchâtel, Paris, 1952, 233 ss.. Con respecto a USA ya he aludido a la *doctrine of entrapment*.

(37) Así, por ejemplo, FRANZHEIM, *Der Einsatz von Agents Provocateurs*, 2016 s.

(38) Sobre la interesante polémica de si es posible verificar una prueba en contrario de la peligrosidad, incluso en los delitos de peligro abstracto, por ser esta solución más conforme con un derecho penal de culpabilidad, puede consultarse, Marino BARBERO SANTOS, *Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto*, en *ADPCP*, 1973, 489; Luis RODRÍGUEZ RAMOS, *El 'resultado' en la teoría jurídica del delito*, en *CPC*, núm. 1, 1977, 55 s.; Antonio BERISTAIN IPIÑA, *Resultado y delitos de peligro*, en "Cuestiones penales y criminológicas", Madrid, 1979, 273. Decididamente a favor de la posibilidad de la prueba en contrario, Arthur KAUFMANN, *Unrecht und Schuld beim Delikt der Volltrunkenheit*, en *JZ*, 1963, 432; en contra, al significar una inversión de la carga de la prueba y hacer de todo delito de peligro abstracto un delito de peligro concreto, Bernd SHÜNEMANN, *Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte*, en *JA*, 1975, 797. Sobre otros expedientes para limitar la punibilidad en los delitos de peligro abstracto —hacer de la peligrosidad una especie de condición objetiva de punibilidad, exigir la infracción de un deber objetivo de cuidado—, véase Adolf SCHÖNKE-Horts SCHRÖDER-Peter CRAMER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 20.<sup>a</sup> ed., 1980, 1855 s.

una compraventa es el vendedor de la droga, pero nunca el comprador que la adquiere sin ánimo de transmitirla él a su vez. Sólo de este modo encuentra coherencia interna el criterio unánimemente mantenido por el Tribunal Supremo de no considerar punible la tenencia para el consumo propio (39).

La segunda vía es aquélla que declara la responsabilidad criminal del provocado, pero excluye la del agente provocador al actuar amparado por una causa de justificación (cumplimiento de un deber, ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo (40), estado de necesidad...). Se ha dicho que si no existe otra forma de lucha contra este tipo de criminalidad, se dan los presupuestos del estado de necesidad justificante en las provocaciones policiales (41). No niego que pueda ser así, pero en tales casos ya no estaremos ante un genuino caso de agente provocador. Por eso considero que la apelación a la concurrencia de una causa de justificación —aparte de las implicaciones sistemáticas que todo el tema sugiere, y que son particularmente notorias en la especial forma de actuar del agente provocador— no es convincente. Entiendo que con carácter previo, la conducta provocadora —y desde luego en el delito de encuentro de compraventa de sustancias estupefacientes— se mostrará inadecuada sistemática y funcionalmente para fundamentar el tipo de injusto correspondiente de la categoría de autoría o participación afectada. No se olvide, además, la advertencia hecha con respecto a las posibles conductas dignas de castigo al tomar como base el artículo 344 del Código penal.

Por último, algunas sentencias del Tribunal Supremo han acudido a un expediente muy próximo al empleado en ciertos países del ámbito anglosajón para declarar la responsabilidad del provocado y excluir

---

(39) Véase, entre otras muchas, la Sentencia de 25 de marzo de 1980: "(...) la doctrina de esta Sala ha establecido de forma reiterada —Sentencias de 2 de julio, 21 y 22 de octubre de 1979—, que la elaboración, fabricación y el cultivo, la tenencia y el transporte de drogas o estupefacientes, cuando están destinadas al autoconsumo, sin deseo alguno de transmisibilidad, no constituyen las figuras delictivas del citado artículo 344".

(40) En la Sentencia de 18 de abril de 1972 incidentalmente se hace alusión a que, con independencia de la falta de auténtica materia delictiva, en el delito provocado se estaría obrando en "cumplimiento de deberes y órdenes funcionales, por miembros de la policía, a fines de indagación y eventual neutralización de sospechadas proclividades criminales...".

(41) Günter STRATENWERTH, *Strafrecht*, "Allgemeiner Teil", 2.<sup>a</sup> ed., Köln, Berlín, Bonn, München, 1976, 250. Cfr. Erich SAMSON, en *SK*, I, 231. Knut AMMELUNG, en *NJW*, 1977, 833; Gehardt GREBING, *Die Grenzen des rechtfertigenden Notstands im Strafrecht*, en *GA*, 1979, 99. ss., donde se plantea un supuesto de allanamiento de morada realizado por la policía, y la posibilidad de la concurrencia de un estado de necesidad. Por mi parte pienso que el caso, al menos con respecto al allanamiento de morada, no guarda relación alguna con la cuestión del agente provocador. El problema está enmarcado en otro más general en donde la policía seguramente que obra a modo de agente provocador con el fin de reprimir el tráfico de drogas. Pero una cosa es esta actuación y otra totalmente diferente el allanamiento de morada.

la del agente provocador. De ahí el empeño de separar estos casos del delito provocado.

Al examinar anteriormente las características del delito provocado se indicó que una de ellas consistía en que el hecho sugiese a estímulos de provocación. Precisamente este presupuesto estaría ausente en las provocaciones policiales realizadas a los solos efectos de poner al descubierto una actividad criminal que ya se viene desarrollando con anterioridad. La primera sentencia que abre brecha en esa dirección es la de 18 de abril de 1972, al diferenciar entre el delito provocado y los casos en que «el señuelo puesto en juego por los investigadores vaya dirigido no a la promoción del supuesto delito, índice y contraste de la temibilidad de los destinatarios de la incitación, sino a patentizar y descubrir situaciones o actividades criminales hasta entonces ocultas, pero ya existentes, y, en consecuencia, punibles, sin que la nota positiva o negativa, de espontaneidad respecto del acto último, meramente revelador del delito, afecte a la realidad, cierta, del mismo; y sigue: «la interferencia de los funcionarios de policía no fue inicial tentación criminógena, ya que la aparente operación por ellos propuesta no pasaba de intrascendente episodio sobrevenido, no determinante de la comisión del delito, aunque sí de su descubrimiento».

Estas ideas fueron aprovechadas y desarrolladas por la Sentencia de 20 de febrero de 1973 y reproducidas en la de 14 de junio de 1975. En ellas se indica que hay que excluir del delito provocado «aquellos casos en que no se trata de provocar la comisión de un delito, sino de descubrir el ya cometido (...), importante matización especialmente aplicable a los delitos de tracto sucesivo, cual acontece con los de tráfico de estupefacientes (...), ante cuya realidad criminógena, la actividad policial, consciente de la existencia de tan activa y plural conducta delictiva, al ponerse en fingido contacto con conocidos o presuntos agentes, aun los más externos y secundarios de la organización, no busca propiamente provocar la comisión del delito correspondiente contra la salud pública, sino poner al descubierto los canales por los que ya venía fluyendo el tráfico con anterioridad a fin de cegarlos en lo posible» (Sentencia de 20 de febrero de 1973).

El empeño del Tribunal Supremo de diferenciar los casos de delito provocado de las provocaciones policiales, no obedece a una necesidad dogmática evidente. En rigor, a ambos casos les aúna la intervención de un agente provocador que va a influir decisivamente en la estructura y desarrollo del delito. En qué ocasiones el agente provocador y cuándo el provocado deben hacerse acreedores al castigo, debe ser la consecuencia, pero no el presupuesto. Por ello, de haberse tenido en cuenta la desarmonía funcional que entre ellos existe, no habría reparo alguno en declarar, en su caso, responsable criminalmente al provocado pero no al provocador.

El Tribunal Supremo cree, no obstante, que se dan profundas diferencias entre el delito provocado y la provocación policial. El punto de contraste estaría en que mientras en el primer caso el hecho se crea de nueva planta, en las provocaciones policiales ya vendría fluyendo

con anterioridad la actividad criminal (42). Pero entonces aquí surge una importante cuestión previa, que enlaza con el cuestionario procesal que plantea la intervención de un agente provocador, cual es determinar lo que se enjuicia: si la operación de venta en la que intervienen los policías, si la tenencia de droga destinada al tráfico o si las anteriores actividades delictivas. Si de la venta se tratase, en realidad no creo que haya fundamento para afirmar la responsabilidad del agente provocador ni tampoco la del provocado al asentarse toda la trama en bases irreales. No existirá diferencia con lo que el Tribunal Supremo denomina un delito provocado. El motivo de la impunidad ha de buscarse en que ninguna de las dos actuaciones da lugar al juicio de desvalor del que se extrae el injusto relevante. Mayores dificultades pueden presentarse con respecto a la tenencia de drogas tóxicas o estupefacientes destinadas al tráfico, dada la amplitud con que está concebido el artículo 344 del Código penal. Esta parece que es la tesis de fondo sostenida en la Sentencia de 18 de abril de 1972 cuando indica que al producirse la intervención policial «el delito ya existía (...), a virtud de la disponibilidad de las drogas, previamente adquiridas con fines de ulterior reventa a quienes las solicitasen». Debo señalar, no obstante, que quizá aquí se plantee una cuestión previa de carácter procesal, pues la actuación de los policías no deja de ser la determinante del pretendido tráfico, no deduciéndose del relato de hechos probados para las sospechadas actividades de venta preexistentes, mayores indicios que los anteriores a la incitación. Habrá quedado palmariamente demostrado, si se quiere, un acto de tráfico que surge a instancias de la actuación de los policías. Pero nada más. Y desde el momento en que la compraventa está asentada en una operación de tráfico ficticia, nos hallaremos ante lo que se llama delito provocado. Insisto en que del relato de hechos probados no se obtienen más datos reveladores de la certeza de anteriores acciones de venta. Así lo debe reconocer indirectamente la Sentencia de 20 de febrero de 1973, al indicar que el tráfico de estupefacientes era anterior y preconstituido a la actuación policial, por lo que no puede decirse «que fuera provocado por ella, al menos en su conjunto, porque lo único que hizo tal intervención de los agentes de la autoridad fue poner al descubierto un fragmento del mismo». Ahora bien, si la operación de la policía solamente contribuyó a poner al descubierto un fragmento del tráfico de estupefacientes, ese *fragmento*, que es lo único probado en el relato de hechos, y el que en pura lógica parece motivar la condena, fue precisamente el

---

(42) También es esta la argumentación a la que acude la jurisprudencia de otros países para tomar en consideración la actividad del provocado, pero no la del miembro de los servicios policiales que se presenta como aparente comprador de una droga de tráfico ilícito. Dicho policía no podría ser castigado como inductor o como instigador pues el vendedor ostentaría la condición de *omnimodo facturatus*, al estar ya de antemano resuelto a realizar el acto de venta. Cfr. para Alemania Wilhelm DALLINGER, *Aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Strafsachen*, en MDR, 1976, 13; para Italia, MINERVA, *Agente provocatore*, 612; para Francia, LEGAL, *Les conséquences juridiques des provocations policières*, 862 s.

provocado por su intervención, por lo que ya estaremos ante lo que se denomina por el Tribunal Supremo un delito provocado. De la anterior actividad delictiva, incluso en los delitos de tracto sucesivo o de tráfico continuado, en realidad solamente existirán indicios. Otra cosa habría que decir si hubiera quedado plenamente de manifiesto en los hechos probados la anterior dedicación de los sujetos al tráfico de la mercancía de tráfico ilícito. Y esa dirección es la que apunta la sentencia de 14 de junio de 1975. Sin embargo, la línea argumental que ofrece no deja de ser contradictoria. Tras mostrar al provocado como una especie de *omnimodo facturatus* por estar «ya resuelto a cometer el delito, manifestándose así la provocación como gratuita y evanescente», a renglón seguido dice que «la actuación policial ya no sólo tiene un carácter meramente preventivo—anterior, por tanto, al represivo propio del delito ya manifestado—, sino que trata de poner al descubierto el tráfico de la droga que ya se venía realizando con asiduidad, que es lo que justamente declara el *factum* de la sentencia recurrida cuando presenta a los funcionarios del Cuerpo General de Policía intervinientes animados del propósito de 'descubrir el tráfico ilegal de drogas' en la ciudad de Barcelona, a cuyo fin montaron el servicio que se describe y que dio por resultado detener al procesado vendedor de una cantidad importante de griffa, por precio de 50.000 pesetas, previamente concertado». Adviértase que si por un lado se nos quiere ofrecer la *provocación* policial como superflua, por otro es en la operación concertada de venta de griffa en donde se pone toda la atención. La duda que surge sigue siendo la misma: ¿no se está exigiendo responsabilidad criminal por hechos—esos son los probados— asentados en bases ficticias? Ni que decir tiene que en las sentencias de 18 de abril de 1972, 20 de febrero de 1973 y 14 de junio de 1975 se apreció un delito de tráfico ilícito de estupefacientes en grado de consumación, y del cual responden los sujetos provocados, mas no se plantea la posible responsabilidad de los policías que acuden a los métodos propios del agente provocador. Por el contrario, la sentencia de 13 de noviembre de 1953 basó la condena—sólo con respecto al provocado— en una tentativa.

Las dudas expuestas no son vanas. También el Tribunal Supremo ha reaccionado en contra de la vía abierta por la sentencia de 18 de abril de 1972. Así, la de 8 de julio de 1980 resume de forma muy precisa los recelos expuestos en estas páginas. Se aborda en ella un supuesto de simulación de compra de hachís por un sargento de la Guardia Civil; el Tribunal Supremo casa la sentencia condenatoria recaída en instancia, y absuelve a los procesados del delito de tráfico ilícito de drogas, del artículo 344 del Código penal, con base en los siguientes fundamentos: «Que en la sentencia se condena a los procesados como autores de un delito contra la salud pública "por dedicarse a la venta de la droga llamada haschiss", como escuetamente se consigna en los hechos probados, sin precisar los antecedentes del caso, detalles de ejecución, circunstancias del hecho, móvil que les guiara y en general cuantos datos pudieran servir para valorar jurídicamente los hechos



perseguidos, y sobre todo no contener ningún dato que revele o haga presumible la comisión del delito contra la salud pública al fundamentar la sentencia recurrida el tráfico de la droga sobre una operación ficticia con lo que faltan las condiciones básicas de tipicidad par incardinar tales hechos en el precepto penal aplicado». La conclusión me parece de una lógica contundente.

Las líneas que anteceden sirven de exponente del conjunto de problemas que suscita la intervención de un agente provocador, contemplados desde la óptica del sujeto provocado. Junto al aspecto de estricta dogmática jurídico penal, subyace un importante cuestionario político-criminal que traspasa su propio marco y se adentra en el más amplio de la política social en general. El asunto del tráfico y consumo de drogas es un ejemplo. Al lado de todo ello está el importante aspecto procesal, y el que representa la constante tensión entre la intervención estatal y la libre determinación personal. Bajo esta perspectiva, ¿están legitimados los medios de control social para provocar un delito, y posteriormente para tomarlo en consideración, aunque sólo sea con el fin de obtener su represión? Con independencia de la faceta ética que el tema sugiere, la cuestión alcanza a los propios principios inspiradores del Estado social y democrático de derecho (43). La Ley de Enjuiciamiento Criminal determina en el artículo 282 que la policía judicial tiene por objeto averiguar los delitos públicos cometidos, practicar las diligencias necesarias para comprobarlos, descubrir a los delincuentes y recoger todos los efectos, instrumentos o pruebas de cuya desaparición hubiere peligro. No creo que entre estos procedimientos y técnicas pueda figurar la provocación al delito. Misión de la policía judicial es descubrir el ya cometido, pero no facilitar la comisión de uno nuevo. Así también lo entendió la Sentencia de 27 de junio de 1967 al referirse a «las actitudes inductoras, que juegan al margen de toda norma permisiva de investigación» (44). Quizá la mejor manera de atajar estas prácticas inquisitoriales sea haciendo una invocación a los jueces para que rechacen todo medio de prueba en el que haya intervenido un agente provocador (45).

---

(43) Cfr. el artículo 9.3 de la Constitución de 1978 donde se garantiza la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. Véanse, además, los artículos 10, 24, 103.1, 126. De forma indirecta también se podría apelar al artículo 6.4 del Código civil.

(44) Sobre la intervención del policía que acude a los métodos del agente provocador y la invasión de la esfera privada, algunas indicaciones en AMELUNG y SCHALL, *Zum Einsatz von Polizeispitzeln*, 569 ss.

(45) Así LÜDERSEN, *Verbrechensprophylaxe durch Verbrechensprovokation?*, 371. Véase, finalmente, en *NJW*, 1980, 1791, una breve referencia a si es lícito hacer valer la acción penal en caso de que el hecho haya sido provocado por la autoridad policial.



## Evaluación crítica de las actividades del Comité europeo para los problemas criminales en los años 1975-1980 (\*)

REYNALD OTTENHOF,

Profesor de la Universidad de PAU y de los Países de l'Adovr.  
Secretario General Adjunto de la Asociación Internacional de Derecho Penal

1.—El trabajo que se nos ha confiado de proceder a la evaluación crítica de las actividades del C.D.P.C. (1) en el transcurso de los cinco últimos años, se revela, como de costumbre, un trabajo delicado y sembrado de obstáculos.

a) El primer escollo consiste en el hecho de que conviene no equivocarse de objetivo: lejos de nosotros la idea de evaluar las prestaciones de tal o cual experto, o el nivel de tal o cual informe. Nada nos predispone, ni por naturaleza ni por desviación de la función profesoral, a una actitud tan doctoral.

b) Un segundo escollo consiste en la tentación, a veces difícil de remontar, de proceder a una evaluación crítica de cada uno de los documentos transmitidos como ilustración de la actividad del C.D.P.C., en el curso del período de referencia. Además del carácter fastidioso y forzosamente desigual de semejante empresa, creo que con esta gestión no se podría evitar la impresión de catálogo, en detrimento de un análisis sintético, cuya necesidad está implicada por la petición que se nos ha hecho.

c) Un tercer escollo que hay que evitar es la tentación de confrontar las actividades del C.D.P.C. con los elementos de un pretendido modelo de política criminal, anteriormente definido a partir de no se sabe qué criterios, objetivos o ideología. El autor del presente informe no tiene semejante ambición. Demasiado consciente de la crisis que atraviesa la política criminal contemporánea, ninguna evaluación puede, por lo tanto, fundarse en un patrón tan inseguro.

---

(\*) Traducción de A. BERISTAIN.

(1) La abreviatura C.D.P.C. se emplea para designar el "Comité de la División para los Problemas Criminales.

d) El último escollo, que no el menor, reside en la necesidad de no evaluar la actividad del C.D.P.C. a través del impacto de sus trabajos y de sus investigaciones en la legislación de los Estados miembros. Además del carácter aleatorio de semejante empresa, haría falta igualmente, una vez realizado el inventario, tratar de evaluar el éxito de tal o cual reforma, y esto en un plan comparativo. El trabajo sería desmesurado, y el análisis poco significativo. El éxito o fracaso de la reforma, inspirada por los trabajos del C.D.P.C., puede depender de factores internos, independientes de lo bien fundado de la reforma misma. Evaluar las actividades no quiere decir evaluar el resultado de estas actividades. De todas formas, la insuficiencia del espacio de que disponemos hace imposible esta empresa.

2.—Esta aproximación negativa al tema nos conduce naturalmente a precisar de manera positiva el sentido de nuestra gestión. En este aspecto, dos consideraciones nos han parecido esenciales.

a) Primeramente, nos parece que la elección de un informador exterior de las actividades del C.D.P.C. corresponde al deseo de los organizadores de ver una nueva «mirada», no comprometida, posarse sobre dichas actividades. Si bien es verdad que no se puede ser a la vez «juez y parte», la fórmula toma todo su relieve cuando se trata de proceder a una evaluación *crítica*. Se nos perdonará, por consiguiente, el no haber tenido en cuenta, en la presente evaluación, eventuales elementos internos, inherentes al funcionamiento del C.D.P.C.

b) Nos parece, en segundo lugar, que la evaluación pedida debía ser efectuada «sobre piezas» a partir de los documentos que nos han sido remitidos. Sin duda habría sido oportuno difundir las primeras conclusiones de este informe y completarlas después de una consulta somera —bajo forma de sondeo, por ejemplo— a los expertos del C.D.P.C. No ha podido ser así. Esperemos que la discusión sea por esto todavía más rica.

3.—Después de estas consideraciones previas, para proceder a la evaluación pedida, hemos seguido los pasos siguientes:

1.º) En un primer tiempo hemos analizado las conclusiones derivadas de la Conferencia de política criminal de 1975, con el fin de investigar en qué medida éstas habían servido de orientación para trabajos ulteriores.

2.º) En un segundo tiempo, hemos investigado las otras corrientes de inspiración con el fin de determinar lo mejor posible, y desde un punto de vista crítico, el grado de coherencia de las actividades consideradas.

De esta doble gestión depende la continuación de nuestros desarrollos.

#### I.—*Influencia de la Conferencia de 1975 sobre la política criminal, en relación a las actividades del C.D.P.C.*

4.—Parece que la Conferencia de 1975 ha constituido el punto de partida de una aproximación más científica de la política criminal de

los Estados miembros. El examen panorámico efectuado en esta ocasión por los tres informadores (2) y la discusión que se desarrolló seguidamente, constituía de alguna manera un análisis prospectivo de lo que se podría llamar un «plan quinquenal de política criminal del Consejo de Europa», para los años 1976-1980.

La empresa parecía justificada en la medida en que, según la feliz definición del señor Presidente Ancel, la política criminal debe ser concebida como «un sistema coherente y razonado de reacción social antidelictiva» (3).

De hecho, los análisis y proposiciones formulados en esta época han inspirado largamente las actividades del C.D.P.C. en el curso de los cinco últimos años. Algunos ejemplos serán suficientes para demostrarlo.

5.—A) Tratándose de la *función del Derecho penal en el contexto social*, dos principales aspectos habían llamado la atención: por una parte, la necesidad de reforzar la falta de protección en sectores particularmente sensibles; por otra parte, la necesidad de aligerar la tarea de las jurisdicciones represivas con el fin de concentrar la actividad de éstas hacia la protección de valores nuevos.

1.º) La necesidad de reforzar la falta de protección se ha hecho sentir particularmente en tres sectores de la opinión pública: la criminalidad violenta, la criminalidad económica, la delincuencia juvenil.

a) La criminalidad violenta, cuya importancia en nuestra época no hace falta subrayar, es objeto de los trabajos de un comité de expertos instituido en 1978 con el objetivo de elaborar recomendaciones sobre problemas generales y particulares puestos en evidencia por los crímenes de violencia en la sociedad moderna.

De una manera más concreta, la «Convención Europea para la Represión del Terrorismo», abierta a la firma en 1977, constituye una tentativa de reforzar y desarrollar la cooperación europea en este dominio. Un comité de expertos ha sido encargado de examinar las nuevas formas de actos de violencia concertadas y de proponer medidas para mejorar la cooperación en este dominio.

b) Los delitos en materia económica han constituido igualmente una de las preocupaciones mayores del C.D.P.C. Durante los trabajos de la VIII Conferencia de los ministros europeos de Justicia, un Comité restringido ha sido encargado de examinar las vías y medios existentes para luchar contra este tipo de criminalidad y las mejoras susceptibles de ser llevadas a cabo. En esta óptica un seminario ha sido organizado en 1979 para los magistrados que se ocupan de la criminalidad en los negocios.

---

(2) Cfr. LEAUTE, *La función del Derecho penal en el contexto social*; M. MOLIARTY, *El funcionamiento de la justicia criminal*; H. H. BRIDENSHOLT, *La evolución de las sanciones*. El informe general fue presentado por J. DUPREEL. Consejo de Europa, 1975.

(3) M. ANCEL, *Contribución de la investigación a la definición de una política criminal*. Doc. D.P.C./C.E.P.C. (74) 12, p. 2.

Desde este punto de vista, al observador exterior le puede parecer que la aproximación jurídica del problema le llevará a la aproximación criminológica (4). Ciertamente, el estudio de los factores económicos y psico-sociales ha sido emprendido. Pero parece deducirse que la criminalidad económica sea considerada principalmente como un problema legislativo y judicial y no como la actividad criminal de una categoría de delincuentes acerca de los cuales hay mucho que aprender probablemente.

c) La delincuencia juvenil, que fue una de las mayores preocupaciones del C.D.P.C. en el transcurso del decenio precedente, ha sido objeto del estudio de un Comité restringido del C.D.P.C., encargado de examinar el impacto de las transformaciones sociales sobre la evolución de la desviación y de la delincuencia juvenil, cuyos trabajos se terminaron en 1978 con la publicación de un informe y la elaboración de una resolución. Además, en el curso del año 1979 se llevó a cabo en Estrasburgo un seminario para jueces de menores, en el curso del cual se examinaron diversos problemas concernientes a la jurisdicción de menores y los servicios auxiliares.

Nos tenemos que felicitar por el trabajo de fondo llevado a cabo en esta materia, verdadero modelo de análisis de política criminal, fundado sobre el examen atento del contexto social europeo. Consideramos esta empresa tanto más meritoria cuanto que no parece transparentarse, desde la Convención Europea de 1970, relativa a la repatriación de los menores, el deseo de una cooperación reforzada en este dominio.

Sería deseable que la importancia de los trabajos realizados en el sector de la delincuencia juvenil encontrara manera de concretizarse en la actividad futura del C.D.P.C.

5.—2.º) Durante la Conferencia de 1975 se concedió una importancia muy particular a la necesidad de aligerar la tarea de las jurisdicciones represivas, revisando la escala de valores sociales que el Derecho penal debe proteger.

a) La descriminalización constituye la respuesta a la primera cuestión. La importancia de los trabajos realizados en este dominio por el Comité de expertos encargado de este estudio es capital. Constituye, según nuestra opinión, uno de los aspectos mayores de la actividad del C.D.P.C. en el curso del período transcurrido. La proposición de modelos de descriminalización ofrecidos a la elección de los gobiernos representa una actividad típica cuya experiencia debería extenderse a otros sectores. Por añadidura, la evolución constante de las circunstancias del problema conduce a desear la continuación de los trabajos en este dominio.

b) Constatemos, además, que una tarea semejante presupone la revisión constante de los valores sociales que el Derecho penal debe

---

(4) Anotaremos, sin embargo, con interés el informe de G. KELLENS sobre *La personalidad del delincuente de negocios y de su víctima*, en la XII Conferencia de los Directores de Institutos de Investigaciones Criminológicas (noviembre 1976).

proteger. Además de la aportación realizada por los diferentes comités de expertos encargados de un problema particular, observamos que los trabajos del C.D.P.C. relativos a la contribución del Derecho penal en la protección del medio ambiente, o también en la protección de las obras de arte, responden perfectamente a esta preocupación.

De manera general, la revisión de estos valores pasa por una colaboración estrecha entre el público y las autoridades encargadas de elaborar la política criminal. La función del público ha sido puesta en evidencia en múltiples ocasiones, tanto durante la 13.ª Conferencia de Investigaciones criminológicas dedicada a «la opinión pública relativa a la criminalidad y a la justicia penal», como durante el III Coloquio criminológico sobre la policía y la prevención de la criminalidad, como también por el Comité de expertos instituido en 1979 para estudiar las relaciones entre el público y la política criminal.

Esto quiere decir que a la opinión pública le concierne no solamente lo relativo a la elaboración de la ley penal, sino también lo que se refiere al funcionamiento de la justicia criminal.

7.—B) Tratándose del *funcionamiento de la justicia penal*, la conferencia de política criminal de 1975 puso el acento sobre dos tipos de problemas: la importancia de la prevención de la criminalidad y la función de la policía.

1.º) La prevención de la criminalidad no ha sido objeto de ningún estudio durante el período transcurrido. Aparece, en desquite, a través de cada estudio consagrado a un tema determinado. En particular está presente en el estudio de la criminalidad de negocios, de la violencia, de la delincuencia juvenil, etc. Igualmente, los trabajos relativos a la función de la opinión pública sirven para mejorar los contactos entre los ciudadanos de una parte, la elaboración de la ley penal y el funcionamiento de la justicia de otra, y por esto participan de una mejor prevención.

2.º) Desde este ángulo ha sido enfocada principalmente la función de la policía cuya importancia fue subrayada en 1975.

Con esta óptica, los trabajos del III Coloquio criminológico han conducido a la designación de un Comité de expertos cuyos trabajos debutaron en 1979. La lista de las cuestiones que el Comité se propone estudiar corresponde perfectamente a las preocupaciones que el observador atento encuentra en la actualidad cotidiana.

Sea lo que fuere, el lugar acordado a la prevención no debe disimular el lugar importante conservado para la represión en las preocupaciones del C.D.P.C.

8.—C) Tratándose, en efecto de la *evolución de las sanciones*, la conferencia de 1975 puso el acento sobre la necesidad de no recurrir al encarcelamiento más que en los casos rigurosamente indispensables, y cuando éste es inevitable, vigilar la mejora de las condiciones de ejecución de la pena.

1.º) La reducción del recurso al encarcelamiento pasa primero por una reducción de la detención provisional. Sobre este punto, la obra

del C.D.P.C. ha sido considerable gracias a los trabajos del Comité restringido de expertos, encargado de elaborar un conjunto de normas europeas en esta materia, que han llegado a su fin en una recomendación cuyos principales puntos han sido adoptados por el Comité de Ministros.

2.º) La mejora de las condiciones de la ejecución de la pena había sido objeto de diversas proposiciones de las que se han hecho eco las actividades recientes del C.D.P.C.

En particular había sido evocada la condición de los detenidos extranjeros y se había propuesto favorecer la puesta en marcha de diversas Convenciones europeas, notablemente la relativa al valor internacional de los juicios represivos. Un comité restringido de expertos fue constituido en 1979 para llegar a este resultado.

En el mismo orden de ideas, se subrayará la importancia de los trabajos del Comité relativos al estudio de los regímenes penitenciarios y de los permisos penitenciarios, así como sobre los delincuentes peligrosos detenidos en establecimientos penitenciarios.

Un lugar especial deben tener, según nuestra opinión, los trabajos del Comité encargado de la elaboración de un documento de información sobre el conjunto de las reglas mínimas para el tratamiento de los detenidos. La importancia de este problema ha sido confirmada por la creación de un comité permanente, recientemente aprobada por el Comité de Ministros.

De una manera general, la plaza primordial acordada al estudio de los problemas penitenciarios se transparenta a través de la larga lista de las cuestiones estudiadas, tanto con ocasión de las Conferencias de los directores de administración penitenciaria, como durante los seminarios y jornadas organizadas sobre esta materia.

9.—Así pues, se deduce claramente de lo hasta aquí expuesto, que la actividad del C.D.P.C. en el curso de los cinco últimos años encuentra su fuente de inspiración en las conclusiones y recomendaciones elaboradas durante la Conferencia de política criminal de 1975.

Esta concordancia es tranquilizadora en la medida en que la actividad en cuestión aparece como el fruto de una actitud reflexiva y no como el examen, hecho al día, de problemas puntuales sugeridos por la coyuntura europea. El carácter «coherente y razonable» de la política criminal se encuentra así atestado.

Pero una evaluación crítica que pusiera en relieve esta sola concordancia rendiría cuentas imperfectamente de las actividades del C.D.P.C.

Estas llevan en germen las ambigüedades de una política criminal moderna, todavía poco apta para separarse de los caminos de la represión. Esto es en efecto lo que nos revela el examen de las otras tendencias que inspiran las actividades del C.D.P.C.



## II.—Las otras fuentes de inspiración de las actividades del C.D.P.C.

10.—No es necesario recordar que el C.D.P.C., a pesar de la libertad de acción de que dispone y el espíritu de iniciativa de que siempre ha dado prueba, constituye el órgano encargado de la puesta en marcha del programa de actividades del Consejo de Europa en el campo penal y criminológico. Por consiguiente, su objeto de estudio le es también sugerido por las preocupaciones manifestadas por los Gobiernos de los Estados miembros, a los cuales está encargado de llevar el fruto de su experiencia y de su competencia.

Esta incidencia de las preocupaciones de los Gobiernos sobre la elaboración de la política criminal en nuestros días es completada por la influencia de tendencias generales a las cuales el C.D.P.C. no puede permanecer completamente ajeno.

A) La influencia de las preocupaciones de los Gobiernos:

11.—El examen de las preocupaciones de los Gobiernos respecto a la política criminal en el curso del período 1975-1980 (5) revela la influencia que éstas tienen sobre la actividad del C.D.P.C. Aunque esta influencia se deba sentir sobre todo en los años venideros, se sienten ya los efectos en el período transcurrido.

Es cierto que en el curso de este período de tiempo, los Gobiernos han tenido que hacer frente a problemas concretos, a menudo graves, relacionados con la reacción social, al encontrarse con fenómenos criminales difíciles de dominar.

Frente a estos «nuevos desafíos», el discurso oficial tiende a proclamar la necesidad de definir nuevas estrategias fundadas en la prevención y la modernización del sistema represivo (6). Pero, bien sabemos que en realidad estas estrategias, cuyo objetivo se sitúa a medio y largo plazo, desaparecen ante las necesidades a corto plazo, generadoras de actitudes más o menos represivas. Las actividades del C.D.P.C. en el curso de los últimos cinco años nos proporcionan algunas ilustraciones.

12.—1.º) Así es como la cooperación internacional en materia penal, que constituye un instrumento eficaz de prevención y de la que el Consejo de Europa se ha mostrado ardiente promotor, suscita a veces la indiferencia, el escepticismo, vease la hostilidad de los Gobiernos. Por el contrario, cuando un mismo peligro amenaza a varios Estados, vemos inmediatamente resurgir las ventajas de la cooperación.

Un ejemplo típico es la Convención Europea para la Represión del Terrorismo (1977).

Sabemos que el Comité de Ministros ha decidido dar la prioridad al examen de tres cuestiones:

— Los medios de hacer las prácticas de cooperación internacional existentes más simples y más rápidas.

---

(5) Estas preocupaciones han sido resumidas en una nota de la Dirección de Negocios Jurídicos. Doc. C.D.P.C. (80) 16.

(6) V., en particular, el documento citado *supra* nota 5, en su parte introductiva.

— Los medios de mejorar y acelerar los intercambios de información.

— Los problemas planteados por la comisión de actos de terrorismo que dependen de la competencia territorial de varios Estados.

Un comité de expertos ha sido instituido para proponer medidas que lleven a mejorar la cooperación internacional en esta materia. Y nos preguntamos si conviene alegrarse o inquietarse del hecho que el comité de expertos esté encargado de examinar la compatibilidad de las medidas propuestas con la Convención de los Derechos del Hombre, a la luz de la Jurisprudencia de la Comisión y del Tribunal Europeo de los Derechos del Hombre.

Otros ejemplos podrían ser citados, mostrando la preocupación de mejorar el funcionamiento de las Convenciones con finalidad represiva, ya se trate de la transmisión de procedimientos represivos, de la vigilancia de las personas condenadas o liberadas bajo condición o de la represión de las infracciones en la carretera.

En materia de extradición, por fin, un comité de expertos se preocupa de mejorar el funcionamiento de la Convención Europea, buscando un procedimiento somero que permita la entrega rápida de la persona buscada, el recurso a la detención provisional antes de la extradición, la facultad para que el Estado requerido permita a las autoridades del Estado requirente asistir a la ejecución de comisiones rogatorias.

La orientación de la cooperación europea en un sentido más represivo se confirma por una tendencia más general de los Gobiernos a acentuar la eficacia del sistema represivo.

13.—2.º) La acentuación del carácter represivo del sistema de justicia penal, consecutivo a las preocupaciones manifestadas por los Gobiernos encuentra su eco en algunas otras actividades del C.D.P.C.

Es evidente la preocupación de los Gobiernos al constatar con un ligero desengaño la inutilidad de los esfuerzos de prevención, ilustrada por una sobrecarga creciente del sistema represivo. Los límites a la descriminalización imponen una disminución correlativa de las tareas de los Tribunales por la instauración de un procedimiento más expeditivo.

a) Si en la línea de la Conferencia de política criminal, la solución a la acumulación del sistema represivo parece que hay que buscarla por la vía de la descriminalización (cfr. *Supra*, I,6), las hipótesis de nuevas incriminaciones no son raras. Nos está permitido preguntarnos si el hecho de podar las ramas muertas de la represión no tiene como efecto el vivificar las ramas nuevas, como testifica el refuerzo de las incriminaciones en materia de violencia, de criminalidad económica, de protección del medio ambiente, del tráfico de estupefacientes.

b) La mejora de los procedimientos va a menudo ligada a la preocupación de acelerar el curso del proceso penal, con el riesgo de comprometer las garantías del justiciable.

Igualmente, la creación de jurisdicciones especializadas (en materia económica, por ejemplo), las necesidades —justificadas— de indemnización de la víctima, la preocupación de tranquilizar a la opinión pública que se transparentan en los trabajos de diversos comités comportan riesgos análogos. Hay que tener cuidado de que las actividades del C.D.P.C. en este dominio no constituyan en definitiva más que un medio indirecto de remediar la insuficiencia de los efectivos judiciales.

14.—B) El retorno a la severidad, el retorno al correccionalismo, está germinando en algunas actividades del C.D.P.C., relativas a la ejecución de la sanción.

Ciertamente, sería inexacto exagerar el alcance de esta tendencia en la mayor parte de los trabajos realizados en el transcurso del período transcurrido.

Tratándose de una tendencia, los síntomas pueden ser buscados en la orientación dada a ciertas cuestiones tratadas por diversos subcomités, principalmente desde 1978, cuyo catálogo sería fastidioso enumerar.

La ilustración más típica reside en la importancia acordada al problema de los delincuentes peligrosos detenidos en los establecimientos penitenciarios. Un comité de expertos creado en 1978 está encargado de estudiar las numerosas cuestiones producidas por esta categoría particular de detenidos, cuyo envío al sistema carcelario es la consecuencia lógica de las preocupaciones represivas evocadas en los puntos precedentes.

Esta constatación no puede sorprender, en la medida en que el Consejo de Europa no puede ser ajeno a las corrientes que tienden a desarrollarse en el interior de ciertos Estados miembros.

15.—Esta es, en definitiva, la ambigüedad fundamental —aunque difícilmente evitable— que llama la atención del observador exterior de las actividades del C.D.P.C.

Cada vez que el Comité se encuentra en condiciones de elaborar él mismo las líneas directivas de una política criminal «coherente y razonable», la renovación del sistema de justicia penal pasa por la recomendación de medidas liberales, innovadoras, conformes a ciertos valores tradicionales compartidos por la comunidad de los pueblos reagrupados en el seno del Consejo de Europa.

Pero en cuanto sobreviene un elemento de perturbación cuyo eco se encuentra inscrito en las «preocupaciones de los Gobiernos», vemos alterarse las orientaciones inicialmente elegidas. Lejos de guiar las reacciones de los Estados miembros, las recomendaciones de los diversos comités de expertos son remitidas al estudio en un sentido conforme a las respuestas esperadas.

Ojalá, en el seno de sus actividades, el C.D.P.C. pueda mantenerse alejado lo más posible de este tipo de inspiración.

Nos está permitido pensar que la presente Conferencia de política criminal responde a la preocupación de no caer en estos peligros. Los años que vienen nos permitirán decir si hay medios para ello.



# Reunión internacional sobre «Perspectivas contemporáneas en la filosofía de la justicia penal»

ANTONIO BERISTAIN  
(Siracusa, 49 enero 1981)

En el *Instituto Superior Internacional de Ciencias Criminales*, de Siracusa (Italia), se ha celebrado del 4 al 9 de enero de este año 1981 unas Jornadas Internacionales organizadas por las principales instituciones internacionales relacionadas con los problemas de la política criminal: *Asociación Internacional de Derecho Penal*, *Sociedad Internacional de Criminología*, *Sociedad Internacional de Defensa Social* y *Fundación Internacional Penal y Penitenciaria*, bajo la dirección del profesor doctor Cherif Bassiouni (de Paul University, de Chicago).

Cuatro cuestiones fundamentales —en concreto, «El sistema de la justicia criminal», «Las teorías contemporáneas de la sanción», «La administración de la justicia» y «El Derecho penal internacional»— *expuestas y discutidas desde y hacia las perspectivas contemporáneas de la filosofía de la justicia penal* han constituido los temas centrales de esta semana de especialistas en las ciencias relacionadas con el delito y los controles sociales.

La reunión se inició con la ponencia general sobre «*La filosofía de la justicia criminal y el sistema de la justicia penal*», a cargo de Marc Ancel (París), presidente de la Sociedad Internacional de Defensa Social, y como comentaradores programados actuaron los profesores Schüler-Springorum (catedrático de la Universidad de Munich y director del Consejo Científico Criminológico del Consejo de Europa), Szakacz (presidente del Tribunal Supremo de Hungría), Vassalli (catedrático de la Universidad de Roma), Blumstein (catedrático de la Carnegie-Mellon University de Pittsburgh), y como informador el profesor Verhaegen (catedrático de la Universidad Católica de Lovaina).

Se estudiaron las etapas diversas en la elaboración legislativa, los mecanismos por los que la ley criminal emerge de los organismos oficiales influidos por las fuentes de la información, por los comités institucionales y los no institucionales. Sin olvidar la importancia de los comités de revisión legal y de los organismos ajenos a la legislatura oficial, se convino en subrayar la necesidad de amplia información de tales comités y legislaturas.

Muy particular referencia mereció la investigación empírica, así como la relación de los institutos nacionales e internacionales de investigación con los datos que emergen de la opinión pública y otros aspectos de la política criminal. Finalmente se confrontaron las diversas maneras cómo se están elaborando o se han elaborado las recientes reformas y/o proyectos del Código penal en diversos Estados.

«*La Filosofía de la justicia criminal y las teorías contemporáneas sobre la sanción*» fue el tema del martes día 6. La ponencia general del profesor N. Morris (catedrático de la Universidad de Chicago) fue comentada «oficialmente» por los profesores Kudriavtsev (director del Instituto de Derecho, de Moscú), Grebing (catedrático de la Universidad de Giessen), Leigh (catedrático de la Universidad de Londres) y Hulsman (catedrático de la Universidad de Rotterdam). El encargado de la síntesis fue el profesor Bolle (catedrático de la Universidad de Neuchatel).

Esta jornada se desarrolló íntegramente a la problemática de la sanción, las diferentes metodologías para su teoría y su realización en las diversas sociedades. Se estudiaron las etapas de la sanción desde el proceso judicial hasta la sentencia y siguió, a continuación, el análisis de la praxis en las instituciones penitenciarias, así como las instituciones de liberación y sus problemas. Los distintos conceptos del crimen, la lesión, el daño, la responsabilidad penal y la víctima producen consecuencias notables en las nuevas perspectivas filosóficas de la sanción. Aparecieron claramente diferenciadas dos posturas: el *justice model*, de quienes consideran la sanción como mera retribución (con los diversos matices y sentidos que esta palabra abriga), y el *rehabilitative model*, de quienes mantienen que puede y debe pretenderse sincera y principalmente (aunque no exclusivamente) la resocialización. No conviene trasladar el caso de Norteamérica a otros países sin tomar en consideración detalles importantes y propios del sistema como la actividad de jueces no profesionales, etc.

La excursión a la histórica ciudad de Agrigento, con sus famosos mosaicos, ocupó todo el miércoles día 7.

El jueves día 8 estuvo dedicado a «*La filosofía de la justicia criminal y la administración de la justicia penal*». Este tema corrió a cargo del ponente profesor J. Herrman (catedrático de la Universidad de Augsburg) y los comentaristas los profesores Rostad (juez del Tribunal Supremo de Noruega), Weinreb (catedrático de la Universidad de Massachussettes), Frankowsky (director del Instituto de Servicios Sociales de la Universidad de Varsovia), F. Sorour (catedrático de la Universidad de El Cairo), y como «rapporteur», Jacques Verin (investigador del Ministerio de Justicia, de París).

Después de una introducción acerca de la filosofía como modo de conocer la naturaleza fundamental de las cosas, el profesor Herrmann desarrolló una confrontación detallada y completa de los dos procedimientos penales en cierto sentido más importantes: el anglosajón acusatorio y el europeo continental inquisitorio. Aquél da más campo de acción a las partes; éste a los jueces. Consideró especialmente cómo y en qué grado cada modelo logra las metas de averiguación de la verdad y de respeto y salvaguarda de los derechos elementales del individuo. Detrás de las formalida-

des de los diversos procedimientos pueden verse los caminos por los que avanzan el Derecho y los encargados de su realización: policías, abogados, fiscales, jueces, etc. Terminó analizando los aspectos positivos y negativos de cada paradigma. Los comentaristas y los participantes en el diálogo posterior glosaron la ponencia y la complementaron con atinadas referencias a otros sistemas y procedimientos.

Por fin, el viernes, día 9, se trató de «*La filosofía de la justicia criminal en el Derecho penal internacional*». El ponente general fue el profesor Basiouni, y los comentaristas oficiales los profesores Müller (Director de la División para la Prevención del Crimen, de las Naciones Unidas), Harremoës (Director de la División de los negocios legales del Consejo de Europa), el catedrático Theo Vogler (de la Universidad de Giessen), y el informador de síntesis el Pro. Lombois (Catedrático de la Universidad de París II).

Tras el estudio de la evolución histórica del Derecho Penal Internacional, de los conceptos de cooperación en materias criminales, del uso de alternativas en el caso de la extradición, de la protección de los derechos humanos, etcétera, se hicieron frecuentes referencias al Proyecto de Código Penal Internacional (*A Draft International Criminal Code*), presentado en el último Congreso de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente que se celebró en Caracas (agosto-septiembre 1980). El Informe del Director Harremoës sugirió amplias reflexiones sobre el espacio judicial europeo. También la exposición de las actividades en Política Criminal de las Naciones Unidas (Prof. G. O. Müller) dio ocasión a importantes observaciones.

Todos los días ocuparon la mañana la ponencia y las intervenciones de los comentaristas oficiales. A la tarde se concluyeron los comentarios oficiales e inmediatamente seguía la discusión con y entre los especialistas invitados de las diversas naciones: Arabia Saudita, dos; Argentina, dos; Australia, uno; Austria, dos; Bélgica, uno; Costa de Marfil, uno; Egipto, dos; España, uno; Estados Unidos, trece; Finlandia, uno; Francia, ocho; Holanda, uno; Hungría, uno; Italia, seis; Japón, uno; Korea, uno; Nigeria, uno; Noruega, dos; Polonia, uno; Reino Unido, cuatro; República Federal de Alemania, cuatro; Senegal, uno; Suecia, dos; Suiza, dos; U.R.S.S., uno; Yugoslavia, uno.

Los participantes pudimos leer desde el primer día dos estudios interesantes del historiador A. Lainqui sobre «*La philosophie du Droit Pénal ou moyen-âge à l'époque moderne*» y «*La philosophie du Droit pénal dans l'antiquité grecque et romaine*».

Probablemente se publicarán algunas de las investigaciones presentadas en este Congreso, y tendrá lugar una segunda Sesión el año 1982.





# CONGRESOS

## LA DIMENSION RELIGIOSA EN LA FILOSOFIA DE LA POLITICA CRIMINAL

(El Derecho penal del «homo pius»)

**Comunicación a la Reunión Internacional sobre «Perspectivas contemporáneas en la filosofía de la justicia penal»**

**(Siracusa, 4-9 enero 1981)**

**ANTONIO BERISTAIN**

*Catedrático de Derecho penal. Director del Instituto Vasco de Criminología.  
Facultad de Derecho. San Sebastián*

### 1.—DEL “PIUS AENEAS” A NUESTRA POLITICA CRIMINAL

Antes de empezar, reconozcamos que esta comunicación adolece, ya desde el comienzo, de una lamentable limitación o “miopía” metodológica: considera casi exclusivamente las religiones cristianas. Mi desproporcionado conocimiento de otras religiones y la brevedad de espacio disponible atenúan —sin eximir— la reprochabilidad de este “provincianismo” tanto más lamentable cuanto que nos encontramos en Siracusa, en una ciudad-puerto, abierta siempre a todo el mundo y a todas las culturas.

Aquí, en esta bella isla, huyendo de Troya y en navegación hacia Roma, desembarcó el *pius Aeneas*, y con él trajo la dimensión piadosa hacia Dios y hacia los hombres en las diversas facetas de lo social, también en lo jurídico-penal. A este respecto baste recordar la descripción que de él hace Llioneo ante Dido:

“Eneas era nuestro rey; nadie ha sido jamás más justo, ni más piadoso”...

o escuchar a Flegias, en la región amurallada del Tártaro, donde los criminales expían eternamente sus delitos, que

“amonesta a todos con su gran voz, y atestigua en las sombras:

“Advertidos, respetad la justicia, y no despreciéis a los dioses” (1).

---

(1) VIRGILIO, *La Eneida*, L. VI, versos 619 s.

Con orientación parecida, Sullivan muestra a Eneas como un hombre pre-cristiano, comparable en muchos aspectos con San Pablo (2).

Muchas filosofías jurídico-penales de hoy rechazan las filosofías jurídico-penales del pasado; en apariencia se oponen frontalmente a todas o casi todas las teorías pretéritas. También a las de Virgilio, en *La Eneida*. Pero sería erróneo creer que las desconocen. Todavía más, sería poco científico decir que las abandonan o las desprecian. Hablando exactamente, conviene caer en la cuenta que las superan, porque se alimentan de ellas, o las ayudan a rebrotar otra vez con nombres y matices nuevos.

Concretamente, algunas personalidades en la teoría y en la praxis del cristianismo de antaño, después de haber sido relegadas al olvido, vuelven a merecer la atención hoy de los especialistas de la filosofía jurídico-penal y, principalmente, de quienes estudian la fundamentación y/o la finalidad de la sanción penal. No pocos pensadores y praxistas cristianos y no-cristianos de nuestros días reflexionan —y con amplio eco— acerca del alfa y omega de la pena en relación con el ser religioso. Muchas cuestiones de política criminal se formulan con nuevos interrogantes desde la perspectiva teológica. Unos especialistas trabajan por delimitar hasta qué punto en la filosofía denominada (quizá mal denominada) cristiana del derecho y de la sanción penal se han infiltrado algunas adherencias no evangélicas, especialmente un excesivo retribucionismo vindicativo.

Otros investigan en qué medida se debe y puede poner al día la cosmovisión de la sanción (y del derecho) penal a la luz y al calor del pensamiento sentiente del cristiano (3), con rasgos que ofrezcan cierta novedad e indudable ennoblecimiento para la política criminal contemporánea. Es decir, colocar en el centro del Derecho penal a la persona (la dimensión) religiosa.

---

(2) Francis A. SULLIVAN, S. J., *The spiritual itinerary of Virgil's Aeneas*, en *American Journal of Philology*, vol. LXXX, 2 (Maryland, abril, 1959) Whole núm. 318, pp. 150 y ss.

(3) Giuseppe BETTIOL, *Sul Diritto penale cristiano*, en *L'Indice Penale*, anno XIV, núm. 3 (sept.-diciem. 1980), pp. 465-475.

Hans WELZEL: "La aceptación de un sentido trascendente y obligatorio de la vida es el presupuesto necesario para poder hablar y tratar de Derecho, Justicia, Libertad, Culpabilidad..." en *Vom Bleibenden und vom Vergänglichlichen in der Strafrechtswissenschaft* (Marburg, 1964, Elwerg), p. 16.

Eugenio Raúl ZAFFARONI, *La política criminológica latinoamericana: Notas y reflexiones motivadas en los más recientes documentos católicos*, en *Revista Mexicana de Ciencias Penales. Estudios penales en homenaje al doctor Alfonso Quiroz Cuarón*, núm. 3 (julio 1979-junio 1980), páginas 397-418.

René CASSIN, *Religions et droits de l'homme*, en *René Cassin amicorum discipulorumque liber IV, Methodologie des Droits de l'homme*, París, Pedone, 1972, pp. 97 y ss.

Xavier ZUBIRI, *La inteligencia sentiente*, 1980, pp. 177 ss.

Sergio GARCÍA RAMÍREZ, *Los derechos humanos y el Derecho penal*, Méjico, SepSetentas, 1976, pp. 19 y ss.

ANDENAES, *The Moral or Educative Influence of Criminal Law*, en *Punishment and Deterrence*, 1974, pp. 110 y s.

Otros discuten si la experiencia religiosa tiene algo que aportar al Derecho penal del siglo XXI o, al contrario, debe quedar fuera de la Universidad y las Audiencias de Justicia terrena. Otros...

En esta nota no se pretende estudiar toda esta temática. Nos limitamos a constatar la reaparición de la faceta religiosa en la política criminal contemporánea desde la perspectiva general (la religión como levadura da sentido a la justicia), así como desde el punto de vista del juez y del personal penitenciario (la repersonalización preferible a la vindictal), de el delincuente y la víctima (el perdón puede olvidar y recrear) del político y los mass-media (las realidades últimas deben dar relatividad tanto a la legalidad como al sistema de justicia, y deben frenar la violencia).

## 2.—EL DERECHO PENAL CON DIMENSION RELIGIOSA

El título de estas páginas podría formularse más exactamente "*reaparece* el Derecho penal con dimensión religiosa"; o, mejor aún. "*aparece* el Derecho penal con dimensión religiosa *contemporánea*".

La historia avanza y asciende en espiral. No encuentran acogida en nuestros días ni el Derecho penal sacro de las sociedades primitivas, ni el Derecho penal de los monarcas absolutos "por la gracia de Dios", ni la "cristiandad" medieval y postmedieval, ni la discusión para probar que los de tal religión delinquen más que los otros.

En líneas muy general, coinciden los resúmenes que suelen ofrecer nuestros historiadores, como Eberhard Schmidt (4): del Derecho penal sacro, con el juez-sacerdote, se pasa al Derecho penal secularizado, al absolutista, al politizado; del Derecho penal clásico, que giraba alrededor del delito como ente jurídico, se llega a la concepción positivista, a la criminológica, a la sociológica, a la crítica, a la política... apoyadas en la cosmovisión del *homo faber*, *homo sapiens*, *zoon politikon*.

Hoy se está dando un paso más adelante, se va llegando a una cumbre —dentro de la sociedad y del Derecho— en que emerge, o vuelve a emerger, el *homo pius*, el hombre religioso, mejor dicho el hombre con dimensión religiosa, el trascendente, para diferenciarlo de la persona jurídicamente religiosa, según los derechos canónicos. Esta persona puede carecer de dimensión religiosa auténtica. Con este verdadero *homo pius* brota un nuevo Derecho penal, mejor diríamos, un Derecho penal preexistente que recibe una nueva dimensión: la religiosa *contemporánea*.

---

John T. NOONAN Jr., *Human Rights and Canon Law*, en René Cassin *omicorum discipulorumque liber IV, Methodologie des Droits de l'homme*, París, Pedone, 1972, pp. 105 y ss.  
Jacques LECLERCQ, *Reflexion sur le droit de punir*, en *Estudios Penales. Homenaje al R. P. Julián Pereda, S. J. en su 75.º aniversario*, Bilbao, Universidad de Deusto, 1965, pp. 469 y ss.

(4) Eberhard SCHMIDT, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, 3.ª ed., 1965. Breve resumen en *Handwörterbuch der Kriminologie*, Berlín, Walter de Gruyter, 1966, pp. 317 ss.

nea. Para los cristianos, las del Concilio Vaticano II. Más en concreto, la descrita en la Constitución pastoral "*Gaudium et spes*".

Sería infantilismo ingenuo negar la incommensurable criminalidad (más que crímenes) de nuestra sociedad actual, con nuestros holocaustos, nuestros terrorismos, nuestros abusos de poder, nuestras guerras frías —y no frías— internacionales, nuestras carreras de armamento, nuestras bombas de neutrones, los crecientes conflictos Norte-Sur, y las idolátricas violaciones de derechos elementales de los individuos y de los pueblos en nombre de tal o cual religión. A pesar de estas impías realidades, puede admitirse que se están dando pasos adelante desde el *homo sapiens* hacia el *homo pius*, pasos renovadores del derecho (y de la sanción) penal.

A la luz de la filosofía histórica resulta clara la evolución imparabable de la espiral enriquecedora de la naturaleza, del tiempo y de la persona con su inteligencia sentiente. O, formulado con expresión de Teilhard de Chardin, Unamuno o B. Delfgaauw, aparece la historia como progreso (5).

Más allá de Dilthey y de algunas expresiones suyas, Xavier Zubiri muestra que la historia crea, sin cesar, realidades nuevas incluso en las religiones de antaño (6).

El hombre —imagen de Dios—, apoyado en su cerebro, en sus manos y en su corazón, va creando (en continua construcción, en continua conversión, como Sísifo, como Eneas, como Pablo de Tarso) una torre, que rebasa la de Babel, para acoger al *homo pius*. Un palacio de justicia donde él pueda declarar e impartir el derecho equitativo y regenerador. Dicho con pocas palabras: en cada tiempo y lugar aparece el Derecho penal del *homo pius* ennoblecedor de esa cultura y de ese sistema de justicia. Ahora, no menos que en otros tiempos.

Entre otras pruebas de esa novedad —hoy y aquí— pueden constatare abundantes estudios de teólogos sobre temas de Derecho penal, de Criminología y de Política criminal. En alguna manera, aunque en proporción menor y con otras perspectivas, se vuelve hoy a los clásicos tratados teológicos "*de iustitia et iure*", "*de Deo legislatore*" y "*relectines de indis*", "*de iure belli*"... Ha pasado ya el eclipse motivado por los abusos teocráticos de tiempos pretéritos.

También desde la otra orilla, no pocos juristas se preocupan por las religiones. Observan, acogen y critican sus posibles mensajes para la dogmática penal y para la criminología, para los derechos humanos y para la delincuencia, para los encerrados en las cárceles y sus capellanes... Los legisladores y los jueces vuelven a oír a Antígona cuando le

---

(5) Bernard DELFGAAUW, *La historia como progreso*, trad. de J. Rovira Armengol, tres tomos, México, Ed. Carlos Lohlé, 1968.

(6) Xavier ZUBIRI, *Naturaleza, Historia, Dios*, 5.ª ed., Madrid, 1963. IDEM, *La dimensión histórica del ser humano*, en *Realitas I*, Trabajos del Seminario Xavier Zubiri, Madrid, 1974.

M. DE UNAMUNO, *Diario íntimo*, 2.ª ed., Madrid, Alianza Ed., 1970, p. 92.

contesta a Creonte: "No fue Zeus quien dio ese bando, ni la Justicia que comparte su morada con los dioses definió semejantes leyes entre los hombres. Ni tampoco creía yo que tuvieran tal fuerza tus pregones como para poder transgredir, siendo mortal, las leyes no escritas y firmes de los dioses. Pus su vigencia no viene de ayer ni de hoy, sino de siempre, y nadie sabe desde cuándo aparecieron. De su incumplimiento no iba yo, por temor al capricho de hombre alguno, a recibir castigo entre los dioses" (7).

Esta intensificación religiosa conseguirá frutos fecundos especialmente si cuida su autonomía frente a los peligros que acechan desde ciertas jerarquías y corrientes religiosas que más de una vez a lo largo de los siglos se han prostituido en guerras "santas", en sanciones canónicas violadoras de las coordinadas básicas de cualquier proceso legal, en anatemas inhumanos (usura, sexo, limitada equiparación de la mujer, no secularización a ciertos sacerdotes "autosecularizados" durante varios años, aborto terapéutico extremo, divorcio civil, etc.). Tales personas —fanáticas, más o menos— confunden la religión con el derecho, creen que la religión es una vinculación coactiva de preceptos legales universales y no una relación amorosa de tú a tú, singular, excepcional (8). La juridización de la moral y la moralización del Derecho (penal) han producido y pueden otra vez producir, heridas más o menos graves al Derecho y a la Moral.

La deseada racionalización del Derecho penal no excluye su dimensión religiosa y misteriosa. El Derecho penal no pierde su autonomía por entrar en relación con la teología. Al contrario, ese diálogo muestra que ha llegado a la mayoría de edad.

La levadura religiosa de hoy es imprescindible, y quizá la más capacitada, para hacer fomentar una política criminal verdaderamente humana.

Las parábolas evangélicas, por tocar algún punto concreto, brindan hoy no menos luz a los penalistas que en los siglos pasados. El concepto y la problemática de la justicia, de la responsabilidad y culpabilidad pueden enriquecerse con las investigaciones teológicas. Algo parecido se observa en las cuestiones de la pena de muerte, del aborto, de las drogas, del error o ignorancia legal, de la criminalidad económica (hurto famélico), del Derecho internacional, etc. (9).

(7) SÓFLOQUES, *Antígona*, versos 450 ss.

(8) M. BUBER, *Yo y tú*, Buenos Aires, 3.<sup>a</sup> ed., 1967, pp. 9 y ss.

(9) M. C. BASSIOUNI con la colaboración de T. BAFFES y J. T. EVRARD, estudio general sobre *Le contrôle international de l'expérimentation sur l'homme*, en *Revue Internationale de droit pénal* (3.<sup>o</sup> y 4.<sup>o</sup> trimestre de 1980), págs. 273 y ss., especialmente pp. 290 ss.

Cherif BASSIOUNI, *International Criminal Law: Its History, Scope and Content*, en IDEM, *International Criminal Law. A Draft International Criminal Code*, Alphen aan den Rijn, Sijthoff & Noordhoff, 1980, pp. 1 y ss.

Nigel WALKER, *Punishment Danger & Stigma. The Morality of Criminal Justice*, Oxford, Basil Blackwell, 1980, especialmente pp. 46 ss.

## 3.—LA SANCION NO SOLO ES NECESARIA

El *homo pius* si como juez impone una sanción, o como personal penitenciario la aplica, lo hará con talante de justicia bienhechora, con *Ge-sinnung* repersonalizador. No lo hace para castigar. Ya *Lessio* diferenciaba entre la sanción y el castigo, de manera que rechazaba siempre el castigar. Suárez avanza más y afirma que el sancionar (será obligación pero) nunca es virtud.

Los penalistas discutirán siempre el problema tan complejo de los fines de las penas y de las medidas penales para encontrar ahí la brújula orientadora en tantas cuestiones de política criminal.

Hoy, como desde hace muchos siglos, ante los fines de la sanción se enfrentan varias doctrinas, principalmente dos: la *justiciera* y la *re-personalizadora*.

Quienes propugnan el *justice model* lo hacen, en parte, por reacción contra los innegables abusos que han cometido algunos partidarios de la reeducación, llegando incluso a mantener al condenado en la cárcel más tiempo del debido con y por la supuesta intención bienhechora de reeducarle. Para reinsertarla en una sociedad plagada de injusticias.

También mantienen su doctrina porque piensan que el delincuente en general no necesita resocialización alguna (menos aún los de tráfico y los de cuello blanco) o porque, aunque la necesite, no la podrá lograr.

La sanción que el delincuente merece por sus crímenes debe ser, según esta doctrina, mera retribución del daño cometido, del mal que ha causado. Por lo tanto, la autoridad no debe pretender resocializarle; el delincuente tiene derecho al no tratamiento (*right to non-treatment*). La pena es un mal que se impone sólo porque es necesaria (10).

Jacques VERHAEGEN, *La protection pénale contre les Excès de Pouvoir et la Résistance légitime a l'Autorité*, Bruxelles, Etabl. Emile Bruylant, S. A., 1969, pp. 208 ss.

J. M.<sup>a</sup> RODRÍGUEZ DEVESA, *Necesidad de un nuevo planteamiento de la problemática del hurto famélico*, en *Revista Estudios Penitenciarios*, 1963.

La revista *Concilium*, núm. 140 (diciembre 1978), expone las posturas de diversas religiones acerca de la pena de muerte y la tortura.

(10) Martin R. GARDNER, *The renaissance of retribution—An examination of Doing Justice* (de Andrew von Hirsch), en *Wisconsin Law Review*, 1976, pp. 781 y ss.

Günther KAISER, *Perspektiven vergleichender Pönologie*, en *Monatschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, 6 (diciem. 1980), páginas 370 y ss.

Amplia información de la literatura norteamericana ofrece Günther KAISER, *Literaturbericht. Kriminologie der siebziger Jahre in den Vereinigten Staaten*, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (1981), pp. 744 y ss.

HULSMANN, cfr. *Rapport sur la décriminalisation*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 198.

*The Right to Treatment a Symposium*, editado por Donald S. Burris, especialmente el artículo de Stephen B. ROSENBERG, *Treatment Denied—The Case of Arnold H. Marman*, en *Idem*, pp. 27 y ss.

Desde el polo contrario, el *rehabilitative model* afirma que la sanción es algo más que mera retribución del daño, algo más que un mal. Según esta teoría, el delincuente tiene derecho a ser reeducado, y la sociedad también tiene derecho y obligación a resocializarle, aunque con las matizaciones y limitaciones que correspondan en cada supuesto. La pena es no sólo necesaria, sino también beneficiosa. Si no es beneficiosa, tampoco es necesaria.

El Evangelio exige el perdón, pero admite la necesidad de la justicia penal humana: "Si tu hermano te ofende, ve y házselo ver, a solas entre los dos. Si te hace caso, has ganado a tu hermano. Si no te hace caso, llama a otro o a otros dos, para que toda la cuestión quede zanjada apoyándose en dos o tres testigos. Si no les hace caso, díselo a la comunidad, y si no hace caso ni siquiera a la comunidad, consideralo como un pagano o un recaudador" (11).

La disyuntiva —repersonalización o vindicta— presenta múltiples facetas y no admite en su exposición —ni en su respuesta— simplificaciones contradictorias.

Aquí solamente vamos a exponer algunos comentarios al respecto, empezando por unos principios generales que nos llevan a inclinarnos hacia la repersonalización más que hacia la retribución, pero admitiendo la función básica y necesaria de ésta como justificación y límite de la pena y la medida postdelictual.

Siguiendo la doctrina de Santo Tomás y Suárez, se puede afirmar que la sociedad es para el individuo más que el individuo para la sociedad. Las dictaduras que pretenden sacrificar al individuo por, en aras de, su idea de la totalidad van por equivocado camino. La persona —con su yo abierto al nosotros— es el centro e la creación; nunca mero medio hacia un fin ajeno heterónimo. Más se aproxima a la naturaleza de las cosas la sanción que tiende a beneficiar a la persona que la que mira sólo a castigarle, a hacerle daño en supuesto beneficio del "bien común".

Para resolver algunas discusiones en este campo será oportuno —aunque no suele hacerse— definir claramente qué significa *tratamiento* (12).

(11) Mateo, cap. 18, vers. 15, 16 y 17; Lucas 17, 3.

(12) Se definen y se distinguen los diversos conceptos acerca de la resocialización con conclusiones matizadas en FRANCISCO MUÑOZ CONDE, *La resocialización del delincuente, análisis y crítica de un mito, en La reforma del Derecho penal*, Barcelona, Bellaterra, 1980, pp. 61 y ss.

Antonio GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *La supuesta función resocializadora del Derecho penal: utopía, mito y eufemismo*, en ANUARIO DERECHO PENAL, T. XXXII (sept.-diciem. 1979), pp. 645-700.

Santiago MIR PUIG, *Fundamento constitucional de la pena y teoría del delito*, en *La reforma del Derecho penal*, Barcelona, Bellaterra, 1980, pp. 107 y ss. IDEM, *Introducción a las bases del Derecho penal*, Barcelona, 1976, pp. 123 y ss.

Juan CÓRDOBA RODA, *La pena y sus fines en la Constitución*, en *La reforma del Derecho penal*, Barcelona, Bellaterra, 1980, pp. 151 y ss.

A. BERISTAIN, *Fines de la pena. Importancia, dificultad y actualidad del tema*, en *Cuestiones penales y criminológicas*, Madrid, Reus, 1979, pp. 28 y ss.

Si por resocialización se entiende la mera inocuización o incapacitación para tal o cual acción prohibida, difícilmente se negará en algunas sanciones (v. g. la clausura de una empresa). Si se entiende el mero consejo, tampoco se negará, pues la amonestación pública o privada no encuentra serios adversarios. Si se entiende el dolor, shock, "despertador" inherente a la (merecida, justa y legal) privación de un derecho, tampoco parece que encontremos objeciones graves (13).

Si, dando un paso adelante, se entiende la reeducación como algo más, como una modificación activa y directa de la personalidad del delincuente por tratamientos médicos, psiquiátricos, psicoanalíticos, etc., entonces ya surgen serias dificultades. No pretendemos solucionarlas aquí.

Ahora sólo pretendemos dejar claro el extremismo exagerado de quienes afirman que la sanción nunca debe tener una faceta repersonalizadora, es decir, por ejemplo, la *radical non-intervention*.

El modelo retributivo puro, si se sigue lógicamente, aboca a algo que nadie admite: a una divinización de la justicia penal, pues (como dice atinadamente Rahner) la pena divina es únicamente reconocimiento del mal que el pecador se ha hecho. En cambio, la sanción humana no es consecuencia ontológica del delito sino algo *añadido* a la acción del delincuente (14).

Contra lo que escribe Ernst Bloch (15), el cristianismo niega que la maldición del Señor sea la justificación metafísica de la pena, porque la "maldición" del Señor difiere esencialmente de la sanción humana, pues es sólo el envés, el reverso, del pecado y proviene de lo ya hecho antes, mientras que la pena creada, superpuesta al delito por la autoridad social, mira más al futuro que al pasado.

Quienes equiparan la sanción penal al mal, interpretan erróneamente la definición de Boecio "*malum passionis propter malum actionis*". Las

---

(13) "El dolor es el camino de la conciencia y es por él como los seres vivos llegan a tener conciencia de sí. Porque tener conciencia de sí mismo, tener personalidad, es saberse y sentirse distinto de los demás seres, y a sentir esta distinción sólo se llega por el choque, por el dolor más o menos grande, por la sensación del propio límite...". Miguel DE UNAMUNO, *Del sentimiento trágico de la vida*, p. 109.

Cfr. los diversos artículos del núm. 111 de la revista *Christus* (París, junio 1981) sobre el tema "Souffrance vaincue".

(14) Karl RAHNER, *Schuld-Verantwortung-Strafe in der Sicht der kath. Theologie*, en *Schul-Verantwortung-Strafe*, hgb. von FREY (Zürich, 1964, Schulthess), pp. 151 ss.

Waldemar MOLINSKI, *Wergeltung oder Versöhnung?*, en *Orientierung*, núm. 4 (29 febrero 1980), pp. 38 y ss.

Peter HUIZING, *Rechtsschutz in der Kirche*, en *Orientierung*, números 13/14 (Zurich, 15/31 julio 1981), pp. 163 y s.

Josef BLANK, *Zur theologischen Begründung von "Christenrechten"*, en *Orientierung*, núm. 19 (Zürich, 15 octubre 1980), pp. 202 y ss.

Antoine MAYÈRE, *La delinquance et la reaction sociale dans l'ancien et le nouveau Testament*, en *Revue de science crim. et de droit pénal comparé*, núm. 1 (enero-marzo 1980), pp. 277-248.

(15) Ernst BLOCH, *Derecho natural y dignidad humana*, trad. de F. González Vicen, Madrid, Aguilar, 1980, pp. 251 y ss.



antropologías culturales científicas de la sociedad post-industrial caen en la cuenta de que el “mal” de cualquier delito, de todo delito —aun el más grave—, tiene algo de bueno para la sociedad y para el delincuente mismo, pues no existe el mal total, el mal absoluto. Por tanto, su retribución también debe tener algo bueno para la sociedad y para el delincuente. Parece poco científico pretender que la sanción carezca totalmente de la dimensión positiva resocializadora. También parece poco jurídico en aquellos Estados que, como el español, el alemán o el italiano, se consideran constitucionalmente un Estado *social* y democrático de Derecho (16). Por fin, parece poco cristiano olvidar los consejos básicos de la escritura: “No devolváis mal por mal, ni insulto por insulto; al contrario, responded con bendiciones, pues a esto os llamaron”... “si tu enemigo tiene hambre, dale de comer; si tiene sed, dale de beber: así le sacarás los colores a la cara”. “No te dejes vencer por el mal, vence el mal a fuerza de bien” (17).

Si nos colocamos en la perspectiva de una pseudoutópica sociedad futura en que paz y libertad sin reglas se armonizan, la pena es una triste necesidad. Pero, si miramos desde la sociedad humana que nos es históricamente conocida, la sanción penal aparece un algo dual, como un mal necesario pero al mismo tiempo, y no menos, como una creación humana, decisiva, beneficiosa, digna de respeto y de alabanza. Pues, gracias a la sanción se logra la paz necesaria para que brote la amistad y la justicia (18).

Los resocializadores, si tienen presente el límite de la culpabilidad, cometerán menos errores que quienes avanzan hacia la meta retributiva exclusivamente tal.

Reconocemos los peligros de abuso del concepto reeducador, pero la esperanza innata en los bautizados nos obliga a mantener hacia toda persona la confianza de su posible vuelta al camino de la legalidad, aunque sea un delincuente grave merecedor de una larga privación de libertad en instituciones de máxima seguridad, suponiendo que existan (19). La posibilidad de reinserción hay que concederla incluso al reincidente empedernido (20). Decimos *concederla*, no imponerla contra su voluntad.

---

(16) Constitución Española de 1978, art. 1.º: “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho”... Art. 25, 2: “Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social”...

(17) 1. Pedro, 3, 9; Romanos, 12 20 s.

(18) J. DELGADO PINTO, *El derecho como fuente de agresión y de pacificación*, en *I Curso monográfico sobre agresividad*, Salamanca, 1980, pp. 97-115.

(19) Elías NEUMAN, *Prisión abierta. Una nueva experiencia criminológica*, Buenos Aires, Depalma, 1962.

A. BERISTAIN, *La cárcel como factor de configuración social*, en *Documentación Jurídica*, núm. 17 (enero-marzo 1978), pp. 165-180. IDEM, *Las cárceles no deben ser cementerios*, en *Criminología Vasca*, Bilbao, Ed. Mensajero, 1981 (en prensa).

(20) Ronald H. PRESTON, *Social theology and penal theory and practice: the collapse of the rehabilitative ideal and the search for an al-*

El *justice model* niega la necesidad y/o la posibilidad de reinserción del delincuente. El modelo repersonalizador afirma la necesidad y la posibilidad de lograrlo. Admitimos la retribución en amplia medida, pero no exclusivamente pues no podemos prescindir de la repersonalización: consideramos que castigar sólo por lo pasado nunca es justo. Sí, en cambio, sancionar por lo pasado mirando al bien futuro del condenado y de la sociedad. Del condenado ante todo.

La pena, si no pretende la repersonalización, tampoco pretende la retribución justa. El principio básico humanitario no puede ser olvidado (21).

#### 4.—EL PERDON RECREADOR DE VICTIMAS Y DELINCUENTES

El *homo faber* trabaja, pero, si abandona al *homo pius*, no crea. No crea ni objetos, ni personas. Recordemos en este punto la bella poesía de Sully Prudhomme:

##### LE VASE BRISÉ

Le vase où meurt cette verveine  
D'un coup d'éventail fut félé;  
Le coup dut l'effleuré á peine;  
Aucun bruit ne l'a révélé.

Mais la légère meurtrissure,  
Mordant le cristal chaque jour,  
D'une marche invisible et sûre  
En a fait lentement le tour.

Son eau fraîche a fui goutte á goutte,  
Le suc des fleurs s'est épuisé;  
Personne encore ne s'en doute,  
N'y touchez pas, il est brisé.

Souvent aussi la main qu'on aime,  
Effleurant le coeur, le meurtrit; ,  
Puis le coeur se fend de lui-même,  
La fleur de son amour périt;

Toujours intact aux yeux du monde,  
Il sent croître et pleurer tout bas  
Sa blessure fine et profonde;  
Il est brisé, n'y touchez pas.

---

*ternative*, en *The Coming penal crisis. A criminological and theological exploration*, editado por A. B. Bottoms y R. H. Preston, London, Scottish Academic Press, 1980, pp. 109 y ss., 120.

(21) Hans-Heinrich JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 3.<sup>a</sup> ed., Berlin, Duncker & Humblot, 1978, pp. 20 y s. Hay tra-

## EL BUCARO ROTO

El búcaro en que muere esa flor pura  
 un golpe de abanico lo quebró!  
 y tan ligera fue la rozadura  
 que ni el más leve ruido se advirtió.

Pero, la breve, imperceptible grieta,  
 con marcha lenta y precisión fatal,  
 prosiguiendo tenaz su obra secreta  
 rodeó todo el circuito de cristal.

El agua fue cayendo gota a gota  
 y la espléndida flor marchita véis;  
 roto el búcaro está: ¡no lo toquéis!

Así, a veces, la mano más querida  
 nos roza sutilmente el corazón,  
 y lenta se abre su secreta herida,  
 y se mustia la flor de su ilusión.

Todos lo juzgan sano, entero, fuerte;  
 mas la oculta lesión creciendo va.  
 Nadie su mal desconocido advierte;  
 pero no lo toquéis: ¡roto está ya!

Esta poesía describe con tino y con profundidad la realidad del corazón humano. Ese corazón tan frágil y tan irrecuperable. Una vez herido, si la lesión llega gota a gota hasta la muerte, no se le puede ni tocar, no se le puede recomponer. Roto está ya.

Pero dentro de esa irrecuperabilidad del corazón roto, el hombre religioso atisba la semilla, la imagen de quien puede hacer todas las cosas nuevas (22). El hombre pío se siente verdaderamente, en cierto

---

ducción castellana por F. MUÑOZ CONDE y S. MIR, Barcelona, Bosch, 1981.  
 Günther KAISER, *Kriminologie. Ein Lehrbuch*, Heidelberg. Karlsruhe, C. F. Muller, 1980, pp. 281 y ss.

Marc ANCEL, *La crise de la repression et la Défense Sociale*, en *Etudes* 88 (1955), pp. 289 y ss. IDEM, *La Défense Sociale Nouvelle...*, pp. 36, 50, 98 y s., 10 y ss. IDEM, *Responsabilité et Defense Sociale*, en *La responsabilité Pénale. Travaux du Colloque de Philosophie Pénale* (12 al 21 de enero de 1959) (Paris, 1961), pp. 355-370, especialmente 360.

Jacques VERIN, *Le suces du "Community Service" anglais*, en *Revue Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, núm. 3 (julio-sept. 1979), pp. 636 y ss.

A. BERISTAIN, *Ecumenismo histórico en Derecho penal. La pena retribución en los teólogos renacentistas*, en *Rev. Gen. Leg. Juris.*, (abril, 1966), pp. 531-562.

(22) Apocalipsis, cap. 21, 1 ss.; Isaías, cap. 65, 17 ss.; 1 Corintios, cap. 7, 22. Cfr. Hans WELZEL, *Über die ethischen Grundlagen der sozialen Ordnung*, en *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, Berlín, Walter de Gruyter, 1975, p. 245.

modo, Dios, con poder para recrear y recrearse, lúdica y amorosamente; con poder para convertir las ruinas en nuevos edificios, para sacar flores del estiércol. Si el grano de trigo, después de muerto, puede dar fruto, con mayor fuerza el hombre víctima —o autor— de un delito, de un abuso de poder, de una sanción justa o injusta, puede rehacerse.

Los místicos han experimentado esta verdad y la han expresado bellamente. Recordemos a Juan de la Cruz, Teresa de Avila o Ignacio de Loyola. Ellos se alegran en sus debilidades de todo tipo, incluso morales, para que habite en ellos la fuerza del Señor (23).

Ellos nos hacen ver facetas positivas en el sufrimiento, e incluso en la muerte, que conviene recordemos los estudiosos de victimología.

Esta peculiar perspectiva bíblica se inclina desde los profetas siempre en favor de las víctimas y, así, aporta una cosmovisión impar de lo religioso.

Las tres paredes maestras de las religiones primitivas —las prescripciones legales prohibitivas indiscutibles, los sacrificios expiatorios y los mitos— se desmoronan por las críticas de los profetas veterotestamentarios, y más aún por las palabras, la vida y la muerte de Jesús, con su inclinación en favor de las víctimas, su clausura de todo rito sacrificial humano y su relativización de las normas legales a favor de la persona: no es el hombre para el sábado (24).

Científicamente se puede hablar de la construcción social de la realidad (25), y también científicamente se puede hablar de la construcción religiosa de la realidad. De una realidad más profunda y más real. El poder imponente de las cosas alcanza cotas superiores, misteriosas (más que paradójicas) en las cosas pías (26).

Algo de esto experimentó Juan de la Cruz en los nueve meses que estuvo en la hedionda cárcel de Avila y Toledo, desde el 2 de diciembre hasta que se fugó a media noche, en la segunda quincena de agosto de 1577. Allí escribió muchas de sus poesías. Probablemente también ésta:

“... y abatíme tanto, tanto,  
que fui tan alto, tan alto,  
que le di a la caza alcance” (27)

---

(23) Segunda Epístola de Pablo a los Corintios, cap. 17, versículos 7 y ss.

(24) René GIRARD, *Des choses cachées depuis la fondation du monde*, París, Ed. Grasset. 1978.

(25) BERGER y LUCKMANN, *La construcción social de la realidad*, Buenos Aires, Amorrortu Editores, 1968; Santiago MIR PUIG, *Dogmática creadora y política criminal*, en *Rev. Jurídica de Cataluña*, núm. 3 (julio-septiembre 1978), pp. 649 ss.

(26) WELZEL, *Derecho natural y justicia material*, Madrid, Aguilar, 1957, p. 245. “Desde el estar caído, perdido en el mundo, el hombre no se eleva por sus propias fuerzas a la autenticidad de la existencia noble, sino que tiene que ser forzado a ello por la experiencia de situaciones límite, como el sufrimiento, la lucha, la culpa o la muerte. Experimentar situaciones límite y existir —en sentido de la filosofía existencial— es lo mismo”.

(27) Compárese con *Poemas de la prisión*, de Karl LIEBKNECHT, en

¡Feliz culpa que merece tal Redentor! proclama la liturgia del Sábado Santo, refiriéndose al pecado primero. En sentido parecido, podemos concluir: ¡“feliz delito!” que permite a la víctima y al delincuente ponerse de rodillas, como Raskolnikof, para recibir la cruz de las manos de Sonia, y emprender una jornada de más legalidad, de justicia. Max Scheler reconoce que el arrepentimiento es la energía moral más fuerte.

### 5.—LOS POLITICOS Y LOS MASS-MEDIA HACIA LA ESCATOLOGIA DINAMICA

El *zoon politikon*, en algunos países, ha atrapado exageradamente con sus tentáculos todas las instituciones. También las iglesias, donde se dialoga y se *está* con Dios-Padre y con los hombres-hermanos.

Algunos mass-media nos han engañado a bastantes, pues nos han hecho “tragar” falsas expectativas ateas. Esperábamos que con el liberalismo humanitario, el progreso científico, el desarrollo industrial y la reorganización política llegaríamos a la satisfacción de todos nuestros deseos. Pero la realidad nos ha despertado del sueño, o mejor dicho de la idolatría. Sin saberlo, adorábamos la razón, la ciencia y la política humanas. Esta trilogía iba a hacer innecesario a Dios o descubriría su no existencia.

Después de convertir los templos en museos, de no rezar en las escuelas, después de ese llamado desarrollo, de tantos planes quinquenales en España, como en USA y en la URSS, la sociedad se encuentra hundida o caída en la soledad, la prisa, el protagonismo frustrado (28), con setecientos millones de personas en hambre absoluta.

Un fracaso tan hondo y extendido es terreno fértil para la anomia, la violencia, la guerra y el desamor. Además, muestra la falta de base de algunas ideologías políticas que voceaban y vocean peligrosas exageneraciones totalizadoras:

1.<sup>a</sup> El poder sólo tiene autoridad cuando sirve a las necesidades de los súbditos sin abuso, sin fallo alguno.

---

*Sobre la Religión*, II edición, preparada por Hugo ASSMANN y REYES MATE, Salamanca, Ed. Sigueme, 1975, pp. 256 y ss.

Respecto a Juan de la Cruz, cfr. *Vida y obras de San Juan de la Cruz*, 3.<sup>a</sup> ed., Madrid, BAC, 1955, pp. 13-15: Pasó nueve meses en un hueco de seis pies de ancho y diez de largo, empotrado en la pared. No tiene ventana. Se hizo para excusado de la sala contigua destinada a los huéspedes. Tenía en lo alto una saetera de tres dedos de ancha que daba a un corredor. En el suelo, donde estuvo el servicio hasta que entró Juan de la Cruz, se ponían unas tablas y dos mantas viejas.

Jürgen MOLTMANN, *Theology of Mystical Experience*, en *Scott. Journal of Theology*, 32 (1979), pp. 501-520.

(28) David E. JENKINS, *Possible theological responses to apparent criminological confusión*, en *The Coming penal crisis. A criminological and theological exploration*, editado por A. B. Bottoms y R. H. Preston, London, Scottish Academic Press, 1980, pp. 173 y ss., 205 y ss.

2.<sup>a</sup> En la sociedad con imperfecciones o injusticias brota necesariamente la criminalidad, sin responsabilidad alguna del delincuente.

3.<sup>a</sup> Al condenado no se le debe reinsertar en una sociedad competitiva y en lucha de clases, como la nuestra.

4.<sup>a</sup> De ninguna manera se elimina más concretamente la existencia del delito que por la eliminación de las condiciones que lo hacen nacer y que lo harán siempre nacer. Un marxismo en sentido propio sería, por eso, en tanto que tal teoría penal radical, más aún, la más radical y, a la vez, la más cordial: porque el marxismo mata la matriz social de la injusticia (29).

A estos slogans pseudotópicos responde bastante satisfactoriamente la teología cristiana con su tratado "de postrimerías" que fundamenta un relativo optimismo, dinámico pero no violento, entusiasta pero no fanático, con sumisión (Bretaña) pero con el derecho a la resistencia. (País Vasco e Irlanda, con sus extremismos terroristas criminales).

Para muchas religiones el mundo es un proceso tanto de penitencia como de salvación, y en su fondo se halla la culpa original de un crimen indecible (30). Para el cristianismo, en cambio, el mundo es un proceso de salvación mucho más que de penitencia, y en su fondo se halla el triunfo que aniquila a la culpa original; la redención definitiva ya lograda, aunque todavía no consumada, algo así como aparece en los cuadros de Rouault y del Bosco (31).

Según el Evangelio, las cosas últimas, el futuro y el "Futuro absoluto" dan luz, armonía y sentido a todo, incluso a las presente desintegración (32).

La escatología nos muestra este eón, este tiempo humano, como incompleto pero en etapa de culminación. Nos pide que dejemos crecer el trigo y la cizaña, pues hasta el fin del mundo habrá delitos y abusos del poder, pero ya han perdido la batalla (33). Nos dice que la sociedad funciona con estructuras injustas, pero en vía de maduración.

---

(29) Ernst BLOCH, *Derecho natural y dignidad humana*, 2.<sup>a</sup> ed., Madrid, Ed Aguilar, 1980, p. 269. En atinado sentido crítico, cfr. Hans-H. JECHECK, *Grundfragen der Dogmatik und Kriminalpolitik im Spiegel der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, en *ZStW*, H. 1 (1981), pp. 3 ss., especialmente 65 s.

(30) Ernst BLOCH, *Derecho natural y dignidad humana*, trad. de F. González Vicen, Madrid, Aguilar, 1980, p. 254.

(31) Mario BUSSAGLI, *El Bosco*, trad. J. Guerrero Lovillo, Barcelona, Ed. Toray, pp. 7 ss.

E. CRISPOLTI, *Georges Rouault*, París, Hachette, sin año.

En sentido parecido y desde otra perspectiva, Mireille DELMAS-MARTY habla de lo irracional y de lo mágico, en su libro *Les chemins de la repression*, París, Presses Univ. de France, 1980, especialmente páginas últimas.

(32) Hans KÜNG, *Ser cristiano*, 3.<sup>a</sup> ed., Madrid, Ed. Cristiandad, 1977, pp. 543 y ss.

(33) J. L. RUIZ DE LA PEÑA, *La otra dimensión. Escatología cristiana*, Madrid, Razón y Fe, 1975, pp. 103 y ss.

J. Ignacio GONZÁLEZ FAUS, *La Humanidad nueva*, vols. I y II, Madrid, Razón y Fe, 1974, pp. 650 y ss.

Cristo y su mensaje han vencido al mundo, son una fuerza que siempre está actuando: el reino evangélico es la semilla que va germinando y creciendo incluso mientras los hombres descansan.

La acción salvadora de Dios se realizó ya totalmente en la vida, muerte y resurrección de Cristo, aunque todavía no ha llegado su consumación escatológica: "ya sí, pero todavía no", repiten los especialistas.

Dicho con otras palabras, el pecado original ha sido borrado, aunque todavía perduran sus efectos en las personas y, no menos, en las estructuras sociales. De ahí el relativismo de la verdad, y el convencionalismo de la justicia humana pues tanto una como otra están dominadas por la ambigüedad del optimismo religioso del *interim* entre la primera y segunda venida de Jesús, entre su resurrección y su parusía. Lógicamente el cristianismo mira a nuestra justicia penal con respeto, pero con sentido crítico y esperanzado. No le niega el pan y la sal, pero le pide mucho. Le pide su continua superación (34).

Los miembros del Cuerpo místico están religados a la resurrección del Señor de manera tan indisoluble que necesaria y constantemente serán optimistas, de tal manera que, aunque la justicia penal humana fracase, en ningún momento cejarán en su empeño de continuar edificando esta nuestra segunda y definitiva Jerusalem (35).

Hasta que lleguen los últimos tiempos, la sociedad de los hombres siempre será imperfecta pero soportable, en camino de mejora. Y nuestro sistema penal también.

Los cuatro temas escatológicos —muerte, juicio, infierno y gloria— muestran que para alcanzar la perfección, para lograr el "último" detalle de las realidades principales resulta indispensable la mano de Dios. Sólo El puede "terminar" la vida terrena, la valoración de una persona, su sanción o su premio. Es decir, lo temporal y lo contingente construyen lo definitivo constantemente hasta recibir su última valía, su básico apoyo, desde lo alto (36).

Un símbolo de esta paradójica verdad se encuentra en la catedral de nuestra ciudad anfitriona Siracusa. Esta iglesia siracusana, la segunda por su antigüedad en la historia cristiana, se sostiene con sólidas columnas que han resistido siglos y siglos. Un par de columnas a la derecha del altar mayor han perdido la parte baja de su fuste, pero contra

Hans KÜNG, *Ser cristiano*, 3.<sup>a</sup> ed., Madrid, Ed. Cristiandad, 1977, páginas 277 y ss.

(34) Denis SZABO, *Criminología y política en materia criminal*, Madrid, siglo XXI Editores, 1980, pp. 107 y ss.

(35) *Apocalipsis* del Apóstol Juan, Cap. 3, Vers. 12.

J. Ignacio GONZÁLEZ FAUS, *Violencia, religión, sociedad y cristología. Introducción a la obra de René Girard*, en *Actualidad Bibliográfica de Filosofía y Teología*, 35, Selección de 1 libros S. Fco. de Borja (enero-junio 1981), pp. 7 y ss.

(36) David E. JENKINS, *Possible theological responses to apparent criminological confusion*, en *The Coming penal crisis. A criminological and theological exploration*, editado por A. E. Bottoms y R. H. Preston, Edinburgh, Scottish Academic Press, 1980, pp. 204 y ss.

lo que parece lógico, no se han caído sino que han seguido incólumnas apoyadas en el tejado.

Los valores sociales y humanos que perduran se apoyan más en el cielo que en la tierra.

Unamuno escribió: “¡El arte por el arte! Tanto vale decir la vida por la vida. No, la vida por la muerte, la vida por la vida eterna; y el arte por el arte eterno, por la religión”. Nosotros podemos plagiarle y decir: ¡la justicia por la justicia! Tanto vale decir la vida por la vida. No, la vida por la muerte, la vida por la vida eterna, y la justicia por la justicia eterna, por la religión! (37).

Naturalmente, nuestra sociedad y nuestro sistema de justicia funcionarán con menos fracasos frustrantes si los políticos y los mass-media estudian algo de teología, algo de escatología.

Por otra parte, como complemento, también convendrá que nuestros teólogos, hombres y mujeres, sacerdotes y laicos, cursen sus estudios con los pies en la tierra. En concreto, que reciban su formación universitaria no en ghettos de seminarios episcopales sino en la Universidad de todos, en la Universidad pública. Algo así como se hace en la República Federal de Alemania, pero con otra cosmovisión, con otra levadura más fraternal y universal, más de tercer mundo.

Como antes he indicado, la perspectiva religiosa, la experiencia, puede no coincidir con el “status” jurídico del religioso, el sacerdote o el monje. Ni con el conocimiento académico de la ciencia teológica.

La Teología debe volver sus ojos hacia la justicia por imperativos de su tesis escatológica que le exige una dimensión dinámica, activa: le exige que ya en la tierra llegue el Reino de los Cielos, de los pobres, los ciegos, los cojos, las viudas y los huérfanos... Igual que Jesucristo en los milagros que describe el Evangelio, la escatología exige la cooperación de los hombres hasta lo inimaginable, como si Dios no existiera, pero sí sus planes infinitos.

La escatología regala a los hombres el aprecio de lo relativo como semilla de lo absoluto, de lo temporal como fuente de lo eterno, de la justicia convencional, como camino —sacramento— hacia la Justicia en mayúscula, coincidente con el Amor (38).

(37) Miguel DE UNAMUNO, *Diario íntimo*, 2.<sup>a</sup> ed., Madrid, Alianza Editorial, 1970, p. 90.

(38) Erik WOLF, *Recht des Nächsten. Ein rechtstheologischer Entwurf*, Frankfurt am Main, V. Klostermann, 1958.



## CONGRESO INTERNACIONAL SOBRE ALCOHOLISMO Y FARMACODEPENDENCIA

En Medellín, Colombia, se celebró, entre los días 3 y 6 de diciembre pasado, un CONGRESO INTERNACIONAL SOBRE ALCOHOLISMO Y FARMACODEPENDENCIA, organizado por la Corporación Colombiana contra el Alcoholismo y la Farmacodependencia y bajo la presidencia de la doctora Elvia Velásquez de Pabón, psiquiatra del Hospital de Salud Mental de Antioquía.

Además del apoyo que este evento recibió de organismos oficiales, es satisfactorio saber que más de treinta instituciones privadas entre las que se contaron las más solventes del país concurren con su respaldo al éxito del Congreso.

Asistieron personalidades de países como Inglaterra, Nigeria, Ecuador, Puerto Rico, Venezuela, Brasil, Italia y Estados Unidos. Colombia estuvo representada por numeroso grupo de profesionales principalmente médicos, psiquiatras, psicólogos, abogados, toxicólogos, pedagogos, etc.

Los temas tratados por los expositores se pueden dividir en cuatro grandes grupos:

- A. Aspectos biológicos.
- B. Tratamiento.
- C. Aspectos legales y criminológicos.
- D. Aspectos socio-económicos.

Sobre los temas del primer grupo se deben mencionar los trabajos presentados por los profesores Tiberio Alvarez E., de la Universidad de Antioquía; Adolfo León Ruiz, del Hospital San Vicente de Paúl, de Medellín, y Stephen Szara, del National Institute of Drug Abuse, de los Estados Unidos, acerca de las más recientes investigaciones sobre receptores opiáceos en general y sobre las Endorfinas, cuyo descubrimiento en el organismo humano «abre nueva luz sobre el problema de la adicción narcótica».

Se destaca en este campo también el trabajo presentado por los profesores de la Universidad del Sur de California ViCcki Pollock y Sarnoff A. Mednick, acerca de las nuevas investigaciones en farmacodependencia, las que abarcan el conocimiento de la personalidad del drogadicto, aspectos sociológicos y, en el campo biológico, la observación del EEG y de indicadores genéticos en alcoholismo.

El segundo tema fue abordado por varios participantes: los doctores Velásquez de Pabón y Elkin Vásquez, de la Universidad de Antioquía, presentaron trabajos sobre el estado actual de la farmacodependencia en Colombia.

Los conferenciantes llegan a la conclusión de que, si bien es cierto que en Colombia el problema de la farmacodependencia no ha alcanzado los niveles tan serios que ha logrado en otros países, «son lo suficientemente

alarmantes» como para que nos detengamos a estudiarlos a fondo. Luego de una reseña histórica de la evolución del problema en el país, se presentan cuadros comparativos con otros países de América Latina sobre consumo de alcohol y cuadros representativos del consumo de drogas en Colombia.

Estos trabajos contienen un recuento de las actividades que en el país se vienen desarrollando para la rehabilitación de farmacodependientes y algunas observaciones sobre medidas de prevención.

Destaca la doctora Velásquez que el problema es alarmante e invasivo y cómo por la deficiencia de la información, la escasez de recursos y lo desarticulado de la política en este campo, no se han logrado los avances esperados.

El profesor Franco Ferracuti, de la Universidad de Roma aportó un estudio sobre Evaluación de los Tratamientos existentes para alcohólicos y farmacodependientes en el cual se destacan las dificultades para una correcta evaluación de los tratamientos, no sólo por problemas de índole metodológica, sino por la dificultad en aportar los datos y por las variables que se presentan en cada país y en cada grupo de sujetos, así como por la diferencia notable en las metas de los tratamientos y en sus filosofías.

Los aspectos legales y criminológicos fueron tratados por los doctores Alfonso Reyes Echandía, profesor de la Universidad Externado, de Colombia, y Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, y Miguel Sánchez Méndez, profesor de la Universidad Nacional de Colombia y Procurador Delegado para el Ministerio Público, miembros de la Comisión que redactó el actual Estatuto Nacional de Estupefacientes. El doctor Reyes trató el problema del alcoholismo, explicando las normas tanto policivas como penales que se refieren a éste y deteniéndose especialmente en el tratamiento que el código penal que acaba de ser adoptado por el país consagra para los sujetos que delinquen bajo trastorno mental producido por el alcohol. Contiene importantes observaciones de orden criminológico y señala pautas de política criminal, demostrando de antemano la relación estrecha entre alcohol y delito con base en dicentes datos estadísticos.

Por su parte, el doctor Sánchez Méndez se ocupó de las farmacodependencias y tras de hacer un recuento de la historia legislativa colombiana en ese campo, a partir de 1920, hasta el estatuto en vigencia, analiza aspectos criminológicos de las dos sustancias que Colombia produce en gran escala, la marihuana y la cocaína, señalando el ambiente que rodea su comercialización y rechazando las propuestas de legalización que se han formulado en el país.

Sobre el tema del último grupo el doctor Hernando Ruiz Hernández, economista, en representación de la Asociación Nacional de Instituciones Financieras (ANIF), organismo que agrupa a poderosos establecimientos financieros y la cual ha venido propugnado por la legalización de la marihuana en Colombia, presentó un importante trabajo sobre Implicaciones Socioeconómicas del Consumo de Fármacos en el país. Con base en cifras, resultado de estudios hechos por Anif, el conferencista abordó tanto el tema del alcohol como el de las otras drogas e insistió en que se trata de cambiar la estrategia represiva por una de prevención y educación y de «con-

mo regulado» de la marihuana al igual que están sometidos a control el alcohol y el tabaco.

Finalmente, los profesores Tolani Asuni, de la Universidad de Ibadam, Nigeria, y Ayush Morad Amar, director de la Oficina Latinoamericana del Consejo Internacional sobre problemas de Alcohol y Farmacodependencias, expusieron los proyectos especiales para países en vías de desarrollo, e insistieron en la necesidad de investigaciones serias a nivel nacional para adoptar una política sobre alcoholismo y farmacodependencias que corresponda a la realidad de cada uno de estos países y que permita además el intercambio de información entre los mismos, para plantearnos nuestras propias hipótesis desvinculadas de los modelos de los países altamente desarrollados.

El Congreso finalizó con una declaración de principios y una serie de recomendaciones en documento conocido como «CARTA DE MEDELLIN», en el cual se parte de una realidad latinoamericana para pedir entre otras cosas la unificación de políticas de los países del área frente a los países consumidores de drogas; un mayor énfasis en la investigación; una descriminalización del consumo a la par que la represión severa para los productores y comercializadores de las drogas; se propone también la adopción de programas de prevención tanto en alcoholismo como en consumo de las otras drogas, abarcando desde el campo educativo hasta medidas de carácter socio-económico integradas en un enfoque comprensivo de acciones tanto contra la demanda como contra la oferta de las sustancias psicoactivas.

MIGUEL SÁNCHEZ MÉNDEZ,  
*Procurador Delegado del Ministerio Público*

## NOTA INFORMATIVA SOBRE EL VI CONGRESO DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE PREVENCIÓN DEL DELITO Y TRATAMIENTO DEL DELINCUENTE (\*)

1. Durante los días 25 de agosto al 5 de septiembre de 1980 ha tenido lugar en Caracas (Venezuela) el VI Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente. La participación a nivel mundial ha sido muy numerosa, tanto respecto a los países que han enviado delegaciones como a las personas que integraban cada delegación. 93 Estados estuvieron presentes en las deliberaciones del Congreso al que asistieron más de 1.500 delegados. Igualmente estuvieron representados diferentes organizaciones de carácter intergubernamental (Consejo de Europa, Organización Internacional de Policía Criminal, Instituto Latino-Americano de Prevención del Delito, Instituto de las Naciones Unidas en Asia y Lejano Oriente, Organización Panárabe para la Defensa Social y otras). También estuvieron representadas por observadores numerosas organizaciones no gubernamentales como la Asociación Internacional de Derecho penal, Comisión Internacional de Juristas, Amnistía Internacional, Liga Internacional de los Derechos del Hombre, Sociedad Internacional de Criminología, Unión Internacional del Notariado Latino, Sociedad Internacional de Defensa Social, Unión Internacional de Federaciones de Policía y otras.

La delegación española estuvo presidida por D. Manuel Cobo del Rosal, subsecretario de Universidades y catedrático de Derecho penal; por D. José María Morenilla Rodríguez, Letrado del Ministerio de Justicia y jefe del Gabinete de Estudios para la Prevención del Delito; D. José Luis Manzanares Samaniego, letrado del Ministerio de Justicia y jefe del Servicio de Asuntos Penales; D. Joaquín Martín Canivell, magistrado de la Audiencia Provincial de Jaén; el comisario general de la Policía Judicial, D. Julián Martín; D. Eduardo Molina, secretario del Instituto de Criminología de Madrid y D. Rafael García Herranz, capitán de la Guardia Civil.

El Congreso fue inaugurado por M. Jean Rupert, representante especial del secretario general de las Naciones Unidas, dirigiendo una alocución al Congreso el Excmo. Sr. D. Luis Herrera Campins, Presidente de Venezuela. En la misma sesión inaugural el Congreso eligió como presidente al Excmo. Sr. José Guillermo Andueza, ministro de Justicia de Venezuela.

---

(\*) Para la redacción de este informe se han utilizado los informes de las diversas comisiones constituidas en el Congreso, especialmente los documentos A/CONF. 87/L. 2, 3, 5, 6, 8 y 11 (Naciones Unidas).

2. El temario del Congreso comprendía las siguientes materias:
  - I. Tendencias del delito y estrategias para su prevención.
  - II. Justicia de menores: antes y después del comienzo de la vida delictiva.
  - III. Delito y abuso de poder: delitos y delincuentes fuera del alcance de la ley.
  - IV. Desinstitucionalización de la corrección y sus consecuencias para el preso.
  - V. Normas y directrices de las Naciones Unidas en materia de justicia penal: del establecimiento de normas a su aplicación, y cuestión de la pena capital.
  - VI. Nuevas perspectivas de la prevención del delito y la justicia penal en relación con el desarrollo: el papel de la cooperación internacional.

La delegación española presentó documentos de trabajo e hizo intervenciones orales en los Grupos de Trabajo que examinaron estos temas.

3. En el estudio de las tendencias del delito se puso de manifiesto por los intervinientes que "resulta cada vez más evidente que los delitos más peligrosos y perjudiciales no son únicamente los que atentan contra la vida, la persona y la propiedad, sino también en algunos países los abusos de poder que anteriormente se pasaban por alto o que, al menos, no se identificaban y permanecían impunes".

Al exponerse por las diferentes delegaciones la situación delictiva en sus respectivos países, se comprobó que mientras en algunos arrojaban un intenso incremento del número de delitos y de algunos tipos (criminalidad contra la propiedad y criminalidad violenta) en otros (generalmente los países socialistas) se mantenían constantes o incluso disminuían los niveles de la totalidad o de la mayoría de las categorías delictivas, que atribuyeron a "su capacidad para conseguir la justicia social sustancial y crear un ambiente socio-económico en que las oportunidades de cometer delitos quedaban reducidas al mínimo".

Hubo consenso general, a este respecto de que la prevención de la delincuencia no ha de basarse sólo en la defensa social o en protección de las víctimas sino en la mejora de la calidad de la vida. Se hizo constar, en este sentido, que "los instrumentos más eficaces para prevenir la criminalidad radican en la solución de los problemas sociales o económicos y culturales que afectan a amplios sectores de la población". Igualmente se insistió en la necesidad de la participación de todos los sectores de la sociedad en la prevención del delito y en la eficacia de las organizaciones voluntarias en colaboración con organismos estatales y locales. También se reconoció la función preventiva de la educación y de la familia.

Respecto al papel de las Naciones Unidas en materia de prevención se acordó que sus organizaciones deberían emprender estudios y análisis para la mejor planificación de la prevención. Se puso de manifiesto que las dificultades que plantea la comparación de datos nacionales en materia de tasas de criminalidad y tendencias del delito a causa de la

diferente tipología y de la diversidad de métodos para la obtención y calificación de la información, era necesario la información comparativa a nivel internacional y para ello se solicitó de los países más adelantados prestaran asistencia técnica a los que no lo estuvieran, utilizando al efecto los servicios de las Naciones Unidas y se aprobó un proyecto de resolución sobre elaboración de estadísticas sobre delincuencia y justicia penal.

4. El tema de la justicia de menores fue también objeto de una amplia aportación, escrita y oral de las delegaciones, obteniéndose de ella una resolución titulada "elaboración de normas mínimas de justicia de menores" por la que "se encarga al Comité de Prevención del Delito y Lucha contra la Delincuencia que elabore reglas mínimas uniformes para la administración de la justicia de menores y la atención a los menores que puedan servir de modelo a los Estados Miembros".

Se afirmó que el período de edad crítico para la delincuencia parece ser el comprendido entre los doce y dieciocho años y se abordó el estudio de la justicia de menores predelictiva, basada en nociones de orden social y ético y en el que la familia, la educación y la vida comunitaria y laboral cumplen un papel fundamental. En cuanto a la justicia de menores postdelictiva se subrayó el carácter de "intervención protectora" del niño y de la sociedad, expresándose temores de que la primera "podría ser una forma de encubrir superficialmente el castigo, destinada principalmente a proteger a la sociedad contra el niño, y se examinó la opinión de que habría que encontrar medios para lograr una mayor participación e intervención de los jóvenes en la política en materia de justicia de menores para tomar referencia a las normas culturales de los jóvenes distintas de la de los adultos que son numéricamente minoritarios. Se llegó a la conclusión de que ningún menor debe ser detenido en un establecimiento correccional salvo casos de extrema gravedad, violentos, o de seria reincidencia y que la detención previa al juicio únicamente debe utilizarse como último recurso evitando siempre la influencia negativa de los delincuentes adultos durante la prisión provisional.

5. El tema del delito y abuso de poder fue el que originó debates más conflictivos, ya que las delegaciones de algunos Estados utilizaron el Congreso para atacar la política de otros Estados o la gestión de las empresas multinacionales. Desde el principio del debate se insistió en que había un gran número de autores de hechos delictivos que por su poder político o económico actuaban con impunidad en perjuicio de la sociedad, especialmente de las libertades ciudadanas y de la economía del país. Por ello se insistió en la necesidad de esclarecer el concepto de abuso de poder, distinguiéndose entre los abusos de orden político, económico y social y su interrelación. Que exigía medidas amplias a nivel nacional e internacional para luchar contra esta forma de delincuencia. Los delegados de los países socialistas explicaron que sus sistemas políticos y económicos no permitían los supuestos que daban lugar a abusos de poder.

Se señaló la falta de información sobre la importancia, modalidades

y tendencias de los delitos que suponían abuso de poder por las dificultades que presentaba su detección tanto por el secreto que rodea la comisión de muchos de estos delitos como a la resistencia de los que abusaban del poder a ser objeto de investigación. Al advertirse la diferencia entre los sistemas de "common law" y de Derecho civil sobre la extensión del concepto de responsabilidad penal a las personas jurídicas se sugirió la modificación del sistema de Derecho civil para reconocer esa extensión.

Se estudiaron las formas y abuso del poder económico —con alusión a los delitos empresariales y a los problemas que planteaban las empresas transnacionales— y los abusos del poder público y del poder político, expresándose por diversas delegaciones la crítica a lo que se denominó "persistencia de política de colonialismo, neocolonialismo, ocupación y discriminación contra los débiles y desfavorecidos". Se mencionó expresamente "abusos de poder en la esfera pública y administrativa que entrañaban violaciones de derechos humanos fundamentales, como la tortura, el asesinato político, el secuestro y la "desaparición", ejemplos típicos del abuso del poder político en que el delito y el delincuente estaban fuera del alcance efectivo de la ley".

Se recomendó ampliar y perfeccionar los mecanismos para luchar contra los abusos ilegítimos de poder y en especial "elaborar procesos y procedimientos más imaginativos que puedan responder a los problemas planteados por estos delitos y delincuentes "dorados" y se consideró indispensable la conclusión de un tratado internacional sobre normas mínimas de las transacciones comerciales internacionales respecto de dichos delitos económicos, así como el examen ulterior de este problema en el próximo Congreso.

En la comisión en que se discutió este tema, y después por el Congreso, fueron aprobados tres Proyectos de resolución relativos, respectivamente a las "ejecuciones extralegales", en la que "se deplora y condena la práctica de asesinatos y ejecuciones de oponentes políticos o de presuntos delincuentes cometidos por fuerzas armadas, instituciones encargadas de la aplicación de la Ley u otros organismos gubernamentales o grupos paramilitares políticos que actúan con el apoyo táctico o de otra índole de tales fuerzas u organismos"; a la tortura y tratos inhumanos, instando a los gobiernos a que adopten medidas eficaces para prevenir las prácticas de tortura y malos tratos de personas detenidas y a castigar a los responsables; y a la "prevención del abuso de poder" en la que, después de varias votaciones se incluyó un Considerando que hacía referencia a que "las empresas multinacionales y transnacionales contribuyen a dichos abusos del poder político y económico, en especial en sus actividades en los países de desarrollo" y a que se continúe recolectando, analizando y repartiendo por las Naciones Unidas información entre los Estados miembros "relativa a los abusos del poder económico y político, entre otros, la corrupción de funcionarios públicos y las conductas que afectan adversamente a los consumidores, a los trabajadores y al medio ambiente".

6. En el debate sobre "desinstitucionalización de la corrección y sus

consecuencias para el preso que sigue encarcelado” diferentes delegaciones presentaron informes sobre la situación de sus países respecto a programas penitenciarios que no suponían privación de libertad (desinstitucionalización), a los regímenes institucionales de la prisión y a la aplicación de las reglas mínimas para el tratamiento de presos y detenidos.

Respecto a la desinstitucionalización de la corrección se estuvo de acuerdo en que la eficacia de estas medidas dependía del ambiente social, cultural, jurídico y político de cada sociedad, pero que no obstante los problemas que plantea existía una tendencia universal a la utilización de estas medidas. También se estuvo de acuerdo en que los programas de desinstitucionalización exigían una infraestructura adecuada y eran costosos, pero que los posibles costos sociales y económicos sociales totales eran inferiores “con toda probabilidad” a los inherentes a mantener los reclusos y las prisiones.

Se reconoció, sin embargo, que incluso cuando se obtuviese el mayor éxito posible en los programas de desinstitucionalización, algunas personas seguirían adoptando comportamientos que requerirían su encarcelamiento. No obstante, este encarcelamiento debía ser lo más breve posible y debía adaptarse a las metas de la reincorporación social de los delincuentes y de protección del público”, prestando especial atención a los reincidentes, los delincuentes habituales, los reclusos cuyas facultades mentales estén perturbadas y los delincuentes peligrosos. Se señalaron como síntomas “peligrosidad”, el grado de agresividad, el estado mental, la propensión a escapar y sobre todo los riesgos que representa el delincuente para la administración penitenciaria y la sociedad en general; muchos oradores identificaron a terroristas, toxicómanos y directivos de delitos organizados como delincuentes peligrosos.

Las delegaciones estuvieron de acuerdo en la importancia de Las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, mencionándose que en algunos países eran invocadas por los Tribunales para modificar prácticas correccionales, mientras se manifestó descontento respecto a los diferentes niveles de observancia y aplicación de algunas de las Reglas, especialmente con respecto a las necesidades fundamentales, instrumentos de coerción y el tratamiento de los reclusos sujetos a condiciones de máxima seguridad.

El Congreso aprobó tres Proyectos de resolución relativos a este tema: uno sobre “Medios alternativos del encarcelamiento”, recomendando establecer nuevos medios alternativos de las sentencias de encarcelamiento que puedan aplicarse sin riesgos innecesarios para la seguridad pública; otro sobre “Las condiciones del tratamiento de las mujeres reclusas”, teniendo en cuenta las responsabilidades que tienen para con los hijos y asegurando un tratamiento equitativo y justo respecto al hombre, pero en atención a los problemas característicos de la mujer delincuente tales como el embarazo y el cuidado de los niños; y otro sobre “Desarrollo de medidas de reincorporación social para los detenidos”, con el fin de reducir los efectos negativos del encarcelamiento e intensificar los contactos sociales del preso con el mundo exterior.



7. La comisión correspondiente del Congreso examinó las normas y directrices de las Naciones Unidas en materia de justicia penal, destacándose el esfuerzo realizado que se inició con la Declaración Universal de Derechos Humanos y que se ha concretado en instrumentos jurídicos obligatorios, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en normas y directrices básicas que están sirviendo de inspiración a las leyes y prácticas internas de los países miembros, como la declaración sobre la protección de todas las personas contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, el Código de Conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley y las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos.

Varias delegaciones propusieron iniciativas de acción futura de las Naciones Unidas en este campo, señalándose entre ellas la reforma de las leyes que rigen el sistema de justicia penal, alegando que sin una reforma del sistema jurídico las demás caracerían de base suficiente; la de reforzar y detallar las reglas para el control de los poderes de la policía, las relativas a la situación de las víctimas del delito y la necesidad de extender la jurisdicción penal más allá de los límites territoriales de cada Estado, sugiriéndose la redacción de normas internacionales para prevenir y resolver los posibles conflictos de jurisdicción.

El problema de la pena capital fue examinado en sus más variados aspectos, observándose una clara alineación de las delegaciones en dos grupos: los abolicionistas y los antiabolicionistas. Las delegaciones de Suecia y Austria habían presentado un Proyecto de resolución que desarrollaba varias resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas y del Consejo Económico y Social, especialmente la Resolución 2.857 (XXVI) propugnando una restricción progresiva de la aplicación de la pena capital, una moratoria en las condenas pendientes y la eventual abolición en los Estados que aún la retienen y solicitando la aplicación de unas garantías procesales y la posibilidad de recurso contra la sentencia que la imponga. La delegación española había copatrocinado este Proyecto.

Sin embargo, numerosas delegaciones insistieron en el mantenimiento de la pena de muerte como requisito previo necesario para mantener la ley y el orden, considerándola como "el último recurso para la protección del individuo y la sociedad contra los delitos más horribles", mencionándose el homicidio intencionado, los atracos, las violaciones de menores, el tráfico de drogas, el genocidio y las acciones terroristas.

A su vez las delegaciones partidarias de la abolición insistieron en que la pena de muerte no contribuye a la prevención del delito, ya que no existían pruebas sobre la utilidad de la pena de muerte y se insistió en que esta pena era incompatible con los derechos humanos y con los valores de una Humanidad civilizada.

Ante la división de opiniones se acordó retirar el Proyecto de resolución que, por ello, no fue sometido a votación. En cambio fueron aprobados numerosos Proyectos de resolución sobre: "prevención de la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes", instando a la

Asamblea General de las Naciones Unidas que solicite de la Comisión de Derechos Humanos que continúe dando prioridad a la conclusión de la preparación del Proyecto de Convenio contra la Tortura; otro sobre el "Código de conducta para funcionarios encargados de cumplir la ley", instando al Secretario General de las Naciones Unidas a que invite a los Gobiernos a la divulgación de la idea sobre el papel de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley en la protección de los derechos humanos; otro, sobre "Traslado de delincuentes", instando la elaboración de un modelo de Convenio en este sentido de manera que se establezcan procedimientos que permitan a los condenados cumplir sus condenas en su país y de soslayar las dificultades de comunicación de los condenados extranjeros en la ejecución de las sentencias; otro sobre "información jurídica y difusión de los conocimientos jurídicos" para la educación de la población, en especial de la juventud, en materia jurídica a fin de que los ciudadanos cuenten con los conocimientos necesarios para proteger sus derechos e intereses; y otro sobre "directrices para lograr la independencia y mejorar la selección y la formación de los Jueces y Fiscales", recomendando que se eviten discriminaciones en la selección, nombramiento y promoción de los Jueces y Fiscales y se garantice la independencia.

8. Finalmente, en el tema de las nuevas perspectivas de la prevención del delito y la justicia penal en relación con el desarrollo, se destacó la importancia de la prevención del delito y la justicia penal en el contexto del crecimiento económico y del progreso social y la necesidad de fortalecer la cooperación internacional en esta esfera.

Numerosas delegaciones insistieron en la interrelación entre el delito y el desarrollo y en la necesidad de evaluar la repercusión y relación entre ambos.

El Congreso acordó recomendar la realización de análisis e investigaciones sobre las interrelaciones existentes entre el delito y el empleo, la migración, la urbanización y la industrialización y cuestiones socio-culturales como el papel de la familia y la escuela y la educación; pedir al Secretario General de las Naciones Unidas que haga un estudio a fondo de la prevención del delito en el marco del establecimiento del nuevo orden económico internacional, sobre todo teniendo presente las necesidades de los países menos desarrollados, fomentando la cooperación internacional.

En este contexto se llevó a efecto la redacción de la llamada Declaración de Caracas, propuesta por la delegación de Venezuela, y en cuyo estudio y redacción participaron dos representantes por cada área geográfica del mundo y la delegación española, consiguiéndose un consenso sobre un Proyecto de resolución y otro de declaración que obtuvo la aprobación unánime de las delegaciones en la sesión final del Congreso y que por su trascendencia se incluye en esta nota.

## X CONGRESO INTERNACIONAL DE DEFENSA SOCIAL

La Sociedad Internacional de Defensa Social y el Centro Nacional de Prevención y Defensa Social, de Milán, organizan el Congreso Internacional de Defensa Social, décimo de tan importante serie, bajo los auspicios de la Universidad de Tesalónica y de los Ministerios de Justicia y de Cultura de Grecia (28 sept.-2 octubre 1981).

Aún se consultan con provecho los trabajos de anteriores congresos de Defensa Social, desde el de San Remo en 1947 (primero que reunió a los criminalistas europeos tras la guerra) hasta el IX Congreso internacional en Caracas 1976, pasando por los de Lieja, Amberes, Milán, Estocolmo, Belgrado, Lecce y París.

CIUDADES Y CRIMINALIDAD será el tema general de este Congreso, dividido en tres secciones, criminológicas, sociológica y jurídica, cuyos presidentes y ponentes serán, respectivamente, los señores Koudriavtsev (URSS), Mc Clintock (Universidad de Edimburgo), J. Martín Echeverría (Venezuela), R. Screvens (Bélgica), T. Morishita (Universidad de Hiroshima), J. Manoletakís (Universidad de Tesalónica). La ponencia general de síntesis la preside la ex presidenta del Tribunal de Gran Instancia de París y hoy Juez del Tribunal Europeo Simone Rozes, actuando de relator el profesor G. Pisapia, de Milán.

Preside el Comité Organizador el profesor C. Vouyoucas (Tesalónica) actuando de secretaria general Marie Mavrommati, Director General del Ministerio de Justicia griego.

Los organizadores, en su comentario que figura en el programa del congreso, recuerdan que la sociología y la criminología modernas han profundizado en el estudio de la Criminología urbana, fenómeno bien conocido del que hay que ser bien conscientes para tratarlo como corresponde, no sólo como problema jurídico, sino como cuestión social, con implicaciones psicológicas y biológicas, con causas objetivas que derivan del medio social y del medio natural.

Para conocer la influencia, la urbanización y el gigantismo de las ciudades sobre el crimen, hay que tener en cuenta las condiciones de vida que son consecuencia del crecimiento de las grandes ciudades, que constituyen un entorno social inadecuado y a menudo desmoralizador para el niño o el joven. La delincuencia juvenil es significativa de la inadaptación social en general, y origen del crecimiento de la criminalidad adulta. El crimen se concentró en las grandes ciudades modernas, el urbanismo influye en la legislación penal. La reeducación de los delincuentes, la prevención en la protección del público no se aseguran fácilmente.

Precisa, pues, un control social y científico de la planificación urbana, lo que se ha llamado el socialismo municipal.

Serán lenguas oficiales del congreso el inglés, el francés y el griego,

con un servicio de traducción simultánea. Las comunicaciones particulares, redactadas en una de estas tres lenguas, deberán remitirse en cinco ejemplares antes del 30 de marzo de 1981, para que puedan servir de base a las ponencias generales.

La dirección de la Secretaría General del Congreso es: CENTRO NAZIONALE DI PREVENIONE E DIFESA SOCIALE, 3 piazza Castello, 20121 MILANO (ITALIA). Cables: DIFESASOCIALE, MILANO.

PASCUAL MENÉU MONLEÓN  
Abogado del Ilustre Colegio de Madrid

## SIMPOSIO CRIMINOLOGICO

El INSTITUTO VASCO DE CRIMINOLOGIA de la Universidad del País Vasco organizó del 24 de marzo al 2 de abril de 1981 un Simposio sobre la violencia y la no-violencia, en San Sebastián. Intervinieron los profesores Carlos Santamaría, José Miguel de Barandiarán y Antonio Beristain.

El profesor Carlos Santamaría habló los tres primeros días. El día 24 disertó sobre *Violencia y Política: ¿Qué es violencia? ¿Qué es política? Relación entre ambas*. El día 25 sobre *La concepción gandhiana de la no-violencia: Denominación negativa. Factor de renovación del mundo. Dimensión política. Adaptación a la cultura occidental*. El día 26 sobre *La no-violencia como medio y arma de acción política: Actitud moral y espiritual del no-violento. Experiencia de Gandhi en la liberación de la India. Referencia al país moderno occidental. Aplicación concreta al Estado Español y al País Vasco*.

El día 30 de marzo el profesor D. José Miguel de Barandiarán dictó una conferencia sobre las *Notas acerca de la violencia y el crimen ante el humanismo tradicional del pueblo vasco: Humanismo en el País Vasco*. La forma de presentarse conforme a los datos recogidos en la Etnografía. El rencor, la violencia, etc., ante el humanismo tradicional. Algunos hechos que ilustran las consideraciones y las valoraciones anteriores.

El día 2 de abril el profesor Antonio Beristain expuso los *Aspectos político-criminales en la víctima violenta y su superación: La política criminal de hoy en relación con la víctima violenta. La victimología y la superación de los prejuicios al sujeto pasivo del delito. Amnesty International, la no-violencia y el preso de conciencia. El amor versus la violencia. La no-violencia clave de la política criminal de mañana*.

## SECCION LEGISLATIVA\*

### A) LEYES ORGANICAS (\*\*).

- a) *LEY ORGANICA 2/1981, de 4 de mayo, que modifica y adiciona determinados artículos del Código Penal y el de Justicia militar.* («Boletín Oficial del Estado», núm. 107, del 5.) (1)

#### *Artículo primero*

Los artículos 214 y 217 del Código Penal quedarán redactados como sigue:

##### «Artículo 214.

Son reos de rebelión los que se alzaren públicamente para cualquiera de los fines siguientes:

- 1.º Derogar, suspender o modificar total o parcialmente la Constitución.
- 2.º Destituir al Jefe del Estado u obligarle a ejecutar un acto contrario a su voluntad.
- 3.º Impedir la libre celebración de elecciones para cargos públicos en todo el territorio de la Nación.
- 4.º Disolver las Cortes Generales, el Congreso de los Diputados o el Senado, o impedir que se reúnan o deliberen o arrancarles alguna resolución.
- 5.º Declarar la independencia de una parte del territorio nacional o sustraer la nación o parte de ella, así como algún Cuerpo de tropa o cualquiera otra clase de Fuerza Armada a la obediencia del Gobierno.
- 6.º Usar o ejercer por sí o despojar al Gobierno o a cualquiera de sus miembros de sus facultades, o impedirles o coartarles su libre ejercicio.

##### Artículo 217.

Serán castigados como rebeldes, con la pena de prisión mayor:

- 1.º Los que, sin alzarse públicamente, cometieren por astucia o por cualquier otro medio contrario a las leyes alguno de los delitos comprendidos en el artículo 214.

---

(\*) El extenso material acumulado nos obliga a ordenar algunas disposiciones por materias en lugar de seguir agrupándolas por su rango legal. Dedicamos un apartado a las normas relativas a las Comunidades autónomas.

(\*\*) Las leyes orgánicas de las Comunidades autónomas se incluyen *infra, sub. H.*

(1) El proyecto se publicó en el BOCC. Congreso. Serie A, núm. 184-1, del 23 de marzo de 1981. Informó la Ponencia el 31 de marzo, dictaminando la Comisión el mismo día. Se aprobó en el Pleno de 1.º de abril de 1981 en el Congreso de Diputados.

2.º Los que sedujeren tropas o cualquier otra clase de fuerza armada para cometer el delito de rebelión.

Si llegare a tener efecto la rebelión, los seductores se reputarán promovedores y sufrirán la pena señalada en el artículo 215.

3.º Los que, en forma diversa de la prevista en el capítulo 1.º, título I, de este Libro, atentaren contra la integridad de la Nación española o la independencia de todo o parte del territorio bajo una sola representación de su personalidad como tal Nación.»

#### *Artículo segundo.*

Se incorporan al Código Penal los siguientes nuevos preceptos:

«Artículo 216 bis, a).

1. 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 por cualquier otro medio que facilite su publicidad serán castigadas con la pena inferior en un grado a la que correspondería al autor de dichos delitos.

La misma pena se impondrá al reo de apología de los delitos a que se refiere el párrafo anterior y al de apología de la rebelión militar, aunque no llegue a cometerse, así como al de la del terrorismo realizado por medio de bandas o grupos armados a que se refiere la Ley Orgánica 11/1980, de 1 de diciembre.

2. 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, maquinaria 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 podrán interponerse directamente recurso de apelación, a un solo efecto, que será resuelto por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en el plazo de cinco días. En todo caso, la sentencia que ponga fin al proceso deberá levantar o imponer definitivamente el cierre del medio de difusión.

Artículo 216 bis, b).

No será aplicable a los delitos de provocación o apología de la rebelión lo dispuesto en los artículos 13 y 15, siéndoles de aplicación las reglas ordinarias de responsabilidad criminal establecidas con carácter general en este Código.

## Artículo 174 bis, a).

Serán castigados con las penas de prisión mayor y multa de cien mil a quinientas mil pesetas las personas que pertenezcan a los grupos o bandas armadas a que se refiere la Ley Orgánica 11/1980, de 1 de diciembre; las que asistieren a cursos o campos de entrenamiento de los mismos y las que mantuvieren relaciones de cooperación con bandas armadas o grupos terroristas extranjeros.

## Artículo 174 bis, b).

Será castigado con las penas de prisión mayor y multa de cien mil a quinientas mil pesetas, salvo que por la aplicación de otros preceptos correspondiera una pena más grave, el que obtenga, recabe o facilite de cualquier modo información, vehículos, alojamientos o locales, armas o explosivos u otros medios materiales, o cooperación económica y el que realice cualesquiera otros actos de colaboración que favorezcan:

a) La fundación, organización o reconstitución de las bandas o grupos armados a que se refiere la Ley Orgánica 11/1980, de 1 de diciembre, y la organización, la planificación o la realización de las actividades de cualquier clase de las referidas bandas o grupos armados.

b) La comisión de cualquier clase de delito por persona o personas integradas en dichos bandas o grupos armados en el ámbito de los objetivos y actividades de los mismos. Cuando como consecuencia de lo previsto en este apartado se produzca la muerte de una o más personas, la pena se elevará a reclusión mayor.

## Artículo 174 bis, c).

El integrante, colaborador o cooperador de los grupos o bandas armadas que espontáneamente coadyuvare con las Fuerzas de Seguridad o con la Autoridad Judicial con actos suficientes para evitar la comisión del delito o aminorar sus efectos, o aporte pruebas definitivas para la identificación o la captura de los partícipes, se le rebajarán en dos grados la pena que le correspondiera por su participación en dichos delitos.

Las personas comprendidas en los artículos 174 bis, a), y 174 bis, b), que colaboraren con las Fuerzas de Seguridad o la Autoridad Judicial en el descubrimiento o desarticulación de bandas o grupos armados, se beneficiarán igualmente de la rebaja de la pena establecida en el párrafo anterior.»

*Artículo tercero.*

Se incorpora al Código Penal el siguiente precepto:

## «Artículo 160 bis.

Las mismas penas establecidas en los artículos anteriores de esta sección para los que atentaren contra las Cortes Generales o el Consejo de Ministros de la Nación, serán aplicadas a quienes de igual modo lo hicieran contra las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, los Consejos de Gobierno de las mismas o sus miembros.»

*Artículo cuarto.*

Uno. Los artículos 290 y 291 del Código de Justicia Militar quedarán redactados así:

*«Artículo 290.*

Serán castigados con la pena de doce años y un día a veinte años de reclusión militar los que provoquen o exciten a cometer el delito o hagan apología del mismo, aunque éste no se produzca, y los que, una vez cometido, hicieran la apología del mismo o de sus responsables.

*Artículo 291.*

Con igual pena se castigarán la conspiración y proposición para el delito.»

Dos. Se incorporarán al Código de Justicia Militar los siguientes preceptos:

*«Artículo 291 bis.*

No será aplicable a los delitos de provocación o apología de la rebelión lo dispuesto en el artículo 197 de este Código, siendo de aplicación las reglas ordinarias de responsabilidad criminal establecidas con carácter general.

*Artículo 538 bis.*

1.º La conspiración, proposición y provocación a los delitos comprendidos en los artículos 290 y 291, así como la apología de los mismos, hechas públicamente o por medio de la imprenta, la radiodifusión o por cualquier otro medio que facilite su publicidad serán castigadas con la pena inferior en un grado a la que correspondería al autor de dichos delitos.

2.º Incoada la causa por los delitos comprendidos en los artículos 290 y 291, cuando hubieren sido cometidos por medio de la imprenta, la radiodifusión o por cualquier otro medio que facilite su publicidad, el Juez, por sí y en todo caso cuando lo pida el Ministerio Fiscal, ordenará el cierre provisional del medio de difusión y, si lo creyere procedente, la ocupación material de los instrumentos del delito. A los efectos de este apartado, y sin perjuicio del régimen general, se entenderán en todo caso instrumentos del delito, las instalaciones, maquinarias y enseres por los que se hubiesen realizado las actividades tipificadas en los artículos 290 y 291, 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 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. Este auto será recurrible ante la Autoridad Judicial Militar Superior, quien resolverá en plazo de cinco días. En todo caso, la sentencia que ponga fin al proceso deberá levantar o imponer definitivamente el cierre del medio de difusión.



### DISPOSICION ADICIONAL

La competencia para el conocimiento de los delitos comprendidos en los artículos 1.º, 2.º y 3.º de esta Ley corresponde a la Audiencia Nacional y a los Juzgados Centrales.

### DISPOSICION DEROGATORIA

Queda derogado el artículo 2.º del Real Decreto-Ley 3/1979, de 26 de enero, así como cuantas disposiciones se opongan a la presente Ley Orgánica.

### DISPOSICION FINAL

La presente Ley entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

*LEY ORGANICA 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo.*  
(«Boletín Oficial del Estado», nú. 109, del 7 de mayo.)

#### Artículo 6.

1. El Defensor del Pueblo no estará sujeto a mandato imperativo alguno. No recibirá instrucciones de ninguna Autoridad. Desempeñará sus funciones con autonomía y según su criterio.

2. El Defensor del Pueblo gozará de inviolabilidad. No podrá ser detenido, expedientado, multado, perseguido o juzgado en razón a las opiniones que formule o a los actos que realice en el ejercicio de las competencias propias de su cargo.

3. En los demás casos, y mientras permanezca en el ejercicio de sus funciones, el Defensor del Pueblo no podrá ser detenido ni retenido sino en caso de flagrante delito, correspondiendo la decisión sobre su inculpación, prisión, procesamiento y juicio exclusivamente a la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.

4. Las anteriores reglas serán aplicables a los Adjuntos del Defensor del Pueblo en el cumplimiento de sus funciones.

#### Artículo 21.

El superior jerárquico u Organismo que prohíba al funcionario a sus órdenes o servicio responder a la requisitoria del Defensor del Pueblo o entrevistarse con él, deberá manifestarlo por escrito, debidamente motivado, dirigido al funcionario y al propio Defensor del Pueblo. El Defensor del Pueblo dirigirá en adelante cuantas actuaciones investigadoras sean necesarias al referido superior jerárquico.

## Artículo 22.

1. El Defensor del Pueblo podrá solicitar a los Poderes públicos todos los documentos que considere necesarios para el desarrollo de su función incluidos aquéllos clasificados con el carácter de secretos de acuerdo con la ley. En este último supuesto la no remisión de dichos documentos deberá ser acordada por el Consejo de Ministros y se acompañará una certificación acreditativa del acuerdo denegatorio.

2. Las investigaciones que realice el Defensor del Pueblo y el personal dependiente del mismo, así como los trámites procedimentales, se verificarán dentro de la más absoluta reserva, tanto con respecto a los particulares como a las dependencias y demás Organismos públicos, sin perjuicio de las consideraciones que el Defensor del Pueblo considere oportuno incluir en sus informes a las Cortes Generales. Se dispondrán medidas especiales de protección en relación con los documentos clasificados como secretos.

3. Cuando entienda que un documento declarado secreto y no remitido por la Administración pudiera afectar de forma decisiva a la buena marcha de su investigación, lo pondrá en conocimiento de las Comisiones del Congreso y del Senado a que se refiere el artículo 2.º de esta Ley.

## Artículo 24.2.

El funcionario que obstaculizare la investigación del Defensor del Pueblo mediante la negativa o negligencia en el envío de los informes que éste solicite, o en facilitar su acceso a expedientes o documentación administrativa necesaria para la investigación, incurrirá en el delito de desobediencia. El Defensor del Pueblo dará traslado de los antecedentes precisos al Ministerio Fiscal para el ejercicio de las acciones oportunas.

## Artículo 25.

1. Cuando el Defensor del Pueblo, en razón del ejercicio de las funciones propias de su cargo, tenga conocimiento de una conducta o hechos presumiblemente delictivos, lo pondrá de inmediato en conocimiento del Fiscal General del Estado.

2. En cualquier caso el Fiscal General del Estado informará periódicamente al Defensor del Pueblo, o cuando éste lo solicite, del trámite en que se hallen las actuaciones iniciadas a su instancia.

3. El Fiscal General del Estado pondrá en conocimiento del Defensor del Pueblo todas aquellas posibles irregularidades administrativas de que tenga conocimiento el Ministerio Fiscal en el ejercicio de sus funciones.

## Artículo 26.

El Defensor del Pueblo podrá, de oficio, ejercitar la acción de responsabilidad contra todas las autoridades, funcionarios y agentes civiles del orden gubernativo o administrativo, incluso local, sin que sea necesaria en ningún caso la previa reclamación por escrito.

LEY ORGANICA 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio. («Boletín Oficial de las Cortes», número 134, del 5.) (2)

## CAPITULO PRIMERO

### Disposiciones comunes a los tres estados

#### *Artículo primero.*

Uno. Procederá la declaración de los estados de alarma, excepción o sitio cuando circunstancias extraordinarias hiciesen imposible el mantenimiento de la normalidad mediante los poderes ordinarios de las Autoridades competentes.

Dos. Las medidas a adoptar en los estados de alarma, excepción y sitio, así como la duración de los mismos, serán en cualquier caso las estrictamente indispensables para asegurar el restablecimiento de la normalidad. Su aplicación se realizará en forma proporcionada a las circunstancias.

Tres. Finalizada la vigencia de los estados de alarma, excepción y sitio decaerán en su eficacia cuantas competencias en materia sancionadora y en orden a actuaciones preventivas correspondan a las Autoridades competentes, así como las concretas medidas adoptadas en base a éstas, salvo las que consistiesen en sanciones firmes.

Cuatro. La declaración de los estados de alarma, excepción y sitio no interrumpe el normal funcionamiento de los poderes constitucionales del Estado.

#### *Artículo segundo.*

La declaración de los estados de alarma, excepción o sitio, será publicada de inmediato en el «Boletín Oficial del Estado» y difundida obligatoriamente por todos los medios de comunicación públicos y por los privados que se determinen, y entrará en vigor desde el instante mismo de su publicación en aquél. También serán de difusión obligatoria las disposiciones que la Autoridad competente dicte durante la vigencia de cada uno de dichos estados.

#### *Artículo tercero.*

Uno. Los actos y disposiciones de la Administración Pública adoptados durante la vigencia de los estados de alarma, excepción y sitio serán impugnables en vía jurisdiccional de conformidad con lo dispuesto en las leyes.

---

(2) Proyecto publicado en el BOCC. Congreso. Serie A del 21 septiembre 1979, núm. 73-I ter. Informó la ponencia el 6 abril 1981. Dictamen de la Comisión el 9 abril 1981 y aprobación por el pleno del Congreso el 23 abril 1981. Dictamen y aprobación en el Senado el 13 y 14 de mayo respectivamente, aprobación definitiva el 20 mayo 1981.

Dos. Quienes como consecuencia de la aplicación de los actos y disposiciones adoptadas durante la vigencia de estos estados sufran, de forma directa, o en persona, derechos o bienes, daños o perjuicios por actos que no les sean imputables, tendrán derecho a ser indemnizados de acuerdo con lo dispuesto en las leyes.

## CAPITULO II

### El estado de alarma

#### *Artículo cuarto.*

El Gobierno, en uso de las facultades que le otorga el artículo ciento dieciséis, dos, de la Constitución podrá declarar el estado de alarma, en todo o parte del territorio nacional, cuando se produzca alguna de las siguientes alteraciones graves de la normalidad:

a) Catástrofes, calamidades o desgracias públicas, tales como terremotos, inundaciones, incendios urbanos y forestales o accidentes de gran magnitud.

b) Crisis sanitarias, tales como epidemias y situaciones de contaminación graves.

c) Paralización de servicios públicos esenciales para la comunidad, cuando no se garantice lo dispuesto en los artículos veintiocho, dos, y treinta y siete, dos, de la Constitución, y concurra alguna de las demás circunstancias o situaciones contenidas en este artículo.

d) Situaciones de desabastecimiento de productos de primera necesidad.

#### *Artículo quinto.*

Cuando los supuestos a que se refiere el artículo anterior afecten exclusivamente a todo o parte del ámbito territorial de una Comunidad Autónoma, el Presidente de la misma podrá solicitar del Gobierno la declaración de estado de alarma.

#### *Artículo sexto.*

Uno. La declaración del estado de alarma se llevará a cabo mediante decreto acordado en Consejo de Ministros.

Dos. En el decreto se determinará el ámbito territorial, la duración y los efectos del estado de alarma, que no podrá exceder de quince días. Sólo se podrá prorrogar con autorización expresa del Congreso de los Diputados, que en este caso podrá establecer el alcance y las condiciones vigentes durante la prórroga.

#### *Artículo séptimo.*

A los efectos del estado de alarma la Autoridad competente será el Gobierno o, por delegación de éste, el Presidente de la Comunidad Autónoma cuando la declaración afecte exclusivamente a todo o parte del territorio de una Comunidad.

*Artículo octavo.*

Uno. El Gobierno dará cuenta al Congreso de los Diputados de la declaración del estado de alarma y le suministrará la información que le sea requerida.

Dos. El Gobierno también dará cuenta al Congreso de los Diputados de los decretos que dicte durante la vigencia del estado de alarma en relación con éste.

*Artículo noveno.*

Uno. Por la declaración del estado de alarma todas las Autoridades civiles de la Administración Pública del territorio afectado por la declaración, los integrantes de los Cuerpos de Policía de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones Locales, y los demás funcionarios y trabajadores al servicio de las mismas, quedarán bajo las órdenes directas de la Autoridad competente en cuanto sea necesario para la protección de personas, bienes y lugares, pudiendo imponerles servicios extraordinarios por su duración o por su naturaleza.

Dos. Cuando la Autoridad competente sea el Presidente de una Comunidad Autónoma podrá requerir la colaboración de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, que actuarán bajo la dirección de sus mandos naturales.

*Artículo diez.*

Uno. El incumplimiento o la resistencia a las órdenes de la Autoridad competente en el estado de alarma será sancionado con arreglo a lo dispuesto en las leyes.

Dos. Si estos actos fuesen cometidos por funcionarios, las Autoridades podrán suspenderlos de inmediato en el ejercicio de sus cargos, pasando, en su caso, el tanto de culpa al Juez, y se notificará al superior jerárquico, a los efectos del oportuno expediente disciplinario.

Tres. Si fuesen cometidos por Autoridades, las facultades de éstas que fuesen necesarias para el cumplimiento de las medidas acordadas en ejecución de la declaración de estado de alarma podrán ser asumidas por la Autoridad competente durante su vigencia.

*Artículo once.*

Con independencia de lo dispuesto en el artículo anterior, el decreto de declaración del estado de alarma, o los sucesivos que durante su vigencia se dicten, podrán acordar las medidas siguientes:

a) Limitar la circulación o permanencia de personas o vehículos en horas y lugares determinados, o condicionarlas al cumplimiento de ciertos requisitos.

b) Practicar requisas temporales de todo tipo de bienes e imponer prestaciones personales obligatorias.

c) Intervenir y ocupar transitoriamente industrias, fábricas, talleres, explotaciones o locales de cualquier naturaleza, con excepción de domicilios privados, dando cuenta de ello a los Ministerios interesados.

d) Limitar o racionar el uso de servicios o el consumo de artículos de primera necesidad.

e) Impartir las órdenes necesarias para asegurar el abastecimiento de los mercados y el funcionamiento de los servicios y de los centros de producción afectados por el apartado d) del artículo cuarto.

*Artículo doce.*

Uno. En los supuestos previstos en los apartados a) y b) del artículo cuarto, la Autoridad competente podrá adoptar por sí, según los casos, además de las medidas previstas en los artículos anteriores, las establecidas en las normas para la lucha contra las enfermedades infecciosas, la protección del medio ambiente, en materia de aguas y sobre incendios forestales.

Dos. En los casos previstos en los apartados c) y d) del artículo cuarto el Gobierno podrá acordar la intervención de empresas o servicios, así como la movilización de su personal, con el fin de asegurar su funcionamiento. Será de aplicación al personal movilizado la normativa vigente sobre movilización que, en todo caso, será supletoria respecto de lo dispuesto en el presente artículo.

### CAPITULO III

#### El estado de excepción

*Artículo trece.*

Uno. Cuando el libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos, el normal funcionamiento de las instituciones democráticas, el de los servicios públicos esenciales para la comunidad, o cualquier otro aspecto del orden público, resulten tan gravemente alterados que el ejercicio de las potestades ordinarias fuera insuficiente para restablecerlo y mantenerlo, el Gobierno, de acuerdo con el apartado tres del artículo ciento dieciséis de la Constitución, podrá solicitar del Congreso de los Diputados autorización para declarar el estado de excepción.

Dos. A los anteriores efectos, el Gobierno remitirá al Congreso de los Diputados una solicitud de autorización que deberá contener los siguientes extremos.

a) Determinación de los efectos del estado de excepción, con mención expresa de los derechos cuya suspensión se solicita, que no podrán ser otros que los enumerados en el apartado uno del artículo cincuenta y cinco de la Constitución.

b) Relación de las medidas a adoptar referidas a los derechos cuya suspensión específicamente se solicita.

c) Ambito territorial del estado de excepción, así como duración del mismo, que no podrá exceder de treinta días.

d) La cuantía máxima de las sanciones pecuniarias que la Autoridad gubernativa esté autorizada para imponer, en su caso, a quienes contraven-gan las disposiciones que dicte durante el estado de excepción.

Tres. El Congreso debatirá la solicitud de autorización remitida por el Gobierno, pudiendo aprobarla en sus propios términos o introducir modificaciones en la misma.

#### *Artículo catorce.*

El Gobierno, obtenida la autorización a que hace referencia el artículo anterior, procederá a declarar el estado de excepción, acordando para ello en Consejo de Ministros un decreto con el contenido autorizado por el Congreso de los Diputados.

#### *Artículo quince.*

Uno. Si durante el estado de excepción el Gobierno considerase conveniente la adopción de medidas distintas de las previstas en el decreto que lo declaró, procederá a solicitar del Congreso de los Diputados la autorización necesaria para la modificación del mismo, para lo que se utilizará el procedimiento, que se establece en los artículos anteriores.

Dos. El Gobierno, mediante decreto acordado en Consejo de Ministros, podrá poner fin al estado de excepción antes de que finalice el período para el que fue declarado, dando cuenta de ello inmediatamente al Congreso de los Diputados.

Tres. Si persistieran las circunstancias que dieron lugar a la declaración del estado de excepción, el Gobierno podrá solicitar del Congreso de los Diputados la prórroga de aquél, que no podrá exceder de treinta días.

#### *Artículo dieciséis.*

Uno. La Autoridad gubernativa podrá detener a cualquier persona si lo considera necesario para la conservación del orden, siempre que, cuando menos, existan fundadas sospechas de que dicha persona vaya a provocar alteraciones del orden público. La detención no podrá exceder de diez días y los detenidos disfrutarán de los derechos que les reconoce el artículo diecisiete, tres, de la Constitución.

Dos. La detención habrá de ser comunicada al Juez competente en el plazo de veinticuatro horas. Durante la detención, el Juez podrá, en todo momento, requerir información y conocer personalmente, o mediante delegación en el Juez de Instrucción del partido o demarcación donde se encuentre el detenido, la situación de éste.

#### *Artículo diecisiete.*

Uno. Cuando la autorización del Congreso comprenda la suspensión del artículo dieciocho, dos, de la Constitución, la Autoridad gubernativa podrá

disponer inspecciones y registros domiciliarios si lo considera necesario para el esclarecimiento de los hechos presuntamente delictivos o para el mantenimiento del orden público.

Dos. La inspección o el registro se llevarán a cabo por la propia Autoridad o por sus agentes, a los que proveerá de orden formal y escrita.

Tres. El reconocimiento de la casa, papeles y efectos, podrá ser presenciado por el titular o encargado de la misma o por uno o más individuos de su familia mayores de edad y, en todo caso, por dos vecinos de la casa o de las inmediaciones si en ellas los hubiere, o, en su defecto, por dos vecinos del mismo pueblo o del pueblo o pueblos limítrofes.

Cuatro. No hallándose en ella al titular o encargado de la casa ni a ningún individuo de la familia, se hará el reconocimiento en presencia únicamente de los dos vecinos indicados.

Cinco. La asistencia de los vecinos requeridos para presenciar el registro será obligatoria y coercitivamente exigible.

Seis. Se levantará acta de la inspección o registro, en la que se harán constar los nombres de las personas que asistieren y las circunstancias que concurriesen, así como las incidencias a que diere lugar. El acta será firmada por la autoridad o el agente que efectuare el reconocimiento y por el dueño o familiares y vecinos. Si no supieran o no quiesen firmar se anotará también esta incidencia.

Siete. La autoridad gubernativa comunicará inmediatamente al Juez competente las inspecciones y registros efectuados, las causas que los motivaron y los resultados de los mismos, remitiéndole copia del acta levantada.

#### *Artículo dieciocho.*

Uno. Cuando la autorización del Congreso comprenda la suspensión del artículo dieciocho, tres, de la Constitución, la autoridad gubernativa podrá intervenir toda clase de comunicaciones, incluidas las postales, telegráficas y telefónicas. Dicha intervención sólo podrá ser realizada si ello resulta necesario para el esclarecimiento de los hechos presuntamente delictivos o el mantenimiento del orden público.

Dos. La intervención decretada será comunicada inmediatamente por escrito motivado al Juez competente.

#### *Artículo diecinueve.*

La autoridad gubernativa podrá intervenir y controlar toda clase de transportes y la carga de los mismos.

#### *Artículo veinte.*

Uno. Cuando la autorización del Congreso comprenda suspensión del artículo diecinueve de la Constitución, la autoridad gubernativa podrá prohibir la circulación de personas y vehículos en las horas y lugares que se determine, y exigir a quienes se desplacen de un lugar a otro que acrediten su identidad, señalándoles el itinerario a seguir.

Dos. Igualmente podrá delimitar zonas de protección o seguridad y dictar las condiciones de permanencia en las mismas y prohibir en lugares deter-



minados la presencia de personas que puedan dificultar la acción de la fuerza pública.

Tres. Cuando ello resulte necesario, la Autoridad gubernativa podrá exigir a personas determinadas que comuniquen con una antelación de dos días todo desplazamiento fuera de la localidad en que tengan su residencia habitual.

Cuatro. Igualmente podrá disponer su desplazamiento fuera de dicha localidad cuando lo estime necesario.

Cinco. Podrá también fijar transitoriamente la residencia de personas determinadas en localidad o territorio adecuado a sus conocimientos personales.

Seis. Corresponde a la Autoridad gubernativa proveer los recursos necesarios para el cumplimiento de las medidas previstas en este artículo y, particularmente, de las referidas a viajes, alojamiento y manutención de la persona afectada.

Siete. Para acordar las medidas a que se refieren los apartados tres, cuatro y cinco de este artículo, la Autoridad gubernativa habrá de tener fundados motivos en razón a la peligrosidad que para el mantenimiento del orden público supone la persona afectada por tales medidas.

#### *Artículo veintiuno.*

Uno. La Autoridad gubernativa podrá suspender todo tipo de publicaciones, emisiones de radio y televisión, proyecciones cinematográficas y representaciones teatrales, siempre y cuando la autorización del Congreso comprenda la suspensión del artículo veinte, apartados uno, a) y d), y cinco de la Constitución. Igualmente podrá ordenar el secuestro de publicaciones.

Dos. El ejercicio de las potestades a que se refiere el apartado anterior no podrá llevar aparejado ningún tipo de censura previa.

#### *Artículo veintidós.*

Uno. Cuando la autorización del Congreso comprenda suspensión del artículo veintiuno de la Constitución, la autoridad gubernativa podrá someter a autorización previa o prohibir la celebración de reuniones y manifestaciones.

Dos. También podrá disolver las reuniones y manifestaciones a que se refiere el párrafo anterior.

Tres. Las reuniones orgánicas que los partidos políticos, los sindicatos y las asociaciones empresariales realicen en cumplimiento de los fines que respectivamente les asignen los artículos sexto y séptimo de la Constitución, y de acuerdo con sus Estatutos, no podrán ser prohibidas, disueltas ni sometidas a autorización previa.

Cuatro. Para penetrar en los locales en que tuvieran lugar las reuniones, la Autoridad gubernativa deberá proveer a sus agentes de autorización formal y escrita. Esta autorización no será necesaria cuando desde dichos locales se estuviesen produciendo alteraciones graves del orden público

constitutivas de delito o agresiones a las Fuerzas de Seguridad y en cualesquiera otros casos de flagrante delito.

*Artículo veintitrés.*

La Autoridad gubernativa podrá prohibir las huelgas y la adopción de medidas de conflicto colectivo, cuando la autorización del Congreso comprenda la suspensión de los artículos veintiocho, dos, y treinta y siete, dos, de la Constitución.

*Artículo veinticuatro.*

Uno. Los extranjeros que se encuentren en España vendrán obligados a realizar las comparecencias que se acuerden, a cumplir las normas que se dicten sobre renovación o control de permisos de residencia y cédulas de inscripción consular y a observar las demás formalidades que se establezcan.

Dos. Quienes contravinieren las normas o medidas que se adopten, o actuaren en connivencia con los perturbadores del orden público, podrán ser expulsados de España, salvo que sus actos presentaren indicios de ser constitutivos de delito, en cuyo caso se les someterá a los procedimientos judiciales correspondientes.

Tres. Los apátridas y refugiados respecto de los cuales no sea posible la expulsión se someterán al mismo régimen que los españoles.

Cuatro. Las medidas de expulsión deberán ir acompañadas de una previa justificación sumaria de las razones que la motivan.

*Artículo veinticinco.*

La autoridad gubernativa podrán proceder a la incautación de toda clase de armas, municiones o sustancias explosivas.

*Artículo veintiséis.*

Uno. La Autoridad gubernativa podrá ordenar la intervención de industrias o comercios que puedan motivar la alteración del orden público o coadyuvar a ella, y la suspensión temporal de las actividades de los mismos, dando cuenta a los Ministerios interesados.

Dos. Podrá, asimismo, ordenar el cierre provisional de salas de espectáculos, establecimientos de bebidas y locales de similares características.

*Artículo veintisiete.*

La Autoridad gubernativa podrá ordenar las medidas necesarias de vigilancia y protección de edificaciones, instalaciones, obras, servicios públicos e industrias o explotaciones de cualquier género. A estos efectos podrá emplazar puestos armados en los lugares más apropiados para ase-

gurar la vigilancia, sin perjuicio de lo establecido en el artículo dieciocho, uno, de la Constitución.

*Artículo veintiocho.*

Cuando la alteración del orden público haya dado lugar a alguna de las circunstancias especificadas en el artículo cuarto o coincida con ellas, el Gobierno podrá adoptar además de las medidas propias del estado de excepción, las previstas para el estado de alarma en la presente ley.

*Artículo veintinueve.*

Si algún funcionario o personal al servicio de una Administración pública o entidad o instituto de carácter público u oficial favoreciese con su conducta la actuación de los elementos perturbadores del orden, la Autoridad gubernativa podrá suspenderlo en el ejercicio de su cargo, pasando el tanto de culpa al Juez competente y notificándolo al superior jerárquico a los efectos del oportuno expediente disciplinario.

*Artículo treinta.*

Uno. Si durante el estado de excepción el Juez estimase la existencia de hechos contrarios al orden público o a la seguridad ciudadana que puedan ser constitutivos de delito, oído el Ministerio Fiscal, decretará la prisión provisional del presunto responsable, la cual mantendrá, según su arbitrio, durante dicho estado.

Dos. Los condenados en estos procedimientos quedan exceptuados de los beneficios de la remisión condicional durante la vigencia del estado de excepción.

*Artículo treinta y uno.*

Cuando la declaración del estado de excepción afecte exclusivamente a todo o parte del ámbito territorial de una Comunidad Autónoma, la Autoridad gubernativa podrá coordinar el ejercicio de sus competencias con el Gobierno de dicha Comunidad.

## CAPITULO IV

### El estado de sitio

*Artículo treinta y dos.*

Uno. Cuando se produzca o amenace producirse una insurrección o acto de fuerza contra la soberanía o independencia de España, su integridad territorial o el ordenamiento constitucional, que no pueda resolverse por otros medios, el Gobierno, de conformidad con lo dispuesto en el apartado

cuatro del artículo ciento dieciséis de la Constitución, podrá proponer al Congreso de los Diputados la declaración del estado de sitio.

Dos. La correspondiente declaración determinará el ámbito territorial, duración y condiciones del estado de sitio.

Tres. La declaración podrá autorizar, además de lo previsto para los estados de alarma y excepción, la suspensión temporal de las garantías jurídicas del detenido que se reconocen en el apartado tres del artículo diecisiete de la Constitución.

*Artículo treinta y tres.*

Uno. En virtud de la declaración del estado de sitio, el Gobierno, que dirige la política militar y de la defensa, de acuerdo con el artículo noventa y siete de la Constitución, asumirá todas las facultades extraordinarias previstas en la misma y en la presente ley.

Dos. A efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, el Gobierno designará la Autoridad militar que, bajo su dirección, haya de ejecutar las medidas que procedan en el territorio a que el estado de sitio se refiera.

*Artículo treinta y cuatro.*

La Autoridad militar procederá a publicar y difundir los oportunos bandos, que contendrán las medidas y prevenciones necesarias, de acuerdo con la Constitución, la presente ley y las condiciones de la declaración del estado de sitio.

*Artículo treinta y cinco.*

En la declaración del estado de sitio el Congreso de los Diputados podrá determinar los delitos que durante su vigencia quedan sometidos a la jurisdicción Militar.

*Artículo treinta y seis.*

Las Autoridades civiles continuarán en el ejercicio de las facultades que no hayan sido conferidas a la Autoridad militar de acuerdo con la presente Ley. Aquellas Autoridades darán a la militar las informaciones que ésta le solicite y cuantas noticias referentes al orden público lleguen a su conocimiento.

## DISPOSICION DEROGATORIA

Quedan derogados los artículos veinticinco a cincuenta y uno y disposiciones finales y transitorias de la Ley cuarenta y cinco/mil novecientos cincuenta y nueve, de treinta de julio, de Orden Público, así como cuantas disposiciones se opongan a lo preceptuado en la presente Ley Orgánica.

DISPOSICION FINAL

La presente Ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

B) LEYES

*LEY 39/1981, de 28 de octubre, por la que se regula el uso de la bandera de España y el de otras banderas y enseñas. («Boletín Oficial del Estado», núm. 271, del 12 de noviembre) (1).*

*Artículo primero.*

La bandera de España simboliza la nación; es signo de la soberanía, independencia, unidad e integridad de la patria y representa los valores superiores expresados en la Constitución.

*Artículo segundo.*

Uno. La bandera de España, de acuerdo con lo preceptuado en el artículo cuarto de la Constitución española, está formada por tres franjas horizontales, roja, amarilla y roja, siendo la amarilla de doble anchura que cada una de las rojas.

Dos. En la franja amarilla se podrá incorporar, en la forma que reglamentariamente se señale, el escudo de España.

El escudo de España figurará, en todo caso, en las banderas a que se refieren los apartados uno, dos, tres y cuatro del artículo siguiente.

Tres. El tratamiento y honores que deben ser prestados a la bandera de España se regirán por lo que reglamentariamente se disponga y en el caso de las Fuerzas Armadas, por sus disposiciones específicas.

*Artículo tercero.*

Uno. La bandera de España deberá ondear en el exterior y ocupar el lugar preferente en el interior de todos los edificios y establecimientos de la Administración central, institucional, autonómica, provincial o insular y municipal del Estado.

Dos. La bandera de España será la única que ondee y se exhiba en las sedes de los órganos constitucionales del Estado y en la de los órganos centrales de la Administración del Estado.

Tres. La bandera de España será la única que ondee en el asta de los edificios públicos militares y en los acuartelamientos, buques, aeronaves y

---

(1) Proyecto de ley publicado en BOCG. Congreso. Serie A, núm. 189-I, del 13 de abril de 1981. Informe ponencia del 9 de junio y dictamen de la Comisión el 16 de junio de 1981. Aprobado por el pleno del Congreso el 22 de junio de 1981. Dictamen y aprobación por el Senado el 17 y 23 de septiembre, respectivamente. Aprobación definitiva el 13 de octubre de 1981.

cualesquiera otros establecimientos de las Fuerzas Armadas y de las Fuerzas de Seguridad del Estado.

Cuatro. La bandera de España, así como el escudo de España, se colocará en los locales de las misiones diplomáticas y de las oficinas consulares, en las residencias de sus Jefes y, en su caso, en sus medios de transporte oficial.

Cinco. La bandera de España se enarbolará como pabellón en los buques, embarcaciones y artefactos flotantes españoles, cualquiera que sea su tipo, clase o actividad con arreglo a lo que establezcan las disposiciones y usos que rigen la navegación.

*Artículo cuarto.*

En las Comunidades Autónomas, cuyos estatutos reconozcan una bandera propia, ésta se utilizará juntamente con la bandera de España en todos los edificios públicos civiles del ámbito territorial de aquélla, en los términos de lo dispuesto en el artículo sexto de la presente ley.

*Artículo quinto.*

Cuando los Ayuntamientos y Diputaciones o cualesquiera otras Corporaciones públicas utilicen sus propias banderas, lo harán junto a la bandera de España en los términos de lo establecido en el artículo siguiente:

*Artículo sexto.*

Uno. Cuando se utilice la bandera de España ocupará siempre lugar destacado, visible y de honor.

Dos. Si junto a ella se utilizan otras banderas, la bandera de España ocupará lugar preeminente y de máximo honor y las restantes no podrán tener mayor tamaño.

Se entenderá como lugar preeminente y de máximo honor:

- a) Cuando el número de banderas que ondeen juntas sea impar, la posición central.
- b) Si el número de banderas que ondeen juntas es par, de las dos posiciones que ocupan el centro, la de la derecha de la presidencia si la hubiere o la izquierda del observador.

*Artículo séptimo.*

Cuando la bandera de España deba ondear junto a la de otro Estados o naciones lo hará de acuerdo con las normas y usos internacionales que rigen esta materia en las relaciones entre Estados, así como con las disposiciones y reglamentos internos de las organizaciones intergubernamentales y las conferencias internacionales.

*Artículo octavo.*

Se prohíbe la utilización en la bandera de cualesquiera símbolos o siglas de partidos políticos, sindicatos, asociaciones o entidades privadas.

*Artículo noveno.*

Las autoridades corregirán en el acto las infracciones de esta ley, restableciendo la legalidad que haya sido conculcada.

*Artículo décimo.*

Uno. Los ultrajes y ofensas a la bandera de España y a las contempladas en el artículo cuarto del presente texto, se castigarán conforme a lo dispuesto en las leyes.

Dos. Las infracciones de lo previsto en esta ley se considerarán incurso en lo establecido en el artículo ciento veintitrés y concordantes del Código penal y, en su caso, en el artículo trescientos dieciséis del Código de Justicia Militar, sin perjuicio de las sanciones administrativas que pudieran proceder.

Tres. Los ultrajes y ofensas a las banderas a que se refiere el artículo tercero de esta ley, se considerarán siempre como cometidas con publicidad a los efectos de lo dispuesto en el citado artículo ciento veintitrés del Código penal.

Cuatro. Sin perjuicio de la responsabilidad en que incurran los autores de las infracciones de lo dispuesto en esta ley, lo establecido en el artículo 123 del Código penal o trescientos dieciséis del Código de Justicia Militar, en los casos de personas y lugares previstos en este último, será asimismo de aplicación a los presidentes, directores o titulares de organismos, instituciones, centros o dependencias y a los representantes legales de partidos políticos, sindicatos, asociaciones o entidades privadas de toda índole, que tras ser requeridos para el cumplimiento de esta ley por la autoridad gubernativa, incumplan lo preceptuado en los artículos anteriores.

**DISPOSICION DEROGATORIA**

Quedan derogados el Real Decreto dos mil setecientos cuarenta y nueve/mil novecientos setenta y ocho, de veinticuatro de noviembre, sobre utilización de la bandera nacional, y cuantas otras disposiciones se opongan a lo establecido en la presente ley.

**DISPOSICION ADICIONAL**

Se faculta al Gobierno para dictar las disposiciones que requiera el cumplimiento de la presente ley, la cual entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

## C) ORDENES

*ORDEN de 20 de enero de 1981, por la que se regula la profesión de Detectives Privados. («Boletín Oficial del Estado», núm. 20, del 23.)*

Art. 8.º Los Detectives Privados no podrán realizar investigaciones sobre delitos perseguibles de oficio, y si alguno de éstos llegara a su conocimiento, darán cuenta del mismo inmediatamente a las Comisaría de Policía o Puestos de la Guardia Civil. No obstante, podrán investigar los delitos perseguibles a instancia de parte legítima, cuando estén autorizados por los agraviados y la Autoridad Judicial no se halle conociendo del asunto o cuando la investigación sea solicitada por parte directamente interesada y consienta en ello el órgano judicial.

Su función se inspirará en el respeto y observancia de los preceptos constitucionales referentes a los derechos de la persona.

Art. 9.º Los Detectives Privados y sus auxiliares están obligados a guardar riguroso secreto de las investigaciones que realicen, y no podrán facilitar datos sobre éstas más que a las personas que se las encomienden y a las Autoridades Policiales, Juzgados y Tribunales para el ejercicio de sus funciones, cuando tales informaciones se soliciten formalmente por el Organismo competente en cada caso.

*ORDEN de 29 de julio de 1981 sobre investigación del grado de impregnación alcohólica de los usuarios de las vías públicas.. («Boletín Oficial del Estado», núm. 186, del 5 de agosto.)*

Ilustrísimo señor:

El principio de la seguridad del tráfico constituye en definitiva el móvil fundamental de la intervención gubernativa y justifica las normas dictadas para su consecución, que, sin olvidar los aspectos represivos de inevitable consideración, deben incidir muy especialmente en operaciones preventivas a través de la educación, formación o divulgación y, sus secuelas, de vigilancia y control tanto de las medidas adoptadas, consideradas objetivamente, como de su enraizamiento y calado en la esfera individual y social.

La finalidad esencialmente preventiva de las medidas a adoptar hace desplazar el centro de gravedad de los estudios y normas sobre seguridad de lo que ha sido tradicionalmente su aspecto fundamental, dando mayor relevancia a la formación de actitudes y creando un clima propicio para, al menos, que se tome conciencia del problema de la seguridad que constituye el fondo de toda conducta viaria, evitando el rechazo social de la disciplina y del olvido de los intereses comunitarios.

Todo ello es lo que en definitiva viene a justificar la reciente reforma del Código de la Circulación, operada por Real Decreto 1.467/1981, de 8 de mayo, en su artículo 52 y la remisión al mismo del apartado I. i) del 292 y, por lo



que se refiere al problema de la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, no tanto con la finalidad de sancionar tal conducta, cuanto con la de incitar y concienciar a cualquier conductor, lo sea o no de vehículo de motor, para que limite su ingestión o, en último término, se abstenga de conducir en tal estado, sublimando así su sentido de la responsabilidad y el beneficioso ejemplo de su conducta, finalidades y objetivos que conviene propugnar de raíz y desde su origen, con un sentido eminentemente preventivo que justifica su control tanto cuando el accidente o la grave infracción ya se ha consumado, según se preveía en la legislación anterior y con trascendencia a los efectos de determinar las responsabilidades de cualquier usuario de la vía, o de adoptar severas medidas represivas, como, en ausencia de estas circunstancias con el deseo de poder llegar a evitarlos mediante la adopción de medidas apropiadas consecuentes con el previo control.

En su virtud, dispongo:

Artículo 1.º Todo usuario de la vía, sea o no conductor, que se encuentre implicado directamente en un accidente de tráfico podrá ser sometido a las pruebas de detección alcohólica. Asimismo podrá verse sometido a dichas pruebas cualquier conductor que sea denunciado por una de las infracciones recogidas en el artículo 289, I, del Código de la Circulación, presente síntomas evidentes de embriaguez o, aun en ausencia de estas circunstancias cuando sea requerido al efecto por la Autoridad o sus Agentes dentro del programa de controles preventivos de alcoholemia.

Art. 2.º Las pruebas obligatorias serán siempre mediante aparatos de detección alcohólica del aire espirado, salvo que tratándose de heridos de cierta gravedad deba procederse a su evacuación a un centro sanitario, en cuyo caso el personal facultativo determinará cuáles son las pruebas más adecuadas.

Art. 3.º Para la validez de las pruebas de detección del alcohol en el aire espirado será necesaria la utilización de un alcoholómetro de precisión oficialmente autorizado, que determine de forma cuantitativa el grado de impregnación alcohólica, si bien esta prueba puede venir precedida de otra orientativa anterior, efectuada con otro tipo de aparato, tendente solamente a dilucidar si existen o no sospechas fundadas de que dicho grado de impregnación puede ser superior a 0,8 gramos de alcohol en sangre por mil centímetros cúbicos o a la tasa inferior que esté prevista para determinados conductores en razón a las normas reglamentarias que específicamente les afectan.

Art. 4.º Si el resultado de la prueba orientativa fuese positivo el interesado podrá exigir que entre la realización de esta prueba y la de la segunda medie un tiempo mínimo de diez minutos. Igualmente podrá exigir, transcurrido el mismo lapso de tiempo, la realización de una segunda prueba cuando la primera se haya efectuado con un aparato de precisión. En todo caso a petición de los interesados, los resultados obtenidos podrán contrastarse por análisis clínicos, que se efectuarán en un centro sanitario próximo al lugar de la detención, a cuyo efecto el Agente actuante adoptará las medidas más convenientes para su traslado al mismo.

El importe de dichos análisis correrá a cargo del interesado cuando el resultado sea positivo.

Art. 5.º De comprobarse un grado de impregnación alcohólica superior al permitido, el Agente actuante podrá proceder a la retención del afectado en un lugar adecuado hasta el momento en que fundadamente estime que han desaparecido los efectos de la intoxicación alcohólica, y, en su caso, a la inmediata inmovilización del vehículo, proveyendo cuanto fuera necesario en orden a la seguridad de la circulación en general, del propio vehículo y su carga o de los animales, así como, en caso preciso, al acondicionamiento o evacuación de las personas transportadas, especialmente si se trata de niños, ancianos, enfermos o inválidos.

Los gastos que pudieran ocasionarse serán de cuenta del conductor o de quien legalmente deba responder por él.

Art. 6.º La inmovilización del vehículo será dejada sin efecto tan pronto como pueda sustituir al conductor otro habilitado para ello, siempre que acceda a someterse igualmente a las pruebas de detección alcohólica y éstas arrojen un resultado negativo, o se trate de un conductor cualificado cuya actuación haya sido requerida por la Fuerza actuante. En tal caso sólo se retendrá al conductor cuando racionalmente pueda sospecharse que por su estado puede constituir un peligro para la conducción, incluso como simple usuario del vehículo.

Art. 7.º En el caso de que el resultado sea positivo, siempre que haya ocurrido un accidente o el hecho pueda constituir delito, se dará cuenta a la Autoridad judicial con expresión de las circunstancias concurrentes, para dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 276 del Código de la Circulación. De no proceder la aplicación del precepto últimamente citado se formulará la correspondiente denuncia para su sustanciación en vía administrativa.

Art. 8.º En el caso de negativa a someterse a las pruebas de detección alcohólica, los Agentes actuantes, con independencia de formular en cualquier caso boletín de denuncia que corresponda a esta infracción, conducirán, al obligado a ello, al Juzgado correspondiente y a los efectos que procedan siempre que haya ocurrido un accidente, o el hecho pueda ser constitutivo de delito.

Con las modificaciones procedentes les serán, igualmente, de aplicación lo dispuesto en los artículos 5.º y 6.º anteriores.

Art. 9.º Por el Ministerio del Interior, a propuesta del Director de Tráfico y previos los informes que se estimen necesarios, se determinarán los programas para llevar a efecto los controles preventivos de alcoholemia, pudiendo requerir la colaboración de las correspondientes policías municipales cuando los controles se realicen en vías urbanas.

*ORDEN de 30 de septiembre de 1981 por la que se dispone la publicación del acuerdo del Consejo de Ministros de 4 de septiembre de 1981 sobre principios básicos de actuación de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.* («Boletín Oficial del Estado», núm. 236, del 2 de octubre.)

Establecidos, mediante acuerdo de Consejo de Ministros de 4 de septiembre de 1981, los principios básicos de actuación de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

Este Ministerio ha dispuesto la publicación del citado Acuerdo, cuyo texto se transcribe a continuación:

«Acuerdo sobre principios básicos de actuación de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

Los principios de justicia, libertad y seguridad, proclamados por la Constitución española, tiene en las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado uno de los pilares básicos, al encomendarse a éstos, en la primera norma legal, la protección del libre ejercicio de los derechos y libertades y la garantía de seguridad ciudadana.

El Consejo de Europa, en su Resolución 690, relativa a la «Declaración sobre la Policía», ha fijado con carácter general estos principios, por lo que se hace necesario un acuerdo que, respetando los cometidos que por su naturaleza militar tiene la Guardia Civil y reconociendo el principio de reserva de ley proclamado en la Constitución, cubra el vacío existente en nuestro ordenamiento jurídico—con carácter provisional hasta que se dicte la norma legal de rango adecuado, que, una vez aprobada por el Gobierno, será sometida al Congreso, según lo previsto en el artículo 88 de la Constitución—y constituyan fuente de inspiración de la política de promoción legislativa y de desarrollo de las competencias que en materia de seguridad ciudadana han de corresponder a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

En consecuencia, a propuesta del Ministro del Interior, el Consejo de Ministros en su reunión del día 4 de septiembre de 1981.

#### A C U E R D A :

Establecer como principios básicos de actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado:

Primero.—Los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado estarán obligados a respetar la Constitución y a cumplir ejemplarmente los deberes generales de todo ciudadano.

Segundo.—Los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado tienen como misión fundamental proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar el orden y la seguridad ciudadana, de acuerdo con el mandato constitucional y demás normas legales y reglamentarias.

Tercero.—Los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado no estarán obligados al cumplimiento de órdenes reglamentariamente

dictadas que entrañen la ejecución de actos que aquéllos sepan o deban saber que manifiestamente sean contrarios a las Leyes o constituyan delito, en particular contra la Constitución.

Cuarto.—Los miembros de aquellas Fuerzas y Cuerpos evitarán la comisión de hechos delictivos. De haberse cometido éstos les corresponde investigarlos, descubrir y detener a los culpables y recoger y asegurar los efectos, instrumentos y pruebas del delito, actuando, en tal misión con sujeción a los órganos judiciales.

Quinto.—Los componentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado actuarán, en el cumplimiento de sus funciones, con absoluta imparcialidad, integridad y dignidad.

Sexto.—Los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado estarán sujetos, en su actuación profesional, a los principios de jerarquía y subordinación.

Séptima.—Velarán por el cumplimiento de las Leyes y reglamentos, teniendo el deber de oponerse a cualquier acto que entrañe la violación de los mismos, actuando para impedirlo, cualquiera que fuere su autor y circunstancias.

Octavo.—Asumen especialmente el deber de impedir, en el ejercicio de su actuación profesional, cualquier práctica abusiva, arbitraria o discriminatoria.

Noveno.—Los componentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado tienen el deber de velar por la vida e integridad física de las personas a quienes detuvieren, o que se encontraren bajo su custodia, dejando siempre a salvo el honor y la dignidad de las mismas.

A estos efectos requerirán en caso necesario la presencia de facultativo o Letrado, que atienda o asista al detenido.

Diez.—En el ejercicio de su actuación profesional, los componentes de aquellas Fuerzas y Cuerpos, actuarán siempre con la necesaria decisión, sujetándose al empleo de aquellos medios de disuasión y defensa que fueran adecuados y proporcionados al alcance de la perturbación o daño producido, procurando, en cualquier caso, no hacer uso de la fuerza más allá de lo razonable y necesario para cumplir su cometido y evitar el daño a las personas o las cosas.

Once.—Los miembros de aquellas Fuerzas y Cuerpos observarán siempre un trato correcto y esmerado en sus relaciones con todas las personas, a quienes procurarán auxiliar y proteger, siempre que las circunstancias lo aconsejen o fueren requeridos para ello.

Doce.—Los componentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado estarán obligados a una colaboración y cooperación recíprocas, debiendo guiarse su actuación, en todo momento, y aun cuando se tratare del ejercicio de sus derechos, por el respeto al honor y prestigio de estas Fuerzas y Cuerpos y de sus compañeros, así como la salvaguardia de la seguridad física de todos sus miembros.

Trece.—Los componentes de dichas Fuerzas y Cuerpos llevarán a cabo sus funciones con total dedicación, debiendo de intervenir siempre, en cual-

quier tiempo y lugar, se hallaren o no de servicio, en defensa de la ley o el orden.

Catorce.—La pertenencia a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado determina la incompatibilidad de sus miembros para dedicarse a cualquier otra profesión o actividad, en cuanto ello pueda impedir o menoscabar su imparcialidad y objetividad en el cumplimiento de sus funciones.

Quince.—Los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado tendrán el deber de reserva y secreto profesional respecto a los hechos que conozcan por razón o con ocasión del desempeño de sus funciones, y no estarán obligados a revelar la identidad o circunstancias de aquellas personas que colaboraren con ellos, salvo cuando la actuación de éstas hubiera dado lugar a la comisión de hechos punibles.

Dieciséis.—Todos y cada uno de los componentes de las referidas Fuerzas y Cuerpos serán responsables personal y directamente, en la medida que corresponda, por los actos que en su actuación profesional lleven a cabo, infringiendo o vulnerando, de alguna manera, las normas legales, así como las reglamentarias que rijan su profesión y los principios que ahora se enuncian.

Diecisiete.—La responsabilidad penal en que pudieran haber incurrido los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, con motivo u ocasión de su actuación policial, será exigida por los órganos de la jurisdicción ordinaria, dejando a salvo que, por razón de la persona, del delito o del lugar, sea competente otra jurisdicción y sin perjuicio de las sanciones que, en su caso, les correspondiera en el plano administrativo, por incumplimiento de sus deberes reglamentarios.

Dieciocho.—Como garantía del cumplimiento de su misión al servicio de la comunidad, los componentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, actuarán en el ejercicio de su misiones, con absoluta neutralidad política.

Diecinueve.—Los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado recibirán permanentemente una formación y preparación profesional que garantice el mejor cumplimiento de sus deberes fundamentales, así como una enseñanza apropiada en materia de derechos humanos y libertades públicas.

Veinte.—Se reconoce a estos miembros el derecho a ocupar puestos de servicio conforme a sus méritos, capacidad, antigüedad, a tenor de lo dispuesto en la correspondiente legislación y reglamentación.

Veintiuno.—Los componentes de las citadas Fuerzas y Cuerpos gozarán del derecho a la inamovilidad de residencia, salvo circunstancias determinadas, debidamente ponderadas, en función de las necesidades del servicio, y las propias de la naturaleza de algunos de aquéllos.

Veintidós.—Los poderes públicos proveerán las condiciones más favorables para una adecuada promoción profesional, social y humana de los miembros de las repetidas Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

Veintitrés.—Los componentes de las citadas Fuerzas y Cuerpos tendrán derecho a una remuneración justa, en función de su especial estructura

organizativa, que contemple la dedicación permanente y la incompatibilidad de sus funciones, así como la penosidad y el riesgo que comporta su misión.

Veinticuatro.—Los funcionarios del Cuerpo Superior de Policía tendrán derecho a constituir, dentro de su propio Cuerpo, organizaciones profesionales, afiliarse y participar activamente en ellas, no pudiendo hacerlo ni federarse con organizaciones sindicales ajenas a la Corporación. Los miembros de la Guardia Civil y de la Policía Nacional, por la naturaleza o disciplina militar de estos Cuerpos quedarán sujetos respecto al ejercicio de este derecho, a lo que la Ley Orgánica sobre funciones, principios básicos de actuación y Estatutos, disponga al efecto.

Veinticinco.—Los miembros de las citadas Fuerzas y Cuerpos estarán, en cuanto al ejercicio de los demás derechos sindicales, a lo dispuesto en la Ley que lo regule. En todo caso, en atención a la esencialidad de los servicios que prestan a la comunidad, se asegurará el mantenimiento de los mismos, a tenor de lo establecido en la Constitución.

Veintiséis.—El ejercicio de los derechos enunciados no podrán suponer perjuicio, menoscabo ni discriminación alguna de los componentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, en su carrera profesional.

Veintisiete.—En el ejercicio de su actividad profesional, los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad tendrán en todo momento el respaldo de la Administración que, en reconocimiento de su delicada función, les dispensará su tutela y asistencia efectiva, facilitándoles defensa gratuita por las actuaciones judiciales que se dirijan contra los mismos, con ocasión o por consecuencia de aquella actividad.

Veintiocho.—Asimismo, dichos miembros estarán obligados a desempeñar su cometido con total acatamiento y obediencia a los principios aquí enunciados, a dispensar exquisito trato a todas las personas, medio imprescindible para obtener la colaboración y respeto de la sociedad a la que protegen, a cuyo apoyo y cooperación tienen derecho. La Administración facilitará los medios necesarios para lograr una plena inserción de aquéllos en la sociedad, procurando y favoreciendo su identificación con los ciudadanos.

#### D) PROPOSICIONES DE LEY

- a) *Derogación de la Ley Orgánica de Suspensión de Derechos Constitucionales número 11/1980, de 1 de diciembre. Presentada por el Grupo Parlamentario Mixto («BOCG». Congreso. Serie B, núm. 130-I, del 11 de marzo de 1981).*

A la Mesa del Congreso de los Diputados:

Juan María Bandrés Molet, Diputado de Euskadiko Ezkerra por Guipúzcoa, miembro del Grupo Parlamentario Mixto, habilitado como portavoz del mismo a los efectos del artículo 92, 1, del Reglamento provisional de la Cámara, ante la Mesa comparezco y expongo:

Que de conformidad con el precepto citado, y concordantes del Reglamento, presento la siguiente proposición de ley.

## Artículo 1.º

Queda derogada la Ley Orgánica de Suspensión de Derechos Constitucionales número 11/1980, de 1 de diciembre.

## Disposición transitoria

La presente ley entrará en vigor el mismo día de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

## Fundamentación

La ley cuya derogación se pretende, al ampliar el plazo máximo de detención de setenta y dos horas previsto por el artículo 17, 2, de la Constitución, hasta diez días, posibilitando la incomunicación del detenido e impidiendo su asistencia por abogado defensor, derecho que garantiza el artículo 17, 3, de la propia Constitución ha venido siendo en la práctica, desde su vigencia, el amparo jurídico y legal de frecuentes vulneraciones de derechos fundamentales no suspendibles como los previstos por el artículo 17, 3 (nadie puede ser obligado a declarar), y el artículo 15 (derecho a la integridad física y moral y derecho a no ser sometido a tortura ni a pena o trato inhumano o degradante) de nuestra Carta Fundamental de Derechos.

Sin recurrir a los numerosos casos de tortura denunciados ante la Comisión de Investigación de Derechos Humanos de este Congreso de los Diputados, el reciente informe de Amnistía Internacional, tras señalar diversos casos de tortura practicada por funcionarios policiales y comprobadas rigurosamente por el organismo internacional, llama la atención del Gobierno sobre las implicaciones prácticas en contra de los derechos humanos que llevan aparejadas las leyes de excepción y la falta de control en su aplicación por el poder judicial y el Ministerio Fiscal.

Esta práctica, desgraciadamente frecuente y sistemática en los casos de sospecha de pertenencia a cualquiera de ambas ramas de ETA, ha culminado en la muerte, probablemente a causa de las torturas a que fue sometido durante su estancia en los locales de la Dirección General de Seguridad del Estado, el día 13 de febrero, de José Ignacio Arregui Izaguirre, presunto miembro de ETA militar, detenido el día 4 del mismo mes en Madrid y sometido a los preceptos de la legislación especial. Hecho que ha constituido un auténtico escándalo social y del que una comunidad que se pretende civilizada y democrática debe avergonzarse y que tiene su precedente más inmediato en la muerte de José España Vivas el día 6 de septiembre pasado, detenido también al amparo de una legalidad ya derogada, pero idéntica esencialmente a la consagrada por la Ley de 1 de diciembre de 1980.

Cuando una sociedad se degrada hasta el punto de que son posibles hechos como los que se señalan sólo queda un camino: rectificar. Y rectificar para el futuro es lo que pretende la proposición de ley que hoy se somete, reglamentariamente, a la Mesa del Congreso de los Diputados.

San Sebastián, 16 de febrero de 1981.—El Diputado de Euskadiko Ezkerra por Guipúzcoa, *Juan María Bandrés Molet*.

- b) *Desarrollo del artículo 17, 3 de la Constitución. Presentada por el Grupo Parlamentario Comunista.* («BOCG». Congreso. Serie B, núm. 131-I, 11 de marzo de 1981.)

A la Mesa del Congreso de los Diputados:

Al amparo de lo establecido en el artículo 92 del vigente Reglamento provisional del Congreso de los Diputados, tengo el honor, en nombre del Grupo Parlamentario Comunista, de solicitar de esa Mesa la tramitación de la siguiente proposición de Ley Orgánica que desarrolla el artículo 17, 3, de la Constitución.

El respeto a la libertad individual —elemento imprescindible de todo sistema democrático— debe reflejarse en un conjunto normativo que permita la plenitud del ejercicio de los derechos del ciudadano y asegure la máxima protección en los supuestos de privación de ésta que, en todo caso, deberá someterse —estrictamente— a las formas previstas en la ley.

Dentro de este conjunto normativo adquiere especial relevancia la necesidad de articular una serie de medidas que, basadas en el principio de que la detención preventiva no podrá rebasar el límite estrictamente necesario para la práctica de las diligencias de averiguación, garanticen al detenido el total respecto a su integridad física, el conocimiento de las causas de su situación, los derechos que la ley le reconoce y la forma de ejercitarlos.

Varias de estas medidas son recogidas en la Ley de 4 de diciembre de 1978 y, entre ellas, la asistencia del letrado al detenido, adquiriendo rango constitucional al ser consagradas en el artículo 17, 3, de nuestra norma suprema con el voto favorable de todos los grupos políticos. La clara necesidad de proceder al desarrollo previsto en el mencionado precepto motiva la siguiente proposición de ley. En ella se introducen un conjunto de modificaciones en la normativa vigente que tienden a reforzar las garantías del detenido y la función del abogado —sin perjudicar por ello la eficacia de las diligencias de esclarecimiento de los hechos—, concretar el ámbito de aplicación e introducir controles médicos adecuados.

De acuerdo con el mandato constitucional que no establece limitación alguna al respecto, los preceptos de esta ley son de plena aplicación a los supuestos previstos en el artículo 55, 2, de nuestra Constitución y sólo podrán ser objeto de suspensión conforme a lo dispuesto en el párrafo primero del mencionado artículo en los casos de declaración del estado de sitio.

Cualquier otra interpretación supondría un claro quebranto de la letra y del espíritu de nuestro texto fundamental que ha querido convertir la garantía y la protección de los derechos fundamentales en un fin irrenunciable y consustancial con la existencia de una sociedad democrática.

#### Artículo 1.º

El artículo 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal queda redactado en los siguientes términos:

1.º La detención, lo mismo que la prisión provisional, deben efectuarse de la manera y en la forma que perjudiquen lo menos posible a la persona



y a la reputación del inculpado. Todo detenido o preso debe ser informado, desde luego y en términos claros y precisos, de modo que le sean comprensibles, de las causas que han determinado su detención y de los derechos que le asisten. En ningún caso se le podrá compeler a prestar declaración si, invitado a hacerlo, se negare.

2.º Su libertad no debe restringirse sino en los límites absolutamente indispensables para asegurar su persona.

3.º Desde el momento en que se practique su detención o cualquier otra medida cautelar, el afectado tiene derecho a designar Abogado para que le aconseje y asesore, se persone en el lugar de custodia, asista a los interrogatorios y le instruya de las garantías legales, exigiendo en su caso la lectura del presente artículo e interviniendo en todo reconocimiento de que sea objeto.

4.º Si el detenido o preso se niega a declarar, aun en presencia de su Abogado, se consignará tal decisión en las actuaciones. Tanto si hubiera prestado declaración como si se hubiera negado a declarar, podrá entrevistarse después con el Abogado, siempre que lo desee, personal y reservadamente.

5.º La autoridad bajo cuya custodia se encuentre el detenido o preso notificará, en su caso, la elección de Letrado al Colegio de Abogados, el cual, si no resulta posible la actuación del designado, proveerá lo necesario para la intervención de un Abogado de oficio en el lugar de custodia.

6.º Asimismo, desde el momento de su privación de libertad, la persona afectada tendrá derecho a que se comunique al familiar o a la persona que desee el hecho de su detención, el lugar de custodia y la petición de asistencia de Abogado. Cuando se trate de menor de edad o persona incapaz, la autoridad bajo cuya custodia esté, tendrá la obligación de notificar a la persona indicada las circunstancias antedichas, y si ésta no fuere hallada se dará cuenta inmediata al Ministerio Fiscal.

7.º Si transcurridas ocho horas desde la notificación realizada al Colegio de Abogados no compareciere en el lugar donde el detenido se encuentra Letrado alguno, podrá procederse a su interrogatorio, y a la práctica de cualesquiera otras diligencias urgentes sin perjuicio de lo establecido en el párrafo 1 de este artículo.

8.º También podrá designar Abogado o comparecer acompañado de él, en los términos señalados en los párrafos anteriores, toda persona llamada a declarar o practicar cualquier otra diligencia policial.

9.º El Letrado podrá solicitar que se practique reconocimiento médico del detenido a cargo de un facultativo designado por el mismo.

#### Artículo 2.º

Lo dispuesto en el artículo anterior será de aplicación, en todo caso, a los supuestos previstos en el artículo 55, 2, de la Constitución y Ley Orgánica 11/1980, de 1 de diciembre, que lo desarrolla.

#### Disposición derogatoria

Quedan derogadas todas las disposiciones de igual o inferior rango que se opongan a lo dispuesto en esta ley.

### Disposición final

La presente ley entrará en vigor el mismo día de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

Palacio del Congreso de los Diputados, 17 de febrero de 1981.—El Vicepresidente del Grupo Parlamentario Comunista, *Jordi Solé Tura*.

- c) *Regulación de la interrupción voluntaria del embarazo. Presentada por el Grupo Parlamentario Comunista. («BOCG». Congreso. Serie B, número 145-I, del 14 de julio de 1981.)*

A la Mesa del Congreso de los Diputados:

Al amparo de lo establecido en el artículo 92 del vigente Reglamento provisional del Congreso de los Diputados, tengo el honor, en nombre del Grupo Parlamentario Comunista, de solicitar de esa Mesa la tramitación de la siguiente proposición de ley de regulación de la interrupción voluntaria del embarazo.

### Exposición de motivos

Es un hecho incontestable que la vigente normativa sobre la interrupción del embarazo no ha alcanzado en absoluto a cumplir el objetivo de política legislativa que se proponía. En efecto, la importancia cuantitativa de las interrupciones voluntarias del embarazo clandestinas, constituye el más grave problema social que justifica esta ley. Sin que se pueda ofrecer cifra exacta, por las propias condiciones de su oculta realización, se estima que en España se producen anualmente entre 100.000 y 500.000 abortos voluntarios. El Fiscal del Tribunal Supremo, en su memoria anual de 1974, hacía referencia a la cifra de 300.000 abortos. En cualquier caso, puede aceptarse que la persecución penal del aborto obliga a varias decenas de miles de mujeres a recurrir al aborto clandestino, algunas de cuya más graves consecuencias se pueden exponer aquí:

En primer lugar, desde el punto de vista sanitario, las condiciones en que se practica el aborto clandestino ponen sistemáticamente en peligro la salud y la vida de la mujer, con graves secuelas prácticas de muertes, lesiones físicas y psíquicas en la mujer, y en no pocas ocasiones en el propio hijo, cuando fracasa la intervención abortiva.

En segundo lugar se manifiesta en el plano social una grave injusticia material: el dinero y la cultura permite a una minoría privilegiada recurrir al aborto en condiciones higiénico-sanitarias aceptables, sobre todo en el extranjero, libre de la persecución penal, mientras que a la mayoría, por falta de medios materiales, no le resta más que someterse al aborto clandestino en las deplorables condiciones descritas. Y es de resaltar que es entre las mujeres de posición económica más débil, en particular entre las mujeres de la clase trabajadora, donde se produce la más grave carencia de conocimiento de medios anticonceptivos y las mayores dificultades para atención adecuada a un número elevado de hijos y, en consecuencia, donde

el aborto tiende más a expandirse. El juicio que se celebra estos días en Bilbao es una muestra evidente de la injusticia social de la normativa actual.

A esto hay que añadir el que ni la legislación ni la práctica en nuestro país consideran la maternidad como una función social, cargando sobre la madre los costos económicos de atención y de educación del hijo, en condiciones frecuentemente insoportables para la mujer: los horarios de trabajo son incompatibles con los de los centros educativos, no existen prácticamente guarderías subvencionadas ni hay una política gubernamental de desarrollarlas, todavía son frecuentes los despidos por embarazo o maternidad (según el INE, cuatro de cada cinco mujeres dejan el trabajo al tener el primer hijo); en la actual situación de crisis, las trabajadoras con hijos son sistemáticamente discriminadas para el despido, y se están endureciendo las normas laborales respecto a la trabajadora madre (permiso de lactancia, reingreso tras la excedencia por maternidad, despido por absentismo incluso justificado).

En este marco jurídico y social, el legislador no puede defender, sin sonrojo, la imposición a la mujer de la prosecución de un embarazo que ella considera que no puede soportar.

Por último, en el plano jurídico, la prohibición penal indiscriminada del aborto y la realidad social de su práctica clandestina provocan graves perturbaciones. El Código Penal prevé duras penas para quienes provocan abortos, para las mujeres que lo consienten y para las personas que colaboran en el hecho. Sin embargo, la transgresión de la ley es manifiesta y, como evidencian las cifras anuales mencionadas, constituyen una práctica social ampliamente arraigada. Apenas unas decenas de personas son condenadas por los Tribunales de Justicia.

En estas condiciones, la pretensión de que la punición del aborto soluciona el problema y protege la vida humana en desarrollo se revela como falsa y gravemente hipócrita. La pena es del todo ineficaz para motivar, en las mujeres, el rechazo a la interrupción provocada del embarazo y, además, constituye la fuente principal del problema social y sanitario planteado.

En nombre de una protección que no es posible realizar verdaderamente, se criminaliza inútilmente a los hombres y mujeres implicados en el aborto clandestino, y la penalización del aborto se manifiesta de esta forma como un recurso irracional por parte del legislador. El castigo de unas decenas de personas entre los muchos miles que, conforme a una ley injusta, se hacen merecedores de ello, aparece no como expresión de la realización de la Justicia, sino por el contrario, como una absurda lotería al revés. La justicia penal aparece así como un poder arbitrario, generador de mayores males que los que pretende evitar, factor de desigualdad social, ineficaz y, como consecuencia de todo ello, como un poder injusto.

Esta insostenible situación descrita es lo que ha llevado a la generalidad de los países europeos a la reforma de la legislación en esta materia, asumiendo a través de diversos sistemas, una más o menos amplia liberación de la voluntaria interrupción del embarazo. Actualmente, Inglaterra, la República Federal Alemana, Austria, Francia, Italia, Holanda, Suecia, Noruega,

Dinamarca, Finlandia, Islandia, Suiza, Hungría, Checoslovaquia, República Democrática Alemana, Polonia, la URSS, Yugoslavia, Rumania, Chipre y Bulgaria, es decir, la práctica totalidad de los países de Europa, han sustituido el régimen de represión por un sistema de despenalización, bien a través de la fórmula de «los plazos», bien a través de las «indicaciones».

La propuesta de despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo levanta una ardua polémica de carácter fundamentalmente moral y religioso. Ahora bien, las opiniones contrarias a la despenalización en esta materia, basadas en argumentos éticos o religiosos, en sí absolutamente respetables, no pueden constituir óbice alguno para el legislador, pues el ordenamiento jurídico que consagra nuestra Constitución prohíbe la imposición por medio de la ley de pautas o concepciones morales o religiosas a los ciudadanos. Su cumplimiento debe relegarse, por el contrario, a la conciencia individual e intimidad de las personas.

Más aún, la Constitución veta la imposición de tales pautas o concepciones morales a través de la conminación de la ley penal, por constituir la misma la más radical de las intervenciones del Estado en el ámbito de la libertad del individuo.

Al legislador solamente le estaría vetado proceder a la despenalización de la interrupción del embarazo si tal decisión legislativa comportare una violación de derechos fundamentales garantizados por la Constitución. A este respecto puede servir de criterio interpretativo el comportamiento del legislador en los Estados miembros del Consejo de Europa, en los cuales rigen Constituciones que reconocen plenamente los derechos fundamentales, cuyos ordenamientos han inspirado la elaboración de nuestra Norma Fundamental y en cuyo ámbito jurídico aspiramos a integrarnos.

La generalidad de estos países —Francia, Italia, Alemania Federal, Austria, Reino Unido, etc.— han estimado compatible la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo no solamente con las normas constitucionales respectivas, sino con normas de carácter supranacional que vinculan a todos ellos, incluida España, como es el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950.

A la luz de la Constitución y del Derecho Constitucional comparado no puede mantenerse, por tanto, una negativa a la solución racional del grave problema social de la interrupción del embarazo representada por la despenalización en los casos y condiciones establecidos en la presente proposición de ley. Bien al contrario, la persecución penal de toda interrupción voluntaria del embarazo supone la imposición a la generalidad de los ciudadanos de una determinada concepción ética o religiosa por parte de un grupo social y, en consecuencia, un ataque por parte del Estado a la dignidad de la persona, al libre desarrollo de la personalidad y al derecho a la libertad de conciencia e intimidad de quienes no se sienten vinculados con aquélla.

En virtud de lo expuesto, se presenta esta proporción de ley, cuyas previsiones concretas más relevantes se justifican en lo que sigue:

1. Los sistemas de regulación de la interrupción voluntaria del embarazo se reducen en esencia a dos. En el sistema de las «indicaciones» se esta-

blece una serie de supuestos concretos en los que se autoriza la intervención: la indicación «médica» (peligro para la vida o la salud derivado de la prosecución del embarazo); la indicación «eugenésica» (graves anomalías del feto); la «ética» o criminológica (el embarazo se ha producido como consecuencia de un delito sexual); y, por último, la indicación «social» (la situación social o económica personal o familiar de la mujer convierte al embarazo en un hecho hasta tal punto gravoso que su continuación no le puede ser exigida). En todos estos supuestos, una vez comprobado—por personas distintas a la mujer—que concurren en el caso concreto, se puede proceder a la intervención, dentro de determinados límites temporales, que generalmente oscilan alrededor de los tres primeros meses de la gestación.

Frente a este sistema se prefiere el denominado «de los plazos»; en el término de los tres primeros meses del embarazo, la interrupción del mismo queda a la decisión personal de la mujer. La cual, previa información de carácter médico y jurídico, valora la situación y las dificultades ante las que se encuentra y decide por sí y libremente. Más allá de los tres meses, la intervención se autoriza solamente cuando la prosecución del embarazo implica un grave peligro para la vida o la salud de la mujer o se detectan graves anomalías en el feto.

El sistema de las indicaciones se rechaza por varias razones: no es posible prever de manera satisfactoria los criterios objetivos de delimitación de los presupuestos de cada indicación, generándose así inseguridad jurídica y problemas de prueba; las mujeres decididas a interrumpir el embarazo no se acercarán a los centros sanitarios, en tanto que temerán perder con ello su libertad de decisión, que, en este sistema, depende del médico, y, al dar a conocer su embarazo, exponerse a que una posterior interrupción ilegal del mismo dé lugar a una persecución penal, con lo cual, la misma ley impondría el mantenimiento de uno de los problemas que pretende solucionar: el aborto clandestino. El sistema de indicaciones implica, por otra parte, una distinción entre abortos motivados e inmotivados, castigándose los últimos, porque, a diferencia de los otros, se les considera inmorales de tal forma que es la «moralidad» lo que decide la incriminación.

El sistema de los plazos es, por otra parte, el que mejor respeta la propia esfera de responsabilidad de la mujer en orden a decidir el destino de su vida, y evita que se produzcan injerencias en el ámbito de su personalidad, provenientes de las instancias ajenas a ella que conlleva el sistema de indicaciones.

2. En el artículo 3.º se prevé el procedimiento, de carácter sencillo y ágil, que se ha de seguir tras la presentación de la solicitud: reconocimiento médico, información de las implicaciones médicas (grado de riesgo de la intervención, posibles consecuencias negativas para la salud), sociales y jurídicas, en particular, referidas a los derechos sociales y laborales derivados de la gestación y maternidad, en materia de permisos y excedencias, prestaciones sanitarias y económicas, de ayuda a la maternidad, servicios de asistencia, guardería y enseñanza preescolar, etc.

Se trata estrictamente de información a la mujer y no de asesoramiento, que no pueda suponer ni premeditada disuasión ni favorecimiento. El con-

tenido de dicha información deberá realizarse necesariamente conforme a unas pautas generales que habrán de ser establecidas por los organismos estatales o autonómicos competentes en materia sanitaria.

Tras la recepción de la información se abre un período de tres días para que la mujer pueda reflexionar sobre la misma y ratificar o no su solicitud, plazo que es suficiente y evita un inútil y perturbador burocratismo criticado tras la experiencia en otros países.

3. En el artículo 4.º se establecen cuáles son los casos de urgencia y que, en consecuencia, no son incluíbles en lista de espera, quedando sometidas al procedimiento asistencial común a las demás urgencias sanitarias.

Estos casos son los supuestos de indicación médica y eugenésica y aquellos en los que se hayan sobrepasado las diez primeras semanas de la gestación sin que se hubiese practicado la interrupción solicitada, por causas ajenas a la voluntad de la mujer.

4. En el artículo 5.º se establecen los dos supuestos en los que se autoriza la interrupción del embarazo más allá de los tres primeros meses: peligro grave para la vida o la salud de la mujer derivado de la prosecución del embarazo, tanto por enfermedad previa como sobrevenida («indicación médica») y los supuestos de embarazo en los que se detecten posibles anomalías graves en el feto («indicación eugenésica»). Se trata en el primero de los casos, de un conflicto de bienes jurídicos y en el segundo, de una causa de no exigibilidad de otra conducta.

5. El artículo 6.º reconoce al personal facultativo la posibilidad de excluirse de prestar su asistencia profesional en la intervención directa e inmediata para la interrupción del embarazo. Este reconocimiento de la reserva de no participación en las interrupciones del embarazo, que se circunscribe a las no indicadas médica o eugenésicamente, obedece a la voluntad del Grupo Parlamentario Comunista de respetar y no imponer a otras personas la realización de conductas que pueden afectar a principios morales o éticos individuales y se corresponde con el rechazo a la imposición por vía de la ley de concepciones morales o religiosas a través de la prohibición indiscriminada de toda interrupción voluntaria del embarazo.

Ahora bien, la experiencia de otros países, en los que esta reserva ha llevado a sentar las bases de un fraude manifiesto a la ley, particularmente mediante el rechazo a participar en estas intervenciones en las instituciones sanitarias públicas y práctica de las mismas en las de carácter privado por idénticas personas, aconsejan establecer un mecanismo de corrección, estableciendo la obligación de los gestores de las instituciones públicas de habilitar los medios materiales y personales necesarios para la eficaz puesta en práctica de la ley.

6. En el artículo 9.º se reconoce que el procedimiento más adecuado para evitar las interrupciones voluntarias del embarazo es el de que los poderes públicos pongan en práctica una política de información en materia de educación sexual y anticoncepción, particularmente a través de centros y servicios permanentes de asistencia, cuya carencia en la actualidad es el principal factor de la frecuencia de embarazos no deseados y de las prácticas de la interrupción.

7. Por último, se modifica coherentemente el Código penal y se habilita al Gobierno, y a las Comunidades Autónomas en el marco de sus competencias, para el desarrollo reglamentario requerido para la puesta en práctica de la ley.

## PROPOSICION DE LEY DE REGULACION DE LA INTERRUPCION VOLUNTARIA DEL EMBARAZO

### Artículo 1.º

La interrupción voluntaria del embarazo podrá practicarse tan sólo en los casos y condiciones previstos en la presente ley.

### Artículo 2.º

1. La mujer mayor de dieciséis años o emancipada por matrimonio que, encontrándose en los primeros noventa días de su embarazo desee interrumpirlo, solicitará por escrito y con su firma, la asistencia correspondiente del centro médico público, de la Seguridad Social o privado, en el que haya de ser asistida.

2. La mujer menor de dieciséis años no emancipada por matrimonio que desee interrumpir el embarazo formulará su solicitud en los términos referidos en el párrafo anterior, con la conformidad de su padre o madre, tutor o guardador.

Cuando la solicitud de la menor no se presente con la mencionada conformidad, el médico o la institución sanitaria que la recibiere lo comunicará al Juez de Primera Instancia en el plazo de las siguientes veinticuatro horas.

El Juez, dentro de los cinco siguientes al conocimiento de la solicitud, visto el certificado médico de embarazo, oír a la mujer que formula la solicitud, así como a quienes ejerzan la patria potestad, tutela o guardaduría y, tras recabar, si lo estima conveniente, datos e informes complementarios de carácter médico, psicológico y social, dictará Auto autorizando a la mujer, si procede, a decidir sobre la interrupción de su embarazo.

### Artículo 3.º

El médico o institución ante quien se presente la solicitud de asistencia para la práctica de la interrupción del embarazo, en los cinco días naturales siguientes a dicha solicitud, convocará a la mujer que lo solicita para reconocerla, certificar su embarazo y para informarle de las consecuencias médicas, sociales y jurídicas de la prosecución del embarazo, así como los de la interrupción del mismo, y señalar la fecha de la intervención.

A partir del tercer día al del reconocimiento e información, si se ratifica la solicitud inicial, podrá practicarse la intervención.

Si hubieran consumido el plazo de las diez primeras semanas y el centro sanitario público no estuviera en condiciones de llevar a cabo la intervención solicitada, por insuficiencias del servicio, por no disponer de personal

facultativo al efecto, o por cualquier otra causa, la dirección del mismo dispondrá lo necesario para que la intervención se lleve a cabo de inmediato en otro centro.

#### Artículo 4.º

A los efectos de esta ley, serán considerados casos de urgencia:

1.º Cuando la prosecución del embarazo constituya un riesgo grave para la vida o la salud de la mujer.

2. Cuando sean diagnosticadas posibles anomalías en el feto que aconsejen la interrupción del embarazo.

3.º Los supuestos en los que la mujer presenta la solicitud con posterioridad a las diez primeras semanas del embarazo o si, presentada con anterioridad, transcurriere dicho plazo sin que se hubiese procedido a la intervención.

Los casos de urgencia no serán incluíbles en listas de espera, y estarán sometidos a procedimiento asistencial similar al de las demás urgencias sanitarias.

#### Artículo 5.º

En los casos de urgencia del artículo 4.º, párrafos 1 y 2 (indicación médica y eugenésica), practicará la interrupción del embarazo previa solicitud de la mujer y, en su caso, de su tutor o guardador sin sujeción a los requisitos del plazo y ratificación previstos en los artículos 1.º y 3.º, párrafo 2, respectivamente.

#### Artículo 6.º

1. El médico y demás personal facultativo podrá, a título individual, formular reserva de no participación en interrupciones voluntarias del embarazo, ante la Delegación de Sanidad u organismo autonómico correspondiente.

Salvo en los supuestos establecidos en el artículo 5.º, la formulación de la reserva releva de la obligación de asistencia profesional en los procedimientos y actividades dirigidas, específica y necesariamente, a determinar la interrupción voluntaria del embarazo, pero no de la asistencia anterior y subsiguiente a la intervención.

La formulación de la reserva conlleva la prohibición de practicar esta clase de intervenciones fuera de las instituciones sanitarias públicas.

La reserva se entiende revocada cuando quien la presentó toma parte, fuera de los casos establecidos en el artículo 5.º, en procedimientos o intervenciones para interrumpir el embarazo realizadas en centros sanitarios públicos.

2. Los directores de las instituciones sanitarias públicas habilitarán los medios personales y materiales necesarios para garantizar la prestación del servicio a que se refiere esta ley.



Artículo 7.º

1. La Delegación de Sanidad u organismo autonómico equivalente, desempeñará la inspección ordinaria de los centros e instalaciones en los que se practiquen interrupciones voluntarias del embarazo.

2. A tales efectos, las Delegaciones de Sanidad u organismos autonómicos equivalentes, llevarán un control registral de los centros habilitados para la práctica de interrupciones voluntarias del embarazo, de las intervenciones practicadas en los mismos, de los datos personales, que serán rigurosamente reservados, y de los médicos y personal sanitario que hayan formulado reserva.

Artículo 8.º

El Ministerio de Sanidad y los Consejeros de Sanidad de los Gobiernos Autonómicos, informarán anualmente a sus respectivos Parlamentos de la aplicación práctica de esta ley, proponiendo, en su caso, las modificaciones necesarias para su perfeccionamiento.

Artículo 9.º

Los poderes públicos adoptarán todas las medidas necesarias para procurar la más amplia información sobre el empleo de medios anticonceptivos, especialmente a través de la creación de Centros de Orientación y Anticoncepción.

Artículo 10

La infracción de lo previsto en la presente ley serán sancionada conforme a lo establecido en el Código penal.

## DISPOSICIONES ADICIONALES

### Primera

El Gobierno, sin perjuicio de las funciones que sean competencia de las Comunidades Autónomas, desarrollará en el plazo de tres meses, por vía reglamentaria, lo dispuesto en esta ley, y en especial:

1. La organización y funcionamiento de las instituciones sanitarias públicas para garantizar el cumplimiento de las prestaciones sanitarias a que se refiere la presente ley.

2. La normativa a que se han de acomodar los centros e instalaciones sanitarias privadas para que les sea autorizado proceder a las prestaciones a que se refiere esta ley.

### Segunda

El contenido del artículo 416 del Código penal queda sustituido por una nueva redacción:

## «Artículo 416

Las conductas a que se refieren los artículos anteriores de esta Sección, no son punibles cuando se realicen de conformidad con lo dispuesto en la ley sobre interrupción voluntaria del embarazo.»

## DISPOSICION FINAL

Esta ley entrará en vigor a los tres meses de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado». A los efectos de lo prevenido en el artículo 134, 6, de la Constitución, los preceptos cuyas previsiones impliquen aumento del gasto público o disminución de los ingresos presupuestarios entrarán en vigor el 1.º de enero de 1982.

Palacio del Congreso de los Diputados, 17 de junio de 1981.

## E) ARMAS

- a) *REAL DECRETO 768/1981, de 10 de abril, por el que se regula la concesión de licencias y la adopción de medidas de seguridad de las armas que hayan de utilizar los miembros de los Cuerpos de Policía de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones Locales.* («BOE», núm. 103, del 30.)

Art. 7.º Los órganos de las Comunidades Autónomas o Corporaciones Locales a cuyo mando se encuentren los Agentes deberán adoptar cuantos controles y medidas de seguridad sean necesarios para evitar la pérdida, sustracción o uso indebido de las armas y, sin perjuicio de la responsabilidad que corresponda a los Agentes, aquéllos serán también responsables siempre que tales supuestos se produzcan por falta de adopción o insuficiencia de dichas medidas o controles.

También en los supuestos de comisión de delitos, faltas o infracciones, así como de utilización indebida del arma por los miembros de los Cuerpos de Policía a que se refiere este Real Decreto, los órganos mencionados en el párrafo anterior podrán proceder a la retirada con carácter provisional de la misma y los documentos correspondientes, participándolo inmediatamente a la Intervención de Armas respectiva con entrega de aquella y de los documentos referidos.

- b) *REAL DECRETO 2179/1981, de 24 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Armas.* («BOE» núm. 230 de 25 de septiembre.)

Regula todo lo concerniente a la fabricación, circulación, comercio, tenencia y uso de armas, con objeto de garantizar la seguridad pública. Sus normas se aplican a las piezas fundamentales de las armas que sean

objeto de fabricación, circulación comercio o posesión independientes. Se excluyen de su ámbito de aplicación los Ejércitos y las Fuerzas de Seguridad del Estado en aquellas materias reguladas en sus Reglamentos, así como los establecimientos sujetos a jurisdicción militar.

Consta de 160 artículos, dos disposiciones adicionales y seis transitorias. Además la disposición derogatoria, que figura a la cabeza antes del reglamento, deroga el Reglamento de Armas y explosivos aprobado por Decreto de 27 de diciembre de 1944, el Decreto 2122/1972 de 21 de julio, por el que se regulan las armas y medios de caza que precisan de autorización gubernativa especial, y el Real Decreto 3059/1977, de 11 de noviembre, por el que se adoptan medidas transitorias en materia de tenencia de armas y seguridad en armerías.

## F) DERECHO PENITENCIARIO

- a) *REAL DECRETO 1201/1981, de 8 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario.* («BOE», núms. 149, 150 y 151 de 23, 24 y 25 de junio.)

Este Real Decreto cumple el mandato contenido en la disposición final segunda de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria. (*Vid. Anuario, 1980, 725 ss.*)

Consta de 417 artículos, una disposición derogatoria y cinco transitorias. El articulado se divide en nueve títulos con los siguientes epígrafes respectivos: «Disposiciones generales», «Del Régimen Penitenciario», «De las prestaciones de la Administración», «Del tratamiento penitenciario», «De los permisos de salida», «De los beneficios penitenciarios», «De la Asistencia Social Penitenciaria», «De los órganos penitenciarios colegiados y unipersonales» y «De los servicios de oficinas y procedimientos económicos, administrativos y contables».

La disposición derogatoria deroga los títulos primero y segundo y capítulo VI del título tercero del reglamento de los servicios de prisiones aprobado por Decreto 2 febrero 1956, así como las siguientes disposiciones modificadoras o complementarias del mismo: Decreto 2705/1964, de 27 de julio; Decreto 162/68, de 25 de enero; Decreto 1864/75, de 17 de julio y Real Decreto 2273/1977, de 29 de julio, y cualquier otra disposición de igual o inferior rango que se oponga a lo establecido en este Reglamento.

- b) *ACUERDO de 9 de julio de 1981, del Consejo General del Poder Judicial, por el que se atribuye la función de Juez de Vigilancia Penitenciaria a determinadas autoridades judiciales.* («BOE», núm. 174, del 22.)

En virtud de lo dispuesto en la disposición transitoria quinta del Reglamento Penitenciario de fecha 8 de mayo de 1981, que desarrolla la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, y hasta tanto

se promulgue la Ley Orgánica del Poder Judicial, este Consejo General, en su reunión del día de la fecha (y en uso de las facultades que le confiere el artículo quinto de la Ley Orgánica 1/1980, de 10 de enero), ha acordado que se atribuya la condición de Juez de Vigilancia a las autoridades judiciales que a continuación se relacionan:

Para los establecimientos penitenciarios sitos en los territorios de las Audiencias Territoriales de Valencia, Las Palmas de Gran Canaria y Palma de Mallorca, a los titulares de los Juzgados de Peligrosidad y Rehabilitación Social con sedes en las respectivas capitales y con competencia en el territorio de la Audiencia.

Para los establecimientos penitenciarios sitos en el territorio de la Audiencia Territorial de Barcelona al titular del Juzgado de Peligrosidad y Rehabilitación Social número 1 con sede en dicha capital, cuyo funcionario quedará relevado de toda otra función, atribuyéndose las de Peligrosidad y Rehabilitación Social al titular del Juzgado número 2.

Para los establecimientos penitenciarios sitos en los territorios de las Audiencias Territoriales de La Coruña y Oviedo, al titular del Juzgado de Peligrosidad y Rehabilitación Social con sede en La Coruña.

Para los establecimientos penitenciarios sitos en el territorio de la Audiencia Territorial de Granada, al titular del Juzgado de Peligrosidad y Rehabilitación Social con sede en Málaga.

Para los establecimientos penitenciarios sitos en el territorio de la Audiencia Territorial de Albacete, al titular del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 2 de dicha capital.

Para los establecimientos penitenciarios sitos en el territorio de la Audiencia Territorial de Cáceres, al titular del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 3 de Badajoz.

Para los establecimientos penitenciarios sitos en las provincias de Madrid, Segovia, Guadalajara y Avila, a los titulares de los Juzgados de Peligrosidad y Rehabilitación Social números 1 y 2 con sede en Madrid.

Para los establecimientos penitenciarios sitos en las provincias de Vizcaya, Alava, Guipúzcoa y Santander, al titular del Juzgado de Peligrosidad y Rehabilitación Social con sede en Bilbao.

Para los establecimientos penitenciarios sitos en las provincias de Zaragoza, Huesca, Teruel, Navarra y Soria, al titular del Juzgado de Peligrosidad y Rehabilitación Social con sede en Zaragoza.

Para los establecimientos penitenciarios sitos en las provincias de Burgos, Palencia, Zamora, Logroño, Valladolid, Salamanca y León, al titular del Juzgado de Peligrosidad y Rehabilitación Social con sede en Valladolid.

Para los establecimientos penitenciarios sitos en las provincias de Sevilla, Huelva, Córdoba, así como para el establecimiento penitenciario de Algeciras (Cádiz), al titular del Juzgado de Peligrosidad y Rehabilitación Social con sede en Sevilla.

Para los establecimientos penitenciarios sitos en la provincia de Cádiz, con excepción del de Algeciras y el de Ceuta, al titular del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de San Fernando (Cádiz).

Para el establecimiento penitenciario sito en Ceuta (Cádiz), al titular

del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 1 de la misma localidad.

Para los establecimientos penitenciarios sitos en la provincia de Toledo, al titular del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Ocaña (Toledo).

- c) *ACUERDO de 22 de julio de 1981, del Consejo General del Poder Judicial, por el que se determina la fecha de entrada en funcionamiento de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria.* («BOE», núm. 187, del 6 de agosto.)

Como complemento al acuerdo de este Consejo General del Poder Judicial de 9 de julio de 1981, publicado en el «Boletín Oficial del Estado» del día 22 del mismo mes y año, se fija el 1 de octubre de 1981 como fecha en que entrarán en funcionamiento, como Jueces de Vigilancia Penitenciaria, las autoridades judiciales a quienes se atribuyó tal condición en el acuerdo ahora complementado.

- d) *ACUERDO de 28 de septiembre de 1981, del Consejo General del Poder Judicial, sobre personal colaborador y auxiliar de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria.* («BOE», núm. 235, del 1 de octubre.)

Las Autoridades judiciales a las que, por Acuerdo de 22 de julio último, se atribuyen las funciones de Jueces de Vigilancia Penitenciaria, tendrán como personal colaborador y auxiliar en dichas funciones al Secretario y funcionarios al servicio de la Administración de Justicia destinados en el Juzgado del que sea titular el Juez o Magistrado al que corresponda la función de Vigilancia Penitenciaria.

#### G) CONSEJO DE EUROPA

*DECLARACION de 11 junio 1981 formulada por España relativa al artículo 25 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950.* («BOE»), núm. 155, del 30 junio 1981.)

«En nombre del Gobierno español, declaro reconocer, de conformidad con el artículo 25 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, la competencia de la Comisión Europea de Derechos Humanos, a partir de la fecha del 1 de julio de 1980 y por un período de dos años, para conocer las demandas dirigidas al Secretario general del Consejo de Europa con posterioridad al 1 de julio de 1981, por cualquier persona física, Organización no gubernamental o grupo de particulares que, con

motivo de actos, decisiones, hechos o acontecimientos posteriores a dicha fecha se considere víctima de una violación de los derechos reconocidos en el Convenio.

Madrid, 11 de junio de 1981.—El Ministro de Asuntos Exteriores, José Pedro Pérez-Llorca.»

La presente Declaración entrará en vigor para España el 1 de julio de 1981. Lo que se hace público para conocimiento general.

## H) COMUNIDADES AUTONOMAS

### a) CATALUÑA

*LEY ORGANICA 4/79, del 18 de diciembre.* («BOE» núm. 306 del 22.) Estatuto de la Comunidad Autónoma de Cataluña.

Art. 11. Corresponde a la Generalidad de la ejecución de la legislación del Estado en las siguientes materias:

#### 1) *Penitenciaria.*

Art. 13. 1. La Generalidad podrá crear una Policía Autónoma en el marco del presente Estatuto y, en aquello que no esté específicamente regulado en el mismo, en el de la Ley Orgánica prevista en el art. 149, 1.29, de la Constitución.

2. La Policía Autónoma de la Generalidad ejercerá las siguientes funciones:

a) La protección de las personas y bienes y el mantenimiento del orden público.

b) La vigilancia y protección de los edificios e instalaciones de la Generalidad.

c) Las demás funciones previstas en la Ley Orgánica a que se hace referencia en el apartado 1 del presente artículo.

3. Corresponde a la Generalidad el mando supremo de la Policía Autónoma y la coordinación de la actuación de las Policías locales.

Quedan reservadas, en todo caso, a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, bajo la dependencia del Gobierno, los servicios policiales de carácter extracomunitario y supracomunitario, como la vigilancia de puertos aeropuertos, costas y fronteras, aduanas, control de entrada y salida del territorio nacional de españoles y extranjeros, régimen general de extranjería, extradición y expulsión, emigración e inmigración, pasaportes, documento nacional de identidad, tráfico, armas y explosivos, resguardo fiscal del Estado, contrabando y fraude fiscal y las demás funciones que directamente les encomienda el artículo 104 de la Constitución y las que les atribuya la Ley Orgánica que lo desarrolle.

5. La Policía Judicial y Cuerpos que actúen en esta función dependerán de los Jueces, de los Tribunales y del Ministerio Fiscal en las funciones referidas en el artículo 126 de la Constitución y en los términos que dispongan las leyes procesales.

6. Se crea la Junta de Seguridad, formada por un número igual de representantes del Gobierno y de la Generalidad, con la misión de coordinar la actuación de la Policía de la Generalidad y de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

7. La Junta de Seguridad determinará el Estatuto, Reglamento, dotaciones, composición numérica y estructura, el reclutamiento de la Policía de la Generalidad, cuyos mandos serán designados entre Jefes y Oficiales de las Fuerzas Armadas y de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado que mientras presten servicio en la Policía de la Generalidad, pasarán a la situación administrativa que prevea la Ley Orgánica a que hace referencia el apartado 1 del presente artículo o a la que determine el Gobierno, quedando excluidos en esta situación del fuero militar. Las licencias de armas corresponderán, en todo caso, al Estado.

Art. 18. En relación a la Administración de Justicia, exceptuada la militar, corresponde a la Generalidad:

1.º Ejercer todas las facultades que las Leyes Orgánicas del Poder Judicial y del Consejo General del Poder Judicial reconozcan o atribuyan al Gobierno del Estado.

2.º Fijar la delimitación de las demarcaciones territoriales de los órganos jurisdiccionales en Cataluña y la localización de su capitalidad.

3.º Coadyuvar en la organización de los Tribunales consuetudinarios y tradicionales y en la instalación de los Juzgados, con sujeción en todo caso a lo dispuesto en la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Art. 19. El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en el que se integrará la actual Audiencia Territorial de Barcelona, es el órgano jurisdiccional en el que culminará la organización judicial en su ámbito territorial y ante el que se agotarán las sucesivas instancias procesales, en los términos del artículo 152 de la Constitución y de acuerdo con el presente Estatuto.

Art. 20. 1. La competencia de los órganos jurisdiccionales en Cataluña se extiende:

b) En el orden penal y social, a todas las instancias y grados, con excepción de los recursos de casación y de revisión.

Art. 23. 1. Los concursos, oposiciones y nombramientos para cubrir las plazas vacantes en Cataluña de Magistrados, Jueces, Secretarios judiciales y restante personal al servicio de la Administración de Justicia se efectuarán en la forma prevista en las Leyes Orgánicas del Poder Judicial y del Consejo General del Poder Judicial y en ellos será mérito preferente la especialización en Derecho catalán. En ningún caso podrá establecerse la excepción de naturaleza o vecindad.

2. Corresponde íntegramente al Estado, de conformidad con las Leyes generales, la organización y funcionamiento del Ministerio Fiscal.

Art. 26. 2. En defecto de Derecho propio será de aplicación supletoria el Derecho del Estado.

Art. 30. 2. El Parlamento es inviolable.

Art. 31. 2. Los miembros del Parlamento de Cataluña serán inviolables por los votos y opiniones que emitan en el ejercicio de sus cargos.

Durante su mandato no podrán ser detenidos ni retenidos por los actos delictivos cometidos en territorio de Cataluña, sino en caso de flagrante delito, correspondiendo decidir, en todo caso, sobre su inculpación, prisión, procesamiento y juicio al Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Fuera de dicho territorio la responsabilidad penal será exigible en los mismos términos ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.

## b) PAIS VASCO

- 1) *LEY ORGANICA 3/79, de 18 de diciembre* («B. O. E.», número 306, del 22). *Estatuto de Autonomía para el País Vasco.*

Art. 12. Corresponde a la Comunidad Autónoma del País Vasco la ejecución de la legislación del Estado en las materias siguientes:

1. Legislación penitenciaria.

Art. 13. 1. En relación con la Administración de Justicia, exceptuada la jurisdicción militar, la Comunidad Autónoma del País Vasco ejercerá, en su territorio, las facultades que las Leyes Orgánicas del Poder Judicial y del Consejo General del Poder Judicial reconozcan, reserven o atribuyan al Gobierno.

2. Corresponde íntegramente al Estado, de conformidad con las Leyes Generales, el derecho de gracia y la organización y funcionamiento del Ministerio Fiscal.

Art. 14. 1. La competencia de los órganos jurisdiccionales del País Vasco se extiende:

b) En el orden penal y social, a todas las instancias y grados, con excepción de recursos de casación y revisión.

Art. 17. 1. Mediante el proceso de actualización del régimen foral previsto en la Disposición adicional 1.<sup>a</sup> de la Constitución, corresponderá a las Instituciones del País Vasco, en la forma que se determina en este Estatuto, el régimen de la Policía Autónoma para la protección de las personas y bienes y el mantenimiento del orden público dentro del territorio autónomo, quedando reservados en todo caso a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado los servicios policiales extracomunitarios y supracomunitarios, como la vigilancia de puertos, aeropuertos, costas y fronteras, aduanas, control de entrada y salida en territorio nacional de españoles y extranjeros, régimen general de extranjería, extradición y expulsión, emigración e inmigración, pasaportes y documento nacional de identidad, armas y explosivos, resguardo fiscal del Estado, contrabando y fraude fiscal al Estado.

2. El mando supremo de la Policía Autónoma Vasca corresponde al Gobierno del País Vasco, sin perjuicio de las competencias que puedan tener las Diputaciones Forales y Corporaciones Locales.

3. La Policía Judicial y Cuerpos que actúen en estas funciones se organizarán al servicio y bajo la vigilancia de la Administración de Justicia en los términos que dispongan las leyes procesales.



4. Para la coordinación entre la Policía Autónoma y los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado existirá una Junta de Seguridad formada por un número igual de representantes del Estado y de la Comunidad Autónoma.

5. Inicialmente, las Policías Autónomas del País Vasco estarán constituidas por:

a) El Cuerpo de Miñones de la Diputación Foral de Alava existente en la actualidad.

b) Los Cuerpos de Miñones y Miqueletes dependientes de las Diputaciones de Vizcaya y Guipúzcoa que se restablecen mediante este precepto.

Posteriormente, las Instituciones del País Vasco podrán acordar refundir en un solo Cuerpo los mencionados en los apartados anteriores, o proceder a la reorganización precisa para el cumplimiento de las competencias asumidas.

Todo ello sin perjuicio de la subsistencia, a los efectos de representación y tradicionales, de los Cuerpos de Miñones y Miqueletes.

6. No obstante lo dispuesto de los números anteriores, los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado podrán intervenir en el mantenimiento del orden público en la Comunidad Autónoma en los siguientes casos:

a) A requerimiento del Gobierno del País Vasco, cesando la intervención a instancias del mismo.

b) Por propia iniciativa, cuando estimen que el interés general del Estado, esté gravemente comprometido, siendo necesaria la aprobación de la Junta de Seguridad a que hace referencia el núm. 1 de este artículo. En supuestos de especial urgencia y para cumplir las funciones que directamente les encomienda la Constitución, los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad podrán intervenir bajo la responsabilidad exclusiva del Gobierno, dando éste cuenta a las Cortes Generales. Las Cortes Generales, a través de los procedimientos constitucionales, podrán ejercitar las competencias que les correspondan.

7. En los casos de declaración del estado de alarma, excepción o sitio, toda las fuerzas policiales del País Vasco quedarán a las órdenes directas de la autoridad civil o militar que en su caso corresponda de acuerdo con la legislación que regule estas materias.

Art. 21. El Derecho emanado del país Vasco en las materias de su competencia es el aplicable con preferencia a cualquier otro y sólo en su defecto será de aplicación supletoria el Derecho del Estado.

Art. 25. 2. El Parlamento Vasco es inviolable.

Art. 26. 6. Los miembros del Parlamento Vasco serán inviolables por los votos y opiniones que emitan en el ejercicio de su cargo.

Durante su mandato, por los actos delictivos cometidos en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma no podrán ser detenidos ni retenidos, sino en caso de flagrante delito, correspondiendo decidir, en todo caso, sobre su inculpación, prisión, procesamiento y juicio al Tribunal Superior de Justicia del País Vasco. Fuera del ámbito territorial del País Vasco, será exigible en los mismos términos ante la Sala de lo penal del Tribunal Supremo.

Art. 34. 1. La organización de la Administración de Justicia en el País

Vasco, que culminará en un Tribunal Superior con competencia en todo el territorio de la Comunidad Autónoma y ante el que se agotarán las sucesivas instancias procesales, se estructurará de acuerdo con lo prevenido en la Ley Orgánica del Poder Judicial.

La Comunidad Autónoma de conformidad con lo dispuesto en el artículo 152 de la Constitución, participará en la organización de las demarcaciones judiciales de ámbito inferior a la provincia fijando, en todo caso su delimitación.

2. El Presidente del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco será nombrado por el Rey.

3. En la Comunidad Autónoma se facilitará el ejercicio de la acción popular y la participación en la Administración de Justicia mediante la institución del Jurado, en la forma y con respecto a aquellos procesos penales que la Ley Procesal determine.

Art. 35. 1. El nombramiento de los Magistrados, Jueces y Secretarios se efectuará en la forma prevista en las Leyes Orgánicas del Poder Judicial y del Consejo General del Poder Judicial, siendo mérito preferente el conocimiento del Derecho Foral Vasco y el del euskera, sin que pueda establecerse excepción alguna por razón de naturaleza o vecindad.

2. A instancias de la Comunidad Autónoma el órgano competente deberá convocar los concursos y oposiciones para cubrir las plazas vacantes de Magistrados, Jueces y Secretarios en el País Vasco, de acuerdo con lo que disponga la Ley Orgánica del Poder Judicial. Las plazas que quedasen vacantes en tales concursos y oposiciones serán cubiertas por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, aplicando las normas que para este supuesto se contengan en la Ley Orgánica del Poder Judicial.

3. Corresponderá a la Comunidad Autónoma, dentro de su territorio, la provisión del personal al servicio de la Administración de Justicia y de los medios materiales y económicos necesarios para su funcionamiento en los mismos términos en que se reserve tal facultad al Gobierno en la Ley Orgánica del Poder Judicial, valorándose preferentemente en los sistemas de provisión del personal el conocimiento del Derecho Foral Vasco y del euskera.

4. La Comunidad Autónoma y el Ministerio de Justicia mantendrán la colaboración precisa para la ordenada gestión de la competencia asumida por el país Vasco.

Art. 36. La Policía Autónoma Vasca, en cuanto actúe como Policía Judicial, estará al servicio y bajo la dependencia de la Administración de Justicia, en los términos que dispongan las leyes procesales.

2) *LEY 12/1981, de 13 de mayo, por la que se aprueba el Concuerdo Económico en la Comunidad Autónoma del País Vasco.*  
(«B. O. E.», núm. 127, del 28.)

Art. 35. Delito fiscal, infracciones y sanciones tributarias.

Uno. Para determinar la cuantía que tipifica el delito fiscal, en el supuesto de sociedades que tributen en régimen de cifra relativa se sumará la deuda tributaria ocultada a ambas Administraciones.

Dos. Respecto a los tributos concertados, será el Diputado General del Territorio Histórico correspondiente quien, previo informe de la Inspección Foral de Tributos y demás que se estimen oportunos, entre los que inexcusablemente figurarán, en todo caso, informe en derecho deberá poner en conocimiento del Ministerio Fiscal, una vez que hayan adquirido firmeza las actuaciones administrativas, todos aquellos hechos que se estimen constitutivos de delito fiscal, con arreglo a lo dispuesto en el artículo trescientos diecinueve del Código penal.

En los supuestos de tributación en régimen de cifra de negocio, la competencia a que hace referencia el párrafo anterior, quedará atribuida a la Administración común o foral a que corresponda el domicilio del contribuyente, viniendo obligada la otra Administración a notificar a la primera las actuaciones administrativas firmes realizadas por ella.

Tres. Las instituciones de los Territorios Históricos del País Vasco aplicarán la normativa sancionadora común, prevista en la Ley General Tributaria a las infracciones cometidas en tributos de su competencia.

3) *REAL DECRETO 2.903/1980, de 22 de diciembre, regulador de Miñones y Miqueletes de las Diputaciones Forales de Alava, Guipúzcoa y Vizcaya.* («B. O. E.», núm. 13, del 15 de enero de 1981.)

Promulgado el Estatuto de Autonomía del País Vasco, como Ley orgánica tres/mil novecientos setenta y nueve, de dieciocho de diciembre, y en aplicación de lo que dispone el mismo, se hace preciso para la constitución de la Policía de la Comunidad Autónoma dar cumplimiento a lo preceptuado en el artículo diecisiete punto cinco, restableciendo inicialmente los Cuerpos de Miñones y Miqueletes dependientes, respectivamente, de las Diputaciones de Vizcaya y Guipúzcoa, así como dotando de una nueva configuración al Cuerpo de Miñones de la Diputación Foral de Alava como Policía de la Comunidad Autónoma, adaptando sus actuales niveles de servicio y organización a las funciones contenidas en el Estatuto.

A tal fin, resulta procedente que el Gobierno Vasco asuma las competencias hasta ahora atribuidas a órganos de la Administración Central del Estado en relación con los citados Cuerpos enlazando de esta manera la realidad presente con los precedentes forales de tan históricas Instituciones, de hondo arraigo tradicional en el pueblo vasco y que por circunstancias históricas ya superadas, fueron suprimidas en Guipúzcoa y Vizcaya en mil novecientos treinta y siete, fecha hasta la cual desempeñaron como función propia, entre otras, la de vigilancia del cumplimiento de las normas de regulación de tráfico, función que a su vez fue desempeñada con el mismo carácter, por el Cuerpo de Miñones de la Diputación de Alava hasta el año mil novecientos cincuenta y nueve.

El cumplimiento estricto de lo preceptuado en el Estatuto de Autonomía y el expreso reconocimiento del Estado a unos antecedentes históricos debidamente actualizados, hacen aconsejable proceder al restablecimiento y adecuación de estas Policías Forales, que constituyen el primer paso a la luz del

Estatuto aprobado mayoritariamente por la voluntad del pueblo vasco, para la configuración de las Policías de la Comunidad Autónoma, así como para su estructuración definitiva a través del proceso de refundición previsto en el propio Estatuto.

En su virtud a propuesta del Ministro del Interior y previa deliberación del Consejo de Ministros en su reunión del día veintidós de diciembre de mil novecientos ochenta.

#### D I S P O N G O :

Art. 1.º Los Cuerpos de Miñones y Miqueletes de las Diputaciones Forales de Alava, Guipúzcoa y Vizcaya, tendrán carácter civil, estructura y organización jerarquizadas y sus miembros la consideración de Agentes de la autoridad a todos los efectos.

Art. 2.º En virtud de lo establecido en el Estatuto de Autonomía del País Vasco, los Cuerpos de Miñones y Miqueletes de las Diputaciones Forales de Vizcaya y Guipúzcoa, restablecidos en virtud del Estatuto de Autonomía del País Vasco, constituyen inicialmente la Policía de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

Igual carácter tendrá el Cuerpo de Miñones de la Diputación Foral de Alava, a cuyo efecto se procederá a su actualización y reorganización precisas.

Art. 3.º Las facultades que correspondían al Ministerio del Interior, directamente o a través de otras autoridades en relación con los Cuerpos de Miñones y Miqueletes, se asumen por el Gobierno Vasco.

Art. 4.º De acuerdo con lo establecido en el artículo diecisiete del Estatuto de Autonomía, los Cuerpos de Miñones y Miqueletes, que constituyen inicialmente la Policía de la Comunidad Autónoma del País Vasco, ejercerá, en el ámbito de dicha Comunidad, funciones y servicios de:

1. Garantizar la seguridad ciudadana y el pacífico ejercicio de los derechos y libertades públicas y la protección de personas y bienes.

2. Proteger a las autoridades y funcionarios de la Comunidad Autónoma, así como rendir los honores correspondientes, de acuerdo con las normas que lo regulen.

3. Velar por el cumplimiento de las Leyes estatales, así como el de las normas emanadas de la Comunidad Autónoma.

4. Vigilar y proteger los edificios, instalaciones, bienes y derechos de la Comunidad Autónoma y el normal funcionamiento de sus Instituciones.

5. Llevar a cabo las funciones recaudatorias y administrativas que se determinen reglamentariamente.

6. Participar en la ejecución de los planes de protección civil y cooperar y prestar auxilio en caso de calamidades públicas y desgracias particulares, colaborar con las Instituciones y Organismos de asistencia pública, coadyuvar, a petición de las partes, al arreglo pacífico de disputas entre los sujetos privados y garantizar el funcionamiento de los servicios públicos esenciales.

7. Ejecutar la legislación del Estado en materia de vigilancia y cumplimiento de normas de regulación de tráfico, ejerciendo con carácter exclusivo

las facultades de inspección, denuncia y propuesta de sanción y en general todas las funciones policiales en esta materia.

8. Adoptar medidas encaminadas a evitar la comisión de delitos y actuar bajo la dependencia de los Jueces Tribunales y Ministerio Fiscal en la forma que establecen las Leyes.

9. Inspeccionar las actividades sometidas a la ordenación y/o disciplina de la Comunidad Autónoma y la denuncia de toda actividad ilícita.

10. Desempeñar respecto de los órganos forales de los territorios históricos las funciones de representación y tradicionales que actualmente desempeñan los Miñones de Alava, así como aquellas otras que en el ámbito de este Real Decreto determine el Gobierno Vasco.

11. Desempeñar cualesquiera otros servicios que les pueda corresponder con arreglo a las Leyes.

Art. 5.º Los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado podrán adoptar en las vías de comunicación las medidas necesarias para el cumplimiento de los funciones que se les atribuyen en el marco de la Constitución y el Estatuto.

Art. 6.º Corresponde al Gobierno Vasco como mando supremo de la Policía de la Comunidad Autónoma, la dirección, coordinación e inspección de los Cuerpos de Miñones y Miqueletes, en los términos en que lo establezcan las Instituciones comunes del País Vasco, en el marco del Estatuto de Autonomía, sin perjuicio de las funciones que corresponden a las Diputaciones Forales, en relación con las secciones dependientes de las mismas.

Art. 7.º Todo lo relativo a licencias de armas de los Cuerpos de Policía de la Comunidad Autónoma corresponde en todo caso al Estado, rigiéndose por las normas dictadas o que se dicten en lo sucesivo.

Art. 8.º Los Mandos de los citados Cuerpos de Policía de la Comunidad Autónoma se designarán entre Jefes y Oficiales de las Fuerzas Armadas y Cuerpos de Seguridad del Estado, que mientras presten servicio en aquellos Cuerpos pasarán a la situación administrativa que corresponda en su Cuerpo o Arma de procedencia, al cual podrán reintegrarse en cualquier momento. Durante su permanencia en los Cuerpos de Policía de la Comunidad Autónoma quedan excluidos del Fuero castrense.

## DISPOSICION FINAL

De conformidad con lo dispuesto en el Estatuto de Autonomía, la Junta de Seguridad determinará el Estatuto, reglamento, dotaciones, composición numérica, estructura y reclutamiento de los Cuerpos de la Policía Autónoma,

Las Instituciones del País Vasco podrán acordar refundir en un solo Cuerpo los mencionados Cuerpos de Miñones y Miqueletes de Alava, Guipúzcoa y sin perjuicio de las competencias del Gobierno Vasco y de las Diputaciones. Vizcaya, o proceder a su reorganización precisa para el cumplimiento de las funciones asumidas.

Todo ello sin perjuicio de la subsistencia, a los efectos de representación y tradicionales, de los Cuerpos de Miñones y Miqueletes.

## DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Primera.—La Policía de la Comunidad Autónoma pasará a desempeñar en un período de tiempo no superior a cinco años todas las funciones que le están reconocidas en el Estatuto de Autonomía. A tal efecto, en el plazo máximo de seis meses, a partir de la fecha de entrada en vigor de este Real Decreto, comenzará a operar dicha Policía con una plantilla inicial constituida por quinientos hombres, aumentando sus efectivos con las dotaciones y composición numérica que determine la Junta de Seguridad. A lo largo de dicho período se procederá a la delimitación de los servicios policiales que con carácter exclusivo correspondan a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado ya la Policía de la Comunidad Autónoma.

Segunda.—Antes del treinta y uno de diciembre de mil novecientos ochenta y uno la Policía de la Comunidad Autónoma asumirá y ejercerá las funciones transferidas a que hace referencia el artículo cuarto punto siete de este Real Decreto. Las funciones antes mencionadas serán desempeñadas inicialmente por una plantilla constituida por doscientos hombres, a reserva de la determinación definitiva en cuanto a dotación y composición numérica por la Junta de Seguridad.

El presente Real Decreto entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

## c) GALICIA

*LEY ORGANICA 1/81, del 6 de abril («B. O. E.», núm. 101, del 28). Estatuto de Autonomía para Galicia.*

Art. 10. 2. El Parlamento de Galicia es inviolable.

Art. 11. 3. Los miembros del Parlamento de Galicia serán inviolables por los votos y opiniones que emitan en el ejercicio de su cargo. Durante su mandato no podrán ser detenidos ni retenidos por los actos delictivos cometidos en el territorio de Galicia, sino en el caso de flagrante delito, correspondiendo decidir en todo caso, sobre su inculpación, prisión, procesamiento y juicio al Tribunal Superior de Galicia. Fuera de dicho territorio, la responsabilidad penal será exigible en los mismos términos, ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.

Art. 21. El Tribunal Superior de Justicia de Galicia en el que se integrará la actual Audiencia Territorial es el órgano jurisdiccional en que culminará la organización en su ámbito territorial y ante el que se agotarán las sucesivas instancias procesales, en los términos del artículo 152 de la Constitución y de acuerdo con el presente Estatuto.

Art. 22. 1. La competencia de los órganos jurisdiccionales en Galicia se extiende:

b) El orden penal y social a todas las instancias y grados, con excepción de los recursos de casación y revisión.

Art. 23. 1. El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Galicia será nombrado por el Rey a propuesta del Consejo General del Poder Judicial.

2. El nombramiento de los Magistrados, Jueces y Secretarios del Tribunal Superior de Justicia, se efectuará en la forma prevista en las Leyes Orgánicas del Poder Judicial y del Consejo General del Poder Judicial.

Art. 27. El marco del presente Estatuto corresponde a la Comunidad Autónoma gallega la competencia exclusiva en las siguientes materias:

25. La creación de una Policía Autónoma de acuerdo con lo que disponga la Ley Orgánica prevista en el art. 149.1, 29 de la Constitución.

## I) DICTAMENES

### PRESIDENCIA DEL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 90 del Reglamento provisional de la Cámara, se ordena la publicación en el «Boletín Oficial de las Cortes Generales» del Dictamen emitido por la Comisión Constitucional relativo al Proyecto de Ley Orgánica sobre Seguridad Ciudadana.

Palacio del Congreso de los Diputados, 23 de octubre de 1980.—El Presidente del Congreso de los Diputados, Landelino Lavilla Alsina.

La Comisión Constitucional, a la vista del Informe emitido por la Ponencia designada para estudiar el Proyecto de ley Orgánica sobre Seguridad Ciudadana, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 97 del vigente Reglamento provisional, tiene el honor de elevar a la Mesa del Congreso el siguiente

### DICTAMEN

1. La Comisión ha adoptado los siguientes acuerdos:

Primero. Tramitación en cuatro proyectos de ley diferentes de las siguientes materias: seguridad ciudadana y competencias gubernativas (corresponde a los capítulos I y II del proyecto del Gobierno); estados de alarma, excepción y sitio (corresponde al Capítulo III); potestades gubernativas especiales en relación con los supuestos previstos en el artículo 55, 2, de la Constitución (corresponde al Capítulo IV), y Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (corresponde al Capítulo V).

Segundo. La denominación de los citados proyectos de ley será, respectivamente, la siguiente:

1. Ley de Seguridad Ciudadana y Competencias gubernativas.
2. Ley Orgánica de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio.
3. Ley Orgánica sobre los supuestos previstos en el artículo 55, 2, de la Constitución.
4. Ley Orgánica de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

Tercero. Que, de acuerdo con lo previsto en el vigente Reglamento del Congreso de los Diputados, se envíe a la Comisión de Interior, para su tramitación en ella, el Capítulo V del actual Proyecto de Ley de Seguridad

Ciudadana, Capítulo que pasa a constituir el Proyecto de Ley Orgánica de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

Cuarto. Tramitación prioritaria en la Comisión Constitucional del Capítulo IV del Proyecto de Ley de Seguridad Ciudadana, Capítulo que, en su conjunto, pasa a denominarse Proyecto de Ley Orgánica sobre los supuestos previstos en el artículo 55, 2 de la Constitución.

## II. Proyecto de Ley Orgánica sobre los supuestos previstos en el artículo 55, 2, de la Constitución

### Artículo 1.º

A los efectos previstos en el artículo 55, apartado 2, de la Constitución, se entenderá que las personas cuyos derechos fundamentales pueden ser suspendidos, en los supuestos y con el alcance que se determinan en la presente ley, son todas aquellas que planeen, organicen, ejecuten, colaboren en grado necesario o inciten de modo directo a la realización de las acciones atentatorias contra la seguridad ciudadana que se especifican en el artículo siguiente, así como a quienes, una vez proyectadas, intentadas o cometidas las mismas, hiciesen su apología o trataran de proteger o encubrir a los implicados en ellas, dificultando, por cualquier acción, omisión o medio, su posterior identificación y captura.

### Artículo 2.º

Se considerarán acciones atentatorias contra la seguridad ciudadana susceptibles de determinar, de acuerdo con lo previsto en el artículo anterior la suspensión individual de los derechos a que se refiere el artículo siguiente de la presente ley en aplicación del artículo 55, 2, de la Constitución, las enumeradas en los apartados siguientes, siempre que se cometan por personas integradas o relacionadas con bandas armadas o elementos terroristas:

- a) Las que directamente atenten contra la vida o integridad física de las personas.
- b) Las que se cometan mediante el empleo de armas, explosivos o cualesquiera instrumentos de agresión de similar naturaleza.
- c) Las que den o puedan dar lugar a tipo de privación de libertad de una o más personas, bajo exigencia de rescate o cualquier otra condición intimidatoria.
- d) Las que se concreten en amenazas, coacciones, intimidaciones o extorsiones susceptibles de generar un clima de violencia o temor entre la población o una parte de ella.
- e) Las que requieran o exijan para el logro de sus objetivos la adquisición, tenencia, depósito, fabricación, transporte o suministro de armas, municiones o explosivos.
- f) Las que produzcan o pueden causar destrucciones, incendios, inundaciones, descarrilamientos, voladuras o cualesquiera otros estragos de análoga gravedad y significación para las personas o los bienes.



g) Las que pretendan el corte o paralización de los servicios públicos esenciales para la comunidad, sin perjuicio de lo que disponga la legislación sobre el ejercicio del derecho de huelga.

h) Las que comprometan la seguridad exterior del Estado o atenten contra sus Instituciones constitucionales.

i) Las constitutivas de posesión o tenencia ilegal de armas, municiones o explosivos.

j) En general, cualquiera otra que el Código Penal, en su tipificación, califique como terrorista.

### Artículo 3.º

A las personas comprendidas en el ámbito del artículo 1.º de esta ley por su presunta participación o colaboración en las acciones enumeradas en el artículo 2.º se les podrá suspender, siempre que se observen las garantías que en esta ley se establecen, todos o algunos de los derechos fundamentales siguientes:

a) El derecho a ser puestos en libertad o a disposición de la autoridad judicial en el plazo máximo de setenta y dos horas desde su detención.

b) El derecho a la inviolabilidad de sus domicilios respectivos y a no soportar en ellos registro alguno sin su consentimiento o resolución judicial que lo supla.

c) El derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas o telefónicas, y al secreto de éstas.

### Artículo 4.º

1. La suspensión de los derechos mencionados en el artículo anterior será acordada por el Ministro del Interior mediante resolución debidamente motivada y referida siempre a personas y derechos determinados.

2. En los casos de urgencia inaplazable, la resolución podrá ser adoptada por el Director de la Seguridad del Estado, que dará cuenta inmediata de la misma al Ministro del Interior.

3. Las resoluciones a que se refieren los apartados anteriores serán comunicadas de inmediato al Juez Central, el cual, a la vista de las razones aducidas, de las actuaciones que por sí mismo mande practicar, y oído el Ministerio Fiscal, acordará, motivadamente, y en el plazo de setenta y dos horas, su confirmación o revocación total o parcial.

4. Igualmente serán notificadas tales resoluciones a los interesados inmediatamente de adoptarlas, salvo las previstas en el apartado c) del artículo anterior, cuando con ello se comprometa el resultado de las investigaciones.

### Artículo 5.º

1. La detención gubernativa podrá durar el tiempo necesario para la investigación y el esclarecimiento de las actuaciones criminales en las que el detenido se le supusiese implicado, sin que en ningún caso pueda exceder del plazo de diez días, transcuridos los cuales deberá ser puesto necesaria-

mente en libertad o entregado, en unión de las actuaciones practicadas, a la autoridad judicial competente.

2. Durante la detención a que se refiere el apartado anterior, el Juez que la hubiere confirmado inicialmente podrá en todo momento requerir información y conocer personalmente la situación del detenido y, en su caso, visitarlo en el lugar de detención, en orden a verificar la corrección y congruencia de las limitaciones impuestas a sus derechos fundamentales.

3. La autoridad que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 4.º de esta ley haya decretado la detención o prisión podrá ordenar la incomunicación por el tiempo que estime necesario mientras se completen las diligencias o la instrucción sumarial, sin perjuicio del derecho de defensa que afecta al detenido o preso.

#### Artículo 6.º

1. Los miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado podrán proceder, sin necesidad de autorización o mandato judicial previo, a la inmediata detención de los presuntos responsables de las acciones a que se refieren los artículos 1.º y 2.º, cualesquiera que fuese el lugar o domicilio donde se ocultasen o refugiasen, así como al registro de los efectos o instrumentos que en ellos se hallaren y que pudiesen guardar relación con los delitos de que se les acusase.

2. El Ministro del Interior o, en su defecto, el Director de la Seguridad del Estado, comunicará inmediatamente al Juez Central el registro efectuado, las causas que lo motivaron y los resultados obtenidos del mismo, con especial referencia a las detenciones que, en su caso, se hubiesen practicado.

#### Artículo 7.º

1. El Ministro del Interior podrá ordenar por un plazo de hasta tres meses la observación postal, telegráfica o telefónica de aquellas personas sospechosas de estar integradas o relacionadas con los grupos organizados a que se refiere el artículo 2.º de esta ley.

2. De subsistir las razones que hubiesen determinado la adopción de las medidas de intervención previstas en el apartado anterior, éstas podrán ser prorrogadas sucesivamente por iguales periodos de tres meses.

3. De la adopción de la medida y de cada prórroga que se acuerde se dará cuenta inmediata al Juez competente, el cual, en el plazo máximo de setenta y dos horas, deberá confirmarla o revocarla, en todo o en parte, previa constatación sumaria de la existencia y gravedad de las circunstancias que la justificaron.

#### Artículo 8.º

La instrucción, conocimiento y fallo de las respectivas causas criminales corresponderá exclusivamente a los Juzgados Centrales de Instrucción y a la Audiencia Nacional.

Artículo 9.º

El Gobierno informará al Congreso de los Diputados del uso que se hace y del resultado obtenido por la aplicación de las medidas previstas en los artículos 1.º y 7.º de esta ley.

Artículo 10

1. La utilización injustificada o abusiva de las facultades contenidas en los artículos 1.º al 7.º de la presente ley producirá la responsabilidad prevista en el último párrafo del artículo 55, 2, de la Constitución.

2. Los que, como consecuencia de la aplicación de las medidas contenidas en dichos preceptos, sufran en su persona, derechos o bienes, daños o perjuicios por actos que no les sean imputables, podrán exigir ser indemnizados, de acuerdo con lo dispuesto en la legislación aplicable.

3. Serán asimismo indemnizables por el Estado los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia o con ocasión de la ejecución, esclarecimiento o represión de las acciones a que se refiere la presente ley.

Palacio del Congreso de los Diputados, 22 de octubre de 1980.—«Boletín Oficial de las Cortes».—Congreso de los Diputados, núm. 73-II, 27 de octubre de 1980.



## Jurisprudencia penal

PRIMER SEMESTRE DE 1981

LUIS FELIPE RUIZ ANTON  
Universidad Complutense. Madrid

### **Artículo 1. Relación de causalidad: imputación objetiva del resultado. Teoría de la adecuación.**

«Quien ha puesto una condición «sine qua non» del resultado ha causado el resultado, pero para que éste pueda serle «objetivamente» atribuido es necesario, además, que tal condición sea adecuada, eficiente o apropiada, conforme a las reglas de la experiencia, para producir el resultado típico, que, por ende, ha de aparecer como consecuencia natural, lógica o racional de la acción.» (Sentencia de 20 de mayo de 1981.)

### **Artículo 1. Conciencia de la antijuricidad. Error de prohibición.**

«Que el tercer motivo, al estar articulado por entender que el delito de tenencia ilícita de armas, previsto y sancionado en el artículo 254 del Código Penal, ha sido apreciado indebidamente y fundamentarse en que esta infracción delictiva, aunque "esencialmente objetiva y de mera actividad", reclama para su existencia que el sujeto activo deba conocer la significación anti-jurídica de su conducta, presenta el problema sobre si existe o no un error de derecho extrajudicial o error de prohibición, susceptible de tener el tratamiento jurídico penal del error o equivocación del acto y originar con ello la ausencia delictiva por inexistencia o ausencia de culpabilidad. La dogmática jurídica y la jurisprudencia de esta Sala, en determinadas y concretas resoluciones absolutorias, han recogido el tratamiento del error de Ley extrapenal de igual forma que el error de hecho, declarando la inexistencia del delito por ausencia de dolo, teniendo cada vez más eco el principio moderno de que "el castigo sin voluntad antijurídica es un residuo de responsabilidad objetiva", pudiéndose decir, en el momento actual, que el error de la antijuricidad material no formal, cuando está determinada como elemento del tipo delictivo, al exigirse la ilicitud por ley no penal engendra el "error de prohibición" que exonera de responsabilidad.» (Sentencia de 16 de junio de 1981.)

**Artículo 1. Dolo. Error sobre el tipo y error de prohibición.**

«El conocimiento del agente —elemento intelectual del dolo— debe abarcar las circunstancias jurídicamente relevantes del hecho y el disvalor ético-social del mismo que tiene expresión en la antijuricidad, y al desconocimiento o conocimiento equivocado de dichos extremos corresponde la diferenciación clásica entre el error de hecho y el error de derecho, traducidos en la dogmática penal moderna, con ciertas matizaciones, a los llamados error de tipo y error de prohibición, los cuales sin referencia en nuestro derecho constituido la tienen «de lege ferenda» en el Proyecto del Código Penal que distingue con cuidadosa técnica entre «el error sobre un elemento integrante de la infracción penal» y la «creencia errónea de estar obrando lícitamente», en ambos casos con eficacia excluyente de la responsabilidad siempre que el error o falsa creencia fueren probadas e invencibles; y al formarse en este caso la voluntad del sujeto con error sobre una circunstancia esencial del hecho: la creencia de que actuaba sobre una persona muerta, es llano que debe ser excluida su responsabilidad a título de dolo, pero no eximido de «toda» responsabilidad, porque su error ha sido consecuencia de grave imprevisión al no tomar las elementales precauciones que para cerciorarse de la muerte de la víctima pertenecen a la común experiencia, imprevisión de la que arranca su responsabilidad por culpa de un error vencible». (Sentencia de 14 de noviembre de 1980.)

**Artículo 3. Desistimiento: naturaleza jurídica. La tentativa cualificada.**

«Que el propio y voluntario desistimiento opera como causa de exclusión de la tipicidad, al paso que la interrupción de los actos que presupongan y entrañen un comienzo de ejecución por cualquier causa distinta a la indicada es elemento esencial en la tentativa, siendo de destacar, en el primer supuesto, es decir, en el desistimiento, que si los actos ya ejecutados constituyen por sí mismos un delito, el agente responderá de éstos y no por la tentativa del delito primeramente planeado y del que desistió.» (Sentencia de 31 de enero de 1981.)

**Artículo 8, 1.º Trastorno mental transitorio: requisitos.**

«Se caracteriza por las siguientes notas: origen o fondo patológico que se exagera explosivamente mediante resortes o estímulos, internos o externos, que agudizan la dolencia con brotes de agresividad o de violencia, si bien, en casos excepcionales, una emoción o una pasión, merced a su intensidad y virulencia, sin fondo patológico alguno, pueden también desencadenar el citado trastorno; aparición brusca y fulgurante; irrupción también rápida en la mente del sujeto, privándole de su capacidad de raciocinio y de la de conocer el alcance de sus actos; o suprimiendo su facultad de querer y de tomar libremente determinaciones o decisiones; breve duración;

curación ulterior sin secuelas; y, finalmente, ausencia de preordenación, esto es, que el trastorno mental transitorio haya sido provocado intencionadamente por el sujeto activo para delinquir.» (Sentencia de 29 de abril de 1981.)

**Artículo 8, circunstancia 12.ª Obediencia debida: requisitos: no exigibilidad de conducta diferente.**

«La doctrina actual, mayoritariamente, exige para fundar la obediencia debida, a saber, o que el receptor del mandato indica en error sobre la **ilicitud** del mismo creyéndolo de buena fe legítimo, o bien que aún percibiendo la antijuricidad de la orden —como sería notorio en el caso de autos— se viera compelido aceptarla por **no poderle ser exigible otra conducta conforme a Derecho.**» (Sentencia de 18 de noviembre de 1980.)

**Artículo 9, circunstancia 2.ª Embriaguez no habitual: no se puede apreciar en los delitos culposos cometidos en la conducción de un vehículo de motor.**

«Es doctrina reiterada de esta Sala la de que la embriaguez como circunstancia atenuante de la responsabilidad no puede estimarse en los delitos culposos cometidos en la conducción de un vehículo de motor, ya que sería un contrasentido dejar de sancionar la conducción en estado de embriaguez, para, a renglón seguido, utilizar dicho estado a efecto de degradar la responsabilidad criminal del delito más gravemente penado por vía de atenuación.» (Sentencia de 3 de abril de 1981.)

**Artículo 9, circunstancia 4.ª Preterintencionalidad: no es aplicable al delito de lesiones. Dolo general. Delito cualificado por el resultado.**

Es sabido que la generalidad de la doctrina penal española considera que la atenuante 4.ª del artículo 9 encuentra su más adecuada aplicación en los delitos cuyo resultado admite una mayor o menor gravedad, sin que por ello varíe el título de imputación, lo que sucede en las lesiones. Sin embargo, la presente sentencia argumenta de forma opuesta con base en los siguientes razonamientos: «Dicha atenuante no es, de ordinario, apta e idónea para aplicarla al delito de lesiones, puesto que en los artículos 420 y 422 del Código Penal sólo se exige la concurrencia del dolo general, genérico e indeterminado de lesionar, imponiéndose la pena con arreglo a un resultado que muchas veces entra dentro de un terreno matemático imposible de prever y de querer, siendo claro pues que bastando que el agente tenga la intención de herir, golpear o maltratar, no es necesario que su dolo abarque el resultado concreto obtenido, el que de ordinario no depende de su voluntad, agregándose que, en realidad, el legislador sanciona unas vías de hecho dolosas cualificadas por el resultado, e incompatibles, como todos los delitos de esta índole, con la atenuante debatida.» (Sentencia de 1 de junio de 1981.)

**Artículo 9. circunstancia 8.ª Arrebato u obcecación.**

«Sólo los estímulos conciliables con los postulados de la ética y el derecho merecen valorarse como integrantes de la circunstancia atenuatoria de arrebato u obcecación y en modo alguno puede alegar en su favor haber obrado por tales impulsos si los actos que ejecutaba quien los invoca eran contrarios a los preceptos del ordenamiento vigente, que es lo que ocurre en el caso de la presente contienda en que el procesado, violentando por la fuerza a una persona que no quería secundar la huelga incivil que aquél acaudillaba, la impidió reintegrarse a su trabajo cotidiano, como era su deseo y obligación, y si en estas circunstancias intenta la víctima zafarse de las agresiones verbales a físicas a que se la tuvo sometida y al pretender huir con el coche que conducía atropella y mata a uno de los huelguistas, mal podrá alegar en su favor el cabecilla de los mismos haber obrado con ofuscación al lesionar a la recurrida en venganza de la muerte ocasionada cuando fue precisamente él, con su conducta irascible e ilegal, el principal culpable del suceso que se enjuicia.» (Sentencia de 11 de abril de 1981.)

**Artículo 10, circunstancia 14.ª Reiteración: interpretación de la palabra Ley.**

«1.º La reiteración exige que al delinquir el culpable hubiere sido castigado por delito a que la ley señale igual o mayor pena o por dos o más delitos a que aquélla señale pena menor. 2.º Al decir la Ley, según declaración de esta Sala, se refiere a la ley vigente, aun especial, cualquiera que sea la jurisdicción de la impuesta, incluso la militar.» (Sentencia de 30 de abril de 1981.)

**Artículo 12, núm. 1.º Autoría en un delito de omisión impropia.**

«Para que pueda configurarse la conducta de una persona como autora de un delito de comisión por omisión imprudente, tienen que darse los siguientes requisitos: 1) Que la omisión sea condición negativa del resultado. 2) Que tal condición aparezca como suficiente en caso de haberse cumplido, para impedir el resultado, o sea, que la acción jurídicamente esperada no pueda ser imaginada hipotéticamente como existente, sin que deje de desaparecer el resultado en su manifestación concreta, y 3) Que tal omisión tenga lugar hallándose o encontrándose el sujeto imputado en posición de responsable, en este caso, por ingerencia o garantía, ya que la equiparación de la omisión con el hacer activo tiene su base en una especial situación de deber jurídico de impedir el resultado, que sólo puede hallar su fundamentación en la expresada situación, surgida de especiales deberes de protección para determinados bienes jurídicos, como, por ejemplo, la aceptación contractual fáctica de asumir la responsabilidad por otros.» (Sentencia de 13 de junio de 1981.)



**Artículo 12, núm. 1.º Coparticipación culposa de autoría.**

«Aunque la coparticipación culposa de autoría no está tan conformada doctrinal y jurisprudencialmente como la dolosa, por su infrecuencia y su incertidumbre de resultado, puede admitirse y así lo ha hecho este Alto Tribunal en numerosas ocasiones y supuestos de las que son ejemplo, entre otras, las Sentencias de 2 de julio de 1966, 20 de mayo de 1970, 14 de marzo de 1974, 16 de noviembre de 1979 y 21 de noviembre de 1980, cuando se da un actuar planificado que en su entraña lleva una omisión espiritual imprudente, puesta de manifiesto en su desarrollo, en cuyo caso el reproche de culpabilidad comprende a todos los que operaron agrupando sus voluntades con igualdad o equivalencia de conductas causales calificadas penalmente, sin extenderse al indispensable resultado, al bastar únicamente como preciso un nexo acorde que alcance a toda la actuación, en todos sus matices, dándose el supuesto conocido por «multiplicidad de culpabilidad.» (Sentencia de 28 de mayo de 1981.)

**Artículo 14, núm. 1.º Coautoría: elementos subjetivo y objetivo.**

La coautoría «entraña el concurso de varios sujetos que toman parte en la ejecución del hecho, violando un mismo precepto penal, existiendo entre ellas un pacto, acuerdo o consenso y que cada uno de los concertados ejecute una actividad externa o adopte una actitud manifestada que tienda a la consumación del delito.» (Sentencia de 20 de mayo de 1981.)

**Artículo 14, núm. 2.º Autoría mediata: la persona que recibe un mandato o encargo ignora la antijuricidad de la acción.**

La figura legal de la llamada autoría mediata «cae bajo la vigencia del número segundo del artículo 14 del cuerpo legal punitivo citado, a tenor del cual el inductor es considerado responsable en lugar del inducido, como explican las sentencias de esta Sala de 31 de marzo de 1946 y 6 de diciembre de 1957, entre otras; sin que para estimar la existencia de tal inducción, sobre todo en aquellos casos en los que como ocurrió en el presente, el inducido desconoce la ilicitud o antijuricidad de su acción, se requiera la prueba de la existencia de una fuerza moral intensa, sino que basta un simple estímulo eficaz, como puede ser un encargo o mandato.» (Sentencia de 23 de mayo de 1981.)

**Artículo 14, núm. 3.º Cooperación necesaria mediante una conducta omisiva. Sus diferencias con la complicidad por omisión.**

«Se pueden reducir a tres los requisitos de la omisión por cooperación necesaria (coautoría) como de la omisión no necesaria (complicidad): a) Un elemento objetivo constituido por la omisión que en el primer supuesto de

coautoría debe ser causal (**conditio sine qua non**) del resultado típico y que en la complicidad basta que sea eficaz (no necesaria) en orden a la producción de ese resultado; b) Un **elemento subjetivo** o voluntad dolosa, bien de cooperar causalmente con la omisión al resultado (coautoría), bien de facilitar simplemente el resultado o **animus adjubani** (complicidad); y c) Un **elemento normativo** que es el que acaba de dar todo su sentido jurídico-penal a la omisión integrado por la existencia de un específico deber de actuar derivado de un precepto jurídico (ley, contrato, etc.) o de una situación de peligro precedentemente creada por el omitente que le coloca en **posición de garante**, es decir, que le obliga a garantizar la no producción del resultado, obligación que le incumbe a él personalmente en cuanto dio vida al peligro o daño potencial para la esfera jurídica ajena, lo que es distinto, por más específico, del deber genérico de impedir determinados delitos establecido en el artículo 338 del Código Penal.» (Sentencia de 10 de abril de 1981.)

**Artículo 14, núm. 3.º Cooperación necesaria: diferencias con la complicidad. Teoría subjetiva, del dominio del hecho y de los bienes escasos.**

«Para determinar la diferencia entre la cooperación necesaria, tratada penalmente en nuestra legislación como autoría —número 3 del artículo 14 del Código Penal— y la auxiliadora de tratamiento legislativo de complicidad —artículo 16 del mismo Código—, hay que tener en cuenta: 1.º Los elementos subjetivos mediante los cuales ha de ponerse en relación el acuerdo de voluntades, previo o simultáneo a la acción, bien de modo expreso o tácito, imprescindible para la apreciación de la participación múltiple en el delito, y de lo que se ha de deducir el «animus auctoris» o el «animus socii», como medios interpretativos de gran valor para el hallazgo de la distribución entre una y otra clase de participación. 2.º Los elementos objetivos, a través de lo que se ha de investigar sobre las actividades o conductas desarrolladas por cada uno de los partícipes, con la finalidad de medir la mayor o menor intensidad de su responsabilidad penal, mediante el criterio causativo del acto, el de poderío o de dominio del mismo, o el más moderno de «los bienes o actividades escasos», que trata de hallar la diferenciación entre la cooperación necesaria y la meramente auxiliadora, según la valoración más o menos difícil que lleva consigo la ejecución o dinámica delictiva en atención a la convivencia social, y 3.º Los elementos normativos, como valoraciones de naturaleza jurídica, que han de tenerse en cuenta al examinar las vinculaciones de la conducta puesta por cada uno de los partícipes en relación con la tipología delictiva.» (Sentencia de 6 de mayo de 1981.)

**Artículo 16. Complicidad: posibilidad de referirla al que toma parte directa en la ejecución del hecho, al inductor y al cooperador necesario.**

«Cómplice en sentido amplio y generalizado no es ni más ni menos que un auxiliar eficaz y consciente en los planes y actos del ejecutor material, del

inductor o del cooperador esencial, que contribuye a la producción del fenómeno o hecho punitivo, mediante el empleo anterior o simultáneo de medios conducentes a la realización del designio que aquéllos anima, y del que participa prestando su colaboración voluntaria y libremente para el éxito de la empresa criminal en la que todos están interesados, siendo una participación accidental o secundaria, no condicionante, de carácter subsidiario o inferior.» (Sentencia de 4 de mayo de 1981.)

**Artículo 52, párrafo segundo. Delito imposible: naturaleza y fundamento de la pena.**

«El delito imposible que contempla el artículo 52.º del Código Penal no es una figura degradada o imperfecta, sino, como dice la doctrina, por ser una realidad legal, una figura con sustantividad legal propia, extensiva e integradora, que se caracteriza en primer lugar por la intencionalidad del agente que entra dentro de la culpabilidad del mismo delito representado y querido; en segundo lugar, por actividad del mismo exteriorizada de manera inequívoca a la consecuencia de un resultado antijurídico; en tercer lugar, tal fin u objetivo propuesto no se consiga o porque los medios elegidos son inidóneos, o por carencia absoluta de objeto (...). Que se basa la punibilidad de estos supuestos en un doble elemento, el subjetivo que es la voluntad del agente totalmente rebelde al derecho, a la convivencia, a la norma socio-cultural, y el objetivo de poner en peligro, de manera manifiesta el orden jurídico establecido.» (Sentencia de 26 de febrero de 1981.)

**Artículo 69. Delito continuado: admisión de la doctrina concurriendo delitos y faltas o acciones en grado de consumación, frustración y tentativa.**

«Se admite la continuación delictiva aun cuando las acciones que lo integran unas sean consumadas, otras frustradas y otras intentadas, aunque se entremezclen faltas, bien favorezcan o perjudiquen al reo, con la exclusión de los delitos contra la propiedad si existe violencia en las personas, porque cada violencia como medio de vulnerar la libertad, la vida o la integridad de éstas haría nacer tantos delitos, como sujetos pasivos existieran.» (Sentencia de 5 de marzo de 1981.)

**Artículo 77. Sustitución de la pena de presidio por la de prisión en caso de ser mujer la responsable criminalmente.**

«Aun cuando el alcance de lo dispuesto en el artículo 77 del Código Penal pudiera entenderse en el sentido meramente terminológico (así las Sentencias de 25 de marzo de 1936 y 30 de noviembre de 1968), es lo cierto que tal precepto establece una discriminación teóricamente más beneficiosa para la mujer que delinque, habida cuenta de la similitud que en principio comportan el cumplimiento de las penas de presidio y prisión, pero al tener que ser complementadas con las pertinentes normas penitenciarias, el precepto persiste en su vigencia, y su infracción en el caso de autos resulta evidente.» (Sentencia de 19 de mayo de 1981.)

**Artículo 117. Extinción de la responsabilidad civil nacida de un delito o falta. Recíproca remisión entre el Código penal y el Código civil.**

«Que si bien es cierto que la afirmación contenida en el artículo 1.093 del Código civil es valedera hasta sus últimas consecuencias, no lo es, con la generalidad con que se pronuncia, la contenida en el artículo precedente, en el que se afirma que «las obligaciones civiles que nazcan de los delitos o faltas se regirán por las disposiciones del Código penal», pues es este propio cuerpo sustantivo el que, en su artículo 117, establece una nueva remisión o reenvío al Código civil, al prescribir que «la responsabilidad civil nacida de delito o falta se extinguirá de igual modo que las demás obligaciones, con sujeción a las reglas del Derecho civil», con lo que, dicho se está, esta aparente antinomia, que representa el doble o recíproco reenvío, ha de resolverse en el sentido de que el nacimiento de la responsabilidad *ex delicto* queda enmarcada dentro de la órbita de las normas contenidas en el Código punitivo y sólo la extinción queda relegada al marco del propio ordenamiento jurídico civil». (Sentencia de 11 de mayo de 1981.)

**Artículo 119. Funcionarios públicos a efectos penales: farmacéuticos, médicos y enfermeras del Instituto Nacional de Previsión.**

«Los farmacéuticos, médicos y enfermeras que por disposición legal se incorporen a la prestación de un servicio social a cargo del Instituto Nacional de Previsión, que depende del Estado, les otorga los requisitos necesarios para alcanzar el carácter de funcionarios públicos a los efectos del artículo 119 del Código penal. Y aunque la jurisdicción laboral sea la competente para entender de ciertas cuestiones contenciosas entre ellos y el Instituto Nacional de Previsión, ello no obsta a la consideración de funcionarios públicos, a los fines de la legislación penal». (Sentencia de 7 de abril de 1981.)

**Artículo 385. Cohecho: delito contractual. Estructura. Autoría. Consumación.**

«Dentro de la tesis del delito contractual, con pluralidad de sujetos que pactan ilícitamente sobre la función pública que uno desempeña para apartarla de los cauces legales, con lesión de los intereses generales, **no se puede concluir que sea un acto personalísimo**, sino que basta para reputar **autores del delito** a los llamados **contratantes** en cuanto haya **acuerdo sobre el acto lícito o injusto a realizar**, porque la materia o el contenido del delito de cohecho no es acto que el funcionario ejecute o deje de ejecutar indebidamente, sino el **consentimiento prestado al mismo**, aunque no se lleve a efecto y quede **consumado** para el oferente en cuanto hace la oferta o proposición y para el que **la recibe desde que la acepta**. La Ley penal actúa, pues, aquí más que sobre resultados, sobre **actos de voluntad**. Por tanto, la solicitud o la recepción de la cantidad son suficientes para la consumación del delito». (Sentencia de 7 de abril de 1981.)

**Artículo 420. Diferencia conceptual entre delito cualificado por el resultado y delito determinado por el resultado.**

«Los delitos "cualificados" por el resultado suponen un hecho doloso y un resultado "más grave" que el querido, mientras que los delitos "determinados" por el resultado, entre los que se puede incluir el delito de lesiones, según su actual configuración legal, suponen un hecho doloso y un resultado "más grave, igual o menos grave" que el querido; el elemento subjetivo es en aquel caso la voluntad de herir, golpear o maltratar de obra, en cualquier sentido a grado, pero la determinación de la pena se hace según el resultado objetivo, bastando el nexo de causalidad entre aquella voluntad y el resultado, siquiera en el caso de consecuencias imprevisibles o notoriamente desproporcionadas el objetivismo que inspira la tipificación delictiva se temple con la aplicación del principio de preterintencionalidad». (Sentencia de 28 de noviembre de 1980.)

**Artículo 429, núm. 2.º Violación: privación de la razón o sentido.**

«La privación de la razón o sentido ha de entenderse no como ausencia total de conciencia, sino como pérdida o inhibición de las facultades cognitivas y volitivas en la medida adecuada para discernir la importancia, consecuencias y valoración moral del acto sexual.» (Sentencia de 17 de marzo de 1981.)

**Artículo 431. Escándalo público: bien jurídico.**

«Siendo el delito de escándalo público de mera tendencia y obsceno comportamiento, no de resultado, su integración legal surge al ámbito punitivo... por la ofensa al pudor o las buenas costumbres, lo que significa y equivale a ofender la moral sexual colectiva, por hechos de grave escándalo o trascendencia, representando aquél los efectos repulsivos que produce en las personas, pocas o muchas, que no siendo las directamente afectadas por el delito tienen conocimiento del mismo al tiempo de su realización o descubrimiento, mientras la trascendencia se centra en el daño moral o impacto perjudicial anímico que la actuación desvergonzada o lasciva del inculpado ocasiona en el sujeto pasivo ofendido.» (Sentencia de 20 de mayo de 1981.)

**Artículo 431. Escándalo público: tipo abierto.**

«Aun dando por supuesto que el artículo 431 del Código Penal sea expone de un tipo abierto, entendido en el sentido de que las características del injusto están reflejadas tan sólo de modo fragmentario e incompleto, precisando una aportación complementaria de otros caracteres extravagantes

del tipo, es lo cierto que tales aportaciones vendrán de las que en un momento determinado de la convivencia social provengan de un estado de cultura o de opinión, pero nunca podrán integrarse con una antijuricidad administrativa, y menos integrándose ésta en aquélla hasta el punto de sustituirla, ya que ambas antijurididades se desenvuelven en órbita distinta, más amplia en las de índole administrativa que en la punitiva.» (Sentencia de 5 de febrero de 1981.)

**Artículo 440. Rapto: determinación del sujeto pasivo. Sólo puede ser una mujer.**

Es «incierto el significado de la desaparición del inciso "de una mujer" y su sustitución por la frase "de una persona" —incerteza agravada por la ausencia, en la Ley de 7 de octubre de 1978, de una exposición de motivos que permitiera conocer la "mens legislatoris"—, pero la doctrina más caracterizada sostiene que, atendiendo a criterios interpretativos lógicos, históricos y sistemáticos, el **sujeto pasivo** ha de ser necesariamente mujer, pues en otro caso no tendrían sentido preceptos, como v. g. el artículo 444, que la reforma dicha respetó y no derogó.» (Sentencia de 21 de mayo de 1981.)

**Artículo 452 bis b) núm. 1.º Solicitud de tramitación de expediente de inconstitucionalidad, basado en la fijación de la mayoría de edad.**

«Que planteado en el segundo otrosí del escrito de formalización de este segundo recurso la cuestión de la inconstitucionalidad del artículo 452 bis b) en su número primero por contradicción con el artículo 12 de la Constitución que fija la mayoría de edad de los españoles en los dieciocho años, solicitando en el mismo la iniciación de una cuestión de inconstitucionalidad al amparo de lo preceptuado en el artículo 35 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, tal petición no puede ser atendida, no sólo porque dicha cuestión al no haber sido promovida en Instancia debe ser considerada en la casación como cuestión nueva y por tanto rechazable, sino también y sobre todo porque la aparente discrepancia denunciada entre el precepto constitucional y el penal, no tiene realidad práctica, ya que nada impide que el legislador fije el límite de la protección penal por encima o más allá de la mayoría de edad, como ya venía sucediendo bajo el imperio de la legislación anterior donde la mayoría de edad se alcanzaba a los veintiún años, mientras que la protección penal se extendía como ahora hasta los veintitrés años.» (Sentencia de 3 de abril de 1981.)

**Artículo 501: «Transformación de un delito de hurto o de estafa en otro de robo con violencia o intimidación en las personas.**

«Si en el curso o desarrollo operativo de una infracción que comenzó con los caracteres del hurto o de la estafa, advienen la violencia o la intimidación:

«encaminadas a la consecución de anhelos patrimoniales, tales infracciones se desvanecen o se esfuman para dejar paso a un comportamiento subsumible en el artículo 501, toda vez que su naturaleza y su estructura, astutas y no violentas, han cesado para abrir paso a un tipo de delincuencia distinto, matizado por el empleo de «vis absoluta» o por el de la «vis compulsiva». (Sentencia de 7 de abril de 1981.)

**Artículo 501, núm. 1.º Robo con homicidio: referencia del dolo o de la culpa al resultado de muerte.**

«No es un delito calificado por el resultado, sino un delito complejo integrado por la unión de dos delitos: el de robo y el homicidio, por lo que para la existencia de este último en su estricta acepción legal es menester que se halle cubierto por el dolo, ya sea directo, eventual o al menos por la culpa por lo que queda excluido el fortuito.» (Sentencia de 18 de febrero de 1981.)

**Artículo 501, último párrafo. Porte de armas simuladas.**

«Que el peligro eventual que entraña el porte de armas sobre el que está montada esta tipificación específica desaparece cuando el arma es simulada o carece de aptitud para su misión ofensiva.» (Sentencia de 20 de febrero de 1981.)

**Artículo 514. Hurto: corte de una alambrada para sustraer cosas ajenas.**

«El hecho de penetrar en una finca cortando la cerca de alambre de espinos que la cerraba y cogiendo dos animales de raza mular y una cerda que en la misma se encontraban es constitutivo de un delito de hurto, ya que la finalidad de las alambradas de espino es primordialmente evitar la fuga de los propios animales y no el de que éstos sean sustraídos, y aunque sea su corte exponente de una marcada agresividad contra las defensas puestas por el propietario, la acción no puede ser entendida como modalidad comisiva asimilada al concepto legal de fuerza ni asimilarse a los conceptos de pared, puerta o ventana que se establece en el número 2.º del artículo 504 del Código Penal.» (Sentencia de 11 de abril de 1981.)

**Artículo 516 bis. Utilización ilegítima de vehículos de motor ajenos: robo y hurto de uso.**

«Que en el artículo 516 bis del Código penal se configuran los delitos de robo y hurto de uso de vehículo de motor ajeno como delitos autónomos respecto a los delitos de robo y hurto ordinarios y se sancionan con pena

fija sin tomar en consideración la cuantía de lo sustraído, a diferencia de lo que ocurre con éstos, pero en el párrafo tercero de dicho artículo 516 bis se equipara una y otra clase de delitos a efectos de punición cuando el agente, en los delitos de hurto y robo de uso, hubiese dejado transcurrir el plazo de veinticuatro horas sin restituir el vehículo directa ni indirectamente, lo cual no quiere decir que los delitos de hurto y robo de uso cambien de naturaleza, sino simplemente que se penan de distinta manera, según que concurren o no las circunstancias fácticas previstas en unos y otros párrafos.» (Sentencia de 5 de marzo de 1981.)

**Artículo 516 bis, párrafo tercero. Restitución directa o indirecta de un vehículo de motor ajeno.**

«Porque si por restitución se entiende **volver una cosa a quien la tenía antes**, es claro que no la devuelve quien la abandona a su suerte, y como esto fue lo que hizo el procesado al dejar el automóvil sustraído en lugar ignorado por su sueño, y la referida conducta, aun producida dentro de las veinticuatro horas siguientes al momento de la ilegal ocupación, no puede entenderse como restitución indirecta, que lo sería dejando el coche en condiciones ostensibles para que de modo inmediato pudiera recuperarse, como en las proximidades del domicilio de su titular, junto a una Comisaría de Policía, mal aparcado, o en lugar de estacionamiento prohibido, y mucho menos como restitución directa, que requeriría la comunicación de la situación del coche a su propietario por llamada telefónica, por nota manuscrita o por aviso dejado en su domicilio, por intermedio de tercera persona o a través de los agentes de la autoridad.» (Sentencia de 17 de noviembre de 1980.)

**Artículo 530. Multirreincidencia: sustitución de la locución imperativa por otra facultativa.**

«Como ya entendió la Sentencia de 31 de marzo de 1980 (véase **ADPCP**, 1980, pág. 547), el artículo 530 del Código penal hay que ponerlo en relación con la noción de multirreincidencia de la circunstancia quince del artículo 10, tal como ha sido redactada por la Ley de 1978 y con la regla 6.<sup>a</sup> del artículo 61, también modificada por dicha norma, de tal manera que la locución imperativa de la primera norma ha de sustituirse por simple facultativa.» (Sentencia de 24 de marzo de 1981.)

**Artículo 546 bis a) Receptación. Momento de la consumación.**

«La acción típica no se halla constituida, como quedó dicho, por la "adquisición" o la "recepción", sino por el "aprovechamiento para sí", lo que hace que la consumación del delito de receptación pueda coincidir o no con la adquisición, pues como es obvio, el delito de receptación, como todos



los demás delitos, se consuma cuando el agente, acomodando su conducta a la descripción típica, hace que surjan, conjuntamente, todos los elementos normativos del tipo, tanto en el aspecto subjetivo como en el objetivo, por lo que bien puede suceder, y sucede en la generalidad de los casos, que el momento consumativo del delito de receptación coincida con la adquisición, porque al tiempo de realizarla con ánimo de lucro, el agente ya conociese la perpetración del anterior delito contra los bienes y que de él procedían los que adquiere, pues como reiteradamente ha declarado este Tribunal, el aprovechamiento a que se refiere el precepto legal no es el real, que se produce con la consumición o reventa de los productos adquiridos, sino el meramente potencial, declaración jurisprudencial ésta que no supone otra cosa que la extensión al delito de receptación de la doctrina general establecida en orden a la determinación del momento en que se produce la consumación de los delitos de apoderamiento lucrativo, cual es el de la disponibilidad.» (Sentencia de 24 de noviembre de 1980.)

**Artículo 563 bis b). Inexistencia del delito de emisión de cheque en descubierto si se utiliza el título mercantil como instrumento de crédito o de pago diferido.**

«Para que el cheque goce de la protección penal que le concede el precepto anteriormente citado, es menester que haya sido entregado con una finalidad de pago inmediato u otra lícita y consecuente con lo que constituye la propia naturaleza de este documento mercantil, por lo que si el cheque es antedatado o postdatado, insertando en él una fecha totalmente diferente de la del libramiento, éste no revestirá carácter penal, aunque cuando en el momento de su presentación no haya provisión de fondos en poder del librado, porque cuando las partes han aceptado que el cheque fuese emitido en tales condiciones, han operado, consciente y voluntariamente una desnaturalización del título valor convirtiéndolo en un instrumento de crédito o pago diferido, que viene a cumplir las funciones propias de otros instrumentos mercantiles, como acontece, v. g. con las letras de cambio.» (Sentencia de 30 de mayo de 1981.)

**Artículo 565. Crimen culpae: varios resultados dañosos.**

«Si se dan varios resultados dañosos, como ocurre con harta frecuencia en los delitos de tráfico por imprudencia, será siempre y en todo caso el delito más grave el que sirva de valladar al castigo del delito culposo, con lo que viene a confirmarse la tesis preconizada por nuestro sistema de un **crimen culpae**, en que a efectos de su castigo e imposición de penas ante distintos tipos realizados se refunden y acrisolan en uno solo en el que toma carácter preferente y excluyente aquel que represente mayor gravedad en la pena, como se desprende de los propios términos en que se pronuncian los párrafos cuarto y séptimo del básico precepto estatuido en el 565.» (Sentencia de 16 de junio de 1981.)

**Artículo 586, núm. 2. Omisión de auxilio reclamado: negativa a despachar un producto farmacéutico siendo portador de la correspondiente receta médica.**

«Presentados los padres del enfermo en la farmacia de guardia, propiedad de la recurrente (...) les saca las medicinas solicitadas, pero al enterarse de que han estado en su domicilio, retiró dichos productos medicinales, negándose a despachárselos, manteniendo una conducta hostil a los padres del niño enfermo, que se ven obligados a regresar a Lalín y obtener las medicinas de otra farmacia, es claro que incurrió en la figura delictiva», cuando menos prevista en el número 2.º del artículo 586. (Sentencia de 30 de marzo de 1981.)

### LEY ORGANICA DEL PODER JUDICIAL

**Artículo 339. Fraude a la ley. Consideración del feto como español. Legitimación del Ministerio Fiscal para querellarse como ofendido por el delito de aborto practicado en el extranjero.**

Es conocida la interesante discusión que se ha suscitado en torno a las diferentes conductas de aborto, punibles con base en el Código penal, son o no perseguibles en España cuando la interrupción del embarazo es practicada a una española en territorio extranjero. Ya en la fase instructora de la causa se planteó una Consulta —la número 5/1978, véase **ADPCP**, 1979, páginas 789 y siguientes— ante la Fiscalía General del Estado, cuya tesis ahora recoge, en líneas generales, la presente sentencia del Tribunal Supremo. Como es sabido, el artículo 339 de la Ley Orgánica del Poder Judicial requiere, para poder aplicar las leyes penales españolas por hechos cometidos en el extranjero, entre otros requisitos, que delinca un español contra otro español y que se querelle el ofendido o cualquiera de las personas que puedan hacerlo con arreglo a las leyes. Precisamente la cuestión central que se estudia en la sentencia es si el feto puede ser considerado como tal español y, en segundo lugar, si el Ministerio Fiscal está legitimado para querellarse. Antes de dar solución a ambas interrogantes se plantea otra, de carácter general, cual es la de si no se produce un «fraude a la ley sancionado, desde la reforma de 31 de mayo de 1974, por el artículo 64 del Código civil», al invocarse «una norma de cobertura, en este caso el artículo 339 de la Ley Orgánica del Poder Judicial para evitar la aplicación de los artículos 411-2.º y 414 del Código penal que así se convertía en norma esquivada o defraudada». La conclusión es afirmativa al esgrimirse como argumento que «el **total ordenamiento** jurídico español propugna la protección del **nasciturus**», al tenerle por nacido para todos los efectos que le sean favorables, tal como expresa el artículo 29 del Código civil; y bajo esta óptica el Código penal otorgaría tutela «al futuro infante en su bien máspreciado: la vida». La sentencia no ignora que el propio Código civil establece en el artículo 30 una **situación de pen-**

**dencia** al condicionar las expectativas del futuro ser, al hecho físico del nacimiento en las condiciones de viabilidad que en el mismo se indican; por eso si la «situación de pendencia (**conditio pendet**) que ya otorga expectativas jurídicas o al menos intereses dignos de protección a favor del concebido es eliminada por aquéllos —sus padres— que son los que en primer término están llamados a representarle, y no sólo esto, sino que con la destrucción de la vida intrauterina se infringe la norma primaria penal que ampara la existencia del concebido, hablar luego por los que tal hacen, marchando al extranjero para eludir aquella norma, de que a los efectos del artículo 339 de la Ley Orgánica del Poder Judicial no puede aplicarse la norma punitiva española por no haber alcanzado el feto la categoría de persona, preciso soporte de la nacionalidad española, es, además de paradójico, perpetrar un clarísimo fraude a la Ley, pues, repetimos, la conducta de elusión de la norma penal invocando otra que se limita a señalar los requisitos de procedibilidad, está en contraste con el total ordenamiento jurídico que ya hemos visto, atiende desde todos los frentes, incluido el primordial de la represión penal, a que no se frustre el nacimiento del concebido, dispensándole entre ambos momentos toda la protección jurídica posible; lo cual lleva, como situación típica de **fraus legis**, a aplicar sus efectos, que no son otros que los de enervar la apariencia jurídica de la norma de cobertura invocada y hacer prevalente la norma defraudada». Al mismo resultado llega, aunque por una vía diferente, al interpretar el citado artículo 339, donde se consagra el «principio de la personalidad», fundado en la vieja máxima: **lex ossibus inhaeret**, expresión de la fidelidad que debe existir entre el Estado y sus súbditos, aunque éstos delincan en el extranjero, o como también se dijo con lenguaje beccariano que «la ley debe seguir a cada ciudadano como la sombra al cuerpo»; es de resaltar para lo que **sic et nunc** interesa, que entre los requisitos de procedibilidad exigidos por el artículo 339 de la Ley Orgánica del Poder Judicial para poder juzgar en España al español que delinca en el extranjero está el de que el delito cometido lo haya sido **contra otro español**, lo que bifurca el principio de personalidad en dos sentidos: **activo y pasivo**; pero si bien se mira, este último aspecto, según puso de relieve la exégesis de un eximio penalista desaparecido seguido luego por toda la moderna doctrina española, lo que en realidad sucede es que sólo en su aspecto activo se da el principio de personalidad en el precepto en examen, pues respecto del sujeto pasivo lo que en realidad se actúa es el de **protección**: la actuación del Estado español frente al súbdito que delinquirió en el extranjero (**erga subditus**) se torna en protección del atacado (**pro subditus**), distinción de gran importancia, pues entonces lo que en realidad se consagra, del lado pasivo, es la salvaguarda del bien jurídico protegido por el ordenamiento penal español; lo que aplicado al delito de **aborto** perpetrado en el extranjero por un español contra una española, quiere decir que ésta es la protegida junto con el feto de que es portadora y junto con el interés del Estado en su conservación, dándose así una conjunción de sujetos pasivos o, si se prefiere de intereses jurídicos protegidos, perfectamente posible; pero si el **aborto** es **consensual**, por haber consentido en su perpetración la propia embarazada, ello sólo indica —dado que no pueden coexistir en

una misma persona las cualidades de sujeto activo y pasivo del delito por ser antagónicas— que se reducen a dos los bienes protegidos: el de la vida del feto y el del Estado que tiene un interés ético, familiar o simplemente demográfico (según el punto de vista legislativo que al respecto se adopte) en la conservación del **nasciturus** y ya hemos visto suficientemente cuál es la posición sostenida por el ordenamiento jurídico español; por lo que, concluyendo, si se descarta una interpretación literal y textual del precepto («contra otro español») que ya hemos visto repudiada por el propio artículo 6.º4 del Código civil si la misma acarrea un **fraus legis**, y se adopta en su lugar una interpretación sistemática y teleológica, veremos que dentro del propio sistema adoptado por la Ley Orgánica del Poder Judicial, ya se considere el feto como sujeto pasivo del delito de aborto, según opinión mayoritaria del penalismo español, ya se considere que es el Estado quien asume tal condición en el ataque occisivo al embrión, el principio real que hemos visto juega en el artículo 339 respecto de la víctima es bastante para poder aplicar el precepto, independientemente de que el **nasciturus** tenga una personalidad potencial (**spes personae**) y, paralelamente, una potencial nacionalidad española por el prevalente criterio del **ius sanguinis** adoptado en el artículo 17-1.º y 2.º del Código civil; de otra suerte haríamos de peor condición al feto, concebido por españoles, que al mismo extranjero cuando uno y otro son víctimas de delito fuera de España a manos de un español, en cuanto que el artículo 340 de la misma Ley Orgánica otorga protección al no nacional, siquiera añada el requisito de ser grave el delito perpetrado contra el extranjero; debiendo finalmente considerarse que tampoco cabe invocar en nuestro caso (como se exige para el supuesto del artículo 340 por el artículo 341) que el hecho constituya también delito en el país en que se perpetró, pues el artículo 317 del **Code pénal** francés castiga igualmente el aborto, incluido el consensual y el imposible por estar la mujer supuestamente encinta; de modo que ni siquiera es necesario recurrir al fraude de Ley de ámbito internacional previsto en el artículo 12-4.º del Código civil; razones todas las expuestas que llevan a desestimar el **motivo primero** de cada uno de los dos recursos». Por último, la sentencia mantiene que «el **motivo segundo** del procesado recurrente no tiene entidad alguna en cuanto supone que falta el requisito de la querrela del ofendido o de cualquiera de las personas que puedan hacerlo con arreglo a las Leyes, entendiéndose que la querrela del Ministerio Fiscal no llena esta exigencia por no ser éste persona, sino una Institución; pero si con arreglo al artículo 105 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el Ministerio Público debe interponer querrela siempre que lo considere procedente, salvo en las causas reservadas exclusivamente a la querrela privada, es obvio que está legitimado para entablar la acción penal a que se refiere el artículo 339-1.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, tal como viene declarando la jurisprudencia de esta Sala (Sentencias de 14 de abril de 1971 y 30 de junio de 1972, entre las recientes), lo que impone también la desestimación del motivo en examen». (Sentencia de 20 de diciembre de 1980.)

## SEGUNDO SEMESTRE DE 1981

### **Artículo 14. Causa de extensión de la pena.**

«Que como es conocido el artículo 12 del Código penal responsabiliza criminalmente a los autores, cómplices y encubridores de los delitos o faltas, disponiendo en el párrafo inicial del artículo 14 cuáles «se consideran autores», locución más generalizadora y amplia que la de quiénes «son autores», reveladora del propósito o finalidad del legislador de comprender como tales a los ejecutores directos, a los inductores en igual forma, a los cooperadores necesarios y a los autores mediatos (...), siendo un motivo técnico el que determinó a aquél a cubrir en idéntica conceptualización de autoría tres especies diferentes de codelincuencia a efectos de asignarles la misma penalidad, operando el artículo 14 como causa de extensión de la penalidad». (Sentencia de 16 de octubre de 1981.)

### **Artículo 14, número 1. El que toma parte directa en la ejecución del hecho no es autor principal, sino coautor material y directo.**

«Por más que algunos sectores doctrinales entienden que en el número primero del artículo 14 del Código Penal se define la autoría principal y material, la opinión dominante sostiene que, el referido número primero del artículo 14, no se ocupa del autor principal y sí de los coautores materiales y directos que, de modo estelar y nuclear, coadyuven confluyentemente al logro de un empeño común, siendo indispensable que dicha autoría concorra en todo caso de coparticipación, codelincuencia o concurso de delincuentes la presencia de los siguientes requisitos: «societas scaeleris», «pactum scaeleris», mutuo acuerdo, concurso de voluntades o previo concierto; «conscientia scaeleris» o conciencia de la ilicitud del acto, esto es, que cada uno de los presuntos autores se percate de que lo planeado y decidido ejecutar es antijurídico, y finalmente realización personal, material y directa de actos ejecutivos de la dinámica comisiva de que se trate, aunque no es preciso que cada uno de los partícipes realice o perpetre la totalidad de actos integrativos de dicha dinámica y que han de producir un resultado punible.» (Sentencia de 5 de noviembre de 1981.)

### **Artículo 48. Sobre el comiso del automóvil en caso de delito culposo o contra la seguridad del tráfico.**

«Este Tribunal, de acuerdo con la consulta evacuada en la Memoria de la Fiscalía del Tribunal Supremo del año de 1969 han venido entendiendo,

que no es de aplicación el comiso de los automóviles en los delitos de imprudencia ni contra la seguridad del tráfico, en atención, a que no todos los instrumentos que hayan concurrido en la ejecución del delito deben entenderse comprendidos en la disposición del artículo 48 del Código penal, sino tan sólo aquellos que hallándose en situación preordenada de medio a fin, hayan sido indispensables para la ejecución del concreto delito en la específica forma en la que se ejecutó, circunstancia que sin duda no concurre en el caso de autos», donde el «vehículo fue utilizado, no como instrumento para la ejecución, sino como medio para lograr el agotamiento del delito y la huida del lugar en el que se cometió». (Sentencia de 3 de octubre de 1981.)

#### **Artículo 69. Delito continuado: requisitos.**

«En el momento actual, la dogmática penal y la doctrina de esta Sala configuran el delito continuado, con independencia de su carácter pragmático y pietista debido a la finalidad de obviar dificultades en la apreciación de prueba y excesos punitivos, como realidad jurídica que reclama para su apreciación la presencia de los requisitos siguientes: 1. Que las diferentes conductas estén comprendidas en la misma tipología delictiva, imprimiéndolas el carácter de homogeneidad, productor de la conexión continuada de las acciones, que es susceptible de desaparecer, según los casos apreciados por razonable arbitrio, a causa de desconexiones temporales y parciales. 2. Que el ente social en cuyo entorno se realiza, a través de su norma cultural, no rechace su apreciación en atención a la intensidad de la protección que exigen el bien jurídico lesionado y la seguridad de los ciudadanos, y 3. Que sea susceptible de captarse la unidad de dolo integrado por la resolución de voluntad de tipo genérico dirigida al resultado conjunto de las diversas acciones, que no impide la existencia de las resoluciones individuales y específicas de la realización de cada acción.» (Sentencia de 28 de octubre de 1981.)

#### **Artículo 303. Estampación de la firma propia en talón de cuenta corriente ajena. Concurso de delitos con el de estafa (artículo 529).**

«Constituye falsedad, en estos documentos mercantiles, emitir y poner en circulación uno de ellos, en pago de una deuda, por persona no titular de la cuenta corriente contra la que se gira, pues, quien lo hace así, usurpa una titularidad que no tiene, al suscribir el talón como persona distinta de la única que podía hacerlo, aunque lo efectúe con su propia firma y sin imitar la del titular, ya que, inauténticamente, se entromete en la relación negocial y en la finalidad que se protege en el cheque, alterando la seguridad del tráfico mercantil y del documento mismo (que es un título valor), a medio de una «mutatio veritatis», trascendente y no inócua, porque no sólo se crea un documento falso y se entrega con finalidades jurídicas que no se pueden cumplir en la gestión del tomador que ignora

su emisión falsaria, que puede endosarlo, o intentar cobrarlo sin éxito, sino además porque es susceptible de inducir a error sobre su autenticidad, pudiendo resultar potencialmente atendido en el Banco librado, al operar dentro del tráfico jurídico mercantil, con aparente genuinidad por llevar incorporados todos los requisitos sustantivos exigibles a los efectos que debe producir, aunque alguno sea falso, lo que rebasa la denominada tentativa imposible, al existir el objeto —el cheque mismo alterado— y ser medio idóneo para conseguir su finalidad, que no es otra que la de su cambio o canje por la cantidad de dinero representada en él.» (Sentencia de 21 de noviembre de 1981.)

**Artículo 303. Falsedad ideológica perpetrada por particular del modo establecido en el artículo 302, número 4. Ausencia de dolo falsario.**

«Una comparecencia celebrada, en actuaciones civiles, ante la autoridad judicial por fedatario público, goza del rango de documento de esa naturaleza, pues constituye una actuación procesal comprendida en el número último del artículo 696 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por lo que, en principio, si la persona requerida, en dicha comparecencia, contesta lo que no corresponde a la verdad, puede pensarse, con fundamento, que su conducta integra una falsedad ideológica, cometida por particular, y perpetrada del modo establecido en el número 4 del artículo 302 del Código penal, pero, si se ahonda más en la cuestión, la solución ha de ser necesariamente otra, puesto que, el particular requerido, si bien miente ante una autoridad judicial y en un acto procesal que tiene que ser documentado por fedatario público, pudiendo incluso incurrir, en su caso, en delito de falso testimonio, no trata, con ello, de falsear ideológicamente y con fines de acreditamiento perdurable y preconstituido, un acto que, «per se», es de naturaleza oral, que no ha creado, dicho particular, por iniciativa propia y que, en definitiva, si se ha de documentar reduciéndose a escrito, es por razones completamente independientes de la voluntad y del querer del susodicho particular, el cual, palmariamente, y aunque mienta en sus manifestaciones, careció del indispensable dolo falsario o intención de cometer falsedad en documento público.» (Sentencia de 23 de junio de 1981.)

**Artículo 344. Tráfico ilícito de drogas. Bien jurídico: salud pública y no la individual. Atipicidad en caso de tenencia para el consumo propio.**

«El delito tipificado en el artículo 344 del Código penal, fiel exponente de un delito de peligro (...) o de riesgo abstracto (...) presupone que el bien jurídico protegido es la salud pública y no la individual, por el riesgo que en sí mismo llevan sus formas comisivas para la colectividad, siendo doctrina reiterada jurisprudencialmente, acorde con lo anterior, que la simple tenencia carece de relevancia penal si no tiene como proyección un tráfico posterior, sea oneroso o gratuito, y de ahí que el autoconsumo de droga tóxica o estupefacientes resulte atípica desde el punto de vista punitivo y no pueda incardinarse en el precepto penal citado.» (Sentencia de 27 de octubre de 1981.)

**Artículo 435. Estupro: amplia interpretación de acceso carnal.**

«La drástica reforma introducida por Ley de 7 de octubre de 1978 supuso una profunda innovación en los delitos de estupro, abusos deshonestos y raptos (...), dando una nueva redacción a otros preceptos, entre ellos la actual redacción del artículo 435 del Código penal, cuya figura plantea de por sí toda una problemática, siquiera sea de destacar, a los efectos que ahora interesan, como más importantes la indeterminación del sexo y la precisión del medio que como engaño ha de reputarse necesario y suficiente para la comisión del delito (...), admitiendo, a efectos meramente hipotéticos, que tal indeterminación permite la introducción en el tipo del concubito *contra natura*.» (Sentencia de 4 de noviembre de 1981.)

**Artículo 457. Injurias: precisa delimitación conceptual entre dolo y elemento subjetivo del tipo de injusto.**

«El delito de injurias supone la conjunción de una específica dinámica comisiva —real, verbal, escrita, omitiva o incluso implícita—, objetivamente ofensiva para otro, con la culpabilidad del sujeto activo representada por la presencia de los dos elementos integrantes del dolo, esto es, la representación y la voluntad, el saber y el querer, lo cognoscitivo y lo volitivo. Pero además para la perfección delictiva es indispensable que el agente proceda con el denominado «animus iniuriandi», elemento subjetivo del injusto típico, que no equivale a dolo específico como a veces erróneamente se sostiene, que algunos sectores doctrinales encuentran en la preposición «en» que se halla en la definición legal inserta en el artículo 457 del Código penal.» (Sentencia de 17 de septiembre de 1981.)

**Artículo 501, párrafo último. Hacer uso de armas: basta su exhibición.**

«El último párrafo del artículo 501 del Código penal (...) encuentra su fundamento en la peligrosidad que demuestra el delincuente con el empleo de los medios ofensivos de que se vale para cometer el delito, entre ellos, y por más generalizado, y a los efectos que ahora interesan, el uso de armas, entendiéndose por tales aquellas que estén aptas para su uso, bastando su mera exhibición, sin necesidad de disparo, como ya declaró la Sentencia de 28 de septiembre de 1974, quedando excluidas del subtipo aquellas otras que carezcan de aptitud para el fin ofensivo con que son fabricadas o las meramente simuladas, siendo de destacar, finalmente, la comunicabilidad de la circunstancia de uso de armas a cuantos tuvieren conocimiento de su uso.» (Sentencia de 3 de noviembre de 1981.)

**Artículo 506, número 2.º Edificio público: concepto.**

«El Código penal español vigente, a diferencia de la casa habitada, no define el edificio público, aunque sí sus dependencias, pudiéndose entender



por tales edificios, según se infiere de los artículos 338, 339, número segundo, 343 y 344 del Código civil, las construcciones destinadas a servicios del Estado, Provincia o Municipio, o aquellas que estuvieren destinadas a cualquier servicio oficial, militar o civil de dichos entes (...) o, finalmente, las construcciones que por su función se encuentren adscritas a cualquier servicio o fin, de naturaleza civil o militar, y que pertenezcan al Estado, Provincia, Municipio o a otros entes públicos.» (Sentencia de 4 de junio de 1981.)

#### **Artículo 549, número 2.º Dualidad del bien jurídico protegido.**

«El bien jurídico protegido por el artículo 549, número 2.º, son tanto la propiedad como las personas, al constituir un tipo, no de peligro puro, ni de simple daño, sino mixto de uno y de otro, cuya punición descansa por un lado en la cuantía del daño causado en la propiedad o cosa incendiada y por otro en el riesgo que implica para los moradores de la casa habitada o edificio sobre los que se aplica la acción incendiaria del sujeto ignorando si existían o no personas en su interior.» (Sentencia de 9 de julio de 1981.)

#### **Artículo 564. Aplicación de la excusa absolutoria al delito fin, pero no al delito medio.**

«El tribunal a quo, con criterio acertado, aplicó la excusa absolutoria a los hechos constitutivos de estafa, la cual, aunque típica, antijurídica y culpable, no es punible a la vista del artículo 564, pero denegó la operancia del mencionado precepto respecto a la falsificación del documento privado, siendo absolutamente certera la determinación, puesto que (...) no hay razón válida que aconseje destipificar el comportamiento medio —cuando constituye delito por sí mismo— en los casos en que el comportamiento fin queda comprendido en una excusa absolutoria que impide su punición.» (Sentencia de 30 de junio de 1981.)

#### **REAL DECRETO LEY NUMERO 20/1977, DE 18 DE MARZO, SOBRE NORMAS ELECTORALES**

#### **Artículos 27 y 85. Incomparecencia como adjunto de una mesa electoral.**

El procesado fue nombrado adjunto de una mesa electoral, y días antes de celebrarse las elecciones presentó un escrito ante la Junta Electoral de Zona en el que exponía que por ser Testigo Cristiano de Jehová, en conciencia religiosa no podía aceptar dicho cargo, sin otra justificación que esta alegación, excusa que fue denegada. No obstante ello, el procesado no compareció como integrante de la mesa electoral. El Tribunal de Instancia condenó al procesado por un delito electoral, y el Tribunal Supremo confirma la sentencia con base en las siguientes razones: «Que establecién-

dose en el artículo 27 del Real Decreto sobre normas electorales de 18 de marzo de 1977, que la condición de miembro de una mesa electoral tiene carácter obligatorio y que una vez hechas las designaciones, se comunicará acto seguido a los interesados, para que en el plazo de cinco días puedan alegar excusa, justificada documentalmente, que impida la aceptación del cargo, al no haber hecho el procesado esa justificación documental de la causa que, según él, le impedía la aceptación del cargo de adjunto de la mesa electoral, sino que se limitó —según se declara expresamente en los hechos probados, que hay que respetar en su integridad en esta clase de recursos— simplemente a alegar, siéndole denegada, y no presentándose en el día señalado para la constitución de la mesa y desempeño del cargo para el que había sido designado, por lo que la Sala de Instancia procedió con acierto, y con atinados razonamientos, al calificar los hechos como constitutivos de un delito electoral, sancionado en el artículo 85 del Real Decreto anteriormente citado, que considera delito de esa naturaleza la no concurrencia a desempeñar las funciones propias del cargo, sin que la Junta de Zona admita la **excusa justificada documentalmente** que formula el miembro de la mesa elegido; lo que conduce a desestimar el único motivo del recurso en el que, al amparo del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se denunciaba la indebida aplicación de los preceptos antes citados del párrafo primero del artículo 1.º del Código penal.» (Sentencia de 30 de octubre de 1981.)

**MARTINEZ LAFUENTE, Antonio:** "La condonación de las sanciones tributarias". Instituto de Estudios Fiscales. Madrid, 1980. 317 páginas.

1. El Instituto de Estudios Fiscales, dentro de su profusa actividad editorial, ha creado en 1979 la colección "Estudios jurídicos", paralela a la más antigua (1972) de "Estudios de Hacienda Pública", que incluyen obras originales de autores españoles, incluso tesis doctorales, monografías y manuales que se ocupan del tratamiento científico de la actividad financiera, pero referida de modo exclusivo a la disciplina jurídica de las actividades financiera y tributaria del Sector Público. En esta nueva colección, su primer título, "Estudios de Derecho tributario", marcó un importante hito, que situaba el listón a alturas olímpicas.

La obra que vamos a comentar, como pone de relieve César Albiñana García Quintana en el Prólogo, es la tesis doctoral del autor, merecedora de la máxima calificación académica en la Universidad Complutense y juzgada por profesores de tanto prestigio como los señores Sáinz de Bujanda, García Enterría, Pérez de Ayala, Rodríguez Bereijo y el mismo prologuista de esta obra, vocal-director de la tesis. Si a ello unimos la personalidad del autor, suficientemente conocida a través de sus aportaciones al estudio del Derecho tributario, estimo que se trata de dos circunstancias que certifican la bondad de la obra.

2. El Capítulo I realiza la introducción al estudio posterior, que se inicia con el Capítulo II, titulado "Condonación de deudas y de sanciones tributarias", en que estudia la naturaleza jurídica de la condonación en el Derecho civil, llegando a la conclusión primaria de que la condonación automática supone la renuncia al crédito por causa transaccional, mientras que la graciable tiene como causa el ánimo de liberalidad (1), planteándose el autor la pregunta de si la condonación automática es un acto unilateral o bilateral. Se extiende a continuación en el polémico tema del nacimiento de la obligación tributaria, se detiene en un punto

---

(1) Personalmente creo que la institución debería encontrar sus raíces (o al menos, sus paralelismos) en el Código Penal y no en el Civil y que algo nos dirían la falta (la infracción tributaria simple), el delito (las infracciones de omisión), las circunstancias atenuantes (el cumplimiento tardío en los casos de infracciones tributarias simples) y las agravantes (todas las que convierten a una infracción de omisión en defraudación), etc., aunque se trate de un punto de vista muy particular.

indiscutible: "la inderogabilidad de la obligación tributaria" (2) y recoge, de los tres tipos de actos atentatorios contra el mismo, el siguiente:

"... Determinados actos de gestión tributaria, sean globales o singulares, no ponen de relieve sino que la Administración cuantifica la obligación tributaria con absoluta derogación de lo que según Ley es inderogable; cuando los actos de gestión tributaria no llegan a poner de relieve la auténtica capacidad de pago del contribuyente, tal y como viene configurada por la ley, queda ésta en entredicho; en ocasiones, esta falta de adecuación entre la previsión legal y el resultado que se obtiene de los procedimientos de gestión, sólo es culpa del legislador que prevé determinados objetivos de la política fiscal sin haber alcanzado la infraestructura que hará eficaz la Ley; en otros supuestos la Administración dispone del crédito tributario por incapacidad técnica de quien está llamado a concretar el exacto alcance de la obligación tributaria; por último, no debe desconocerse que a veces son los propios textos legales los que fomentan que en el tránsito tantas veces apuntado de previsión legal a cuantificación numérica se interfieran transacciones, acuerdos o conformidades entre la Administración y los contribuyentes, que, por supuesto, desvirtúan el exacto sentido de la norma" (págs. 68 y 69) (3).

Como no podía ser de otra forma, el autor distingue entre condonación de la deuda, producido el hecho imponible, pero no cuantificado, y condonación de "supuestos en que existe una cantidad notificada y puesta al cobro", es decir, cuando ya ha sido cuantificada. Estimo que esta distinción es realmente importante y exigiría un comentario más extenso.

3. El Capítulo III, destinado a los "Antecedentes normativos de la regulación vigente", supone un importante esfuerzo recopilador; el recuerdo del Reglamento de la Inspección de 1926 es ilustrativo: según él, la condonación automática de las dos terceras partes de la sanción se producía por el Organismo Gestor, si el contribuyente aceptaba la liquidación y renunciaba expresamente a utilizar todos los recursos, incluso el contencioso-administrativo. Lo insólito es que tal Reglamento recogió (y se sigue aplicando) en su artículo 68 la posibilidad de que los Tribunales Económico-Administrativos "graduaran" las sanciones impuestas, con lo que establecía una segunda vía de condonación. Recuerda el autor la creación del acta de invitación (Ministro de Hacienda, señor Calvo Sotelo), que introdujo dos novedades: una que la conformidad (es decir, la aceptación de la liquidación) se da ante el Inspector y no ante el Organismo Gestor; otra, que la conformidad no es a los hechos, sino a las bases (4). Y dice:

(2) Prefiero la expresión "indisponibilidad de la deuda tributaria".

(3) Y, por poner un ejemplo posterior al libro que comentamos, vale la Ley de Reforma del Procedimiento Tributario y esa estimación indirecta, tan exquisitamente normada en sus causas y soluciones que obligará indudablemente a la Inspección a buscar la transacción, tan denostada por la doctrina, pero tan querida por el legislador.

(4) Las bases están integradas por hechos con trascendencia jurídico-tributaria; si se recogen los hechos, es evidente que de ellos se pueden

“Queda, por tanto, trastocado el sistema inspector y a partir de ese momento la condonación va a ponerse en servicio de lo que nunca debió estarlo, es decir, de la transacción, acuerdo, convenio, etc., entre el inspector y el contribuyente con derogación singular de la obligación tributaria y lo que es más importante, sin base legal alguna... La figura del inspector, instructor del expediente sancionador, desaparece, al convertirse en juez y parte; ya que nadie podrá enjuiciar si el ‘sumario’ está completo y puede dictarse ‘sentencia’; será el mismo instructor quien lo haga, sin más control que el de su buen criterio y teniendo como límite la conformidad del contribuyente, fácil de conseguir al concretarse las funciones instructorias y decisorias en una sola persona, a lo que hay que añadir el aliciente de la condonación total de las sanciones a imponer, que no es sino un medio de conseguir con mayor probabilidad la conformidad” (págs. 94 y 95).

Aunque este comentario esté referido a la Real Orden de 1927, sigue siendo válido en toda la obra y creo que debemos detenernos aquí, porque en lo transcrito se ponen de relieve dos puntos de vista —muy compartidos, es la verdad—, que no podemos admitir: el primero consiste en entender que el funcionario inspector es “instructor del expediente sancionador”; el segundo, el que dicho funcionario no puede ser juez y parte.

Entiendo que la función inspectora tributaria no consiste precisamente en la instrucción de un sumario penalizador, sino en una función de información a la Administración, información de la que se derivarán —o no— diferencias en favor de la Administración y un régimen automático de aplicación de sanciones, sin que nunca sea el Inspector quien dicte ningún acto administrativo, sino que lo propone. Y esto va unido al otro punto, esa negación de que el Inspector pueda ser juez y parte. En primer lugar, no es juez porque no decide: decide (aunque sea aquiescente y tácitamente a la propuesta inspectora) el Organismo Gestor; en segundo lugar, ¿qué es eso de juez y parte? ¿Es que el Inspector no forma parte de la Administración o es que sólo es administración, con a minúscula? ¿Es que el Inspector debe ser una parte, frente a otra, el contribuyente, y, por encima de ambos, el Organismo Gestor? ¿Es que éste no es parte también? Resulta lamentable que se utilice este argumento tan extendido (y basta leer el contenido de las enmiendas al Proyecto de Ley de Reforma del Procedimiento Tributario, en que se intentó que los Inspectores pudieran dictar el acto administrativo de liquidación) y se olvide que existen funcionarios en la Administración tributaria que desde siempre han realizado, simultáneamente o sucesivamente, funciones de investigación, comprobación, liquidación (y naturalmente, entre ellas, sancionadoras), aplazamiento del pago de la deuda, etc., sin que nadie se rasgara las jurídicas vestiduras.

Prosigue Martínez Lafuente el examen de la Ley de 28 de marzo de 1941 (sobre el acta de invitación; Ministro, Sr. Larraz López), la de 20

deducir las bases. Y la distinción entre hechos jurídico-tributarios y bases es muy difícil de apreciar. Otra cosa sería la distinción entre base imponible y base liquidable.

de diciembre de 1952 (Ministro, Sr. Gómez Llano), la Orden de 18 de diciembre de 1954 (mismo Ministro) y la Ley General Tributaria (Ministro, Sr. Navarro Rubio), para pasar al Capítulo IV sobre:

4. Las infracciones tributarias simples y la condonación de sanciones. La separación que realiza el autor de la condonación de sanciones correspondientes a las infracciones citadas y a las de omisión y defraudación se debe, según él, a que "tratándose de infracciones de omisión y defraudación, el eje cardinal de la condonación está en la conformidad del contribuyente, mientras que en el supuesto [de infracciones simples] todo gira en torno al cumplimiento, aunque sea tardío, que las normas tributarias imponen al contribuyente o a terceras personas. No existe, por tanto, previa aquiescencia al proceder administrativo... pues no estamos ante algo sustantivo, que pueda con anterioridad ser sometido al parecer del contribuyente, sino ante algo formal o adjetivo, que ha de cumplirse (o incumplirse) por aquél" (página 112).

El examen de las infracciones tributarias simples, en la Ley General Tributaria y en gran variedad de disposiciones, conduce al autor a opinar acerca de la condonación de las sanciones derivadas de aquéllas, caso por caso, con un juicio final: "Entendemos por tanto que las sanciones han de graduarse por razones que lleven a la personalización de aquéllas, no condonarse por causas objetivas" (página 149). Este capítulo omite lógicamente muchos supuestos de infracciones tributarias simples que aparecen configuradas en los distintos Reglamentos de los tributos (5), dedicándose especial atención al Impuesto General sobre el Tráfico de las Empresas; y nos hubiera gustado que existiera alguna referencia al régimen sancionador que aparece en los artículos 41 al 45 de la Ley 50/1977, de 14 de noviembre, en cuanto a la obligación de proporcionarse a la Administración "los números de las cuentas activas y pasivas y de los depósitos de valores de sus clientes, con indicación de los datos identificativos de sus respectivos titulares", y al desarrollo por la Orden (rectificada) de Hacienda, número 2.578, de 14 de enero de 1978, más concretamente su número tercero, en cuanto que el régimen sancionador de lo que serían infracciones tributarias simples queda fuera del ámbito no sólo de la Ley General Tributaria, sino del propio Ministerio de Hacienda.

El capítulo examinado ha debido suponer al autor un esfuerzo de recopilación ciertamente notable, pero no hallo en él una línea clara de argumentación en cuanto al tema de la condonación de las infracciones tributarias simples; y ello, porque prácticamente cada grupo de ellas exige un tratamiento distinto, lo mismo que echo de menos un examen detenido del tema de la imposición automática de sanciones y no siguiendo

---

(5) Por ejemplo, en materia de suministro de información a la Administración tributaria, sin previo requerimiento de ésta, yo he llegado a contar (pueden verse las págs. 160 y ss. de mi "Procedimiento de la Inspección tributaria", Escuela de Inspección Financiera y Tributaria. Madrid, 1979) más de veinte obligaciones concretas. Y resulta extraña la falta de comentario a los artículos, que yo recojo, del Texto refundido de los Impuestos sobre Sucesiones y sobre Transmisiones Patrimoniales y del Reglamento del Impuesto de Derechos Reales.

el trámite, que debería ser usual, de la instrucción de un expediente sancionador con audiencia del interesado. Creo que esta distinción (6) hubiera conducido a una perplejidad: ¿qué relación existe, o puede existir, entre la imposición automática de sanciones y la condonación automática de las mismas? ¿Existe o no alguna relación entre ambos automatismos?

5. El Capítulo V, el más extenso, está destinado al estudio de las infracciones tributarias de omisión y defraudación y a la condonación de sanciones. Se inicia con una exhaustiva crítica, apoyada por otros autores, acerca de la asunción por la Inspección de tareas distintas de su "genuino cometido... la investigación de los hechos impondibles ocultos" (página 167), al proponer al contribuyente la conformidad a las regularizaciones que se contienen en el acta. Prosigue con el examen del tema de la culpabilidad, haciendo hincapié en el peligro de que, al existir la institución de la conformidad a la propuesta de regularización inspectora, "los contribuyentes [acepten] la imposición de sanciones que en una recta interpretación de los textos legales no habría que imponer" (página 175), haciéndose referencia a los expedientes de rectificaciones a la reincidencia en la infracción de defraudación; todo ello, con introducción al tema (el eje cardinal) de la conformidad prestada en acta, como condición para la condonación automática. Y se afirma:

"Nos movemos en el terreno de la conveniencia puesto que la aquiescencia del contribuyente al proceder del Fisco colabora en gran manera a concretar lo que 'a priori' es indeterminado; esta ventaja de índole práctica conduce... al establecimiento de bases convenidas y a derogaciones singulares de la obligación tributaria" (página 182) (7).

A continuación se refiere al campo al cual se extiende tal conformidad, para estudiar el sujeto activo de tal conformidad (el sujeto pasivo, dicho en términos genéricos) y el pasivo (la Inspección), recogiendo una extensa Resolución de la Dirección General de Impuestos, de 26 de junio de 1972 (8), sobre el tema de la "propuesta de liquidación"; el recurso posterior contra la liquidación derivada del acta de conformidad, etcétera, para terminar con una afirmación tajante:

"La condonación es un importante aliciente para obtener la conformidad del contribuyente, pero con ésta se llega a la fijación de bases impondibles convenidas, llegándose por tanto a su determina-

---

(6) Pienso que deberían desaparecer las sanciones automáticas o "impuestas de derecho" (como dicen el artículo 115,6 del Texto refundido y 232 del Reglamento citados en la nota anterior).

(7) Creo que había que distinguir entre lo que antes distinguió el autor: la deuda sin cuantificar y la deuda ya cuantificada. Si alguien pudiera cuantificar, y demostrar dicha cuantificación, en cuantía distinta (superior o inferior) a la que llega el inspector, esté seguro de que el inspector le haría caso.

(8) No se cita la fuente; desde luego, no publicada en el Boletín Oficial del Ministerio de Hacienda.

ción por un procedimiento no previsto por la Ley General Tributaria (página 208) (9).

Este juicio no puede ser admitido: se tiene la impresión de que el Inspector actúa *negociando* el acta y utilizando como argumento de peso la condonación automática. ¿Es que hay contribuyentes que están dispuestos a firmar y aceptar unas bases o unas cuotas superiores a las reales, simplemente porque, de no hacerlo así, la sanción se elevaría al doble?. No: hay que conocer las actuaciones inspectoras y hay que reconocer que la Inspección debe probar al contribuyente unas bases/cuotas superiores a las declaradas; y si no prueba, persistirá lo que la Ley General Tributaria llama "presunción de certeza" de las declaraciones, aunque en realidad sea, como debe ser, una *relevatio ab onere probandi*. ¿Por qué un contribuyente está dispuesto a firmar de conformidad? Una de dos: o porque no tiene más remedio (los hechos están probados y la legislación se ha aplicado correctamente) o porque le conviene, y le conviene precisamente porque las bases/cuotas propuestas por la Inspección son inferiores a las reales, y eso sólo lo sabe el contribuyente, que no la Inspección. Y hay que hacer otra precisión: no es que la Inspección proponga unas bases/cuotas y amenace al contribuyente, para que firme de conformidad con la elevación al doble de la sanción; es lo contrario: la Inspección propone unas bases, una cuota, una sanción e invita al contribuyente a aceptarlas, con lo que éste consigue la *reducción* de la sanción propuesta. Que no es lo mismo.

6. El Capítulo VI se refiere a los supuestos excluidos de la condonación y a la condonación de sanciones máximas, para pasar a la condonación de sanciones especiales, entre las que el autor cita a las existentes en relación con los Impuestos generales sobre las Sucesiones y sobre las Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. Confieso que esperaba este epígrafe, porque siempre he mantenido una postura discrepante. En primer lugar, mantiene el autor la no condonación automática de estas sanciones, con lo que no estamos de acuerdo (10); en segundo lugar, entiendo que estas sanciones y su condonación deberían haberse estudiado al hablar de las infracciones tributarias simples (porque eso son; y si no, ¿qué son?); y en tercero, porque no aclara (tampoco la doctrina que cita en la nota 26, página 233) la compatibilidad o incompatibilidad de estas sanciones con las derivadas de las infracciones de omisión, en los casos en que actúa la Inspección. Compatibilidad que ha sido práctica de las Oficinas Liquidadoras, pero que sigo manteniendo que no es admisible y aun creo que el nuevo texto legal sobre el Impues-

---

(9) Es decir, que los inspectores han inventado un cuarto método (que, en su argot, llama "la tarifa cuarta"): el convenio individual. Lo malo es que esto se presta a una calificación realmente peyorativa de la función inspectora, que no sabe, no quiere o no puede actuar según la Ley General Tributaria.

(10) Desde luego, en el nuevo impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales (o en la nueva Ley sobre dicho Impuesto) ya no aparece la mención del anterior 115,6 del texto refundido.



to sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados ha venido a darme la razón, como me la daría el próximo régimen de autoliquidación de estos Impuestos.

7. El Capítulo VII se refiere a la condonación graciable, en una exposición ciertamente brillante, y en el que el examen de la equidad —como apoyo indirecto de esta institución— es expuesto a la vista del Código civil.

El Capítulo VIII se refiere a figuras afines a la condonación, con un análisis muy profundo (al menos, es el primero que he visto escrito) del artículo 85, a) de la Ley General Tributaria.

8. Dedicar el autor, por último, cuatro páginas a las conclusiones, las que, en realidad, reiteran las que vino sosteniendo a lo largo de las 292 páginas anteriores. Fundamentalmente, en materia de sanciones por infracciones de omisión y defraudación establece Martínez Lafuente que la conformidad debe ser sólo a los hechos; que la condonación automática debería beneficiar sólo al contribuyente que colabora, añadiendo que “el tenor de la legislación como determinada práctica operativa lleva a la solución contraria” (página 295); que “la institución que nos ocupa... debería ser objeto de una profunda revisión que podría conllevar su desaparición” (misma página); en cuanto a la condonación graciable, postula “una revisión asimismo de esta otra especie de condonación insertándola en la revocación de actos administrativos por razón de oportunidad” (página 296), todo ello basado en la “rigidez del sistema sancionador tributario” (página 295) y en el “raquítico régimen sancionador tributario que en este momento tenemos” (página 296). César Albiñana, en el Prólogo, es aún más rotundo y vale la pena leer lo que dice.

9. Estimo que ha llegado el momento de hacer un comentario general al libro:

- a) Se trata de una obra documentada y meditada.
- b) Es una aportación doctrinal imprescindible para el estudioso.
- c) Da lugar a polemizar.

Y voy a polemizar: la aversión manifiesta de Martínez Lafuente al tema de la conformidad, en cuanto sin ningún disimulo (y hemos recogido citas textuales) se refiere a la transacción y al convenio que, por mor de ella, se dan (o pueden darse) en las actas inspectoras. No puedo admitir este juicio del nuevo doctor y para ello voy a recoger algunas frases de mi artículo “El acta con prueba preconstituida” (*Hacienda Pública Española*, número 48, 1977), lamentablemente —para mí— olvidado por el autor en la riquísima muestra bibliográfica que adjunta en un Apéndice al libro:

“Todo lo que hay de tristemente limitativo en la consecución de la verdad y de desdeñosamente peyorativo en el acuerdo con el contribuyente, imponen un límite real que hace delezarse a cualquier intento de construcción dogmática a lo irreal o ilusorio... Hay que recordar que todo el procedimiento de comprobación tiene como fin la obtención de una verdad-magnitud, conocida para una parte, desconocida para la otra, de ahí que, cuando el contribuyente re-

conoce la verdad propuesta por la Inspección, está realizando una declaración de conocimiento que el Actuario consigna en un acta, de la que da fe con su firma, creando de esta forma una prueba incontestable como consecuencia de una actividad probatoria previa, realizada por la Inspección... Negar que en el procedimiento de comprobación existe una actividad probatoria, aunque no haya Juez, es como negar toda la actividad que se desarrolla en la comprobación, para convertirla en un tramo ferial, que es lo que se pretende cuando concienzudamente se niega la utilización de medios de prueba y la creación de prueba legal en el proceso tributario. No puede calificarse peor a la actividad comprobadora, cuando se la reduce a unos tratos preliminares de un negocio en que el objeto del mismo no está en el comercio de los hombres... Existe una actividad probatoria propia dentro del procedimiento de comprobación y a cargo fundamentalmente de la Inspección, y el hecho de que la práctica inspectora siga caminos conocidos de argumentos de insinuación y propuestas de 'regularización', tratando de 'desdramatizar' su actuación y de 'elevar a la categoría de normal lo que en la calle es normal', no quiere decir sino que la actividad inspectora, por muchas razones que no son del caso, actúa de una forma directa, sencilla y clara, donde la actividad probatoria puede decirse que se sustituye por una mezcla de experiencia-intuición, que produce al jurista del Derecho tributario la impresión de que no puede existir ni existe una auténtica actividad probatoria. La degradación práctica de esta actividad no impide que conceptualmente —y ocasionalmente, en la realidad— exista y exija su consideración como tal".

**Quod scripsi scripsit:** Y me desazona, nos desazona a los integrantes de la Inspección, el que, en una obra de tesis, se llegue a conclusiones a través de juicios que, en ocasiones, sambeniten a la función que desempeñamos. Ciertamente que no nos ayudan a sobreponernos a los inconvenientes (legislación, medios) que debemos superar cada día; nos añaden otro más: la incompresión.

ALFONSO MONTERO SÁENZ  
Licenciado en Derecho  
Inspector financiero y tributario

# Sección bibliográfica retrospectiva y actual de revistas españolas\*

MANUEL GURDIEL SIERRA

## I. BIBLIOGRAFIA RETROSPECTIVA DE REVISTAS

“JURIS”. Madrid, 1914. Director - Gerente, Eduardo Barriobero y Herrán. Núms. 1 a 8, coincidentes con los meses de enero-agosto. Debíó de ser todo lo publicado.

Entre sus redactores y colaboradores figuran los nombres de Dorado Montero y de Salillas. Su aportación, sin embargo, se reduce a una reseña del primero —lector infatigable y recensionista impenitente, posiblemente más por necesidad que por devoción o por ambas cosas a la vez— a la obra de Abraham Polanco, *El Correccional de Santa Rita* (núm. 5, pp. 175 a 183). Mariano Ruiz Funes aborda *El problema social ante el Derecho internacional privado* (núm. 1, pp. 42 a 63), tema ajeno en principio a nuestro interés inmediato.

Juarros (César), *La cooperación médica en los problemas penales*, número 1, pp. 20 a 23; núm. 2, pp. 106 a 112; núm. 3, pp. 61 a 66.

Serrano Batanero (J.), *Por los delincuentes y por la cultura*, núm. 1, pp. 70 a 78 (Acta de constitución y Estatutos del Instituto Español Criminológico, que viene a suplir la “punible apatía del Estado” (p. 72) en estas enseñanzas).

*Por todos y para todos. ¡Era lo que faltaba!*, núm. 1, pp. 86 a 87 (Crítica a la pretensión de convertir los oficiales de la Secretaría judicial en secretarios efectivos).

Fernández de Velasco (Recaredo), *El Derecho de revolución y la revolución conforme á Derecho*, núm. 2, pp. 35 a 50; núm. 3, pp. 26 a 60; núm. 4, pp. 9 a 25; núm. 5, pp. 46 a 64; núm. 6, pp. 39 a 52; núm. 7, pp. 15 a 34, núm. 8, pp. 14 a 29. (Convirtiéndose posteriormente en libro: Reus, Madrid, 1915).

*Letras ancestrales.—Diálogo XVI de la Práctica criminal por principios*, del licenciado Alvarez y Posadilla (1794), núm. 2, pp. 51 a 62.

*Fiscalía del Tribunal Supremo.—Circular sobre delitos de imprenta*, núm. 2, pp. 63 a 66.

Fernández Cuevas (T.), *Justicia castrense.—Los defensores en los Consejos de guerra*, núm. 2, pp. 67 a 70.

---

(\*) En memoria de don José Antón Oneca.

- Los grandes maestros*.—Don Joaquín Francisco Pacheco, núm. 3, pp. 3 a 10.
- Teixeira (A.), *La Ley del Jurado*, núm. 3, pp. 19 a 25.
- Letras ancestrales*.—*La fianza de la Haz*.—*Escritura correspondiente á la fianza de la Haz y cárcel segura* (Febrero. Librería de escribanos. Madrid, 1783), núm. 3, pp. 67 a 75.
- Scipio Imperator (Quintus), *Los Jurados civiles y los jueces militares*, núm. 4, pp. 26 a 45.
- Muñoz de Diego (A.), *Jueces y peritos*, núm. 4, pp. 53 a 58.
- Letras ancestrales*.—Del folleto titulado *El reo, el pueblo y el verdugo*, por doña Concepción Arenal. Madrid, 1867, núm. 4, pp. 59 a 61.
- López Cansino (Rafael), *En la Audiencia. Dos penas de muerte*, núm. 4, p. 117.
- Avellón (Mariano), *El I Congreso Internacional de Policía Judicial*, número 5, pp. 10 a 22.
- Scipio Imperator (Quintus), *El Jurado y la penalidad*, núm. 6, pp. 9 a 33.
- Brioude (M. de), *El crimen y las estaciones. Estudio médico-legal estadístico*, núm. 6, pp. 53 a 64.
- Barriobero y Herrán (E.), *El II Congreso Penitenciario celebrado en La Coruña*, núm. 8, pp. 30 a 32.

REVISTA DE DERECHO PÚBLICO. Publicación mensual para el estudio del Derecho Político (con sus filiales Electoral, Parlamentario, etc.), del Derecho Penal (con lo referente a su Enjuiciamiento y materias afines), del Derecho Administrativo (con sus sectores de Derecho municipal y análogos), Derecho Internacional Público, etc. Formaban parte del Consejo de Redacción: Recaredo Fernández de Velasco, José Arturo Rodríguez Muñoz y Nicolás Pérez Serrano, que ostentaba además el cargo de director. Tomo I (1932), núms. 1 a 12. Tomo II (1933), núms. 13 a 24. Tomo III (1934), núms. 25 a 36. Tomo IV (1935), núms. 37 a 48. Tomo V (1936), núms. 49 a 56. Madrid.

Colaboraron en ella la mayoría de los penalistas españoles de aquel entonces, agrupados en torno a una Escuela cuya continuidad —al igual que la de esta Revista— truncará el estallido de la guerra civil. Serían necesarios treinta y nueve años para que esta última reanudara su camino. De su contenido en la nueva etapa ya hemos dado cuenta (*ADP*, 1980, pp. 303 y s., 571 y s. y 824) y lo seguiremos haciendo en lo porvenir.

#### T. I

- Bayón Chacón (Gaspar), *Índice legislativo de las disposiciones aparecidas desde el advenimiento de la República hasta 31 de diciembre de 1931*, pp. 18 a 27, 48 a 49. (De interés para el penalista: pp. 26 a 27 y 48 a 49).

- Jiménez de Asúa (Luis), *El Derecho penal vigente en la República española*, pp. 39 a 48, 65 a 73.
- Jurisprudencia del Tribunal Supremo. B) Notas sobre algunas sentencias de mayor interés*, por Manuel López Rey, pp. 51 a 54.
- Bayón Chacón (Gaspar), *Índice legislativo de las disposiciones aparecidas durante el primer trimestre del presente año*, pp. 116 a 119 (Interesan al penalista: pp. 118 a 119).
- Jurisprudencia del Tribunal Supremo: A) Criminal. 2.º Notas sobre algunas sentencias de mayor interés*, por Manuel López Rey, pp. 122 a 125.
- Rodríguez Muñoz (J. Arturo), *Los problemas de la teoría del delito. Valor funcional de la tipicidad*, pp. 150 a 154.
- Carrara (Mario), *Origen y fases históricas de la Antropología criminal*, p. 162 a 166.
- Fargue (Cecilio), *Cuestiones prácticas. ¿Qué debe entenderse actualmente por "delito militar"?*, pp. 170 a 172.
- Alcalá-Zamora y Castillo (Niceto), *En torno al "Codice di procedura penale" italiano*, pp. 197 a 210.
- Fargue (Cecilio), *Cuestiones prácticas. ¿A quién corresponde actualmente la designación de los jueces especiales?*, pp. 233 a 235.
- Bayón Chacón (Gaspar), *Índice legislativo de las disposiciones aparecidas durante el segundo trimestre del presente año*, pp. 235 a 237. De interés: p. 237.
- Jurisprudencia del Tribunal Supremo: A) Criminal: 2.º Nota sobre un caso de estafa. Sentencia de 17 de marzo de 1932*, por Manuel López Rey, pp. 240 a 242.
- Jiménez de Asúa (Luis), *Necrología del Padre Montes*, pp. 257 a 259.
- Jiménez de Asúa (Luis), *Muerte de Ernesto von Belling*, pp. 289 a 292.
- Bayón Chacón (Gaspar), *Índice legislativo de las disposiciones aparecidas durante el tercer trimestre del presente año*, pp. 303 a 306. De interés, pp. 305 a 306.
- Jurisprudencia del Tribunal Supremo: Criminal: Notas sobre dos sentencias de interés*, por Manuel López Rey, pp. 306 a 309.
- López-Rey (Manuel), *La reforma del Código penal*, pp. 321 a 346.
- López-Rey (Manuel), *Rectificaciones a la reforma del Código penal*, pp. 369 a 372.
- Fargue (Cecilio), *Cuestiones prácticas. ¿Subsiste la competencia del Tribunal Supremo para conocer de las causas contra los diputados?*, pp. 372 a 376.

## T. II

- Bayón Chacón (Gaspar), *Índice legislativo de las disposiciones aparecidas durante el cuarto trimestre de 1932*, pp. 15 a 17. De interés: p. 17.
- Soler (Sebastián), *El proyecto Krylenko de Código penal*, pp. 47 a 56.
- Rodríguez Muñoz (José Arturo), *La culpabilidad en el tratado de Mezger*, pp. 110 a 115, 143 a 152.
- Bayón Chacón (Gaspar), *Índice legislativo de las disposiciones aparecidas*

- das durante el segundo trimestre de 1933, pp. 236 a 237. De interés: p. 237.*
- Bayón Chacón (Gaspar), *Indice legislativo de las disposiciones aparecidas durante el tercer trimestre de 1933, pp. 313 a 315. De interés: pp. 313 y 314.*
- Jurisprudencia del Tribunal Supremo: A) Criminal: 2. Notas sobre sentencias de mayor interés: Lesiones y no homicidio, por Juan del Rosal, pp. 376 a 377.*

## T. III

- Bayón Chacón (Gaspar), *Indice legislativo de las disposiciones aparecidas durante el cuarto trimestre de 1933, pp. 12 a 15., de interés: pp. 13 y 15.*
- Jiménez de Asúa (Luis), *España ante la última conferencia de Unificación penal, pp. 33 a 39.*
- Alvarez-Valdés (Félix), *La reforma de la casación penal, pp. 39 a 54.*
- Goldschmidt (Werner), *La reforma del Derecho penal en Alemania, pp. 54 a 56.*
- Bayón Chacón (Gaspar), *Indice legislativo de las disposiciones aparecidas durante el primer trimestre de 1934, pp. 115 a 116.*
- López-Rey (Manuel), *El valor procesal de la llamada tipicidad (Valor y contenido del auto de procesamiento), pp. 129 a 143.*
- Martín Retortillo (Cirilo), *La multa gubernativa, pp. 170 a 173.*
- Ruiz Funes (Mariano), *Progresión histórica de la pena de muerte en España, pp. 193 a 225.*
- Gómez del Campillo (Francisco), *La responsabilidad criminal del Presidente de la República en nuestra legislación vigente, pp. 269 a 276.*
- Bayón Chacón (Gaspar), *Indice legislativo de las disposiciones aparecidas en el tercer trimestre de 1934, pp. 303 a 305.*
- López-Rey (Manuel), *Las causas de justificación en el Derecho penal castellano del siglo XVI, pp. 322 a 335, 360 a 372.*

## T. IV

- Bayón Chacón (Gaspar), *Indice legislativo de las disposiciones aparecidas en el cuarto trimestre de 1934, pp. 16 a 18.*
- Bonilla (E.), *Tratamiento médico preventivo de la delincuencia y proscripción de menores, pp. 65 a 80, 97 a 108.*
- Bayón Chacón (Gaspar), *Indice legislativo de las disposiciones aparecidas en el primer trimestre de 1935, pp. 120 a 122.*
- Jiménez de Asúa (Luis), *El juez penal y la ejecución de la pena. Ponencia sobre la primera cuestión de la Sección I del Programa del XI Congreso penal y penitenciario internacional, que se celebrará en Berlín el mes de agosto de 1935, pp. 161 a 165.*
- Goldschmidt (Werner), *La culpabilidad (Contribución a una teoría jurídica universal), trad. del alemán por Juan del Rosal, pp. 202 a 223.*
- Bayón Chacón (Gaspar), *Indice legislativo de las disposiciones aparecidas en el segundo trimestre de 1935, pp. 231 a 233.*

- Ruiz-Funes (Mariano), *El suicidio y el homicidio en España*, pp. 289 a 297.
- Bayón Chacón (Gaspar), *Índice legislativo de las disposiciones aparecidas en el tercer trimestre de 1935*, pp. 306 a 309.
- López Ibor (J.), *El "trastorno mental transitorio" en el Código penal vigente*, pp. 321 a 329.

## T. V

- Del Rosal (Juan), *Contribución a la determinación de las formas de la culpabilidad*, pp. 13 a 14.
- Bayón Chacón (Gaspar), *Índice legislativo de las disposiciones aparecidas en el cuarto trimestre de 1935*, pp. 14 a 17.
- Jiménez de Asúa (Luis), *El principio "nullum crimen sine lege" y la cuestión de la analogía. Rapport al IV Congreso internacional de Derecho penal de Atenas (abril 1936), sobre la 3.ª cuestión*, pp. 33 a 49.
- Jurisprudencia del Tribunal Supremo: A) Criminal. 2.º Notas sobre sentencias de mayor interés*, por Manuel López-Rey, pp. 58 a 60, 98 a 101, 131 a 134, 157 a 159, 190 a 193.
- Reymóndez (Jesús), *El trabajo penitenciario en distintos países*, pp. 119 a 124.
- Bayón Chacón (Gaspar), *Índice legislativo de las disposiciones aparecidas en el primer trimestre de 1936*, pp. 124 a 127.
- Alvarez-Valdés (Félix), *La reforma del procedimiento criminal en Francia*, pp. 179 a 180.
- Alcalá-Zamora y Castillo (Niceto), *El sistema procesal de la Ley relativa a Vagos y Maleantes*, pp. 201 a 214. (El cese de la revista impidió su terminación. Puede consultarse concluso en la obra del precitado autor: *Ensayos de Derecho procesal civil, penal y constitucional*, Edición de la "Revista de Jurisprudencia Argentina", Buenos Aires, 1944, pp. 175 a 234).
- Del Rosal (Juan), *El proceso valorativo judicial (Una contribución a la Teoría General de la Parte Especial del Derecho penal)*, pp. 227 a 237.

REVISTA DE ESTUDIOS HISTÓRICOS DE LA GUARDIA CIVIL.  
Madrid. Año I, 1968, núms. 1 y 2; Año II, 1969, núm. 3.

- Aguado Sánchez (Francisco), *Antecedentes históricos del Cuerpo de la Guardia Civil* (I), núm. 1, pp. 11 a 32; (II), núm. 2, pp. 9 a 37; (III), núm. 3, pp. 9 a 32.
- Munilla Gómez (Eduardo), *Consecuencias de la lucha de la Guardia Civil contra el bandolerismo en el período 1943-52* (I), núm. 1, pp. 51 a 69; (II), núm. 2, pp. 127 a 142.
- Rico de Estasen (José), *El asesinato de don Eduardo Dato: Un crimen de Estado a cuyo descubrimiento contribuyó eficazmente la Guardia Civil*, núm. 2, pp. 39 a 58.
- Rico de Estasen (José), *Páginas del bandolerismo andaluz.—La muerte de "El Pernales" y "El Niño del Arahal"*, núm. 3, pp. 79 a 98.

REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO DE MADRID. Director: Eloy Montero. Núms. 1 (1940) a 18-19 (1950-51).

No tengo conocimiento de ninguna otra revista de la Facultad de Derecho de Madrid anterior a ésta. Apareció durante los años 1940, núm. 1 (enero-marzo), 2 (abril-septiembre), 3 (octubre-diciembre); 1941, núms. 4-5 (enero-junio), 6-7 (julio-diciembre); 1942, núms. 8, 9, 10 y 11; 1943, núm. 12 (enero-junio), 13 (julio-diciembre); 1944, núm. 13, repetido (1), núm. 14 (enero-julio). Cesa de 1945 a 1947 para reaparecer en 1948, núm. 15. El núm. 16 no debió de publicarse (1). En 1949 se editó el núm. 17, y en 1950-51 los núms. 18-19, con los que concluye esta época. Tras un silencio de seis años —1952 a 1956— comenzó en 1957 una *Nueva Serie*, de la que daremos cumplida noticia seguidamente.

Corroborando, una vez más, la bondad del refrán que atribuye al herrero cuchillo de palo, ninguno de los Seminarios de la Facultad de Derecho de Madrid (Universidad Complutense) dispone *per se* de un juego completo, comprensivo de la primera época. Esta normal anomalía, entre otras muchas ya consuetudinarias, no parece preocupar en demasía.

Cuello Calón (Eugenio), *En torno al grave problema del aborto criminal*, núm. 1, pp. 14 a 21.

Masaveu (Jaime), *Relieve biográfico-técnico del profesor Saldaña*, número 1, pp. 50 a 53.

Cuello Calón (Eugenio), *Delincuencia política*, núm. 3, pp. 16 a 23.

Masaveu (Jaime), *La doctrina pragmática aplicada a la Filosofía del Derecho y al Derecho penal*, núms. 4-5, pp. 167 a 205.

Cuello Calón (Eugenio), *Reformas introducidas en el Código penal y en las leyes penales especiales por la legislación del nuevo Estado*, números 6-7, pp. 37 a 51.

Ortego Costales (José), *El principio "nullum crimen, nulla poena sine lege", exigencia jurídica y no garantía política*, núms. 6-7, pp. 52 a 67.

Utande Igualada (Manuel), *La venganza divina en el Antiguo Testamento*, núms. 6-7, pp. 273 a 284 (Derecho penal del pueblo hebreo).

Baylos (H.), *Índice legislativo. Derecho político y penal*, núms. 6-7, páginas 329 a 333.

Castejón (Federico), *En torno a lo penal y lo administrativo*, núms. 8-9-10 y 11, pp. 84 a 86.

Sánchez Tejerina (Isaías), *Nuevos casos de estado de necesidad*, núms. 8-9-10 y 11, pp. 235 a 246.

Serrano Rodríguez (Manuel), *El artículo 2.º del Código penal vigente en relación con los principios generales del Derecho*, núm. 12, pp. 35 a 54.

Serrano Rodríguez (Manuel), *Teoría general del delito, por el profesor*

---

(1) Este núm. 13, debería haber sido, en realidad, el núm. 15 (agosto-diciembre de 1944); con ello el actual núm. 15 (1948) pasaría a ser el 16, y así se evitaría el hiato actualmente existente.



- Francisco Carnelutti (Traducción española, Edic. "Rev. de Derecho Privado", 1941), núm. 12, pp. 55 a 62.
- Cuello Calón (Eugenio), *El nuevo Derecho penal juvenil en Alemania (La Ley de 6 de noviembre de 1943)*, núm. 13, julio-diciembre 1943, pp. 25 a 32.
- Mosquete (Diego), *La "Teoría del Falso", de Carnelutti*, núm. 13, julio-diciembre 1943, pp. 33 a 39.
- Cuello Calón (Eugenio), *La nueva organización penal y penitenciaria portuguesa*, núm. 13, 1944, pp. 65 a 86.
- Mosquete (Diego), *El problema del consentimiento del ofendido en una tesis portuguesa*, núm. 13, 1944, pp. 181 a 188.
- Zarandieta (Enrique), *El abogado ante el Tribunal Supremo*, núm. 14, pp. 41 a 55 (Aborda aspectos de Derecho procesal penal).
- Mosquete (Diego), *Antropometría y dactiloscopia*, núm. 14, pp. 119 a 133.
- Serra (Antonio), *Índice de Legislación. Derecho Penal. Derecho Procesal*, núm. 14, pp. 221 a 223.
- Ortego (José), *Estudio del acto considerado como substrato del delito*, núm. 15, pp. 63 a 72.
- Herranz (Pedro), *El arbitrio judicial en el Derecho penal canónico*, número 17, pp. 43 a 57.
- Viada (Carlos), *Prueba civil y prueba penal*, núm. 17, pp. 59 a 69.
- Stampa Braun (José María), *La personalidad del delincuente en la técnica penal*, núm. 17, pp. 204 a 208.

REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD COMPLUTENSE (añadido a partir del núm. 40) DE MADRID. Nueva Serie. Vol. I, núm. 1 (1957) a Vol. XVIII, núms. 50-51 (1974). También aparecieron cuatro *Anexos*, al menos, con el título de *Compendio de Jurisprudencia Sistematizada*, de los que nos ocuparemos al final.

El principio de la menor complejidad —rector lógico de toda actividad— hubiera aconsejado conservar la numeración correlativa con el pasado inmediato (*vid.* p. 278). Pero el afán de cambio sin variación, cuando no el gusto por el embrollo, ha llevado a ignorar tal consejo. Afortunadamente no ha pasado lo mismo con la *Nueva época* de esta revista.

- Rodríguez Devesa (José María), *El Instituto de Derecho penal extranjero y Derecho penal internacional de Friburgo (Alemania). Organización y funcionamiento*, Vol. I, núm. 1, 1957, pp. 81 a 92.
- Del Rosal (Juan), *La "Humanitas" en el mensaje de S. S. Pío XII al IV Congreso Internacional de Derecho penal*, Vol. II, núm. 4, 1958, pp. 313 a 338.
- Arjona Colomo (Miguel), *Pío XII y el Derecho penal internacional*, Vol. II, núm. 4, 1958, pp. 375 a 384.
- Camargo Hernández (César), *El principio de legalidad de los delitos y de las penas*, Vol. III, núm. 5, 1959, pp. 63 a 90.

- Rodríguez Devesa (José María), *I Congreso Internacional de Derecho penal militar (Bruselas, 14-16 mayo 1959)*. Vol. III, núm. 5, 1959, pp. 147 a 149.
- Del Rosal (Juan), *Necrología. Don Isaias Sánchez-Tejerina*. Vol. III, número 5, 1959, pp. 153 a 155.
- Navarrete Urieta (José María), *La omisión del deber de socorro. Exégesis y comentario del artículo 489 bis del Código penal*. Vol. III, número 6, 1959, pp. 419 a 431.
- Mosquete Martín (Diego), *Eximente incompleta de legítima defensa (Comentario a la S. T. S. de 4-V-60)*. Vol. IV, núm. 8, 1960, pp. 409 a 413.
- Cobo (Manuel), *Dos recientes aportaciones de la doctrina penal alemana, acerca de la "naturaleza de las cosas"*. Vol. V, núm. 11, 1961, pp. 325 a 329.
- Rodríguez Mourullo (Gonzalo), *Omisión del deber de socorro y auxilio al suicidio (Comentario a la Sentencia de 8 de noviembre de 1961)*. Vol. V, núm. 11, 1961, pp. 333 a 360.
- Cobo (Manuel), *Del funcionario público, malversación de caudales, atenuante analógica y falsedad documental. (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 1961)*. Vol. V, núm. 12, 1961, pp. 573 a 582.
- Rico Lara (Manuel), *El impulso codificador y legislativo de las Cortes de Cádiz*. Vol. VI, núm. 13, 1961, pp. 7 a 58. Vol. VI, núm. 14, 1961, pp. 277 a 309 (Se ocupa, entre otras cuestiones, de la abolición del tormento, de la Administración de justicia, y del C. p. de 1822).
- Cobo (Manuel), *XI Curso Internacional de la Sociedad Internacional de Criminología (Madrid, 1961-62)*. Vol. VI, núm. 14, 1962, pp. 419 a 426.
- Boto Escamilla (Manuel María), *Estudio rector en torno a las eximentes núms. 11 y 12 del artículo 8.º del Código penal*. Vol. VI, núm. 14, 1962, pp. 427 a 456.
- Olarte Cullen (Lorenzo), *Los juegos ilícitos*. Vol. VII, núms. 16-17, 1963, pp. 217 a 254.
- Antón Oneca (José), *Nota necrológica: D. Eugenio Cuello Calón*, Vol. VII, núm. 18, 1963, pp. 447 a 452.
- Stratenwerth (Günter), *El problema de la "naturaleza de las cosas" en la teoría jurídica*. Trad. directa del alemán por José Cerezo Mir, Vol. VIII, núm. 19, 1964, pp. 7 a 31.
- March Delgado (Carlos), *El estado de necesidad*. Vol. VIII, núm. 19, 1964, pp. 95 a 109.
- Otero Díaz (Carlos), *Perspectiva histórica de la represión de la usura*. Vol. VIII, núm. 21, 1964, pp. 423 a 439.
- Antón Oneca (José), *Nota necrológica: D. Antonio Quintano Ripollés*, Vol. XI, núm. 28, 1967, pp. 187 a 194.
- Rico Lara (Manuel), *La inseminación artificial (Sus problemas morales y jurídicos)*. Vol. XII, núms. 31-32, 1968, pp. 139 a 157. (Aborda aspectos penales en págs. 148 a 154).
- Santa-Pinter (J. J.), *Demostraciones estudiantiles y los derechos constitucionales (Adderley V. State of Florida)*. Vol. XII, núm. 33, 1968, pp. 429 a 435. (Asunto: Aspectos penales del derecho de manifestación en lugares públicos).

- Yáñez Román (P. L.), *La teoría final de la acción*. Vol. XII, núm. 33, 1968, pp. 493 a 512.
- Beristain S. J. (Antonio), *Resultado y delitos de peligro*. Vol. XIII, números 34-35-36, 1969, pp. 445 a 464.
- Gutiérrez de Cabiedes (Eduardo), *La correlación entre acusación y sentencia*. Vol. XIV, núm. 37, 1970, pp. 73 a 94. (Carácter procesal penal).
- Arroyo (Ignacio), *Discriminación racial y Derechos del hombre*. Vol. XIV, núms. 38-39, 1970, pp. 505 a 537. (Aspectos penales, págs. 524 a 526).
- Mairata Laviña (Jaime), *Inmunidades parlamentarias. Ley de 9 de febrero de 1912*. Vol. XIV, núms. 38-39, 1970, pp. 539 a 559.
- Jescheck (Hans-Heinrich), *La reforma del Derecho penal alemán. Fundamentos, métodos, resultados*. Trad. de José M.<sup>a</sup> Rodríguez Devesa, Vol. XV, núm. 40, 1971, pp. 61 a 73.
- Gibert (R.), *El juicio por jurados en España*. Vol. XV, núm. 42, 1971, pp. 559 a 572.
- Oliva García (Horacio), *Sobre el llamado delito financiero. Notas a una sentencia del Tribunal Supremo*. Vol. XVI, núm. 43, 1972, pp. 7 a 45.
- García Valdés (Carlos), *Reflexiones sobre la prisión provisional*. Volumen XVII, núm. 47, 1973, pp. 415 a 425.
- García Valdés (Carlos), *Derecho penitenciario de los países nórdicos y de otras comunidades europeas avanzadas*. Vol. XVII, 1973, núm. 48, pp. 643 a 677.
- García-Pablos (Antonio), *Tentativa y frustración en el delito de asociación ilícita*. Vol. XVIII, núm. 49, 1974, pp. 59 a 96.
- Cuerda Riezu (Antonio) y Tenorio Sánchez (J.), *La problemática jurídico-penal de los "offendicula"*. Vol. XVIII, núms. 50-51, 1974, pp. 537 a 576.
- Compendio de Jurisprudencia Sistematizada (Anexo de la Revista de la Facultad de Derecho de Madrid)*, Vol. I (Segundo semestre de 1962), Madrid, 1964: *Jurisprudencia penal*, por Gonzalo Rodríguez Mourullo, pp. 105 a 197. Vol. II (Primer semestre de 1963), Madrid, 1965: *Jurisprudencia penal*, por Gonzalo Rodríguez Mourullo, pp. 161 a 314. Vol. III (Segundo semestre de 1963), Madrid, 1965: *Jurisprudencia penal*, por Gonzalo Rodríguez Mourullo, pp. 133 a 205. Vol. IV (Primer semestre de 1964), Madrid, 1965: *Jurisprudencia penal*, por Gonzalo Rodríguez Mourullo, pp. 187 a 265. (Constituye, a nuestro juicio, la mejor sistematización que se haya hecho nunca en esta parcela).

## II. BIBLIOGRAFIA ACTUAL DE REVISTAS

ACTUALIDAD JURÍDICA 1981 (I). Director: Juan Córdoba Roda. Barcelona.

Córdoba Roda (Juan), *El cumplimiento de resoluciones judiciales y el delito de desobediencia*, pp. 9 a 14.

- Peces-Barba del Brío (Gregorio), *La asistencia letrada al detenido: un derecho constitucional*, pp. 35 a 42.
- Talón Martínez (Francisco), *Tráfico de drogas. Sala Especial de Peligrosidad y Rehabilitación Social de la Audiencia Nacional. Sentencia de 20 de octubre de 1980. Ponente: Ilmo. Sr. D. Luis A. Burón Barba*, pp. 59 a 65.

ANALES DEL CENTRO DE ALBACETE DE LA UNIVERSIDAD DE EDUCACIÓN A DISTANCIA. Núm. 1 (1979), núm. 2 (1980) (\*)

- Córcoles Polo (Bienvenido), *La cárcel de Pozocañada: Depósito y tránsito de presos (1847-1950)*, núm. 1, pp. 137 a 165.
- Alamillo Canillas (Fernando), *La naturaleza jurídica de la eximente de obediencia debida*, núm. 2, pp. 17 a 30.
- Serrano Gómez (Alfonso), *Problemática criminológica del cambio político en España*, núm. 2, pp. 33 a 62.

BOLETÍN DEL ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE MADRID, 1980, núms. 1 a 4 (2).

- Martínez Val (José María), *Derecho a la vida y delito de aborto*, núm. 1, pp. 9 a 22.
- Muñoz Campos (Juan), *Asilo y extradición*, núm. 2, pp. 43 a 44.
- Alcalá-Zamora y Castillo (Niceto), *A propósito del jurado*, núm. 3, pp. 9 a 37.
- Sánchez de Palacios (Mariano), *Luis Jiménez de Asúa (1889-1970)*, número 3, pp. 98 a 102.
- López Muñoz y Larraz (Gustavo), *Breve contrarréplica al profesor Alcalá-Zamora*, núm. 4, pp. 25 a 28 (Sobre el jurado).

BOLETÍN DE INFORMACIÓN. Ministerio de Justicia. Organismo Oficial del Departamento. Madrid, 1980, núms. 1217 a 1225; 1981, núms. 1226 a 1233.

- Somoza Castro (Olegario), *Reflexiones acerca de la licitud de las operaciones relativas a la fijación del sexo y eventual responsabilidad del cirujano*, 1219, pp. 3 a 20.
- Martín García (Pedro), *Los delitos de malversación de caudales públicos de los artículos 395 y 396 del Código penal (II Parte)*, 1221, pp. 3 a 7. (La primera parte apareció en el núm. 1205, año 1980).
- López Torres (Ramón), *La prescripción y las faltas*, 1222, pp. 3 a 8.
- Climent Durán (Carlos), *La protección de los derechos fundamentales de la persona desde una perspectiva jurídico-penal*, 1224, pp. 3 a 17.

(\*) Nuestro reconocimiento al Dr. Alfonso Serrano Gómez, que nos ha propiciado su utilización.

(2) Gracias a la amabilidad del Profesor agregado Emilio Octavio de Toledo y Ubieta, hemos tenido acceso al mismo.

- Bueno Arús (Francisco), *Notas sobre el Tratado de Extradición y Asistencia Mutua en materia penal entre el Reino de España y los Estados Unidos Mexicanos, firmado en México el 21 de noviembre de 1978, 1227*, pp. 3 a 8.
- Ruiz Vadillo (Enrique), *Algunas consideraciones y breve resumen de las Ponencias en relación con el X Coloquio de Derecho Europeo, celebrado en Lieja (Bélgica) en septiembre de 1980, sobre: "La investigación científica y el Derecho". Organizado por el Consejo de Europa, 1228*, pp. 3 a 12 (De interés tangencial para el penalista al ocuparse una de las ponencias de los "Mecanismos y órganos de control: Investigación médica y genética").
- Caballero Bonal (Rafael), *Formación del Tribunal en las Audiencias Provinciales. (Artículos 145 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), 1229*, pp. 3 a 12.
- Manzanares Samaniego (José Luis), *Apuntes sobre el nuevo Jurado Español, 1233*, pp. 3 a 6.

·CUADERNOS DE POLÍTICA CRIMINAL. Director: Cobo del Rosal, M. Instituto de Criminología de la Universidad Complutense. Facultad de Derecho. Universidad Complutense. Madrid.

Núm. 12, 1980

- Cuello Contreras (Joaquín), *La estructura de la acción punible en el Código penal*, pp. 5 a 21. (También en *ADP*, 1980, pp. 641 a 661).
- Huerta Tocildo (Susana), *El error vencible de prohibición en el proyecto de ley orgánica de Código Penal de 1980*, pp. 23 a 39. (Así como en: *RFDUC*, 3 Monográfico, 1980, pp. 75 a 96).
- Muñoz Conde (Francisco), *Culpabilidad y prevención en Derecho penal*, pp. 41 a 58 (Constituye la *Introducción* al libro de igual título de Claus Roxin, traducido y anotado por el susodicho autor, Reus, Madrid, 1981).
- Quintero Olivares (Gonzalo), *El delito de desobediencia y la desobediencia justificada*, pp. 59 a 81.
- García Valdés (Alberto), *Medicina psicosomática y patología carcelaria*, pp. 83 a 92.
- Sobremonte Martínez (José Enrique), *La Constitución y la reeducación y resocialización del delincuente*, pp. 93 a 119.
- Muñagorri, Cuesta, Muñoz y Pastor, *XXIX Curso Internacional de Criminología. El papel de la Criminología en las nuevas democracias*, pp. 121 a 140.
- Viladás Jené (Carlos), *Delincuencia económica: La Tercera Jornada Internacional (Siracusa, 1979)*, pp. 141 a 146.

Núm. 13, 1981

- Berdugo Gómez de la Torre (Ignacio), *Contribución al estudio de la desaparición de los Derechos penales forales*, pp. 5 a 21.

- Manzanares Samaniego (José Luis), *Delito y abuso de poder: ¿Infracciones e infractores fuera del alcance de la Ley? (La respuesta del Proyecto español del Código penal)*, pp. 23 a 34.
- Martín Canivell (Joaquín), *Algunos problemas actuales de la delincuencia juvenil en España*, pp. 35 a 48.
- Morenilla Rodríguez (José María), *Tendencias del delito y estrategia para su prevención en España*, pp. 49 a 80.
- Polaino Navarrete (Miguel), *Nota sobre los límites de penalidad del concurso de delitos previsto en la regla segunda del artículo 70 del Código penal*, pp. 81 a 88.
- Tomás Villarroya (Joaquín), *Amnistías e indultos durante la Segunda República*, pp. 89 a 118.
- Prosper Palacios (Jesús), *Algunas consideraciones sobre el sistema de determinación de la pena en el Proyecto de Código penal de 1980*, pp. 119 a 135.
- Vaello Esquerdo (Esperanza), *La edad en la parte general del Proyecto de Código penal de 1980*, pp. 137 a 152.
- Beristain (Antonio), *La violencia y la no violencia en Euskadi*, pp. 153 a 162 (Así como en *REP*, núm. 224-227, 1979, pp. 193 a 205).
- Madrid Conesa (Fulgencio), *Legislación sobre drogas*, p. 163.
- Castellano Cervera (Vicente), *Consideraciones sobre la prisión provisional*, pp. 165 a 169.

DOCTRINA PENAL. Teoría y Práctica en las Ciencias Penales. Revista trimestral. Director: Ricardo C. Núñez, Buenos Aires, Núm. 11, 1980 (3).

Rivacoba y Rivacoba (M.), *Relaciones del Derecho penal con el Derecho político*, pp. 595 a 609.

LA LEY. Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía. Director: Andrés de la Oliva Santos. Madrid. Año I, núms. 0 a 65 (1980).

El hecho de ser al mismo tiempo una publicación diaria, excepto los sábados y domingos, y de aparecer al final de cada período en un volumen paginado y sistematizado de manera distinta, obliga a mantener una referencia dual, siempre que es posible, para facilitar la búsqueda del correspondiente trabajo. En primer término se cita el número y seguidamente, en su caso y entre paréntesis, el tomo.

Moline Jorques (J. Evaristo), *Un documento estremecedor. Resumen de la Memoria elevada al Gobierno de S. M. en la solemne apertura de*

---

(3) Nuestro agradecimiento al Dr. Luis Arroyo Zapatero, que nos ha facilitado su manejo. *ADP*, 1980, p. 823, línea 30, dice: *La prevención penal del terrorismo, debe decir: La persecución penal del terrorismo...*

- los Tribunales el día 15 de septiembre de 1980 por el Fiscal General del Estado, año I, núm. 3, viernes 3 de octubre de 1980, pp. 4 a 6.
- Rodríguez Ramos (Luis), *El sistema de días-multa en el proyecto del Código penal*, año I, núm. 13, viernes 17 de octubre de 1980, pp. 1 a 2 (T. I, pp. 985 a 988).
- Rodríguez Ramos (Luis), *Medidas de seguridad aplicables a las personas jurídicas en el Proyecto de Código penal*, año I, núm. 23, viernes 31 de octubre de 1980, pp. 2 a 4 (T. I, pp. 1004 a 1007).
- Rodríguez Ramos (Luis), *La nueva regulación de los delitos culposos en el Proyecto de Código penal (I). Contenido del Proyecto, novedades y problemas*, año I, núm. 25, martes 4 de noviembre de 1980, pp. 1 a 2, (y II) *Solución a los problemas planteados*, año I, núm. 26, miércoles 5 de noviembre de 1980, pp. 1 a 2 (T. I, pp. 1008 a 1014).
- D'Ors (Alvaro), *Los imperativos legales*, año I, núm. 28, viernes 7 de noviembre de 1980, pp. 1 a 4 (T. I, pp. 1017 a 1025) (Leyes penales y mere penales).
- Hernández Gil (Félix), *El adulterio y los delitos de violación, estupro y rapto: su proyección sobre la filiación*, año I, núm. 33, viernes 14 de noviembre de 1980, pp. 1 a 5 (T. I, pp. 1028 a 1037).
- Rodríguez Ramos (Luis), *El arresto de fin de semana en el Proyecto de Código Penal*, año I, núm. 35, martes 18 de noviembre de 1980, pp. 1 a 2 (T. I, pp. 1038 a 1040).
- Rodríguez Ramos (Luis), *Error sobre el tipo y error de prohibición en el Proyecto del Código penal*, año I, núm. 48, viernes 5 de diciembre de 1980, pp. 1 a 2 (T. I, pp. 1072 a 1074).
- López Lago (Olga), *¿Jurisdicción militar o jurisdicción ordinaria? Comentario en torno al auto de la Sala Especial de Conflictos de 10 de octubre de 1980*, año I, núm. 49, lunes 8 de diciembre de 1980, pp. 1 a 3 (T. I, pp. 578 a 583).
- Crónica Jurídica. Se revoca un auto de procesamiento. Por su actualidad e interés (lo tiene el juego de la libertad de expresión y del derecho al honor) publicamos a continuación un auto de la Audiencia Provincial de Madrid, que estima recursos de apelación contra la denegación de la reforma de sendos autos de procesamiento*, año I, núm. 57, jueves 18 de diciembre de 1980, pp. 1 a 3.
- Esteban (José Carlos), *Reincidencia y reiteración según la Ley de 28 de diciembre de 1978*, año I, núm. 63, 29 de diciembre de 1980, p. 1 (T. I, p. 742).
- PAPERS. Revista de Sociología publicada per la Universitat Autònoma de Barcelona. 1973 (núms. 1 y 2), 1974 (núm. 3), 1975 (núm. 4), 1976 (núm. 5), 1977 (núms. 6 y 7), 1978 (núms. 8 y 9), 1979 (núms. 10, 11 y 12), 1980 (núm. 13).
- Yuste Grijalba (Francisco Javier), *Un punto de vista médico social sobre la dependencia de las drogas*, núm. 5, pp. 183 a 207.
- Garmendia (José A.), *El estudio de la estructura social desde la perspectiva procesal*, núm. 10, pp. 71 a 94 (Sobre desviación).
- Bonal (Raimon), *Aspectos sociológicos del aborto*, núm. 10, pp. 147 a 174.

El núm. 13 sobre *Sociedad y Delito* merece una especial consideración:

*Presentación*, por Juan Córdoba Roda, pp. 7 a 8.

*Introducción*, por Carles Viladàs Jené, pp. 9 a 11.

Baratta (Alessandro), *Criminología y dogmática penal. Pasado y futuro del modelo integral de la ciencia penal*, trad. de Roberto Bergalli y José Gutiérrez, pp. 13 a 48.

Bergalli (Roberto), *Origen de las teorías de la reacción social. (Un aporte al análisis y crítica del labelling approach)*, pp. 49 a 96.

Bustos Ramírez (Juan) y Hormazábal Mallaré (Hernán), *Pena y Estado*, pp. 97 a 128.

Córdoba Roda (Juan), *La pena y sus fines en la Constitución española de 1978*, pp. 129 a 140. (Así como en *Doctrina penal*, núms. 5 a 8 (1979), pp. 561 a 567).

Escrivá Gregori (José María), *Algunas consideraciones sobre Derecho penal y Constitución*, pp. 141 a 163.

Melosi (Dario), *Las estrategias del control social en el capitalismo*; la traducción, sin nombre del autor, fue revisada por Angel de Sola y Carles Viladàs, pp. 165 a 196.

Quintero Olivares (Gonzalo), *Economía e instrumentos represivos*, páginas 197, a 214.

Sola Dueñas (Angel de), *Desarrollo democrático y alternativas político-criminales*, pp. 215 a 242.

Sousa Santos (Boaventura de), *Justicia popular, dualidad de poderes y estrategia socialista*; la traducción, sin nombre del autor, fue revisada por Teresa Miralles y Carlos Viladàs, pp. 243 a 263.

REVISTA DE DERECHO DE LA CIRCULACIÓN. Madrid, 1980, números 4 a 6; 1981, núm. 2.

Soto Nieto (Francisco), *Solidaridad entre los copartícipes responsables de un ilícito culposo delictual*, 1980, pp. 327 a 346.

*Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Penal*. A cargo de D. M. Luzón Peña, 1980, pp. 366 a 394. (A veces, como en este caso, introduce un comentario).

Santos Briz (Jaime), *El interés resarcible en la indemnización de daños*, 1980, pp. 435 a 451.

*Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Responsabilidad Civil*. A cargo de Jaime Santos Briz, 1980, pp. 453 a 462 (Con comentarios).

Soto Nieto (Francisco), *Ejercicio de acción civil tras la terminación del proceso penal. Plazo de prescripción*, 1980, pp. 537 a 553.

Ruiz Vadillo (E.), *La muerte, las lesiones y los daños causados por culpa en el Proyecto de Código Penal de 1980, año 1981*, pp. 1 a 37.

*Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Responsabilidad Civil*. A cargo de L. R., 1981, pp. 39 a 57 (Con comentarios).

Soto Nieto (E.), *Responsabilidad civil solidaria entre los partícipes en el ilícito culposo*, 1981, pp. 107 a 130.



Calvillo (J.), *El "Derecho de la circulación" en las Memorias de la Fiscalía General del Estado*, Memoria de 1980, año 1981, pp. 217 a 220.

REVISTA DE DERECHO PÚBLICO. Madrid, 2.<sup>a</sup> época. Año VI, 1980, núms. 80-81.

Beristain (A.), *Los jóvenes peligrosos en la nueva legislación penitenciaria española*, pp. 489 a 499.

REVISTA DE DERECHO PROCESAL IBEROAMERICANA. Madrid, 1980, núms. 2-3, 4 (4).

Gómez Colomer (Juan-Luis), *Origen y evolución de la declaración indagatoria*, pp. 369 a 414.

Pedraz Penalva (Ernesto), *En torno al procedimiento de urgencia: Especial consideración del atribuido a los Juzgados de Instrucción*, páginas 443 a 507.

Fuentes Carsi (Francisco), *Las cuestiones prejudiciales en el proceso penal de propiedad industrial*, pp. 649 a 678.

Jiménez Asenjo (E.), *El procedimiento contra reos ausentes, hoy 1980. (Rebeldía procesal)*, pp. 679 a 694.

Barreda García (Armando A.), *Jurisprudencia Criminal. Sentencia de 3 de diciembre de 1979*, pp. 821 a 838. (Violación).

REVISTA DE ESTUDIOS PENITENCIARIOS. Ministerio de Justicia. Dirección General de Instituciones Penitenciarias. Escuela de Estudios Penitenciarios. Madrid, núm. 224-227. Enero-diciembre 1979 (5).

Bueno Arús (Francisco), *Los derechos y deberes del recluso en la Ley General Penitenciaria*, pp. 7 a 44.

Caballero Romero (Juan José), *Dos modelos de prisión: la prisión punitivo-custodial y la prisión tratamiento*, pp. 45 a 71.

Martín Nieto (Evaristo), *Los capellanes penitenciarios ayer y hoy*, páginas 73 a 165.

García Valdés (Carlos), *Notas sobre el Proyecto de nuevo Código Penal*, pp. 169 a 191.

---

(4) El material bibliográfico consignado en *ADP*, 1980, pp. 303 y 571, debe completarse con los siguientes trabajos, todos del mismo autor: BARREDA GARCÍA (Armando A.), *Jurisprudencia Criminal. Sentencia de 15 de diciembre de 1976*, año 1978, pp. 675 a 698 (Violación).—*Jurisprudencia Criminal. Sentencia de 15 de diciembre de 1977*, año 1979, pp. 151 a 169 (Inducción al suicidio).—*Jurisprudencia Criminal. Sentencia de 14 de diciembre de 1978*, año 1979, pp. 695 a 710 (Imprudencia profesional).

(5) A la bibliografía del núm. 220-223 (1978), consignada en *ADP*, 1980, p. 825, debe añadirse: BUENO ARÚS (Francisco), *Notas sobre la Ley General Penitenciaria*, pp. 113 a 139.

- Beristain (Antonio), *Las violencias y la no-violencia en Euskadi*, pp. 193 a 205 (Y en *CPC*, núm. 13, 1981, pp. 153 a 162).
- Sagra (Ramón de la), *Cinco meses en los Estados Unidos de la América del Norte* (1836). Con una nota preliminar de F. B. A., pp. 209 a 292. (Reprodúcense los fragmentos penitenciarios de este interesante libro, cuyo autor hace tiempo que reclama un estudio a fondo desde el campo penológico).
- REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD COMPLUTENSE. Nueva época. Madrid, 1980, núm. 58 (Invierno), 59 (Primavera), 60 (Otoño) y 3, Monográfico.
- Abarca (Paloma), *La fuerza de un mito: el control internacional de narcóticos*, 58, pp. 153 a 165.
- Balzarini (Marco), *La represión de la iniuria en D. 47,10,45 y en algunos rescriptos de Diocleciano (contribución al estudio del Derecho romano en la Edad Imperial)*, 59, pp. 43 a 80.
- Marí (Enrique E.), "Moi, Pierre Rivière..." y el mito de la uniformidad semántica de las ciencias jurídicas y sociales, 59, pp. 81 a 109.
- Ursí Ducó (Juan Carlos), *Derechos humanos y política criminal en la Convención americana. Aproximaciones comparativas a la Convención europea sobre la materia*, 59, pp. 159 a 168.
- Rodríguez Devesa (José María), *La reforma del Derecho penal militar*, 3, Monográfico, pp. 9 a 16.
- Bajo Fernández (Miguel), *Los delitos contra el orden socioeconómico en el Proyecto de Código Penal*, 3, Monográfico, pp. 17 a 28.
- Rodríguez Ramos (Luis), *La protección del medio ambiente en el Proyecto de Código Penal (arts. 323 a 325 del Proyecto)*, 3, Monográfico, pp. 29 a 38.
- Mir Puig (Santiago), *Observaciones a los Títulos Preliminar y Primero del Proyecto de Código Penal*, 3, Monográfico, pp. 39 a 54. (Y en *La Reforma penal y penitenciaria*, Universidad de Santiago de Compostela, 1980, pp. 485 a 512).
- Bacigalupo (Enrique), *La individualización de la pena en la reforma penal*, 3, Monográfico, pp. 55 a 73.
- Huerta Tocido (Susana), *El error vencible de prohibición en el Proyecto de Ley Orgánica de Código penal de 1980*, 3, Monográfico, pp. 75 a 96 (También en *CPC*, núm. 12, 1980, pp. 23 a 39).
- Berdugo Gómez de la Torre (Ignacio), *Derecho represivo en España durante los periodos de guerra y posguerra (1936-1945)*, 3, Monográfico, pp. 97 a 128.
- Gómez Benítez (José Manuel), *Racionalidad e irracionalidad en la medición de la pena: estudio sobre las ideas de prevención general y culpabilidad en la reforma penal española. (Proyecto 1980 de Código penal)*, 3, Monográfico, pp. 129 a 194.
- Arroyo Zapatero (Luis), *Prohibición del aborto y Constitución*, 3, Monográfico, pp. 195 a 222.

- Romero (Gladys), *Breves notas sobre el delito culposo en la reforma penal*, 3, Monográfico, pp. 223 a 230.
- Gurdiel Sierra (Manuel), *Bibliografía penal de un lustro (1975-1980)*, 3, Monográfico, pp. 231 a 243.

REVISTA GENERAL DE DERECHO. Valencia. Septiembre-diciembre, 1980. Enero-mayo, 1981 (6).

- Vidal Martínez (Jaime), *Manifestaciones del derecho a la intimidad personal y familiar*, 1980, pp. 1042 a 1057, 1162 a 1118 (Perspectiva civil).
- Montero Aroca (Juan), *De nuevo sobre las costas de la acusación particular en los procesos de urgencia*, 1980, pp. 1189 a 1192.
- Lucas-Martín (Javier de), *Solidaridad y Derecho penal. (Una lección de Durkheim)*, 1980, pp. 1370 a 1382. (Sociología criminal).
- Vidal Martínez (Jaime), *En torno al concepto y naturaleza del derecho a la intimidad personal y familiar*, 1981, pp. 3 a 17 (Perspectiva civil).
- Ortells (Manuel), *Eficacia probatoria del acto de investigación sumarial. Estudio de los artículos 730 y 714 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, 1980, pp. 1383 a 1394, año 1981, pp. 18 a 30, 195 a 208, 336 a 347, 488 a 501.
- Ruiz Vadillo (Enrique), *El tratamiento de los menores en el Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal. Algunas consideraciones críticas*, 1981, pp. 316 a 335.
- Boix Reig (Javier), *Aspectos de la criminología en España*, 1981, páginas 474 a 487 (continuará).

REVISTA GENERAL DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA. Madrid. Año 1980. T. LXXX (248 de la colección).

- Catalano (Pierangelo), *Un concepto olvidado: "Poder negativo"*, pp. 231 a 248 (Derecho de resistencia).
- Soria Saiz (Carlos), *Ethos informativo y terrorismo*, pp. 3 a 17.
- Beristain (Antonio), *La protección a los niños difíciles y anormales en España. (Consideraciones criminológicas)*, pp. 337 a 355. (Así como en *Sociología y Psicología jurídicas*, 1980, pp. 139 a 151).
- Bueno Arús (Francisco), *El sistema de penas en el Proyecto de Código Penal de 1980*, pp. 555 a 585.
- Lorenzo Salgado (José María), *Consideraciones sobre la embriaguez (Código penal vigente y Proyecto de Código penal)*, pp. 587 a 618.

---

(6) A la bibliografía del ADP, 1980, p. 826, debe adicionarse: NAVARRO VILLARROCHA (Pedro), *La prescripción de las acciones de responsabilidad por culpa*, 1980, pp. 519 a 526 (Culpa ex delicto, pp. 522 a 525).

REVISTA JURÍDICA DE CATALUÑA. Ilustre Colegio de Abogados. Academia de Jurisprudencia y Legislación. Barcelona. Año de 1980. Núm. Extra de 1980; y 1981, núm. 1.

Muñoz Sabaté (Lluís), *Informe sobre el estado de la Justicia en Cataluña*, 1980, pp. 1077 a 1086. (Y en *Sociología y Psicología Jurídicas*, 1980, pp. 167 a 174).

García Planas (Gabriel), *Sobre la intervención del Ministerio Fiscal en los procesos por calumnia e injuria cometidos a través de la imprenta*, 1980, pp. 1089 a 1090.

El Núm. Extra de 1980 recoge el *Ciclo de Conferencias sobre el "Proyecto de Código Penal" celebradas en el Colegio de Abogados de Barcelona del 27 de febrero al 24 de abril de 1980*. (Existe publicación aparte, Bosch, Barcelona, 1980, 288 págs). Su contenido es el siguiente:

*Presentación*, Juan Córdoba Roda, pp. 3 a 4.

*Las fases de ejecución del delito*, Gonzalo Rodríguez Mourullo, pp. 5 a 20.

*El sistema de sanciones*, Santiago Mir Puig, pp. 21 a 36.

*Aplicación de las sanciones penales*, Luis M. Díaz Valcárcel, pp. 37 a 50.

*Infracciones contra el patrimonio*, Fernando Díaz Palos, pp. 51 a 71.

*Delitos contra las personas*, Francisco Talón Martínez, pp. 73 a 99.

*Tráfico de drogas*, Alejandro del Toro Marzal, pp. 101 a 123.

*La ecología como bien jurídico protegido*, José M.<sup>a</sup> Mena Alvarez, páginas 125 a 142.

*La reforma del Derecho penal económico español*, José M.<sup>a</sup> Stampa Braun y Enrique Bacigalupo, pp. 143 a 166. (Apareció también como publicación independiente con igual título, y el subtítulo de *Informe sobre el título VIII del Proyecto de Código penal de 1980*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1980, 78 págs.).

*La protección penal de los accionistas*, Juan Piqué Vidal, pp. 167 a 182.

*La letra vacía*, Miguel Casals Colldecarrera, pp. 183 a 189.

*Los delitos contra la Administración de Justicia*, Gonzalo Quintero Olivares, pp. 191 a 206.

*Las medidas de seguridad*, Francisco-Felipe Olesa Muñido, pp. 207 a 234.

*Valoración crítica*, Juan Córdoba Roda, pp. 235 a 250.

El Proyecto de Código penal en relación a la reforma del Derecho penal en Europa:

*El desarrollo del derecho sobre el aborto en la República Federal de Alemania*, Claus Roxin, trad. de Roberto Bergalli, pp. 251 a 264.

*Las medidas alternativas a la pena detentiva*, Pietro Nuvolone, pp. 265 a 276.

*Responsabilidad penal y grupos económicos según el anteproyecto de Código penal francés*, Jacques Léauté, trad. de Esther Giménez-Salinas Colomer, pp. 277 a 288.

Mir Puig (Santiago), *Problemática de la pena y seguridad ciudadana*, 1981, pp. 179 a 191.

SISTEMA. REVISTA DE CIENCIAS SOCIALES. Madrid, 'núms. 37 y 38-39 (1980) (7).

Laporta (Francisco J.), *Estado y violencia: Sugerencias para una toma de posición*, núms. 38-39, pp. 111 a 123.

Miret Magdalena (Enrique), *Reflexiones en torno a la violencia y la agresividad*, núms. 38-39, pp. 125 a 143.

Andrés Ibáñez (Perfecto), *Poder judicial y Estado de Derecho: La experiencia de "Justicia Democrática"*, núms. 38-39, pp. 193 a 208.

Ollero Tassara (Andrés), *"Politización" del Juez y crisis del Estado*, número 38-39, pp. 209 a 217.

SOCIOLOGÍA Y PSICOLOGÍA JURÍDICAS. Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona. Anuario. 1 (1974), 2 (1975), 3 (1976), 4 (1977), 5 (1978), 6 (1979), 7 (1980). Conviene advertir para su búsqueda, que en algunas bibliotecas viene consignado con el nombre de *Anuario de...*

Se incluyen algunos trabajos cuya inserción y acomodo en la llamada *Enciclopedia de las Ciencias penales* pudiera ser dudosa; pero que, sin embargo, por su carácter de instancia previa o concomitante o por su ambigüedad, constituyen, en ocasiones, un saber previo para el penalista. Naturalmente, esta circunstancia nos ha obligado a introducir un criterio selectivo, con visos de objetividad, pero enteramente discutible.

Zaragoza (Angel), *Abogacía y sociedad industrial*, 1974, pp. 33 a 50.

Bayés (Ramón), *Psicología experimental y eficacia jurídica*, 1974, pp. 51 a 62.

Balcells (José), *Encuesta sobre la situación social de la Abogacía de Barcelona*, 1974, pp. 65 a 124.

Toharia (José-Juan), *Los jueces españoles y su entorno social*, 1974, pp. 125 a 139.

Queralt (Juan-José), *Notas sobre el estado de la criminalidad en España*, 1974, pp. 147 a 175.

*Mesa Redonda. Posibles aplicaciones de la Estadística al Derecho*, 1974, pp. 7 a 29.

Sabaté Muñoz (L.), *Método y elementos para una psicología jurídica*, 1975, pp. 7 a 29.

Bayés (Ramón), *Reflexiones de un psicólogo ante algunos problemas que se plantean en el campo del Derecho*, 1975, pp. 31 a 39.

Haward (L. R. C.), *Psicología forense y accidentes de tráfico en carretera*, 1975, pp. 41 a 47.

Balcells Junyent (José), *Encuesta sobre las opiniones de la Abogacía barcelonesa en materia profesional, familiar y política*, 1975, pp. 105 a 150.

Souto (Claudio y Solange), Barros (Gloria), Pessoa (Yrene), *Cambio so-*

(7) ADP, 1980, p. 576, línea 23, dice pp. 91 a 96, debe decir pp. 91 a 106.

- cial y Derecho. Una investigación y encuesta básica*, 1975, pp. 151 a 178.
- Toro Marzal (Alejandro del), *Las funciones de la agravante de premeditación en la práctica de los tribunales penales*, 1975, pp. 207 a 247.
- Vidal-Teixidor (R.), *Emilio Mira y López y la psicología jurídica*, 1975, pp. 207 a 247.
- Mesa redonda. Las relaciones entre el abogado y otros profesionales del Derecho*, 1975, pp. 269 a 272.
- Lamo de Espinosa (E.), *Sobre el orden social y jurídico en el funcionalismo sociológico*, 1976, pp. 7 a 34.
- Lyra Filho (Roberto), *La criminogénesis a la luz de la Criminología dialéctica. Traducción y Nota Introductoria de Manuel Atienza*, 1976, pp. 35 a 53.
- Gulotta (Guglielmo), Vigaggini (Marco), *Introducción a la victimología*, 1976, pp. 55 a 73.
- Haward (L. R. C.), *La conducta y el Derecho*, 1976, pp. 75 a 85.
- Balcells Junyent (José), *El sistema de valores de la abogacía barcelonesa y su opinión sobre el funcionamiento de algunas instituciones*, 1976, pp. 135 a 149.
- Muñoz Sabaté (L.), *Especialización profesional y actitudes sociopolíticas*, 1976, pp. 151 a 159.
- Estadísticas judiciales actuales y proyectos para el futuro*, 1976, páginas 193 a 195.
- Mesa redonda. La formación del jurista*, 1976, pp. 201 a 208.
- Bayés (Ramón), *Aportaciones del laboratorio de psicología experimental al tema del castigo*, 1977, pp. 7 a 18.
- Freixá y Baqué (Esteve), *Distintos niveles de problemas que plantea la detección de mentiras*, 1977, pp. 19 a 24.
- Muñoz Sabaté (L.), *Análisis operacional de un descriptor psicojurídico: el animus*, 1977, pp. 25 a 36.
- Martino (Antonio A.), *La contaminación legislativa*, 1977, pp. 47 a 64.
- Bastida Freijeiro (Francisco J.), *La unidad nacional como principio ideológico del pensamiento político del Tribunal Supremo español*, 1977, pp. 65 a 81.
- Viladés Jené (Carles), *Crónicas de unas recientes visitas a centros de Criminología ingleses (Marzo 1976)*, 1977, pp. 83 a 99.
- Toharia (José J.), *La cultura legal española*, 1977, pp. 103 a 118.
- Equipo de redacción del I.R.E.S. Didac Amat, Isidre Carbonell, Pius Fransoy, Emili Giralt, *Programa experimental de reeducación de delincuentes juveniles a partir de los juzgados de instrucción*, 1977, pp. 119 a 133.
- Jornadas sobre Medicina y Derecho. Negligencia e imprudencia en el ejercicio de la Medicina*, 1977, pp. 171 a 178.
- Déficit de personal en los Juzgados de Cataluña*, 1977, pp. 179 a 182.
- Bayés (Ramón), *Utilidad de las investigaciones con animales inferiores en el campo de la victimología*, 1978, pp. 7 a 9.
- Munné (Frederic), *Sobre el concepto de conducencia jurídica: un análisis psicológico social*, 1978, pp. 17 a 23.

- Teixidó (Raúl), *Una aproximación filosófica a la Psicología jurídica*, 1978, pp. 25 a 30.
- Freixá i Baqué (Esteve), *Reflexiones críticas acerca de la trasposición del modelo médico a la psicología: su repercusión sobre los peritajes médico-legales en Psiquiatría jurídica*, 1978, pp. 31 a 40.
- Toro Marzal (Alejandro del), *Valores subyacentes en el empleo del lenguaje del delincuente*, 1978, pp. 105 a 141.
- Informe del Equipo de Investigación del Ministerio del Interior inglés. La delincuencia entre los consumidores de narcóticos*, trad. de Gabriel Garcías Planas, 1978, pp. 143 a 166.
- Muñoz Sabaté (L.), *Aplicación del test gestáltico de Rey al psicodiagnóstico criminal*, 1978, pp. 167 a 172.
- Bayés (Ramón), *Aportaciones de la Medicina y la Psicología a la erradicación de la delincuencia*, 1979, pp. 33 a 42.
- Martí Baldellou (Consol), Villarejo González (M.<sup>a</sup> Elena), *Informe sobre el estado de la Administración de Justicia en Cataluña*, 1979, pp. 45 a 119.
- Domínguez Trejo (Benjamín), *Rehabilitación integral*, 1979, pp. 121 a 132.
- Beristain (Antonio), *Tratamiento a jóvenes infractores en España y País Vasco de 1936 a 1978. Dos épocas opuestas: 1936-1975 y últimos tres años*, 1979, pp. 159 a 186.
- Miralles (Teresa), *Consideraciones críticas sobre la investigación de las actitudes sociales ante el comportamiento de desvío en la sociedad urbana brasileña. Proyecto comparativo 1973-1977, año 1979*, pp. 187 a 204.
- Muñoz Sabaté (Ll.), *Método y técnicas psico-sociales para la investigación jurídica*, 1979, pp. 208 a 218.
- López Romero (Luis), *Hacia unas estadísticas de la actividad jurídica*, 1980, pp. 7 a 15.
- Munné (Frederic), *Las teorías del intercambio social: una aportación psicosocial al concepto de Justicia*, 1980, pp. 17 a 30.
- Toro Marzal (Alejandro del), *La reforma del Ministerio Fiscal y su realidad socio-jurídica*, 1980, pp. 37 a 79.
- Freixa y Baqué (Esteve), *¿Para qué sirven las cárceles? Opiniones de un psicólogo*, 1980, pp. 81 a 88.
- Peré y Raluy (José), *Necesidad de una urgente racionalización del servicio judicial*, 1980, pp. 89 a 102.
- Toharia (José-Juan), *Actitudes de los españoles ante el Derecho y la Justicia*, 1980, pp. 117 a 137.
- Beristain (Antonio), *La protección a los niños difíciles y anormales en España. Consideraciones criminológicas*, 1980, pp. 130 a 151. (También en *RGLG*, 1980, T. LXXX, p. 337 a 355).
- Serra (Carlo), *Notas sobre algunos temas de psicología jurídica*, trad. a cargo de C. Martí Baldellou, 1980, pp. 155 a 166.
- Muñoz Sabaté (Lluis), *Informe sobre el estado de la Justicia en Catalunya*, 1980, pp. 167 a 174. (Y en *RJC*, 1980, pp. 1077 a 1086).
- Mesa redonda. Las causas del aumento de la inseguridad ciudadana*, 1980, pp. 175 a 176.





## LA APERTURA DE TRIBUNALES EN PARÍS Y LOS JUECES DE MENORES

En la apertura solemne de los tribunales el Fiscal General del Tribunal de Apelación de París, Paul André SADON, ha expuesto la nueva política judicial que, a criterio del Ministerio Fiscal, se impone tras la reforma procesal penal por la ley llamada de «seguridad y libertad» (1).

Pero la ocasión fue propicia para que el presidente del Tribunal de Menores expusiera otra filosofía penal más acorde con su elevada función y con lo que demanda la ciencia criminológica: «En términos de rentabilidad social la prisión es no sólo ineficaz, sino dañosa» (J. C. XUEREB).

Y muy particularmente aplicada a los jóvenes o menores delincuentes o presuntos delincuentes, según el grito de alarma de los jueces de menores franceses, que como nadie conocen la gravedad de la situación y lo han hecho público en reiteradas ocasiones (2).

Porque fundadamente se estima que no es una mera política represiva la que va a aportar solución alguna o mejorar la situación. Ya lo proclamó claramente el que fue Juez de Menores del Tribunal del Sena, comentando la ordenanza de 2 de febrero de 1945 sobre la infancia delincuente, al destacar la acción humana del Juez de Menores en su doble vertiente educativa y social (3).

CHAZAL concluía su estudio defendiendo la plena dedicación, la especialización del Juez de Menores, institución que le parecía ofrecer las más bellas promesas para el futuro, pues sólo protegiendo al menor —decía— la Justicia realizará su obra más generosa y más fértil.

Tras aquella ordenanza vino la ley de 1956, revisada en 1963, y el decreto de 1975. En los textos legales la justicia de menores no es una justicia represiva. Pero ¿y la realidad? Voces autorizadas, cual las de Jean Pierre ROSENZWEIG y Jean Marie CAMOR, hicieron oír su protesta, porque «las Fiscalías violan el espíritu de la ordenanza de 1945. Cada día más los asuntos concernientes a los menores delincuentes se confían a los jueces de instrucción y no a los jueces de menores». «La prisión no sirve para nada, sino para enseñarles a llegar a ser delincuente».

El presidente del Tribunal de Menores de París, M. Jean Claude XUEREB,

---

(1) V. Pascual MENEU MONLEÓN: *Contra las reformas penales. La protesta unánime de los juristas franceses*, en ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES, T. XXXIII, III, 1980, págs. 746 y ss.

(2) V. Jean-Pierre CORCELETTE: *Justice des mineurs, justice mineur? Le cri d'alarme des juges pour enfants*. Paris, Ed. Casterman.

(3) V. Jean CHAZAL: *Le Juge des enfants. Pratique judiciaire et action sociale*. Paris, Sirey, 1948, esp. págs. 29 y ss. H. DONNEDIEU DE VABRES et Marc ANCEL: *Le problème de l'enfance délinquante. L'enfant devant la loi et la justice pénales*. Paris, Sirey, 1947.

denunció prácticas de la Policía en la aplicación de la Ley, que invadiendo funciones del fiscal o del juez, reducen o imposibilitan la actuación de los Jueces de Menores, quienes sólo tardíamente conocen hechos cometidos por quienes mucho tiempo antes fueron objeto sólo de intervenciones policíacas. Se denuncian además ciertas directivas del Ministerio del Interior (nota interna de lo de febrero de 1975 sobre actuaciones de jóvenes prede-lincuentes) que desconoce o contraría funciones y prerrogativas que sólo a la Justicia incumben.

Cuando la brigada de menores interviene—dijo el Presidente XUEREB—hace como los «sherifs» americanos. Se hace una justicia inmediata..., pero, una vez más, conduce a la policía a desbordar su competencia, «... sustituye a los magistrados para juzgar los asuntos... y a los educadores...». También se denuncian prácticas administrativas sobre financiación de medidas ordenadas por los jueces a cargo de la Dirección de acción sanitaria y social del Ministerio de Sanidad. La Asociación Francesa de Magistrados de la Juventud y de la Familia publicó su protesta por cuanto «se instaura un monopolio de la Administración en detrimento de la garantía de los derechos y de las libertades de las familias y de los menores» (24 marzo 1980). La entrada en vigor del texto «seguridad y libertad» empeorará sin duda la situación.

PASCUAL MENEU MONLEÓN

#### EL PROFESOR MASAVEU, MIEMBRO DE HONOR DE L'ASSOCIATION INTERNATIONALE DE DROIT PENAL

Ha sido nombrado miembro de honor de la Asociación Internacional de Derecho Penal, el profesor español Jaime Masaveu Masaveu, que concurrió, representando a nuestro país, a la reunión de 1924, en que fue fundada, y es hoy el único superviviente de los que se reunieron en París.

Se premia con este merecido homenaje la labor de toda una vida del que fue profesor de la Escuela de Estudios Penitenciarios, discípulo predilecto de Quintiliano Saldaña, con el que colaboró íntimamente en la Cátedra de Estudios Superiores de Derecho Penal y Antropología Criminal de la Universidad Central.

#### HOMENAJE AL PROF. DR. D. JOSE ANTON ONECA EN LA UNIVERSIDAD DEL PAIS VASCO

En la Facultad de Derecho de San Sebastián, el martes día 10 de marzo de este año 1981, se celebró un Acto Académico en homenaje al

Prof. Dr. D. José Antón Oneca. El catedrático de Derecho penal de la Universidad del País Vasco, Dr. Antonio Beristain, expuso los momentos y las actividades más importantes de la vida y de los trabajos científicos del recientemente fallecido catedrático de la Universidad española. Recordó la importancia investigadora y docente de este impar hombre de ciencia al cual tanto debe la Universidad y nuestra praxis jurídico-penal. A continuación dictó una lección magistral sobre "LA ESTAFA", tema monográficamente estudiado por el homenajeado.

## NECROLOGICA

### PROFESOR DOCTOR CARLOS FONTAN BALESTRA

El día 20 de noviembre de 1976 fallecía en Buenos Aires el doctor Carlos Fontán Balestra, uno de los maestros del Derecho penal de habla hispana, impulsor de la ciencia humanística a la que dedicó sus mejores energías, que con más claridad trató la problemática moderna y que con más sencillez y sabiduría transmitió sus conocimientos, que eran muchos.

La personalidad del extinto brilló con luz propia en la constelación de quienes eligieron como profesión la enseñanza del Derecho penal, del que proclamó la necesidad de reafirmar su condición de ciencia jurídica, que es su cauce natural y del que nunca debió haber salido y explicó el porqué de esta afirmación y del retorno al tecnicismo jurídico lejos de las aberraciones científicas de las escuelas que ubicándose en posiciones extremas confundieron lo político y lo biológico con lo jurídico.

Desde la cátedra difundió sus conocimientos y transmitió sus enseñanzas. Como profesor adjunto de Derecho penal en la Universidad Nacional del Litoral; en la Universidad Nacional de Buenos Aires fue profesor titular de Derecho penal y de Criminología; fue profesor extraordinario de Derecho penal en la Facultad de Ciencias jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata; titular de la materia en la Universidad del Salvador, en la que también ocupó el cargo de director del Instituto de Derecho penal y del doctorado en la misma especialidad; fue profesor honorario de Derecho penal en la Universidad de Mar del Plata.

Como publicista se destacó como director de la «Revista de Derecho Penal y Criminología», autor de numerosos artículos y trabajos publicados en la «Revista del Colegio de Abogados de la ciudad de La Plata», «Revista de Psiquiatría y Criminología», «Revista de Derecho Penal y Criminología», «Revista de Derecho Penal» y muchísimos otros, que sería muy largo enumerar.

Fue un profundo conocedor de los juristas alemanes y tradujo a nuestra lengua a Hans Welzel, Graf zu Dhona y Paul Bockelmann, entre otros.

Escritor incansable nos legó su «Tratado de Derecho penal», obligada obra de estudio y consulta para magistrados, profesionales y estudiosos en general, «El elemento subjetivo del delito», «Misión de garantía del Derecho penal», entre una larga lista de libros, trabajos y ensayos.

Intervino activamente en las reformas y modernizaciones del Código penal argentino; fue miembro activo de la Comisión Reformadora, de la Sociedad Argentina de Criminología, de la Société Internationale de Crimi-

nologie, del Instituto Argentino de Estudios Legislativos, de la Sociedad de Criminología de San Pablo (Brasil), de Derecho Comparado de la Universidad de Toulouse (Francia).

Hizo escuela y formó discípulos, y prueba de ello es el «Centro de Estudios Penales Dr. Carlos Fontán Balestra», fundado bajo su inspiración para estudiar las cuestiones relacionadas con el Derecho penal y las ciencias criminológicas; fomentar y difundir su estudio y propender al progreso del país mediante el perfeccionamiento de su régimen penal y criminológico.

Si brillante fue su carrera como jurista, docente y publicista no quedó a la zaga su poderosa personalidad, su inteligencia y su capacidad que volcó fervorosamente en todas las causas que abrazó y llevó a feliz término.

Sus amigos lo quisieron, sus discípulos lo admiraron y sus enemigos tuvieron que respetarlo. Por ello fue un hombre en el amplio sentido de la palabra y este reconocimiento es el mayor homenaje para sus virtudes y merecimientos.

# INDICE GENERAL DEL TOMO XXXV AÑO 1982

Páginas  

---

## TOMO XXXV - FASCICULO I - ENERO-ABRIL

### SECCION DOCTRINAL

<i>El Derecho penal internacional: Historia, objetivo y contenido</i> , por Cherif Bassiouni ... ..	5
<i>Reflexiones para la determinación y delimitación del delito económico</i> , por Eduardo Novoa Monreal ... ..	43
<i>El trasplante de tejidos y órganos humanos en la Legislación española</i> , por Miguel Angel Soto Lamadrid ... ..	77
<i>El delito provocado, construcción conceptual de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo</i> , por Luis Felipe Ruiz Antón ... ..	119

### CRONICA EXTRANJERA

<i>Evaluación crítica de las actividades del Comité europeo para los problemas criminales en los años 1975-1980</i> , por Reynald Ottenhof.	145
<i>Reunión internacional sobre «Perspectivas contemporáneas en la filosofía de la justicia penal»</i> , por Antonio Beristain ... ..	155

### CONGRESOS

<i>Reunión Internacional sobre «Perspectivas contemporáneas en la filosofía de la justicia penal»</i> ... ..	159
<i>Congreso Internacional sobre Alcoholismo y Farmacodependencia. Nota informativa sobre el VI Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente</i> ...	178
<i>X Congreso Internacional de Defensa Social</i> ... ..	185
<i>Simposio Criminológico</i> ... ..	186

### SECCION LEGISLATIVA

A) Leyes orgánicas ... ..	187
B) Leyes ... ..	203
C) Ordenes ... ..	206
D) Propositiones de Ley ... ..	212
E) Armas ... ..	224
F) Derecho Penitenciario ... ..	225
G) Consejo de Europa ... ..	227
H) Comunidades Autónomas ... ..	228

### SECCION DE JURISPRUDENCIA

<i>Jurisprudencia penal</i> , por Luis Felipe Ruiz Antón ... ..	243
---	-----

### SECCION DE BIBLIOGRAFIA

<i>Revista de libros</i> , por Alfonso Montero Sáenz ... ..	265
<i>Sección bibliográfica retrospectiva y actual de revistas españolas</i> , por Manuel Gurdíel Sierra ... ..	273

NOTICARIO ... ..	295
------------------	-----

<i>El delito provocado, construcción conceptual de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo</i> , por Luis Felipe Ruiz Antón	119
--	-----

**CRONICA EXTRANJERA**

<i>Evaluación crítica de las actividades del Comité europeo para los problemas criminales en los años 1975-1980</i> , por Reynald Ottenhof	145
<i>Reunión internacional sobre «Perspectivas contemporáneas en la filosofía de la justicia penal»</i> , por Antonio Beristain	155

**CONGRESOS**

<i>Reunión Internacional sobre «Perspectivas contemporáneas en la filosofía de la justicia penal»</i>	159
<i>Congreso Internacional sobre Alcoholismo y Farmacodependencia</i>	175
<i>Nota informativa sobre el VI Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente</i>	178
<i>X Congreso Internacional de Defensa Social</i>	185
<i>Símpoio Criminológico</i>	186

**SECCION LEGISLATIVA**

A) Leyes orgánicas	187
B) Leyes	203
C) Ordenes	206
D) Propositiones de Ley	212
E) Armas	224
F) Derecho Penitenciario	225
G) Consejo de Europa	227
H) Comunidades Autónomas	228

**SECCION DE JURISPRUDENCIA**

<i>Jurisprudencia penal</i> , por Luis Felipe Ruiz Antón	243
--	-----

**SECCION DE BIBLIOGRAFIA**

<i>Revista de libros</i> , por Alfonso Montero Sáenz	265
<i>Sección bibliográfica retrospectiva y actual de revistas españolas</i> , por Manuel Gardiel Sierra	273

<b>NOTICIARIO</b>	295
-------------------	-----

**PUBLICACIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE  
ESTUDIOS JURIDICOS**

1. Antonio HERNÁNDEZ GIL, *El testamento militar*, 1946, 241 págs. (tela, 400 ptas.).
2. Antonio HUERTA FERRER, *La relación de causalidad en la teoría del delito*, 1948, 377 págs. (tela, 500 ptas.).
3. José MALDONADO Y FERNÁNDEZ DEL TORCO, *La condición jurídica del «nasciturus» en el Derecho español*, 1946, 270 págs. (tela, 400 pesetas).
4. José M.<sup>a</sup> RODRÍGUEZ DEVESA, *El hurto propio*, 1946, 251 págs. (tela, 400 ptas.).
5. Juan DEL ROSAL, *Estudios penales*, 1948, 348 págs. (tela, 500 pesetas).

**AVISO IMPORTANTE**

Hay existencias limitadas de números sueltos de años anteriores, con excepción de los fascículos I y II del año 1948, fascículos I y III del año 1953, fascículos I, II y III del año 1954, fascículos I, II y III del año 1955, fascículos I y II del año 1956, fascículo II del año 1958, fascículo I del año 1957, fascículo III del año 1961, fascículos I y II del año 1964, fascículo III del año 1965 y fascículo II del año 1966.

Formulen sus pedidos a través de su librería habitual o directamente al Servicio de Publicaciones del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Duque de Medinaceli, núms. 6 y 8, teléfono 429 25 51, Madrid-14.

**NUEVO TELEFONO DEL INSTITUTO NACIONAL DE  
ESTUDIOS JURIDICOS**

**TEL. 429 25 51**

**Suscripción anual: España, 2.700 pesetas  
Extranjero, 2.900 pesetas**

**Número suelto, España, 1.100 pesetas  
Extranjero, 1.300 pesetas**