

ANUARIO
DE
DERECHO PENAL
Y
CIENCIAS PENALES

TOMO XXXV
FASCICULO II



MAYO-AGOSTO
MCMLXXXII

ANUARIO DE DERECHO PENAL Y CIENCIAS PENALES

Fundador:
EUGENIO CUELLO CALON (†)

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.ª 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.ª del Tribunal Supremo

ADOLFO DE MIGUEL GARCI-LOPEZ
Ex Presidente de la Sala 2.ª 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

	<u>Páginas</u>
SECCION DOCTRINAL	
<i>El fundamento normativo del Derecho penal</i> , por Joaquín Cuello	305
<i>Los «Códigos» pre-hamurábicos</i> , por Israel Drapkin S.	325
<i>Ejercicio de autoridad y principio de legalidad penal</i> , por María Dolores Laguillo Rodríguez	347

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.

Ultimo fasc'culo aparecido: Enero-abril 1982.

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 II



MAYO-AGOSTO
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 fundamento normativo del Derecho penal(*)

Dr. JOAQUIN CUELLO
Ayudante de Derecho penal (Sevilla)

Para la filosofía del Derecho, el concepto *validez de la norma* es complejo, como complejo es el fenómeno Derecho: realidad social y orden normativo al mismo tiempo. Por eso, habla Henkel (1) del «mehrdimensionale Phänomen Recht» y, por tanto, «validez del Derecho». Esta distinción, sin embargo, no debe llevar a destruir la conexión interna del fenómeno de la validez, lo que da lugar a difíciles problemas delimitativos. El procedimiento correcto ha de ser analizar primero los diferentes significados del concepto *validez*, para destacar después una consideración totalizadora del mismo.

En primer lugar, puede hablarse de *validez fáctica o sociológica* del Derecho. «La validez fáctica de las normas jurídicas puede ser estimada bajo tres aspectos: 1. Si son seguidas por los ciudadanos en la mayoría de los casos; 2. Si encuentran en la praxis aplicación habitual; 3. Si en su ejecución tienen posibilidad de imponerse» (2). Este doble aspecto de la validez fáctica de la norma: regulativo y coactivo, nos enfrenta al problema de su constatación, pues si bien es cierto que de su no aplicación en casos aislados no debe derivarse la validez (a veces se habla del efecto positivo de la no aplicación: «präventive Funktion des Nichtswissen»), es lo cierto que una disminución considerable y rápida de su actualización determinaría la invalidez fáctica de la norma. El problema reside, repetimos, en la determinación de cuándo se ha producido una inactualización suficiente para poder afirmar la invalidez. Validez fáctica de la norma significativa, por tanto, actualización.

A continuación es necesario preguntar por la «forma» en que se produce esta validez. La cuestión nos retrotrae al estudio del conocimiento individual por quienes componen una comunidad

(*) En memoria de don José Antón Oneca.

(1) Heinrich HENKEL, *Einführung in die Rechtsphilosophie. Grundlagen des Rechts*, 2.^a ed., págs. 543-544 (existe traducción de la primera edición de esta obra: *Introducción a la filosofía del Derecho. Fundamentos del Derecho*, Madrid 1968, a cargo de E. Gimbernat). Cfr. también H. HENKEL, *Das Problem der Rechtsgeltung*, en *Festschrift für René Marcic* (editado por Fischer y otros), tomo I, Berlín 1974, págs. 63-87.

(2). HENKEL, *Rechtsphilosophie*, págs. 545.

de las normas que la regulan. Para precisar este concepto, hay que partir de que, por un lado no es necesario ni posible que todos, absolutamente todos, los miembros de la comunidad lo conozcan; y que, por otro, la norma no necesita estar *actualizada* «de facto» en dicho conocimiento colectivo, siendo suficiente que sea *actualizable*. Sin conocimiento colectivo de la norma jurídica no puede suponerse su validez.

Lo anterior nos obliga a preguntarnos sobre la causa inmediata motivadora de la eficacia (3), tema de gran tradición jurídico-filosófica (*Anerkennungstheorie*). No es este el lugar de describir la evolución de estas teorías en la historia de la filosofía del Derecho (4), pero sí de poner de relieve que dicha evolución comienza siendo una configuración individualizadora del reconocimiento (de hecho o presunto) para convertirse en otra generalizadora. Tampoco podemos ocuparnos de quién sea el sujeto que ha de llevarlo a cabo. Más importante es en esta ocasión el concepto mismo de *Anerkennung*, es decir, cuáles son las bases o presupuestos que deben concurrir en el proceso de formación y mantenimiento de la norma para poder decir que dicha norma es aceptada. En este punto, a mi manera de ver, la respuesta de nuestros filósofos-juristas es bastante incompleta, insuficiente. Para Henkel, por ejemplo, consiste en la actitud positiva dominante en una comunidad jurídica frente a su Derecho (5), con lo que da entrada a otro de los conceptos de validez a que aludíamos al principio: la *validez espiritual* (*geistige Geltung*). La conciencia del ciudadano de la validez del Derecho junto con su complemento, el poder jurídico que lo impone sobre el ánimo y voluntad de validez fáctica del Derecho.

El segundo momento de la validez de la norma es uno existencial, o sea, su *Sein als Rechtsnorm* (6). La norma existe porque tiene la validez que le conceden los órganos encargados de crearla: el Parlamento como representante del pueblo en las democracias occidentales. A este proceso se llama *positivación*. Derecho positivo significa Derecho válido. Son tres las fases: Derecho meramente pensado, Derecho válido porque ya ha sido aprobado y Derecho positivo vigente (7). Cuestión delicada en este extremo es la de qué efectos produce el Derecho que todavía no ha entrado en vigor, y si existe alguna diferencia con el Derecho sólo pensado (8).

(3) HENKEL, *Rechtsphilosophie*, págs. 546-549.

(4) Cfr. Hans WELZEL, *An den Grenzen des Rechts. Die Frage nach der Rechtsgeltung*, Köln 1966, págs. 8-19; Karl ENGISCH, *Auf der Suche nach der Gerechtigkeit. Hauptthemen der Rechtsphilosophie*, München, 1971, págs. 69-81.

(5) HENKEL, *Rechtsphilosophie*, pág. 548.

(6) HENKEL, *Rechtsphilosophie*, págs. 550-554.

(7) HENKEL, *Rechtsphilosophie*, págs. 551-552.

(8) Tienen razón Hans RYFFEL (*Grundprobleme der Rechts- und Staatsphilosophie. Philosophische Anthropologie des Politischen*, Neuwied, 1969, pág. 372, nota 1) y HENKEL (*Rechtsphilosophie*, pág. 552, nota 22) en rechazar la *ideelle Geltung* con que Rupert SCHREIBER (*Die*

Desde el momento en que la norma se positiviza se hace independiente de su creador (9). Por eso, a diferencia de lo que propugna el realismo jurídico escandinavo, la norma existe independientemente de que sus destinatarios la tengan «in mente», lo que ocurre cuando se reactualiza, cuando los órganos encargados de administrar justicia por ejemplo la aplican en el proceso. Es en este contexto donde cobra significado la *función de determinación* de la norma, pues su ser, a diferencia de la proposición lógica o matemática, es el de una prescripción, un *deber ser* (Sollensnorm), un criterio de actuar correcto. *La norma jurídica obliga a sus destinatarios*.

Esa es precisamente la tercera dimensión de la norma jurídica, su tercer fundamento de validez: *normative Geltung* (10): «Por eso, el "Sollen" instituido por la norma no es un deber puro, aespacial y atemporal; por el contrario, es uno espacio-temporal delimitado por el ente existencial que es la norma». Henkel formula de la siguiente manera la pregunta sobre el fundamento de validez normativa del Derecho: «¿Qué proporciona a la pretensión de deber de la norma su adecuación y qué fundamenta conforme a ello la obligación del destinatario de la norma a su cumplimiento?».

La tesis de Henkel es que cuando los juristas se han preguntado por el fundamento de validez del Derecho sólo han respondido a esta pregunta: el fundamento de validez *normativa* de la norma, cuando lo correcto es distinguir los planos que con anterioridad hemos descritos. Así:

a) La teoría sociológica de un Theodor Geiger, que define la obligatoriedad del Derecho como «la probabilidad con que una persona que se encuentra en una determinada situación típica normativa, destinataria de la norma, bien realice una determinada conducta, bien sea alcanzada por una reacción pública del grupo frente a conductas que se desvían del núcleo de la norma» (11). O sea, esta teoría identifica validez *normativa* con validez *fáctica*. En otro lugar (12), hemos puesto de relieve como la *Criminología*

Geltung von Rechtsnormen, Berlín, 1966, págs. 65-68) alude al Derecho meramente pensado. Este "Derecho" carece en absoluto de cualquier tipo de validez. Ahora bien, en momentos críticos de transición legislativa como el que actualmente nos ha tocado vivir, la falsa expectativa de un cambio legislativo no hecha realidad podrá ser esgrimida en determinados casos como base de un error de prohibición inevitable. Cfr. Hans-Joachim RUDOLPHI, *Unrechtsbewusstsein, Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums*, Göttingen 1969, págs. 93-118 y 217-251; del mismo autor, en *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, tomo I, Parte general, 2.^a ed., Frankfurt, 1977, comentario al § 17, 31-43 págs. 149-152.

(9) HENKEL, *Rechtsphilosophie*, pág. 552.

(10) HENKEL, *Rechtsphilosophie*, págs. 554-561.

(11) Theodor GEIGER, *Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts*, Kopenhagen, 1947, pág. 161.

(12) Joaquín CUELLO, *La definición de "criminalidad"*. (Competencias del Derecho penal y de las Ciencias sociales), "Cuadernos de Política Criminal" 1980 (en prensa), "IV. La Criminología como crítica del De-

crítica parte de una tal concepción sociologista del Derecho penal y su sistema de sanciones. Con razón pone de relieve Henkel como «esta fundamentación, caracterizada como "Legitimation durch Verfahren" (Luhmann) significa por tanto para el Derecho positivo una remisión a la *fuerza coactiva fáctica* del Derecho a través del procedimiento, pero no una interpretación de su *fuerza vinculante*, en sentido de legitimidad de su pretensión de obligar» (13). Las teorías sociológicas no responden pues a la pregunta por el fundamento normativo de validez del Derecho. Y si a ello añadimos que el fundamento normativo de validez del Derecho es el *ser* del Derecho, no responden a nada que no sea puro arbitrio en donde la misma palabra *Derecho* sobra.

b) Lo mismo cabe decir de las teorías psicológicas: convencimiento de la mayoría de los ciudadanos de que la norma jurídica obliga. Además, para que el ciudadano se sienta psicológicamente obligado es necesario que previamente exista un orden jurídico objetivo frente al que se produzca aquella actitud de acatamiento. Por otra parte, y de esta objeción no se salva el propio Henkel. «la creencia de los ciudadanos en la legitimidad permite, ciertamente, robustecer el efecto regulativo del Derecho, pero no, sin embargo, fundamentar la obligatoriedad de sus normas» (14). Estas concepciones plantean el problema del *destinatario de la norma*, que es otro de los temas relacionados con el de la validez. Si se exigiese el convencimiento por parte del destinatario de su carácter vinculante, la norma no obligaría a los inimputables: enfermos mentales, niños; siendo así que la norma, como *Sollen*, tiene a *todos* por destinatarios, independientemente de que en determinados casos ese *Sollen* no se concrete en *Pflicht* (15).

c) Tampoco el positivismo jurídico da respuesta a la pregunta sobre la validez de la norma según el *Sollen* contenido en ella. Pues si aquél conduce la validez del Derecho a la voluntad del legislador, ello quiere decir que la norma será válida cualquiera que sea su contenido (16). La norma se impondrá entonces sobre la voluntad como un acto de fuerza, pero no como un «deber obligatorio».

d) Este es el mismo destino de la norma en la teoría pura del Derecho de Hans Kelsen, la validez de la norma se deriva única y exclusivamente de una norma superior de donde toma aquella su fuerza vinculante. «La institución de la norma por el legislador está fundamentada si y cuando aquél es *autorizado* por una *norma general superior*, o sea, por la Constitución vigente, anteriormente por la primera Constitución histórica y finalmente por la Grund-

recho penal. Su pretensión de universalidad. La imposibilidad de cooperación entre ambos. Anticrítica».

(13) HENKEL, *Rechtsphilosophie*, pág. 555.

(14) HENKEL, *Rechtsphilosophie*, pág. 554.

(15) Ver *infra*.

(16) HENKEL, *Rechtsphilosophie*, pág. 556.

norm que Kelsen presupone» (17). La norma fundamental de Kelsen es por tanto una norma *vacía de contenido material* de la que no puede derivarse un *Sollen* (a no ser que por tal se entienda el propio carácter obligatorio de la misma: obligación de los órganos de justicia de aplicarla y del destinatario de elegir entre obedecerla o soportar la sanción derivada de su incumplimiento (18). Kelsen es consciente de este problema, pero considera que es una cuestión metajurídica la pregunta por la razón material de obligar de la norma.

e) Es precisamente la búsqueda de respuesta a esa pregunta lo que explica las teorías absolutas iusnaturalistas: «que no sólo ven el definitivo fundamento de autorización para el legislador del Derecho positivo en un Derecho natural previo, sino que además deducen de las normas de ese Derecho de rango superior la fuerza obligante de la norma jurídica positiva» (19), sin tener en cuenta que no existe un modelo de ordenamiento jurídico único e inalterable que valga para todos los tiempos y lugares y del que pueda derivarse sin más, obteniendo de ahí su validez, la concreta norma positiva.

f) Algo parecido ocurre con el intento de Radbruch de querer deducir la fuerza obligatoria de la norma jurídica del *fundamento de la ética*. «La moral se subordina aquí a una legislación extraña» (20): el legislador estatal. Si bien la norma estatal es pasada por el control de la conciencia moral, no deja de ser una aceptación «in toto», un «cheque en blanco», que en nada se distingue de la tesis fundamental del positivismo. Como pone de relieve Henkel (21), «en qué ámbito de la moral, sin embargo, haya de encontrarse un deber del tipo "subordinaos a la autoridad" permanece en la oscuridad».

g) Por contra, intenta Laun deducir el fundamento de validez normativa del Derecho del principio de la moralidad autónoma subjetiva, «conforme a la cual mantienen las normas del Derecho positivo su obligatoriedad de forma que el individuo en el caso particular sólo se obliga mediante una *decisión de conciencia*, mediante un acto de autolegislación» (22). Según Laun, «o bien las aprueba, experimenta en el caso concreto su aplicación como *Sollen*, como coacción interior de su conciencia o sentimiento jurídico, en cuyo caso son aquéllas para él Derecho aún en el caso de que no las cumpla; o falta esta aprobación interior, en cuyo caso son para él pura violencia, incluso si se somete a ellas». Como denuncia Henkel, esta teoría o bien lleva a la anarquía (quien no acepta la norma no es obligado por ella) o bien encierra la con-

(17) HENKEL, *Rechtsphilosophie*, pág. 557.

(18) HENKEL, *Rechtsphilosophie*, págs. 557-558.

(19) HENKEL, *Rechtsphilosophie*, pág. 558.

(20) Gustav RADBRUCH, *Rechtsphilosophie* (editado por E. Wolf y H.-P. Schneider), 8.^a ed., Stuttgart, 1973, pág. 135.

(21) HENKEL, *Rechtsphilosophie*, pág. 559.

(22) HENKEL, *Rechtsphilosophie*, pág. 559.

tradición de considerar suficiente dicha aceptación individual por parte de la mayoría (con lo cual la minoría no puede considerarse participe en el reconocimiento de aquélla al menos en los términos propuestos por Laun). El fundamento de obligar de la norma no puede estar en la propia decisión moral, sino en un orden supraindividual que impone deberes sobre los que rige: «obligatoriedad "objetiva" individual» (23).

h) Henkel, siguiendo a Welzel, hace derivar la validez normativa del Derecho de un concepto ético fundamental: *el Rechtsethos*: «El Ethos jurídico no se actualiza mediante la ejecución de una coacción y por medio de un orden coactivo, sino en la obligatoriedad conforme a deber de un comportamiento jurídico» (24). O sea, el legislador no legisla para dar cualquier contenido a la norma por él creada, sino que en su tarea está condicionado por un Sollen superior, el «Ethos» jurídico, «das Recht in Recht»; pues sólo eso, el «Rechtsethos» vivido como tal por el individuo, puede obligarle a respetar al norma como Rechtspflicht.

Welzel ha puesto de relieve a qué debe responder la pregunta sobre la validez del Derecho, que necesariamente ha de ser diferente de la imposición del simple poder. «El hombre necesita en su actuar social de un orden social que le obligue normativamente» (25). También ha descrito por qué cauces ha de discurrir ese proceso de realización del Derecho como tal orden normativo: «El Derecho es un complejo de proyectos de sentido para el ordenamiento de la vida social que sobre la base de formaciones institucionales transmitidas, bajo las condiciones concretas de su presente, son en parte continuadas, en parte formuladas y confirmadas. En ello participa tanto el trabajo del legislador como su acogida en la conciencia jurídica general, sobre todo «in medium» de jurisprudencia y doctrina jurídica. Todos ellos se encuentran sometidos a la llamada del *Sollen*: encontrar un orden correcto, justo, en el tiempo» (26).

Ahora bien, a lo que ni Welzel ni Henkel han respondido («porque para ello no existe ninguna receta de validez general») es a la pregunta sobre el cómo pueden lograrse esos «proyectos de sentido para la ordenación de la vida social». Por eso «permanece el dilema de que no puede obtenerse una obligatoriedad general estricta sobre el contenido de la exigencia del *Sollen*» (27).

* * *

(23) HENKEL, *Rechtsphilosophie*, pág. 560.

(24) HENKEL, *Rechtsphilosophie*, pág. 561.

(25) WELZEL, *Macht und Recht (Rechtspflicht und Rechtsgeltung)*, en: *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, Berlín, 1975, págs. 287-296, pág. 295.

(26) WELZEL, *Rechtsgeltung*, págs. 30-31.

(27) Gerhard DORNSEIFER, *Rechtstheorie und Strafrechtsdogmatik Adolf Merckels. Ein Beitrag zum Realismus in der Jurisprudenz*, Berlín, 1979, pág. 75.

Gerhard Dornseifer ha tratado de llenar esa laguna conectando con la obra de Adolf Merkel y con la filosofía del *racionalismo crítico*. Merkel, como Max Weber y Rickert, estaba convencido de que la cuestión sobre el *deber ser* se basa en una decisión sobre el *ser*. Como empirista, rechaza Merkel la concepción idealista según la cual la evolución de las *formas de vida* es un desarrollo de valores (*Wertverwirklichung*); por el contrario, el criterio obtenido con el análisis histórico «permanece dependiente de la sensibilidad de cada nueva generación» (28). Dornseifer ha puesto de relieve las dificultades que presenta una concepción como la de Merkel como consecuencia de su punto de partida evolucionista: «Poder y Derecho coinciden si la decisión conforme a poder se consigue de acuerdo con las convicciones éticas fundamentales de la mayoría de los ciudadanos. Por tanto, el legislador o cualquier otra autoridad no pueden derivar el Derecho correcto de la "evolución histórica ilustrada" si el pensamiento de la mayoría contradice dicho conocimiento» (29). Por esa razón, tiende más Merkel a elaborar el marco que posibilite una valoración realista y crítica del orden actual. Que ello no es suficiente para que el hombre pueda sentirse identificado consigo mismo y con la sociedad de que forma parte salta a la vista (30). Esta insuficiencia no ha pasado desapercibida. «Pero si el Derecho está necesariamente vinculado a la estructura moral cimentada del comportamiento del individuo en la comunidad, y al mismo tiempo no se produce la estricta deducción de la regla (llena de valor) correcta para la situación concreta, se suscita la pregunta de si es posible la superación del relativismo y el decisionismo» (31).

Un conocimiento inmediato de los objetos como el propuesto por Nelson, en contraposición al escepticismo científico, ha de ser rechazado pues como ha dicho Hans Albert ello sería una forma *psicologizada* de dogmatismo. Al contrario, «las construcciones teóricas deben estar abiertas a la publicidad del fracaso a través de la confrontación con el mundo real, para así aproximarse más a la verdad mediante la corrección de suposiciones y constataciones» (32). No se trata, por tanto, de descubrir qué es saber (*Gewissheit*) absoluto, sino de una aproximación paulatina a la verdad, lo que no exige nada más que una «disposición a la búsqueda inflexible de la verdad».

En estrecha conexión con la filosofía del racionalismo crítico (Popper, Albert), en la línea de Merkel y Welzel a la búsqueda de

(28) Adolf MERKEL, *Übersicht über die Geschichte der Rechts- und Staatsphilosophie von Dr. A. Geyer*, revisado y continuado por A. Merkel, en *Enzyklopädie der Rechtswissenschaft* (editada por Holtzendorff), 5.^a ed., Leipzig, 1890, pág. 90.

(29) DORNSEIFER, *Rechtstheorie und Strafrechtsdogmatik*, pág. 77.

(30) Ver *infra*.

(31) DORNSEIFER, *Rechtstheorie und Strafrechtsdogmatik*, páginas 78-79.

(32) DORNSEIFER, *Rechtstheorie und Strafrechtsdogmatik*, pág. 79.

la efectividad fáctica y legitimidad supraindividual y, conforme al consenso constitucional engendrado por el Estado democrático-liberal y social de Derecho se tratará, según Dornseifer, de mantener las reglas del juego garantizadas jurídicamente que aseguran la mayor racionalidad posible y capacidad consensual pensable (33). En definitiva, «la legitimidad se deriva del proceso de identificación, cuya fuerza es el recurso a la libertad de participación garantizada jurídicamente» (34). «El mantener la obligatoriedad de la *decisión de la mayoría* en el contexto del aseguramiento institucional y la garantía jurídica de la discusión espiritual y la argumentación alternativa es una decisión, la más de celebrar hasta ahora».

* * *

La pregunta sobre la fundamentación de los juicios de valor, de las normas (éticas, jurídicas, etc.), es uno de los grandes temas de la filosofía contemporánea (35). La filosofía actual realiza el gran esfuerzo de buscar criterios conforme a los cuales poder deducir la validez, verdad o falsedad, de aquellos juicios de valor, lo que hasta ahora sólo se postulaba de los predicados. En este contexto, ha desarrollado Jürgen Habermas (36) una *teoría pragmática de la verdad* de gran significado, a mi entender, para fundamentar la validez de la norma jurídica. Lo fascinante en Habermas es su armonización con el procedimiento acuñado por la doctrina jurídica tradicional para derivar la aplicación de la ley en el proceso de desarrollo del Derecho.

Habermas defiende una teoría consensual de la verdad acerca de los juicios de valor, entendiéndola como proceso de comunicación entre sujetos capaces de hablar y actuar frente a quienes han sostenido la imposibilidad de trasladar a este terreno criterios como los de verdad o falsedad sólo válidos para declaraciones: «La afirmación según la cual la verdad y la corrección son pretensiones de validez de manifestaciones resueltas discursivamente se extiende a relaciones pragmáticas universales, a hablantes y a situaciones en las que es posible el entendimiento, pero en ningún caso a determinadas estrategias para la obtención de declaraciones ciertas o exigencias correctas. Además, es consustancial a las pretensiones de validez que puedan ser resueltas; y de qué manera puedan ser resueltas es lo que les da sentido. Si he de interpretar un determi-

(33) DORNSEIFER, *Rechtstheorie und Strafrechtsdogmatik*, págs. 78-81.

(34) DORNSEIFER, *Rechtstheorie und Strafrechtsdogmatik*, pág. 81.

(35) Cfr. la amplia panorámica presentada en el "Coloquio de Paderborn": Willi OELMÜLLER (editor): *Materialien zur Normendiskussion 1. Transzendentalphilosophischen Normenbegründungen*, Paderborn 1978; *Materialien zur Normendiskussion 2. Normenbegründung, Normendurchsetzung*, Paderborn, 1978; *Materialien zur Normendiskussion 3. Normen und Geschichte*, Paderborn, 1979. Entre los juristas cfr. Robert ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, Frankfurt, 1978.

(36) Jürgen HABERMAS, *Wahrheitstheorie*, en *Wirklichkeit und Reflexion Walter Schultz zum 60. Geburtstag* (editado por H. Fahrenbach), Pfullingen, 1973, págs. 211-265.

nado título jurídico, por ejemplo un derecho de propiedad, como tal, podré referirme a las garantías que existen para el caso de que otro cuestione mi derecho; como título jurídico podré en caso de necesidad obtener un reconocimiento general con la ayuda de procedimientos judiciales. Lo mismo ocurre con la verdad como pretensión de validez. El sentido de esta clase de pretensiones de validez consiste en la sumisión en cualquier momento y en todas partes a un «modus» especial de control. La obtención de un consenso bajo las condiciones del discurso es el "procedimiento" a través del cual se cumple una pretensión de validez discursiva y en el que consiste su sentido de verdad y corrección. (La diferencia específica entre estas dos pretensiones de validez puede ser aclarada en base a las formas del discurso conforme a las cuales se realizan)» (37).

Contra las teorías consensuales de la verdad se ha hecho una segunda objeción: «Si por "consenso" entendiésemos cualquier acuerdo casualmente obtenido, no podría servirnos evidentemente como criterio de verdad». Respuesta de Habermas: «Por eso es la "solución discursiva" un concepto normativo: el acuerdo a que podemos llegar en el discurso es sólo un *consenso fundamentado*. Este vale como criterio de verdad; pero el sentido de verdad no es la circunstancia de que se haya obtenido un consenso, sino que en cualquier momento y lugar si entramos en un discurso podremos alcanzar bajo condiciones un consenso caracterizado como *consenso fundamentado*» (38). Unas teorías de la validez de la norma que sólo quieran fundamentar su «verdad» en el consenso *qua* consenso, como las teorías consensuales expuestas más arriba (Dornseifer), no pueden evitar caer en contradicción: «Pero si sólo se permite como criterio de verdad a un consenso fundamentado, desemboca la teoría consensual de la verdad en una contradicción. Las condiciones bajo las cuales puede valer como consenso real o racional, en cualquier caso garante de la verdad, no pueden hacerse depender a su vez de un consenso».

Habermas, para fundamentar su teoría, ha precisado más aún esta objeción: «Si el sentido de verdad consiste en la posibilidad de proporcionar en un discurso una decisión positiva sobre lo correcto de la pretensión de validez problematizada, y si una decisión producida discursivamente sólo puede obtenerse en forma de consenso perseguido argumentativamente, entonces ha de mostrarse dónde reside la fuerza consensual del argumento: no puede consistir en el simple factum de que el acuerdo sea de obtener argumentativamente, sino que este mismo factum necesita de aclaración» (39). La teoría propuesta por Habermas no es una teoría consensual, la calificación por él propuesta de *Diskurstheorie* me parece mucho más afortunada: «La teoría consensual de la verdad

(37) HABERMAS, *Wahrheitstheorie*, pág. 239.

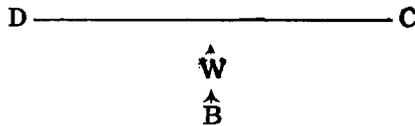
(38) HABERMAS, *Wahrheitstheorie*, págs. 239-240.

(39) HABERMAS, *Wahrheitstheorie*, pág. 240.

promete aclarar la propia fuerza, no coactiva, del mejor argumento mediante las propiedades formales del discurso, y no a través de algo que o bien subyace a la conexión argumentativa, como la consistencia lógica de las oraciones, o bien de algo que simultáneamente penetra desde afuera en la argumentación, como la evidencia de la experiencia. *La salida de un discurso no puede decidirse únicamente ni mediante la fuerza lógica ni mediante la fuerza empírica, sino a través de la "fuerza del mejor argumento". A esta fuerza la llamamos motivación racional y debe ser aclarada en el marco de una lógica del discurso...*» (40).

La lógica del discurso (en nuestro caso *jurídico*) se diferencia de la lógica formal (lógica jurídica), que proporciona las reglas de elaboración y transformación de declaraciones con contenidos de valor constantes, y de la lógica trascendental, que investiga los conceptos fundamentales relevantes para la configuración de objetos de posible experiencia (axiología jurídica o, en términos más modernos, política criminal). La lógica del discurso es una *lógica pragmática* que «investiga las propiedades formales de conexiones argumentales» (41). La argumentación jurídica no consiste en una serie de conclusiones extraídas por deducción de determinadas premisas preexistentes, sino en *Sprechakten*. El paso de un punto de la argumentación a otro no aparece fundamentado ni lógico (argumento del positivismo jurídico) ni empíricamente.

Los criterios proporcionados por la lógica formal no son suficientes para caracterizar la lógica del discurso pragmático. Un argumento puede ser *imposible* o *necesario* para fundamentar una pretensión de validez; pero con todo, el criterio más importante es el de *posible*, pues es él el que proporciona un nuevo contenido sustancial ya que al fin y al cabo «un argumento es la fundamentación que ha de motivarnos a reconocer la pretensión de validez de una afirmación o de un mandato, o sea, una valoración» (42). Habermas utiliza a esta finalidad el esquema de Toulmin (*Uses of argument*):



Se trata de justificar que del hecho D (data) (A te ha prestado 50 marcos el día 1) surja el mandato C (conclusión) (¡Debes devolver 50 marcos a A antes de que finalice el mes!) que a su vez es la valoración W (warrant) de una hipótesis inicial B (backing): Fundamentación de una norma de acción W (¡Los préstamos deben devolverse transcurrido el plazo convenido!) que se conecta con la evidencia casuística que llevó al establecimiento de la norma (efec-

(40) HABERMAS, *Wahrheitstheorie*, pág. 240.

(41) HABERMAS, *Wahrheitstheorie*, pág. 241.

(42) HABERMAS, *Wahrheitstheorie*, págs. 241-2442.

tos principales y secundarios de la aplicación de la norma que explican cómo ésta sirve para satisfacer determinadas necesidades: por ejemplo, el crédito posibilita un sucedáneo flexible a la escasez de recursos financieros). Aceptada la validez de las premisas (el crédito es positivo en nuestra sociedad, los préstamos deben liquidarse en la cuantía y el tiempo convenido, etc.), lo importante en la argumentación será encontrar motivos para aceptar la valoración que media entre B (hipótesis de hecho inicial en relación con la cual se estableció la valoración genérica W) y D (hecho posterior cuya valoración se cuestiona) a través de W, y que implica en los casos más interesantes una discontinuidad (*argumento sustancial*) (43).

Constituido el lenguaje de fundamentación, puede éste precisarse en base a la descripción del fenómeno en cuestión y de los datos elegidos dados por evidentes. Al elegir un determinado sistema lingüístico (en nuestro caso corresponde esa elección a la política criminal), se ha ordenado ya el fenómeno a justificar en un determinado ámbito objetivo. Los predicados fundamentales del sistema lingüístico deciden con qué clase de causas, motivos y fundamentos normativos ha de ser puesto en relación el fenómeno. La argumentación, entonces, servirá al desarrollo de implicaciones contenidas en la descripción del fenómeno gracias a su ubicación en ese concreto sistema lingüístico y conceptual, pues «sólo como elementos de su sistema lingüístico son capaces de fundamentación las afirmaciones y recomendaciones (44). *La fundamentación no establece una relación entre la premisa jurídica y la realidad, sino una coherencia entre varias premisas pertenecientes a un mismo sistema lingüístico.*

Por otra parte, lo que es más importante, el sistema lingüístico elegido decide qué clase de experiencia puede ser tenida por evidente en una determinada conexión argumentativa. Observaciones, encuestas, necesidades, etc., que deseáramos introducir en la argumentación son experiencias *interpretadas*, dependientes del sistema lingüístico en cuestión. Cierto que de la hipótesis general no se deduce la valoración puente, pero sí en cambio la fuerza argumentativa que posibilita el consenso. Lo correcto de ese paso de la hipótesis a la valoración se basa en el *principio de la inducción* (para la primera) y en el *principio de la universalidad* (para la segunda). La inducción permite incluir el hecho concreto en la hipótesis inicial, pese a que existe una discontinuidad (45). La universalización hace posible el paso de una serie de indicaciones descriptivas (consecuencias y efectos que se derivarán de aplicar la norma para satisfacer las necesidades previstas) a la norma (46).

La función que cumplen los principios de inducción y universa-

(43) HABERMAS, *Wahrheitstheorie*, pág. 243.

(44) HABERMAS, *Wahrheitstheorie*, pág. 245.

(35) HABERMAS, *Wahrheitstheorie*, pág. 245.

(46) HABERMAS, *Wahrheitstheorie*, pág. 245.

lidad aparece íntimamente ligada con el lenguaje de fundamentación o sistema lingüístico. Puesto que tal sistema presupone en cierta manera *experiencia*, respecto de la cual no aparece aquél como proceso de formación independiente, puede esclarecerse de esta suerte por qué es posible la inducción y la universalidad. Una y otra son respectivamente posible y necesaria a la fundamentación de afirmaciones por un lado, y de mandatos y valoraciones por otro (47).

¿Cuál es la *realidad* de los predicados básicos preservados del lenguaje fundamentados? Según Habermas (48), se trata de *esquemas cognitivos* entendidos a la manera de Piaget: «Los esquemas cognitivos son el resultado de una pugna activa del sistema de la personalidad y social con la naturaleza: aquéllos forman los procesos de asimilación y acomodación a un tiempo. El plano fundamental de estos esquemas penetra en la estructura de la personalidad y forma el aparato cognitivo; pero también los esquemas menos fundamentales y variables que se introducen como conceptos fundamentales en las teorías y otros sistemas de interpretación juegan un papel constitutivo en la construcción tanto de los ámbitos objetivos como de las estructuras de interacción. Mientras que de una parte son resultado del proceso de formación, dependiente de la experiencia, tienen estos esquemas, de otra, al mismo tiempo, validez apriorística frente a las experiencias, que son organizadas bajo ellos *como experiencia*».

Es en conexión con tal entendimiento de los predicados básicos del lenguaje fundamentador de donde se deriva el significado de la *inducción* como categoría básica de la argumentación (en nuestro caso *jurídica*). Inducción es «la repetición ejemplar precisamente del tipo de experiencia en base a la cual son formados anteriormente los esquemas cognitivos introducidos en los predicados básicos del lenguaje fundamentador». La casuística evidencia de la verdad (única posible) puede convertirse en afirmación universal *inductivamente* sólo si el sistema lingüístico y conceptual elegido admite los resultados del desarrollo cognitivo: «éste garantiza precisamente eso que queremos llamar "adecuación" de un lenguaje fundamentador a un determinado ámbito objetivo, que ha llegado a ser relevante de una determinada manera». Y continúa Habermas (49): «En esa medida obtiene también el desarrollo cognitivo, indirectamente, una garantía para la validez de las declaraciones que son *posibles* en el sistema descriptivo que de él depende».

De lo anterior se derivan también las limitaciones de la inducción: «Los datos admitidos a confirmación o rechazo inductivamente, son solucionados inevitablemente por el sistema lingüístico elegido, de tal manera que la *experiencia* no representa sin más

(47) HABERMAS, *Wahrheitstheorie*, págs. 245-246.

(48) HABERMAS, *Wahrheitstheorie*, pág. 246.

(49) HABERMAS, *Wahrheitstheorie*, pág. 246.

una instancia independiente de control» (50). Por esa razón precisamente no puede ser utilizado directamente el dato sociológico en la interpretación jurídica, frente a lo que recientemente ha pretendido algún sector de la doctrina (51). Ahora bien: ¿Significa esto que no existe relación alguna entre el lenguaje jurídico y la realidad? No, lo único que ocurre es que la «inducción garantiza la coherencia de las declaraciones universales introducidas en una argumentación con otras declaraciones universales que puedan ser hechas *en el seno del mismo sistema lingüístico*; este procedimiento no confronta a *oraciones individualizadas*, sino a un sistema lingüístico *en su totalidad* con la realidad». Por tanto, «la relación del lenguaje fundamentador con la realidad está ya regulada por un previo proceso de aprendizaje fundamentador con la realidad está ya regulada por un previo proceso de aprendizaje evolutivo, es decir, mediante el desarrollo cognitivo que, puesto que determina a los predicados básicos del sistema lingüístico elegido, procede a cualquier posible argumentación particular *en ese lenguaje*. ¿En base a qué, sino a la confrontación de las oraciones particulares con la experiencia interpretada, consiste la fuerza consensual del argumento?».

Ahora bien: ¿Cuándo es adecuado un sistema lingüístico al ámbito de su objeto? Frente a Piaget y C. F. v. Weizsäcker, para los que *adecuación* y *verdad* se corresponden con la realidad mediante adecuación a los esquemas cognitivos (entendidos como *realidad* constituida a través de procesos de formación) (Weizsäcker: teoría cibernética de la verdad como relación sistema-medio que se corresponde con los niveles del desarrollo cultural de la relación de adecuación de los organismos a su ambiente), ha contrapuesto Habermas cómo la verdad no puede ser concebida como adecuación de esquemas cognitivos a su ámbito objetivo, a no ser que se distinga a la verdad de las pretensiones de validez vinculadas a declaraciones: pues ni los esquemas cognitivos ni los conceptos y predicados son verdaderos o falsos. *Sólo las declaraciones, formadas sobre tales conceptos y predicados son verdaderas o falsas* (52).

(50) HABERMAS, *Wahrheitstheorie*, pág. 247.

(51) Cfr. Wolfgang NAUCKE, *Über die juristische Relevanz der Sozialwissenschaften*, Frankfurt, 1972 y la literatura allí criticada. De interés es la polémica suscitada con motivo de este trabajo entre su autor y Rüdiger LAUTMANN (*Wie irrelevant sind die Sozialwissenschaften für die Arbeit des Juristen?*, *Rechtstheorie* 4, 1973, págs. 57-63; NAUCKE, *Jurisprudenz und Sozialwissenschaften*, RTh, 1973, págs. 64-68). Por la cooperación de ambas disciplinas se ha pronunciado con cierto optimismo LAUTMANN, *Soziologie vor den Toren der Jurisprudenz. Zur Kooperation beider Disziplinen*, Stuttgart, 1971; y *Justiz - die stille Gewalt. Teilnehmende Beobachtung und entscheidungssoziologische Analyse*, Frankfurt, 1972. Mucho más escéptico, desde el prisma de la Sociología: Fritz SACK, *Die Chancen der Kooperation zwischen Strafrechtswissenschaft und Kriminologie ? Probleme und offene Fragen*, en *Seminar: Abweichendes Verhalten II Die gesellschaftliche Reaktion auf Kriminalität* 1. (editado por K. Lüderssen y F. Sack), Frankfurt, 1975, págs. 346-385. Cfr. también mi *Definición de "criminalidad"*.

(52) HABERMAS, *Wahrheitstheorie*, págs. 247-248.

Por contra, la «adecuación» «es una categoría que pertenece al ámbito de la cognición, o sea, la obtención de informaciones sobre objetos de la experiencia; en esta esfera de la experiencia vinculada a acción las pretensiones de validez, como ya se mostró, no son tematizadas. Donde por el contrario, como en el discurso, se trate de hechos que son sometidos a discusión, *se cuestiona la validez de declaraciones, no la fiabilidad de informaciones o lo atinado de los actos de cognición*».

En suma, un sistema lingüístico es la condición necesaria para llevar a cabo, en su seno, declaraciones, afirmaciones (que sí pueden ser verdaderas o falsas). Al mismo pertenece la previa adecuación de los esquemas cognitivos a su ámbito objetivo; «pero eso que expresamos con el empleo de medios (siempre adecuados) cognitivos y lingüísticos son ciertamente determinados hechos que existen o no existen» (53). Si existen, se decide sobre la verdad de la declaración manifestada, pero no sobre la adecuación del sistema lingüístico empleado. Evidentemente, si éste no es adecuado faltará una de las condiciones de la verdad de la afirmación. Si, en cambio, es adecuado, podremos comprobar indirectamente las declaraciones hechas a su través. Pero *directamente* sólo será accesible si partimos de un desarrollo cognitivo entendido como proceso y aprendizaje discursivo consciente, es decir, a través de la argumentación. Y es precisamente esta exigencia la que siempre debemos presuponer cumplida cuando somos capaces de aceptar la fuerza de convicción de un argumento, es decir, cuando nos dejamos motivar racionalmente (54).

* * *

Son muchos los aspectos desde los cuales la teoría acabada de exponer puede ser de gran utilidad para la argumentación jurídica (55). A algunos nos hemos referido ya en otra ocasión (56), al poner de relieve la función de política criminal del propio Derecho penal. Si el Derecho penal es una fórmula de cohesión social en cuanto consenso de los ciudadanos para no permitirse a sí mismos determinadas conductas muy desestabilizadoras de la sociedad que forman (por ejemplo estafar), será algo más que un deseo de aquéllos que la norma que prohíbe estafar se cumpla. La regulación de la estafa en Derecho penal constituye un sistema lingüístico, con sus conceptos y principios; con una hipótesis inicial (la forma más simple de estafa: A exhibe un documento falso del que se deduce un crédito frente a B que éste satisface llevado del error que A ha suscitado, produciéndose la consiguiente pérdida patri-

(53) HABERMAS, *Wahrheitstheorie*, pág. 248.

(54) HABERMAS, *Wahrheitstheorie*, págs. 248-249.

(55) Cfr. la exposición de la teoría de Habermas hecha por Robert Alexy: ALEXY, *Juristischen Argumentation*, págs. 134-177.

(56) CUELLO, *Definición de "criminalidad"*, "V. Justificación del Derecho penal"; *La "ideología" de los fines de la pena*, en ANUARIO DE DERECHO PENAL, 1980, *in fine*.

monial de B, de la que se deduce la valoración subyacente a la estafa: el engaño encaminado a perjudicar patrimonialmente a terceros es un desvalor jurídico; siempre que me encuentre ante hipótesis asimilables a la inicial, estimaré la valoración jurídica negativa consiguiente.

Lógicamente, la fuerza expansiva interna de la regulación legal de la estafa nos llevará a encontrar el máximo de hipótesis que caben en su seno: nuevos contenidos sustanciales (el daño patrimonial no consiste en un simple empobrecimiento fáctico de la víctima, sino en el desvío de una perspectiva de la inversión: la víctima ha obtenido una contraprestación equivalente a su prestación, pero ha sido engañado acerca de una utilidad que en realidad no tenía la cosa vendida). Es esa fuerza expansiva de la regulación legal, convertida en lo que he llamado *configuración jurídica de la realidad*, lo que garantiza la función de cohesión de la norma, es decir, la conciencia colectiva de que todo lo subsumible en la estafa va a ser considerado como tal por los tribunales de justicia.

Por no hablar de la argumentación jurídica en sí, entendida como *Dogmática*. No es este el lugar de referirnos a los cánones de la interpretación, pero el principio de inducción, tan claramente formulado por Habermas, creo disipa toda duda y prejuicio a favor de una interpretación de la ley entendida como concreción de W (*Wertung*) en el esquema de Toulmin, frente a la rigidez de la estricta deducción con que a veces se ha identificado el principio de legalidad en Derecho penal (57).

También es necesario extraer consecuencias de la relación sistema lingüístico-esquema cognitivo-realidad. Hoy, como nunca, se habla de la necesidad de que el jurista práctico adecúe su-labor de creación y aplicación del Derecho a la realidad (58). Es entonces cuando con una simplicidad irritante se pretende que el dato sociológico sea utilizado *directamente* en la argumentación jurídica. Habermas ha puesto también claramente de relieve que ello es inviable, que implica una confusión entre el plano de la *obtención de datos* y el de la *validez de declaraciones*. O sea, tan sólo a través de la conversión del dato en principios y conceptos del sistema lingüístico en cuestión podrá obtener aquél validez para la finalidad que quiere atribuírsele (¿No subyacerá a los postulados de política criminal propugnados en torno a la desincriminación del aborto un cambio en la valoración de este bien jurídico?).

Habermas ha sostenido que esquemas valorativos del tipo: tal bien jurídico debe ser protegido en nuestra sociedad, a su vez forman parte del esquema cognitivo que acompaña al niño desde que nace a través de un proceso de aprendizaje racional. Ello

(57) Conforme a criterios orientados en esta dirección he intentado interpretar la normativa concursal en nuestro Código penal. Cfr. CUELLO CONTRERAS, J., *La frontera entre el concurso de leyes y el concurso ideal de delitos: El delito "sui generis". La función de la normativa concursal (I y II)*, ANUARIO 1978, págs. 35-95; 1979, págs. 45-91 y 451-477.

(58) Ver *supra* nota 51.

explicará muchas cuestiones quizá incomprensibles a quien pueda ver el desarrollo de una sociedad desde afuera (¿por qué han de protegerse determinados tabúes como el respeto a los símbolos del Estado o el incesto?), pero que sería un error no querer tenerlos en cuenta como partes constitutivas del «páthos» de una sociedad. Naturalmente, su tratamiento adecuado no consistirá en «no contar con ellos», como si no existieran; lo racional, mejor, es saber a qué necesidades responden (59). Pero yo diría más: tales esquemas valorativos forman parte de la realidad del hombre y mediante ellos aprehende la realidad circundante. ¿Quién ha pensado que la realidad se presente ante el hombre en estado «químicamente puro»? Al contrario, el primer acto de confrontación con tales «hechos» es el de su *interpretación*, única forma que el ser humano tiene de aprehender la «realidad» (60). Por eso, el juicio de reproche de la culpabilidad, o responsabilidad penal, es un juicio acerca de la capacidad de formar y seguir o utilizar tales esquemas (61).

* * *

Con todo, el extremo más importante sobre el que la pretensión de validez de un sistema lingüístico como el jurídico ha de confrontarse es el de su relación con los destinatarios del mismo.

El problema de la esencia *valorativa* o *imperativa* de la norma es una constante en la historia reciente del Derecho penal. Ciertamente, el tema se convierte en una cuestión escolástica cuando del estudio de sus características se quiere inducir: «la norma, por tanto, es norma de valoración...». O lo contrario. Y nada más. Este planteamiento es erróneo, entre otras cosas, porque la norma es norma de valoración y determinación al mismo tiempo. Y la norma penal no es ni una cosa ni otra, sino mera sanción (62). Más importante que todo eso es cómo lleva a cabo la norma sus funciones. Y puesto que a función de valoración se reduce al análisis de cómo la comunidad organizada jurídicamente selecciona estados y procesos a proteger mediante la pena, su estudio no es de este lugar, sino de la *Axiología jurídica* o, dicho más secularmente, creación, elaboración y abstracción de bienes jurídicos. Sí nos interesa en esta ocasión, en cambio, cómo lleva a cabo la norma su función de determinación.

(59) Cfr. Winfried HASSEMER, *Theorie und Soziologie der Verbrechen*, Frankfurt, 1973, págs. 160-191.

(60) Jean PIAGET, *Psicología y Epistemología*, Barcelona, 1971, páginas 85-112 (El mito del origen sensorial de los conocimientos científicos).

(61) Siegfried HADDENBROCK, *Die Beurteilung der Schuldfähigkeit in der Bundesrepublik Deutschland*, en *Kriminologische Gegenwartfragen*, fascículo 13 (editado por H. Göppinger y H. Walder), Stuttgart, 1978, págs. 161-180, págs. 174-179.

(62) Armin KAUFMANN, *Teoría de las normas. Fundamentos de la Dogmática penal moderna* (traducción del alemán por E. Bacigalupo y E. Garzón Valdés de la obra *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie. Normlogik und moderne Strafrechtsdogmatik*, Göttingen, 1954), Buenos Aires, 1977, págs. 309-312.

Nadie ha estudiado en el Derecho penal contemporáneo el proceso de concreción de la norma en deber como Armin Kaufmann (63). De nuestra exposición anterior no ha debido quedar duda de que el ser de la norma no es el de una declaración (cierta o falsa) sino el de valer o no valer, tener o no tener validez a través de su actualización dentro del sistema lingüístico donde está ubicada. Ahora bien, la norma, como producto de un juicio de valor (axiología jurídica), pretende tener validez. Armin Kaufmann ha resuelto el problema del paso que media entre la norma como ente necesariamente abstracto por estar dirigida a todos sin excepción: al ser de la norma es consustancial estar dirigida a todos (64), con su realización concreta: obligar a sus destinatarios (deber). «Mientras el juicio de valor subyacente en la norma se concreta con la realización de su objeto, la concreción de la norma ya tiene que haber tenido lugar con anterioridad. En efecto; el individuo determinado que realiza el objeto de la norma y del juicio de valor, concretando de esa manera este último, ya antes de actuar tiene que estar obligado por la norma. De otro modo fracasaría el fin motivador de la norma» (65).

Pero todavía hay un tercer plano de la existencia de la norma, cuyo desarrollo es patrimonio del finalismo: el *injusto personal*. La norma no es sólo un juicio sobre un deber, sino sobre un *deber algo* (66). El juicio de valor sobre el acto es un juicio sobre algo fáctico (hipótesis inicial del esquema de Toulmin), pero la prohibición se concreta «con respecto a un individuo determinado que entra en consideración para un acto concreto que es objeto de la norma» (67). El error de Binding estribó en el concepto de acción, mejor, *hecho* como «acción que cumple un deber como tal, o una acción que culpablemente lesiona un deber» (68). Lo que aquí falta es el *acercamiento de la norma a la realidad*, hueco que sólo puede ser llenado por una teoría final de la acción o injusto personal. Pese a distinguir Binding entre *antijuricidad* e ilícito («la antijuricidad es un elemento que se agrega a la acción y que consiste, por cierto, en la contradicción expresa entre acción y orden jurídico»; «lo ilícito, al contrario, es la acción antijurídica como un todo, es decir, el objeto junto con su predicado valorativo, o sea, la acción misma valorada y reputada antijurídica»), erró al estimar que no cabía un ilícito no culpable (69). La oposición entre objeto valorado y relación valorativa del objeto no fue suficientemente precisa por Binding que, sin embargo, acertó de lleno al establecer la relación de ambos planos (sujeto actuante y deber) en el ámbito de la culpabilidad.

(63) KAUFMANN, *Teoría de las normas*, págs. 135-259.

(64) KAUFMANN, *Teoría de las normas*, pág. 167.

(66) KAUFMANN, *Teoría de las normas*, pág. 173.

(67) KAUFMANN, *Teoría de las normas*, pág. 185.

(68) KAUFMANN, *Teoría de las normas*, pág. 190.

(69) KAUFMANN, *Teoría de las normas*, págs. 195-196.

A mi entender, el máximo grado de aproximación conseguido por la Dogmática penal moderna entre *orden normativo* y *comportamiento humano en sociedad* está en el «segundo camino» a que alude Binding de acceso al conocimiento de la norma («capacidad de conocer el deber») como presupuesto de *culpabilidad penal*: El segundo camino para la obtención de una conciencia actual de la norma, consiste en el conocimiento de la norma por el obligado *a través de sí mismo*, es decir, en la autodeducción de la norma, en la comprensión de sus fundamentos y del juicio de valor mediante el cual la norma se hace necesaria» (70). Welzel, en un pequeño trabajo que determinó el giro definitivo del tribunal supremo alemán hacia la teoría de la culpabilidad, demostró rotunda y convincentemente que incluso en el delito doloso, donde el conocimiento de la antijuricidad «debe existir, ello no depende de la conciencia actual, sino que la *actualización posible del conocimiento* en el momento del hecho» (71). Kaufmann ha precisado que no se trata de un conocimiento de la norma «sin ninguna conexión directa con la situación en que se genera el deber» (72): «en el momento del hecho».

Y es por este camino por donde se puede plantear en Derecho penal el problema a que aludíamos al principio de este trabajo: la fuerza de *validez de la norma*, «fundamental para la teoría de la culpabilidad en general, dado que un reproche de culpabilidad resulta impensable sin una norma "válida" y sin la capacidad de conocer esta "validez"» (73). De la doble vía de acceso al conocimiento de la antijuricidad elaborada por Binding: conocimiento directo y actualizado de la norma por un lado y autodeducción de la misma por otro, se pone de manifiesto la unilateralidad de las teorías acerca de la validez del Derecho que la hacen descansar bien en la voluntad del legislador (heteronomía) bien en la del individuo (autonomía) por ejemplo: Laun), irreductibles entre sí: «En lugar de la "ciencia del legislador" y de la razón del individuo como fuente del *conocimiento* se pone la voluntad del Estado y la voluntad individual como fuente de la validez del derecho. De esta manera, de las posibilidades objetivas de conocimiento, situadas unas al lado de las otras, se pasa a la oposición de heteronomía y autonomía como teorías de la validez, una oposición que no se resuelve mediante artificio alguno» (74). Y es precisamente a través de la *segunda vía*, ya acuñada, por donde penetra con toda claridad en Derecho penal la necesidad de su *fundamento normativo*: en cuanto conciencia por parte del individuo de que la comunidad tiene que estar necesariamente reglamentada por una *voluntad*

(70) KAUFMANN, *Teoría de las normas*, pág. 217.

(71) WELZEL, *Schuld und Bewusstsein der Rechtswidrigkeit*, en *Monatsschrift für deutsches Recht* (5), 1951, págs. 65 ss., pág. 66.

(72) KAUFMANN, *Teoría de las normas*, pág. 221.

(73) KAUFMANN, *Teoría de las normas*, pág. 223.

(74) KAUFMANN, *Teoría de las normas*, pág. 225.

común de los individuos que la componen, lo que hace que su admisión no se produzca coactivamente, sino a través de un «conocimiento libre» (75).

* * *

El momento actual del Derecho penal está marcado por su rechazo, por una tendencia a convertirlo en sociología criminal (76); lo que paradójicamente coincide con una voluntad de potenciar la pena con un criterio de prevención. A este estado de cosas subyace, en mi opinión, una gran confusión. El fundamento preventivo de la pena ya lo he criticado en otro lugar (77) al que me remito. Y el rechazo del Derecho penal como *totalidad*, que coincide con la renuncia a la *teoría de las normas*: la única norma que se reconoce es la norma penal (78), no soporta una crítica desde las más modernas ciencias del hombre, considerablemente desarrolladas en los últimos años.

Es erróneo, por ejemplo, suponer que el hombre prescinde de llevar a cabo una conducta delictiva por ser ésta *punible* (pretendida función de motivación del Derecho penal) (79), como si única-

(75) KAUFMANN, *Teoría de las normas*, pág. 225.

(76) Cfr. mi *Definición de "criminalidad"*, "II. El origen de la polémica sobre la relación Criminología-Derecho penal: Feuerbach. El positivismo italiano (Lombroso, Ferri y Garófalo). v. Liszt. Su herencia". "IV. La Criminología como crítica del Derecho penal. Su pretensión de universalidad. La imposibilidad de cooperación entre ambos. Anticrítica".

(77) Cfr. mi *Definición de "criminalidad"*, V. Justificación del Derecho penal"; y *La "ideología" de los fines de la pena*.

(78) Así, Santiago MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho penal*, Barcelona, 1976, págs. 32-36. A mi manera de ver, existe una conexión interna entre el rechazo de la *teoría de las normas* y la función de prevención como fundamento de la pena sustentada por un amplio sector de la doctrina penal actual (pretendidamente orientada por criterios de política criminal). Cfr. la nota 79.

(79) La teoría de la *motivación*, de cierto arraigo en la doctrina penal española (Gimbernat Ordeig, Muñoz Conde, Mir Puig), es una interpretación psicoanalítica de la pena y, en consecuencia, una teoría de la *prevención general*. Como teoría *psicoanalítica*, adolece de los defectos de unilateralidad e insuficiente constatación empírica común a todas las tesis psicoanalíticas sobre la criminalidad (véase mi *Definición de "criminalidad"*, "III. A la búsqueda de un concepto criminológico de delito. La Criminología como ciencia interdisciplinaria. La llamada Criminología "moderna"). Como teoría de la prevención general emparentada con la primera interpretación propuesta por Feuerbach, por su mayor proximidad al efecto de intimidación de delincuente potencial que al de fortalecimiento de la confianza del ciudadano no delincuente en la preservación del ordenamiento jurídico, es insuficiente para una política criminal, hoy perentoria, no encaminada tanto a hacer desaparecer el delito como a crear cohesión social mediante una participación de la sociedad en los valores mínimamente necesarios para su mantenimiento. *Para esa finalidad, el Derecho penal no puede renunciar a una teoría de las normas* (Cfr. mi *"Ideología" de los fines de la pena*). Véanse: Enrique GIMBERNAT ORDEIG, *¿Tiene un futuro la Dogmática jurídico-penal?*, en *Problemas actuales de Derecho penal y procesal*, Salamanca, 1971, páginas 87-109, pág. 95; Francisco MUÑOZ CONDE, *Introducción al Derecho penal*, Barcelona, 1975, págs. 50-52; MIR PUIG, *Bases del Derecho penal*,

mente fuese la pena el mecanismo inhibitor del hombre a actuar de contrariedad a Derecho. C. H. von Wricht ha puesto muy claramente de relieve cómo «las reglas secundarias (la norma sancionadora es una norma secundaria) no juegan un papel característico o importante en la *explicación* de la conducta. Ello es debido a que *no son mecanismos para inducir a la gente a hacer cosas*» (80).

Entonces, si no es la pena lo que motiva a los hombres a no infringir la ley: ¿Qué es lo que realmente motiva a ello? O dicho de otra manera: ¿Cómo puede desempeñar el Derecho penal su función de cohesión social sino a través de la teoría de las normas que *necesariamente* ha de subyacerle? El hombre actúa conforme a normas, y desde pequeño orienta su comportamiento de esa manera. Ciertamente que el padre acompaña sus enseñanzas de premios y castigos, pero con ello sólo pretende reforzar la bondad o no de la norma que el niño *ya ha asimilado*, como corrobora la psicología genética (81). Esa es la forma de estar del hombre en el mundo, y a través de la misma toma contacto con la realidad, transformándola mediante el lenguaje: «El lenguaje (en nuestro caso normativo) es el vehículo por el que el hombre trasmite el resultado de sus experiencias de instalación en la naturaleza y en la sociedad». «Las ideas reguladoras manifiestan el intento de situar en un horizonte fijo y controlable (la verdad o la justicia, por ejemplo) la plasticidad y ambigüedad con que se presenta la vida humana» (82).

págs. 106-107. Yo mismo, con los autores citados, he incidido en el defecto de basar el fundamento de punición de los actos preparatorios de la participación, en cierto sentido, desde el punto de vista de la pena y no desde la ruptura de la cohesión social (*La conspiración para cometer el delito. Los actos preparatorios de la participación*, Barcelona, 1978, páginas 11-25, "Introducción": "Lo que se trata de impedir con la punición de la conspiración es el peligro que supone que varias personas se crean colocadas por encima del Ordenamiento jurídico, es decir, piensen que éste no les puede alcanzar con su sistema de sanciones", pág. 17). La formulación del fundamento, más correctamente, rezaría así: "Lo que se trata de impedir es que varias personas se sugestionen mutuamente de que la Norma, cuya validez general aceptan, en esa *concreta* situación de necesidad, de escasa importancia o de poca trascendencia social, etcétera, puede ser infringida por ellos".

(80) Georg Henrik von WRAGHT, *Explicación y comprensión*, Madrid, 1979, pág. 179.

(81) El régimen político *totalitario*, al igual que el padre *autoritario*, antes de reprimir con sanciones, la primera tarea que se impone, y de cuyo éxito depende su mantenimiento en el tiempo, es la de indocinar a sus súbditos introyectando los esquemas valorativos en base a los cuales quiere manipularlos. Frente a esta primera y principal misión, la segunda de represión de las minorías que se resisten pasa a un segundo plano. Al contrario, una educación familiar y política *emanipatoria* no puede basarse sólo en un *dejar hacer* sin intervención, sino en tratar de introyectar en el niño y en el ciudadano esquemas valorativos como el de autonomía de la personalidad o tolerancia hacia los que piensan de otra manera. Cfr. HABERMAS, *Stichworte zu einer Theorie der Sozialisation*, en: *Kultur und Kritik*, Frankfurt, 1973, págs. 118-194, y la literatura allí citada.

(82) Emilio LLEDO, *Lenguaje e historia*, Barcelona, 1978, pág. 11.

Los «Códigos» pre-hamurábicos

Dr. ISRAEL DRAPKIN S.

Profesor Emérito de Criminología de la Universidad Hebrea de Jerusalén

SUMARIO: Introducción.—Prehistoria y Criminalidad.—Protohistoria y venganza.—Sumeria: Cuna de la Civilización Occidental.—Los más antiguos «códigos» sumerios: Las leyes de Ur-Engur y de Urukagina.—El «código» de Ur-Nammu.—El «código» de Lipit-Ishtar.—Las Leyes de Eshnuna.—Conclusiones.

INTRODUCCION

Entre las numerosas crisis del mundo contemporáneo, que van llevando nuestra civilización hacia un futuro desconocido, existe también una en el campo de las ciencias penales. En efecto, a pesar de todos nuestros esfuerzos y de la inmensa cantidad de dinero que se ha invertido en la investigación científica de tipo penal y criminológico, el único resultado práctico, pero paradójico es la siempre creciente tasa de criminalidad, especialmente la del tipo violento, por doquier en el mundo. A despecho que, de los dientes para afuera, subrayamos enfáticamente la necesidad de avanzar por el camino interdisciplinario en materia de investigación y de conocimiento, la verdad es que estamos plagados de especialidades beligerantes de todo tipo, cada una de ellas excesivamente orgullosa de su propia insuficiencia y de sus especulaciones estériles que no conducen a meta alguna. No se vislumbra todavía la tan necesaria coordinación y cooperación entre todas ellas. Por eso necesitamos hoy, tal vez con más urgencia que nunca, reexaminar una vez más las impresiones y consideraciones, las convicciones o suposiciones sostenidas por hombres de distintas épocas y culturas, en materia de crimen y castigo, durante los cinco mil años de nuestra dolorosa evolución histórica. Alejandro Lacassagne, hace ya casi un siglo, decía que «estudiar a los criminales de nuestra época es útil y necesario, pero, ¿es suficiente para comprender bien lo que es el crimen? Tenemos que preocuparnos de la arqueología y de la historia criminológicas, conocer las costumbres judiciales, los procedimientos y las penalidades de los siglos precedentes» (1). Por su parte,

(1) ALEXANDRE LACASSAGNE, *Programme d'études nouvelles en Anthropologie Criminelle*, en «Archives d'Anthropologie Criminelle», 1891, págs. 565-568 (Traducción libre del autor) (T. L. A.).

Clarence Ray Jeffery, en 1957, sostenía que «los sociólogos en general y los criminólogos en particular han sido negligentes en abordar el desarrollo histórico de las ideas y teorías de antaño» (2).

Como símbolo válido de la falta de una relación interdisciplinaria se puede mencionar el divorcio existente entre la arqueología y la etnografía, por una parte, y el Derecho penal y la criminología, por la otra. A pesar que la arqueología puso a nuestra disposición el así llamado «código» de Hamurabi (3), no existe en la práctica diaria ningún contacto académico entre estas respectivas especialidades, como será fácil comprobarlo a continuación.

PREHISTORIA Y CRIMINALIDAD

Debido al fratricidio primordial de Abel por Caín (4), se ha repetido con frecuencia que el crimen es tan antiguo como la Humanidad misma. Si literariamente esta frase puede no merecer objeción alguna, la tiene desde el punto de vista del Derecho penal. En efecto, «crimen» es una compleja noción jurídica, criminológica y sociológica que se desarrollará muy posteriormente, razón por la cual no puede ser aplicada a ningún tipo de conducta humana en tiempos prehistóricos (5). Los eruditos en esta materia ni mencionan siquiera esta posibilidad. La única excepción es, tal vez, la de Raymond A. Dart (6), quien, en el capítulo noveno de su libro se refiere a la antigüedad del «asesinato». Una posición mucho más cuidadosa es la tomada por el prehistoriador chino Wu Rukang al afirmar que «entre dos y seis mil años atrás, los hombres se "mataban" entre sí» (7). No cabe duda que los hombres primitivos se conducían de acuerdo con las condiciones y las prácticas

(2) CLARENCE RAY JEFFERY, *The Historical Development of Criminology*, en el libro «Pioneers in Criminology», editado por Hermann Mannheim. Londres: Stevens, 1960 (T. L. A.).

(3) La mejor copia conocida del «código» de Hamurabi está grabada en una estela de diorita negra, de 2.25 mts. de altura, descubierta en la acrópolis de Susa —la capital Elamita, situada a unos 250 kilómetros al norte del puerto petrolero de Abadán, en Irán— por la Expedición Arqueológica Francesa, encabezada por J. de Morgan, durante los meses de diciembre de 1901 y enero de 1902. La estela fue traída al Museo del Louvre, en París, donde se encuentra actualmente. Está bien conservada excepto en su parte inferior, donde hay unas siete columnas muy deterioradas, con lo cual se perdieron unas 35 a 40 cláusulas del texto legal. Es el único «código» primitivo que ha sobrevivido en la piedra original en que fue publicado». La autenticidad del texto es incuestionable.

(4) Génesis 4:1,25.

(5) La prehistoria se ocupa del estudio de la evolución del hombre, desde los puntos de vista biológico y cultural, con anterioridad a la existencia de documentos escritos. Aquí casi todo es supuesto, por cuanto no existe documentación alguna disponible excepto algunos restos arqueológicos y algunas técnicas para determinar la fecha aproximada de los mismos.

(6) RAYMOND A. DART y DENNIS CRAIG: *Adventures with the Missing Link*, New York: Harper and Brothers, 1959 (T. L. A.).

(7) «The Jerusalem Post», 6 de abril de 1980 (T. L. A.).

existentes en aquellos tiempos, cuando «matar» era un elemento importante para la supervivencia de cada cual, pero esta conducta carecía de todas las implicaciones de la expresión «crimen», de la cual el «asesinato» es tan sólo una de sus muchas formas.

Siglos después, cuando los hombres comenzaron a vivir en comunidades más grandes, empiezan a aparecer las primeras limitaciones o prohibiciones de la conducta individual, impuestas por los jefes civiles o religiosos, con el objeto de hacer frente a las necesidades sociales y de seguridad de todo el grupo social. Estas medidas restrictivas pudieron haber sido similares a lo que, posteriormente, los polinésicos entendieron por «tabú», es decir, algo prohibido debido a las necesidades o las costumbres imperantes en el grupo o por tener algún significado mágico o religioso. La noción de «crimen» es muy ulterior.

PROTOHISTORIA Y VENGANZA

La protohistoria es el estudio evolutivo del hombre en los tiempos que anteceden inmediatamente a la historia documentada (8). En ausencia de instrumentos escritos, nuestro conocimiento sólo puede basarse en tradiciones, mitos o leyendas transmitidas oralmente de una generación a otra. A pesar de las conocidas inexactitudes y de las debilidades intrínsecas de este sistema, la verdad es que no tenemos ningún otro medio a nuestra disposición para tratar de concebir las características básicas de nuestro pasado protohistórico. Sin embargo, es legítimo suponer que los primeros «códigos» escritos reflejaron las normas penales imperantes en las agrupaciones humanas de aquella época.

En la actualidad existe un consenso general para admitir que la más antigua forma de castigo fue la *venganza privada*. Los daños o lesiones recibidos eran considerados como asuntos personales y la comunidad a la que pertenecía la víctima no intervenía en forma alguna. Con el objeto de proteger su seguridad personal o su propiedad, así como también para prevenir futuras agresiones, cada individuo tenía que abordar personalmente esta clase de problemas y darles la solución que estimare más adecuada. Nadie discutía el derecho del ofendido para proceder con su venganza en la forma que quisiera, la cual, por lo general, era cruel y sangrienta. Incluso el pariente más cercano sólo intervenía en los casos en que la víctima no sobrevivía a las lesiones recibidas. Conociendo la naturaleza humana es fácil deducir que la venganza fue siempre mayor al daño causado (9). En esta forma se creía obtener la adecuada retribución y restablecer el alterado equilibrio en las relaciones entre el ofensor y su víctima. Matar al agresor era considerada como la mejor manera de «intimidar» a

(8) GORDON CHILDE, *De la Préhistoire à l'Histoire*. Traducción del inglés por André Mansat y Jean Barthalan. París: Gallimard, 1961 (T. L. A.).

(9) La venganza privada existe todavía en la actualidad en algunas comunidades primitivas sin contacto con el mundo civilizado.

terceros en contra de futuros daños o pérdidas. Con el consentimiento de su comunidad su «administración de justicia» era personal. El injuriado no sólo era la víctima, sino que actuaba también como fiscal, juez y verdugo. Los roles se alteraban cuando el ofensor, transformado ahora en víctima de la venganza de la víctima original, reaccionaba a su vez en contra de quien ejerció en su contra el «derecho» a la venganza. Por cierto, que la venganza, en sus diversas formas, jamás fue concebida por un legislador o considerada como una institución jurídica. Desde tiempos inmemoriales existía y existe en la naturaleza del hombre, como elemento inconsciente de su estructura psíquica.

La venganza privada tuvo siempre, entre muchas otras fallas, dos defectos capitales. Por una parte, creaba una reacción en cadena que fluctuaba entre ambos extremos del binomio agresor-víctima, reacción que podía durar una eternidad. Por la otra, la venganza era siempre más grave y con consecuencias cada vez más serias, tanto para el agresor como para la víctima y sus respectivos grupos sociales, sea la familia, el clan o la tribu. Los permanentes perdedores en este trágico movimiento pendular entre ofensor y víctima y viceversa, eran las comunidades a las que ambos pertenecían. Estas no sólo perdían una cantidad de sus miembros integrantes, sino que también sufrían la destrucción o la entrega de herramientas de trabajo, armas, artículos para cazar y pescar, así como toda clase de bienes disponibles. Ellas no podían tolerar por mucho tiempo pérdidas tan graves, razón por la cual, lenta pero seguramente, comenzaron a imponer medidas restrictivas para evitar los excesos de la venganza privada. Si bien en forma un tanto confusa y desordenada en un comienzo, lograron su propósito posteriormente.

Comenzaron con la llamada *venganza de sangre*. El nombre no implica que el hombre primitivo siguió con sus reacciones sangrientas. Alude tan sólo a las relaciones de consanguinidad familiar que une a un grupo de personas. El cambio fundamental introducido se refiere a determinar quién tiene la responsabilidad de castigar al ofensor. Esta ya no radica en las manos de la víctima, sino que se transfiere a la familia, clan o tribu, según el caso. Las características básicas de la venganza privada están aún en vigor y la reacción punitiva sigue siendo de tipo vindicativo, pero ahora son los familiares de la víctima quienes están a cargo de su administración. La injuria a un miembro del grupo se considera como afectando a todo el grupo y el castigo puede ser aplicado a cualquier integrante del clan a que pertenece el agresor. En otros términos, la venganza se ejerce ahora por un grupo en contra de otro, con lo cual se logró tan sólo aumentar el conflicto pendular entre ambas comunidades. En efecto, desde esta época datan los conflictos entre familias, clanes o tribus, tan magistralmente descritos por William Shakespeare en su obra «Romeo y Julieta». También podemos encontrar en este tipo de venganza el origen de las guerras entre los pueblos, que siempre han empapado de sangre humana las páginas de la Historia universal. La venganza de sangre no

sólo deprimía la economía y la paz de las primitivas comunidades humanas, sino que tampoco facilitaba la creación de un sistema legal organizado, como fue concebido posteriormente. Por lo mismo, tuvo que ser prontamente modificada.

La nueva fórmula fue la *venganza divina*, que aflora cuando magia y religión llegan a constituirse en efectivos poderes socio-políticos. Este cambio fue posible gracias al miedo irracional o a la devoción reverencial que el hombre primitivo tiene por las divinidades, las fuerzas supernaturales y entidades similares. Todo acto que afecte al bienestar de las comunidades o de sus miembros integrante, es considerado como una afrenta o transgresión a las deidades del grupo, las cuales podían expresar su enojo en forma de plagas, terremotos o catástrofes similares. El castigo del ofensor se presumía capaz de calmar la furia de los dioses, siempre que hubiera una proporción adecuada entre la injuria y su castigo. Es aquí donde es posible encontrar el origen remoto de la retribución taliónica.

El malhechor no sólo tiene que pagar su deuda con el grupo o la comunidad injuriada, sino que también debe arreglar sus cuentas con los dioses. Este tipo de venganza supersticiosa fue administrada por el clero de cada lugar y puede ser considerado como la génesis de la demonología y de la brujería, que tanta importancia adquirirían durante la Edad Media. Muchas de las legislaciones primitivas regularon después los detalles del monto de la compensación pecuniaria o de la crueldad de la venganza. Es también en esta época cuando las nociones de «crimen» y «pecado» comienzan a esbozarse y a confundirse una con otra, por cuanto ambas reflejan falta de respeto o desafío a la divinidad.

Finalmente, se llega a una nueva etapa, la *venganza estatal*, que se desarrolla conjuntamente con las primeras estructuras políticas de las primitivas comunidades humanas. Conductas anti-personales o anti-sociales no sólo ofenden a los dioses de la comunidad, sino que afectan fundamentalmente a la estabilidad política y al bienestar de todo el grupo. Es el Estado y no el templo quien asume ahora el monopolio de castigar a los infractores. En el hecho, esto representa la fuente original de lo que entendemos por «justicia», por cuanto la víctima ya no tiene el derecho de proceder con su venganza como le venga en gana, sino que ahora tiene que solicitar de las autoridades establecidas la reparación de lo que él estima como el daño sufrido.

SUMERIA: CUNA DE LA CIVILIZACION OCCIDENTAL

Desde principios del siglo XIX, una cantidad de exploradores, más aventureros que científicos, con más imaginación que pragmatismo, comenzaron a excavar los grises montículos arenosos existentes en diversas partes de nuestro planeta. Este fue el comienzo de la arqueología. Cada uno de los fragmentos desenterrados de aquellas colinas artifi-

ciales era una contribución directa a la reconstrucción del rompecabezas de nuestra primitiva historia, la cual, de lo contrario, seguiría perdida en la noche de los tiempos. Sin documentos escritos, estos pequeños objetos nada expresan excepto el hecho que estuvieron en uso. El resto son conjeturas y especulaciones de lo que pudo ser verdadero o posible.

Gracias a la arqueología sabemos que el Cercano Oriente fue el centro indudable del mundo primitivo. Hace unos 30.000 años ya había *nómadas* vagando, cazando y pescando en lugares que hoy conocemos como Irán, Irak, Siria, Anatolia, etc. Lenta, pero progresivamente, comenzaron a trabajar la piedra y el pedernal con sus manos, obteniendo así sus primeras herramientas, armas y otros artefactos. Luego aprendieron a utilizar los granos de trigo salvaje, a distinguir las raíces comestibles, a domesticar algunos animales y a acumular el fruto de su trabajo, una especie de capitalización de los esfuerzos realizados previamente. Estas fueron las condiciones indispensables que permitieron al hombre primitivo abandonar su nomadismo y comenzar una vida sedentaria en *pequeños caseríos* en algunos de los valles de la región. Una vez establecido, el natural ingenio del hombre le permitió un desarrollo acelerado, con la posibilidad de vivir en *colonias o aldeas* más grandes, luego en modestas y pequeñas *ciudades*, para llegar después a las jactanciosas *ciudades-estado* y, por último, a los grandiosos *imperios* de aquella época.

Esta evolución, relativamente rápida, exigía, entre muchas otras condiciones, un cambio drástico en las modalidades de trabajo. Ni la aldea ni la ciudad podían seguir prosperando si todos sus habitantes se dedicaran a un solo tipo de trabajo, sea la pesca o la caza, como sucedía antaño. Era indispensable ahora una mayor diversificación de funciones y de labores más especializadas. Fue también necesario resolver los nuevos problemas políticos y sociales que se fueron presentando a medida que la comunidad humana se iba haciendo más compleja.

Durante el quinto milenio a. C., grupos de *halafianos* (10) comenzaron a trasladarse hacia el Sur, seguramente en busca de mejores condiciones de vida. Eventualmente llegaron al sur de Mesopotamia (11), donde encontraron a los ya establecidos *ubaidianos* (12), los

(10) El nombre deriva de Tell Halaf, en el nor-este de Siria actual, donde se encontraron sus restos arqueológicos: «Tell», en árabe, designa los montículos arenosos que tal vez sean monumentos arqueológicos.

(11) Mesopotamia significa, literalmente, la «tierra entre los ríos». Es una larga planicie extendida entre los ríos Tigris y Eufrates y que abarca desde la contemporánea ciudad de Bagdad hasta el golfo Pérsico. El atractivo de esta región consistía en el hecho que, a lo largo de ambos ríos, existían una especie de malecones naturales, ricos en sedimentos aluviales, que se fueron formando espontáneamente a través de los siglos, debido a las frecuentes inundaciones de los ríos. Lugar ideal para la incipiente agricultura. Los pantanos cerca de los ríos, cubiertos de juncos y cañas, eran ricos en pescados y aves, alimento para los hombres y forraje para los rebaños de ovejunos y cabríos.

primitivos habitantes de la región. Estos últimos, con el correr del tiempo, habían prosperado y crecido a tal grado que ya tenían sus templos y sus casas construidos con ladrillos de barro, por cuanto la piedra era relativamente escasa por aquellos lados. Hacia fines del mismo milenio estas primigenias comunidades constituían ya una fuerza civilizadora en una amplia región del Cercano Oriente. Fue en esa época cuando hordas de *nómadas semitas* (13) comenzaron a infiltrar las comunidades ya establecidas, tanto como conquistadores en busca de botín, pero también como inmigrantes pacíficos interesados tan sólo en mejorar su suerte. La mezcla de estos tres pueblos y de sus respectivos tipos de cultura produjo una era de mayor productividad y desarrollo, lo que sirvió de fundamento a la primera verdadera civilización humana, la de los *sumerios* (14).

Los sumerios llegaron al sur de Mesopotamia alrededor de 3.500 años a. C., probablemente de Asia Central. Con los pueblos ya establecidos en esa región lograron una íntima fusión étnica y cultural, la cual ejercería una profunda influencia en el futuro curso de la Humanidad. Durante los siglos siguientes hicieron impresionantes progresos en riqueza material y poder político. Establecieron las primeras ciudades conocidas en el mundo de entonces y alcanzaron increíbles proezas en las artes y la arquitectura, en su organización social y política, en su pensamiento religioso y político y, debido a la invención de la escritura (15), en materia de educación y comunicaciones. La ciudad sumeria tenía dos factores amalgamantes y centrípetos. Por una parte, la lealtad individual pasó del pequeño núcleo familiar (16) o del clan de la aldea, a la tribu, que era el grupo social más grande de la ciudad. Por otra parte, el templo —donde los ciudadanos rendían tributo a sus divinidades locales, consideradas como sus protectores, no sólo estimulaba en ellos un sentimiento de comunión, sino que también el orgullo y el patriotismo de toda la población (17). Como lu-

(12) El nombre deriva de Tell al-Ubaid, cerca de las ruinas de Ur, en el sur de Mesopotamia.

(13) Algunos de ellos provenientes del desierto sirio y otros de la península arábiga.

(14) Sumeria abarcaba toda la región al sur del río Diyala, tributario del Tigris, cerca de la moderna ciudad de Bagdad, donde el Tigris y el Eufrates están más cerca uno de otro, y se extendía hacia el sur hasta el Golfo Pérsico. Tenía una superficie de alrededor de 20.000 Km².

(15) Alrededor de 3.100 años a. C.

(16) La familia era la unidad social más pequeña, pero tenía el rol más importante en la estructura socio-política de cada ciudad-Estado. Si bien se admitía la poligamia, el matrimonio era más bien monogámico: tan sólo una mujer podía tener el título y las prerrogativas de esposa. Por lo general era el padre quien elegía la mujer para su hijo y pagaba el «terhatum», la dote, es decir, la suma exigida por el padre de la novia, a manera de compensación por la pérdida de su hija. Después de haberse pagado la dote y cumplidas las demás formalidades, se preparaba y se firmaba el contrato matrimonial, condición indispensable para la validez del matrimonio.

(17) Los templos llegaron a ser, con el tiempo, elaboradas estructuras como los «ziggurat», el más famoso de los cuales fue la Torre de Babel, mencionada en la Biblia.

gares sagrados de la comunidad, los templos tuvieron pronto la necesidad de establecer un clero especializado que pudiera dirigir los ritos y ceremonias de rigor y presidir la celebración de los festivales sacros. El templo y sus sacerdotes llegaron a constituir el centro intelectual de cada ciudad-estado, por lo que no debe sorprender que fue en ellos donde se inventó y desarrolló la escritura.

Con la prosperidad general que gozaron en un comienzo los sumerios, el número y el tamaño de las granjas particulares fue aumentando, razón por la cual la irrigación llegó a ser una necesidad comunitaria indispensable. No sólo fue necesario ir construyendo canales y estanques, mantenerlos limpios y repararlos constantemente, sino que también hubo que distribuir los derechos de agua, marcar y controlar las líneas divisorias entre las granjas y, por cierto, solucionar los frecuentes argumentos y disputas entre vecinos, que se iban haciendo cada vez más ásperas y agresivas. Esta situación creó la necesidad de establecer un *sistema legal*, así como una siempre creciente administración secular, que se transformó, poco a poco, en una gran *burocracia*, con las mismas ventajas e inconvenientes conocidas en la actualidad. Siendo ilimitada la ambición de los hombres, cada uno de los sumerios quiso poseer tanto terreno irrigado como le fuera posible. El uso de la fuerza y de la violencia se hizo cada vez más frecuente, con desastrosas consecuencias para el perdedor. He aquí los orígenes de la apatencia de riqueza, de la rivalidad por el prestigio del individuo y de su clan familiar y de la lucha por el poder político. Las más agresivas de las ciudades primitivas recurrieron a la guerra para el logro de sus ambiciosos objetivos. Para ello tuvieron que elegir, entre sus ciudadanos más capaces, aquél que les dirigiera en sus empresas bélicas. Este fue el comienzo de la *monarquía* y de la *ciudad-estado*, la nueva entidad política de la época.

Inicialmente, el elegido «*lugal*» (18) disponía de una autoridad limitada y temporal. Terminada la guerra, abandonaba sus poderes y volvía a su vida privada como cualquier otro ciudadano. Pero con la frecuencia cada vez mayor de estos conflictos armados, el rol del «*lugal*» se hizo permanente, dinástico y despótico. Esto sucedía alrededor del año 3000 a. C. Desde entonces la historia de Sumeria, como también la de los demás pueblos de Mesopotamia, no es más que un permanente estado de guerra. Cada uno de los dirigentes de las diversas ciudades-estado (19) luchaba para llegar a ser el monarca de toda Sumeria y establecer su propia dinastía. Algunos de ellos lograron sus propósitos e instauraron los primeros *imperios* de la historia humana. Otras veces la suerte no les acompañaba y partes importantes o, a veces, toda Sumeria, tenía que doblegarse ante un invasor local o extranjero. ¡Así se escribe la historia! Primero se sometieron a *Sargón*

(18) «Hombre Grande», es decir, «Rey» en el idioma sumerio.

(19) Entre la gran cantidad de ciudades-estado superias, las más importantes fueron las de Uruk, Eridu, Larsa, Erech, Lagash, Girsu, Umma, Shuruppak, Ur, Isin, Abad, Nippur y Kish.

el Grande (20), rey de los *Acadios* (21) y luego ante los conquistadores bárbaros de fuera de Mesopotamia, como los *Elamitas* (22) y los *Gutios* (23). Aun cuando los sumerios fueron capaces, después de la caída de los Acadios, de liberarse del yugo extranjero y florecer nuevamente durante unos tres o cuatro siglos, la verdad es que estas continuas y extenuantes aventuras militares fueron el factor decisivo para la final desintegración de Sumeria, a manos del rey *Hamurabi* (24) de Babilonia (25), a principios del siglo XVIII a. C.

(20) Nacido alrededor del año 2350, murió en 2295 a. C. Fundó la dinastía Acádica, la primera capaz de unir a todas las ciudades-estado sumerias con las del norte de Mesopotamia. Cuando conquistó Sumeria, el nuevo reino fue conocido como el de «Sumeria y Acadia», nombre usado después por algunos de los monarcas sumerios. Los acadios alcanzaron su máximo desarrollo durante su reinado y, a su muerte, su imperio se desintegró rápidamente, alrededor del año 2200 a. C., cuando los Gutios arrasaron Agade, su capital. Agade fue considerada la ciudad más espléndida de aquel tiempo y su destrucción fue realizada con tal «perfección» que, hasta hoy, no ha sido posible ubicar sus restos arqueológicos. Hasta se ignora cuál fue su ubicación precisa.

(21) Algunos de los nómadas semitas que vinieron del desierto sirio o de la península arábiga y conocidos como los «Amurru» o «Amoritas» —es decir, hombres de occidente— infiltraron las establecidas comunidades de Halafianos-Ubaidianos hacia fines del quinto milenio a. C. Prosperaron rápidamente y, hacia comienzos del tercer milenio a. C. ya constituían buena parte de las poblaciones ubicadas en la parte norte de la Mesopotamia austral. Fue entonces cuando comenzaron a efectuar ataques esporádicos, siempre con mayor frecuencia, hasta lograr la caída de las más antiguas y florecientes ciudades-estados sumerias. Posteriormente fueron conocidos como Acadios, nombre tal vez derivado de la expresión bíblica «Akkad» (Génesis 10:10) o del nombre de Agade, su capital. En la actualidad se designan con ese nombre a todos los pueblos semitas de Mesopotamia. Acadio fue también el nombre de la lengua semita, que llegó a ser de uso común en toda Mesopotamia, desde los tiempos de Sargón el Grande en adelante. También se usa el nombre «acádico» para designar el período de la historia de Mesopotamia dominado por Sargón y los otros monarcas de su dinastía.

(22) Antiguo pueblo bárbaro cuyo ataque vino del este, de lo que hoy es Irán.

(23) Otro pueblo primitivo, constituido por bárbaros feroces, que cayeron sobre el nor-este de Mesopotamia, viniendo de los montes Zagros, al suroeste de Irán contemporáneo.

(24) Alrededor del año 1790 a. C., Hamurabi, monarca semítico de Babilonia —el sexto de una dinastía amorita establecida por el rey *Sumuabum*— llegó a dominar un enorme reino que se extendía desde el río Khabur hasta el Golfo Pérsico, después de vencer a las ciudades-estado de Larsa (que dominaba las ciudades del sur); el reino de Elam (en los montes Zagros, al nor-este); la ciudad de Mari (al nor-oeste, en Siria contemporánea); y Eshnuna, una ciudad-estado ubicada a unos 80 kilómetros al norte de Babilonia. Después de la conquista y saqueo de Eshnuna, Hamurabi logró también un control nominal sobre Asiria, cuya capital Asur (de donde Asiria derivaba su nombre), estaba ubicada como a 300 kilómetros al nor-oeste de la ciudad de Babilonia, sobre los bancos del Tigris. Hamurabi dedicó los últimos años de su largo reinado a la preparación de su famoso «código».

(25) El nombre del reino de Babilonia deriva del nombre de su capital, que los griegos llamaban Babilonia. Fue un estado semita establecido sobre fundaciones sumerias. Con Hamurabi, la tendencia de centralizar todos los poderes en manos del rey logró su máximo desarrollo. Estableció un perfecto sistema de gobernadores y de altos funcionarios, a través de los cuales

LOS MAS ANTIGUOS «CODIGOS» SUMERIOS: LAS LEYES DE UR-ENGUR Y DE URUKAGINA

La falta de interés de penalistas y criminólogos por los descubrimientos arqueológicos es la razón fundamental para que unos y otros persistan en su errada convicción que el «código» de Hamurabi es el más antiguo de los conocidos en la actualidad. No sólo que esto es ya un error hoy día, sino que será una inexactitud cada vez mayor con el correr del tiempo. En efecto, con los nuevos descubrimientos arqueológicos —y la arqueología es una de las disciplinas científicas más activas y más populares en esta época...— mucha de la información aquí mencionada tendrá que irse modificando y adaptando a los nuevos conocimientos que afloran cada día con increíble velocidad. El ejemplo más dramático que se podría mencionar a este respecto, es el descubrimiento, recién en 1968, de las ruinas de *Ebla* (26), un espléndido e ignorado imperio, aparentemente destruido en el siglo XXIII a. C., es decir, unos cinco siglos antes de Hamurabi. En las ruinas de Ebla se han encontrado miles de tabletas de greda con infinidad de inscripciones que se están descifrando en la actualidad. Los resultados finales de esta inmensa tarea arqueológica, todavía desconocidos, seguramente cambiarán en gran medida nuestros conocimientos actuales sobre todo el Cercano Oriente, durante el tercer milenio a. C. Por eso será necesario considerar las afirmaciones que se hacen en este trabajo con beneficio de inventario, en el sentido de que ellas se refieren a la situación existente hasta fines de la sexta década de este siglo, sin incluir los resultados de descubrimientos posteriores.

Antes de la aparición de la escritura, la «tradición oral» o la «literatura oral», proveniente de tiempos anteriores, pasaba de una generación a otra incluyendo las «contribuciones» de muchos voluntarios, por lo que sufría continuos cambios en su texto original. Como todo mensaje oral, era por lo general indigno de confianza, de ahí que una de las mayores contribuciones de los sumerios a nuestra civilización fue su lógico sistema de escritura.

Los documentos sumerios datan seguramente de los comienzos de la escritura. Gracias al trabajo impresionante de los «*dubsar*», escriba en sumerio, disponemos hoy de miles de pequeñas tabletas de greda

todo el poder quedó centralizado en sus manos, con un control absoluto sobre la vida pública de su reino. Uno de los primeros autócratas en la historia de la Humanidad, llegó a ejercer la autoridad suprema e indisputada en toda clase de asuntos, tanto seculares como religiosos.

(26) Una primera información sobre Ebla aparece en *The National Geographic*, vol. 54, núm. 6, diciembre de 1978, págs. 730-759. Desde 1963 la Misión Arqueológica Italiana en Siria, dirigida por el Dr. Paolo Matthiae, está trabajando en Tell Mardikh, en Siria nor-occidental. Su trabajo no terminará antes de buen número de años más.

por toda Mesopotamia. Buen número de ellas están escritas en estilo pictográfico, el precursor de la escritura cuneiforme, que ya estaba en uso hace un poco más de cinco mil años.

Poco después que apareció la escritura, casi todos los textos legales eran preparados por los «dubsar», quienes copiaban «códigos» ya existentes o inscribían las nuevas disposiciones legales. No cabe duda alguna que estos textos eran «corregidos» y ampliados por posteriores legisladores o escribas. Pero son estos textos los que constituyen la base indispensable para estudiar la evolución del Derecho penal, sobre todo desde la época en que hubo escribas especializados en inscribir las disposiciones legales establecidas por las autoridades competentes. Ciertamente es que no siempre se puede distinguir con precisión si alguna tableta refleja decisiones tomadas por el monarca, por algún magistrado o por la simple iniciativa de un «dubsar», pero no cabe duda que algunas de estas disposiciones eran lo suficientemente importantes como para merecer ser incorporadas en un «código».

La mayoría de los «códigos» sumerios son copias más o menos extensas de textos ya existentes. Por ejemplo, las frases finales del epílogo del «código» de Hamurabi son copia, directa o indirecta, de las del «código» de Lipit-Ishtar, de unos 150 años antes. Vale la pena agregar que estos «códigos» no reflejan una mezcla o confusión entre normas legales y religiosas. Cuando aparece alguna referencia religiosa en alguno de sus textos, ello puede estar relacionado al interés personal del monarca o del escriba que participaron en su elaboración.

Aceptando, pues, que la ley escrita desempeñaba ya un papel importante en las ciudades-estado de Sumeria, falta saber a qué se debía esta característica. La pasión por la ley y la justicia no sólo estaba basada en elevados ideales ciudadanos, sino que principalmente en el temperamento egocéntrico y de competencia de los sumerios, quienes apreciaban superlativamente poseer tanta propiedad privada como sólo les fuera posible (27). Ya en el año 2500 a. C. los sumerios comenzaron a inscribir sus transacciones. Estos son los documentos legales más antiguos que se conocen en la actualidad.

En materia de ética y moral públicas, era la responsabilidad del monarca —como aparece establecida en el prólogo de los primeros «códigos»— promover y preservar la ley y la justicia en su reino. El debía evitar que el modesto ciudadano sufriera a manos de burócratas despóticos o corruptos. Y para estimular en su pueblo el conocimiento de sus derechos legales, para evitar tantas injusticias como fuera po-

(27) El espíritu de competencia por alcanzar situaciones de preeminencia desempeñó un papel importante en la educación formal de sumerios y babilonios. El látigo y la caña eran frecuentemente usados por padres y maestros con miras a obtener el máximo de esfuerzo y rendimiento de hijos y alumnos en su futura carrera como escribas, militares, pedagogos, etc. Ello explica, por lo menos en parte, el énfasis en la ley y la legalidad, expresión de la cultura litigante y agresiva propia de los sumerios.

sible, los reyes promulgaban con frecuencia reglamentos, edictos y «códigos» legales.

Las primeras referencias a leyes escritas descubiertas hasta ahora se relacionan con *Ur-Engur*, rey de Ur alrededor del año 2400 a. C., quien menciona haber administrado justicia «de acuerdo con las leyes de los dioses». El texto mismo de estas leyes no ha sido encontrado todavía. En forma similar, *Urukagina*, rey de Lagash hacia el año 2350 a. C., indica haber preparado una compilación de reglamentos existentes. Lo que se ha descubierto hasta ahora son sólo textos de reformas administrativas, pero no el de algún «código» legal. Si la tableta conteniendo las reformas de Urukagina ha sido correctamente traducida (la tableta está en pésimas condiciones de conservación), ella sería un documentos de gran importancia para el estudio de la evolución de la historia jurídica. Efectivamente, el documento de Urukagina hace referencia a su permanente lucha por «amargi», libertad en sumerio, y en contra de la tiranía y la opresión. Establece también reformas radicales en contra de una serie de abusos existentes, muchos de los cuales se originaban en la pandilla burocrática de palacio. El permite vislumbrar también la lucha permanente por el poder entre el templo y el palacio, con el pueblo de Lagash, aparentemente, más inclinado a favor del templo.

En la actualidad existe un consenso bastante generalizado para aceptar el hecho que la promulgación de leyes y reglamentos era una práctica ya establecida en Sumeria alrededor del año 2400 a. C. y, probablemente, con mayor anterioridad todavía. Por lo mismo, es razonable admitir que, en siglos posteriores, más de algún magistrado, archivista de palacio o maestro de «*edubba*» (escuela en sumerio), pudo haber dado con la idea de inscribir en tabletas las leyes en vigor o aquéllas de épocas anteriores, sea con fines de consulta o de enseñanza. Lamentablemente ninguna compilación de este tipo, correspondiente al período que va desde *Ur-Engur* hasta *Ur-Nammu* (28), ha sido descubierta todavía.

EL «CODIGO» DE UR-NAMMU

Los primeros fragmentos conocidos de un «código» legal se relacionan con *Ur-Nammu*. Originalmente fueron grabados en una estela de piedra —como fue hecho siglos después con el «código» de *Hammurabi*—pero lo que se conoce en la actualidad no es la estela origi-

(28) *Ur-Nammu* fue un ambicioso general a quien el rey *Utuhegal* tuvo la mala ocurrencia de nombrar gobernador de Ur. Después de una exitosa rebelión en contra del rey, alrededor del año 2050 a. C., *Ur-Nammu* estableció la tercera gran dinastía de Ur, la última de los sumerios, y que duró cerca de un siglo, lapso durante el cual Sumeria recuperó mucha de su gloria anterior.

nal, ni siquiera una copia contemporánea de la misma, sino que es una copia muy mal preservada en una tableta que data varios siglos después (29). Samuel N. Kramer (30), profesor de la Universidad de Pennsylvania, en los Estados Unidos de América, quien descifró esta tableta cuneiforme, la denomina «el código legal más antiguo del mundo».

La tableta fue dividida por el antiguo escriba en ocho columnas, cuatro en el anverso y cuatro en el reverso. Cada una de estas columnas tiene 45 pequeños compartimentos con espacios lineales, pero sólo menos de la mitad de ellos son legibles. El anverso tiene un largo *prólogo*, sólo parcialmente comprensible. En él se establece que, después de la creación del mundo, los dioses eligieron a Ur-Nammu como su representante en la tierra (¿será éste el origen de los derechos divinos de los reyes?), para gobernar sobre Ur y Sumeria. Después de haber derrotado a las ciudades-estado vecinas, especialmente Lagash, y de haber asegurado la tranquilidad de sus dominios, comenzó a preocuparse de los problemas internos de su reino. Eliminó a los abusadores y explotadores del pueblo; estableció un honesto y rígido sistema de pesas y medidas, y propició leyes para evitar que «el huérfano sea la víctima del rico»; «la viuda del poderoso» y que «el hombre de un "shekel" del hombre de una "mina"» (31).

Las *leyes propiamente dichas* están tan deterioradas e ilegibles que sólo cinco de ellas pudieron ser interpretadas. Una de ellas se refiere a una especie de *ordalía de agua* y la otra a la devolución de un esclavo (32) a su legítimo dueño. Las otras tres pueden, con dificultad, entenderse de la siguiente manera:

- Si... (un hombre a otro hombre con un instrumento)... le ha cortado el pie, tendrá que pagar diez «shekels» de plata;
- Si un hombre a otro hombres, con un arma, los huesos... ha fracturado, tendrá que pagar una «mina» de plata; y
- Si un hombre a otro hombres, con un instrumento, ha cortado la nariz, tendrá que pagar dos tercios de una «mina» de plata.

Estas tres leyes tienen enorme importancia para comprender el desarrollo de la historia del Derecho penal. Ellas prueban que antes

(29) Como ya se indicó previamente, el escriba solía con frecuencia ampliar o alterar la copia que hacía, con el objeto de incluir en el texto una o varias de las leyes existentes en su tiempo.

(30) SAMUEL N. KRAMER, *History Begins at Sumer*, New York, Doubleday, 1959.

(31) Monedas de plata de aquella época: una «mina» equivalía a 60 «shekels».

(32) Por lo general, los esclavos eran prisioneros de guerra, bárbaros foráneos, comprados o raptados en el extranjero. Para los sumerios el esclavo era una persona y no un objeto. Sin embargo, heridas causadas por el amo no eran punibles, pero si las causaba un extraño, éste tenía que pagar una indemnización al amo, para cubrir los gastos causados para su curación. El «pater familiae» tenía una tremenda autoridad sobre los miembros de su familia, inclusive el derecho de vender como esclavos a sus propios hijos, en razón de su reiterada mala conducta.

del año 2000 a. C. (tres siglos antes que el concepto taliónico fuera incorporado en el «código» de Hamurabi y más de un milenio antes que las leyes de Moisés establecieran la clásica fórmula de «ojo por ojo, diente por diente»), el «código» de Ur-Nammu impresionaba como más humano y menos cruel con sus multas e indemnizaciones, a pesar de sus penas corporales y su pena de muerte. Desde otro punto de vista, este «código» fue el prototipo para todos los «códigos» que aparecen posteriormente en Sumeria, Babilonia y Asiria.

Aun cuando hasta la fecha no se han descubierto «códigos» sumerios más amplios y coherentes, tenemos, en cambio, una bastante información sobre su administración de justicia, pues existen cientos de tabletas de interés judicial encontradas en las ruinas de Sumeria y Acadia. Ellas nos enseñan las prácticas jurídicas y el procedimiento seguido en las cortes y tribunales de las ciudades-estado sumerias y reflejan las costumbres judiciales imperantes en aquella remota época. En los archivos encontrados en varias localidades, se han descubierto una cantidad de «ditilla», es decir, los protocolos de casos juzgados (33). También aparecieron registros notariales de contratos de matrimonio, divorcios, manutención y alimentación de niños, regalos, compraventas, herencias, esclavos, arriendo de embarcaciones, hurtos, daños materiales a la propiedad privada, así como comparendos e investigaciones relacionadas con la vista de una causa.

En la jurisdicción estatal los dioses eran los jueces supremos y el rey tenía la responsabilidad por la mantención del orden. En la práctica, la administración de justicia estaba en manos de los «ensi» (34). Era precisamente el «ensi» quien podía determinar, en casos de daños excesivos causados a un particular, cuyo valor ningún ciudadano podía indemnizar, que la víctima fuera compensada con fondos públicos, provenientes del templo o del palacio, según el caso.

La justicia se administraba en el pórtico del edificio de la corte,

(33) Tal vez el ejemplo más interesante de un juicio criminal en Sumeria, fue encontrado en una tableta descubierta en la «Colina de las Tabletillas» (el distrito donde vivían los escribas del templo), en Nippur, y publicado por THORKILD JACOBSEN, de Chicago, bajo el título: «Un Antiguo Juicio por Homicidio en Mesopotamia» (Anacleto Bíblica 12, Studia Biblica et Orientalia, vol. III, Driens Antiquus, Roma, Pontificio Instituto Bíblico, 1959, págs. 130-150). Se trata de un caso en tiempos del rey Urnirurta de Isin, alrededor del año 1850 a. C., en el período post-sumérico, pero que refleja claramente las prácticas judiciales en Sumeria. Tres hombres asesinaron a un empleado del templo. La mujer de la víctima, en antecedentes de lo sucedido, guardó silencio. Oportunamente el crimen fue descubierto y el proceso tuvo lugar en la Corte de Nippur. Nueve testigos declararon en contra de los tres acusados y la mujer, pidiendo la pena de muerte para todos. Dos testigos declararon en favor de la mujer, en el sentido que ella nada tenía que hacer con el asesinato. Mencionaron también que, en vida del marido, ella sufrió toda clase de miserias y ahora, después de su muerte, su situación era peor todavía. Los tres acusados fueron ejecutados frente a la casa de la víctima, pero la mujer fue absuelta.

(34) El «ensi» era el gobernador local en las varias ciudades-estado sumerias, en representación del rey.

dentro del templo, que luego se llamó «dublal». El templo como tal no jugaba prácticamente ninguna función en el proceso judicial, excepto que era el lugar donde juraban los testigos y se aplicaban las ordalías. La corte se constituía habitualmente con tres o cuatro jueces, si bien podía funcionar con uno o dos. No había jueces de profesión (35) y, entre los 36 ciudadanos que figuraban en el rol de jueces, había administradores del templo, mercaderes, escribas, inspectores, adivinos, archivistas, jefes de familia y hasta «ensis». Parece que también funcionaba una especie de «Corte de Apelaciones», pues en una tableta se alude a «los siete jueces reales de Nippur». No se ha encontrado referencia alguna acerca de cómo se designaba a los jueces, la duración de sus servicios como tal y si recibían o no alguna remuneración por sus funciones. Se sabe más acerca del «*mashkin*», una especie de alguacil y actuario del tribunal. El tenía que preparar los casos para la consideración de la corte y era responsable por el correcto funcionamiento del proceso. Pertenecían a la misma categoría social de los jueces, pero eran pagados por sus servicios. El proceso se iniciaba por una de las partes o por la administración del Estado, si el interés del mismo estaba en juego. El testimonio consistía en declaraciones de los testigos, por lo general bajo juramento; de una de las partes, también juramentada; o en forma de informes o protocolos escritos por «expertos» o altos funcionarios del Estado. La sentencia era generalmente redactada en forma sucinta, pero contenía expresiones que implicaban obligatoriedad para el condenado.

Para una sociedad tan rígidamente organizada como la sumeria, la necesidad de normas legales nítidamente establecidas era indispensable. La ley, basada en los deseos de los dioses, era uno de los fundamentos de la comunidad y existía de hecho mucho antes de los «códigos» escritos, en la forma de reglas estrictas de conducta.

El individuo y su propiedad —incluyendo la de las mujeres, que tenían una posición social casi idéntica a la de los varones— así como los derechos del rey y de los sacerdotes, estaban específicamente protegidos. Un sistema procesal férreo era la mejor garantía para una correcta administración de justicia. Multas, penas corporales y la de muerte eran conocidas y se aplicaban según el caso. La institución del testimonio funcionaba y había una corte de apelaciones. La constancia escrita de cada proceso era la mejor protección contra las arbitrariedades o violaciones de la ley. En resumen, no es exagerado afirmar que las disposiciones legales y las procesales de los sumerios sirven aún de base importante para las legislaciones modernas en materia civil, criminal y mercantil y aun, en menor proporción, al Derecho internacional.

(35) Aun así, los jueces no letrados tenían un conocimiento básico de la legislación vigente, para poder cumplir adecuadamente con sus difíciles obligaciones. Se preparaban asistiendo a cursos especiales en la «*edubba*», que funcionaba dentro del templo.

¿Por cuánto tiempo más será Ur-Nammu considerado como el primer legislador conocido del mundo occidental? Es muy difícil hacer pronósticos en esta materia. Sabemos que mucho antes que él ya hubo otros legisladores en Sumeria, si bien sus textos no han sido ubicados hasta este momento. Sin embargo, la arqueología puede ofrecernos, más tarde o más temprano, otros «códigos» ignorados en la actualidad. Estos pudieran alterar fundamentalmente nuestros actuales conocimientos.

EL «CODIGO» DE LIPIT-ISHTAR

Unos dos siglos después de Ur-Nammu, Lipit-Ishtar (36), que fuera el monarca de la ciudad-estado de Isin, desde, aproximadamente, 1868 hasta 1857 a. C., promulgó también un «código» alrededor del año 1860 a. C. (37). Este hecho fue establecido después que se encontraron cuatro fragmentos de una gran tableta en las ruinas de Nippur, que databan de alrededor de 1.800 años a. C. y que fueron identificados como una copia del documento original. Este descubrimiento permitió agregar dos hechos más a la historia legal del Cercano Oriente. Primero, un nuevo «código», redactado en sumerio cuneiforme, fue agregado a los demás ya conocidos, escritos en acádico, asirio e hitita. Segundo, este «código», cerca de dos siglos antes que el de Hamurabi, estaba, sin embargo, claramente vinculado con éste, lo que permite un mejor análisis y comprensión del desarrollo de los conceptos legales en el sur de Mesopotamia.

El «código» de Lipit-Ishtar pudo haberse descubierto antes que fuera desenterrado en 1898. Este pronóstico se basa en el hecho de haberse encontrado una cantidad de tabletas que señalaban un sistema muy desarrollado en normas mercantiles y familiares, en contratos y otros documentos legales, superiores a aquéllos correspondientes a la época de Ur-Nammu. Este nuevo «código» era, pues, una continuación natural del de Ur-Nammu, pero anterior a la codificación de Hamurabi. Recién en 1940, el profesor Kramer estableció que estos cuatro fragmentos eran, efectivamente, un nuevo «código», pero fue Steele (38), de la misma Universidad de Pennsylvania, quien hizo la traducción completa en 1947.

El texto original de este nuevo «código» tenía unas 1.200 líneas, pero sólo unas 400 pudieron ser restauradas e interpretadas. Como el de Ur-Nammu, el de Lipit-Ishtar comienza también con un prólogo,

(36) El rey de una dinastía semítica-amorita occidental.

(37) El hecho que hubiera reinado menos de un siglo después de los grandes reyes sumerios de la Tercera Dinastía de Ur y que su «código» fuera compilado en idioma sumerio, hace que sea muy probable que su estructura y contenido deriven, en gran medida, de la herencia cultural y jurídica de los sumerios.

(38) F. R. STEELE, *The Code of Lipit-Ishtar*, «American Journal of Archaeology», vols. 51 y 52, 1947-1948, págs. 158 y ss. y págs. 425 y ss, respectivamente.

que ocupa unas cien líneas del texto. En él se establece que Lipit-Ishtar fue designado por los dioses del reino para «establecer la justicia y cuidar del bienestar de los sumerios y acádicos». Luego viene el texto de las leyes, de las cuales sólo 38 se han podido entender (la mitad de ellas están dañadas en diverso grado) y su interpretación es relativamente difícil. Sólo cuatro de estas leyes tienen un interés penal y criminológico y se han interpretado de la siguiente manera:

9. Si un hombre entra en el huerto de (otro) hombre, donde es sorprendido robando, tendrá que pagar diez «shekels» de plata.
10. Si un hombre corta un árbol en el jardín de (otro) hombre, pagará media «mina» de plata.
12. Si una esclava joven o el esclavo de un hombre ha huido al corazón de la ciudad y se ha podido establecer que ella (o él) vivió en casa de (otro) hombre por un mes, éste dará esclavo por esclavo.
13. Si no tuviera esclavo, pagará quince «shekels» de plata.

Las demás leyes se refieren al arriendo de embarcaciones, transacciones de propiedades, evasión de impuestos, matrimonio y herencia, alquiler de bueyes, etc. La característica más importante de todas estas disposiciones es que, como en el «código» de Ur-Nammu, cada una de sus sanciones son pecuniarias y no taliónicas. Un *epílogo* concluye el texto, con la acostumbrada fórmula de expresar bendiciones o maldiciones dirigidas a todos aquéllos que respetaran o desacataran su contenido, respectivamente.

Si bien entre los «códigos» sumerios y babilónicos existe un lapso de unos dos o tres siglos, todos ellos provienen de ciudades-estado relativamente cerca unas de otras y tienen, indudablemente, extraordinaria similitud en su estructura general, lo que permite aceptar que los babilónicos derivan, en gran medida, de los sumerios, sea debido a copia directa o a que unos y otros provienen de una fuente común, que aún nos es desconocida. En todo caso, el «código» de Lipit-Ishtar y las Leyes de Eshnuna constituyen una especie de puente jurídico que vincula el «código» de Ur-Nammu con el de Hamurabi, los asirios y los hebreos. De aquí a nuestra actual legislación occidental existe una relación muy directa y demostrable.

Desde el «código» de Hamurabi, el talión pasa a ser el principio fundamental de las legislaciones posteriores, hasta que fuera gradualmente reemplazado por un sistema de compensaciones y otras medidas similares. Es posible que el concepto taliónico haya sido introducido por Hamurabi mismo. Si bien el talión es considerado como un sistema «primitivo, arcaico y bárbaro», la verdad es que no es el castigo original en la historia penal de la Humanidad, que dispuso antes de un sistema de penalidades pecuniarias. Faltan aún los documentos necesarios para explicar adecuadamente el cambio de un sistema a otro, pero la arqueología podrá, tal vez, ayudarnos a solucionar este acertijo.

LAS LEYES DE ESHNUNA

Estas leyes fueron atribuidas, en un comienzo, al rey *Bilalama*, que reinó en Eshnuna alrededor de 200 años antes que Hamurabi, interpretación que después se abandonó. En la actualidad se estiman no estar vinculadas a ningún monarca específico y prevalece la idea que no son mucho más antiguas que el «código» de Hamurabi, tal vez unos años o máxime algunas décadas. Incluso éstas no deben considerarse como conclusiones definitivas (39).

Debido al frecuente contacto existente entre las diversas ciudades-estado de la época, en todos estos «códigos» aparecen normas y prácticas legales consuetudinarias comunes a todo el Cercano Oriente. Paralelamente a sus propias ideas y conceptos, cada uno de ellos solía tomar «en préstamo» algunos elementos de la legislación vigente en las ciudades-estado vecinas, sin mencionar necesariamente el hecho.

Las dos tabletas en que aparecen estas leyes están escritas en acádico, el lenguaje común en Babilonia. Parece que ambas fueron copias «privadas» y no «oficiales». Es posible que estuvieran en uso por personas relacionadas con problemas legales (como funcionarios de las cortes) o que sirvieran de texto de enseñanza para la educación de aprendices a escriba en alguna «edubba».

Las leyes propiamente dichas tienen 60 artículos, pero los últimos están muy dañados y son de difícil interpretación. Constituyen una compilación más bien desordenada de normas legales, precedentes y ordenanzas de diversas fuentes. Tampoco hay mucho orden en la secuencia de los diversos temas. Sólo dos artículos (48 y 58) se refieren indirectamente a problemas de *jurisdicción*. Todos los demás tratan del estado legal de las *personas* (abordando cuestiones relativas a su capacidad, matrimonio y ofensas relacionadas, divorcio, niños, esclavos, etcétera) o de asuntos relativos a la *propiedad* (precios, arrendamiento y hundimiento de embarcaciones, cosechas, préstamos, herencia, incumplimiento de contrato, bienes inmuebles, ganado, pérdida de bienes personales, etc.). Se consideran también cinco tipos de *delitos*: hurto, robo y ofensas relacionadas; secuestro de personas; homicidio y lesiones personales; delitos sexuales; y daños causados por diversos animales.

Artículo 12: El hombre que fuera encontrado en la propiedad de un «muskenum» (40), a la luz del día, pesará y entregará diez «shekels» de plata. Si fuera detenido de noche en los campos de labranza, morirá, no vivirá. (Obsérvese que la sola presencia no autorizada en una

(39) REUVEN YARON, *The Laws of Eshnunna*, Jerusalem, The Magnes Press, The Hebrew University of Jerusalem, 1969.

(40) En Eshnuna, como también en Babilonia, había tres clases sociales: los *awilum*, los *muskenum* y los *uardu* o esclavos. Las primeras dos estaban constituidas por personas libres, pero los *awilum* pertenecían a la clase superior, mientras que los *ukenukum* eran los ciudadanos ordinarios, la clase intermedia entre los *awilum* y los *uardu*. Las primeras dos clases eran igua-

propiedad privada de tercero, aun antes de cualquier apropiación indebida, es ya un delito y que la diferencia en el castigo, si se trata de día o de noche, es enorme: indemnización en el primer caso y muerte en el segundo).

Artículos 23/24: Si un hombre, sin tener queja contra otro, le secuestra una esclava, la guarda en su casa, donde muere, tendrá que entregar dos esclavas al propietario de la esclava secuestrada.

Si no tiene queja alguna en su contra y, sin embargo, secuestra la mujer de un «*muskenum*» o el hijo de un «*muskenum*», los guarda en su casa, donde mueren (ella o él), (es) un caso de vida, el secuestrador morirá. (También aquí se constata la diferencia en el castigo, si se trata de un esclavo o de un hombre libre).

Artículo 25: Si un hombre declara consumación, pero su futuro suegro le ofende entregando su hija a (otro hombre)... el padre de la hija deberá devolver el doble del dinero que recibió como dote.

Artículo 26: Si un hombre trajo el dinero de la dote por la hija de (otro) hombre, pero (otro) sin preguntar a (su) padre o a (su) madre, la toma a la fuerza y la deflora —se trata, indudablemente, de un caso de vida: el hombre morirá. (Es interesante constatar la gran diferencia en el castigo, si se trata del padre o de un tercero que se han comportado injustamente).

Artículos 27/28: Si un hombre toma la hija de otro hombre sin preguntar al padre o a la madre de ella y tampoco ha fijado la fiesta matrimonial ni ha cumplido con el contrato, firmado con su padre o con su madre —aunque viva en su casa los días de un año (ella) no es su «esposa».

Sin embargo, si ha arreglado el contrato y la fiesta matrimonial

les ante la ley, con tratamiento preferencial en comparación con los esclavos. Los *awilum* eran, por lo general, altos funcionarios del Estado: escribas y sacerdotes, así como también los profesionales, traficantes y mercaderes, terratenientes, oficiales militares, etc. No todos los *awilum* tenían la misma posición social: mientras algunos eran gobernadores, funcionarios importantes, ricos mercaderes, otros eran pobres campesinos o simples soldados. El rol de los *muskenum* en la estratificación social de Babilonia no estaba aún bien determinada. Indudablemente constituían la mayoría de la población y se contaba entre ellos a pequeños propietarios, pastores, esclavos liberados y simples soldados. Muchos de ellos trabajaban como obreros a contrata en ocupaciones de diversa importancia, pero la ley les protegía de posibles abusos de los *awilum*, particularmente en relación al salario que les correspondía recibir. La suerte de los esclavos dependía, en gran medida, del espíritu humanitario de las dos clases superiores. Sin embargo, la ley les otorgaba cierto grado de protección fijando, por ejemplo, el lapso máximo que debían trabajar cuando, debido a deudas incurridas, el sujeto decidía esclavizarse. Otro aspecto extraordinario era el hecho que un esclavo podía contraer matrimonio con la hija de un *awilum* en cuyo caso los hijos eran considerados como hombres libres. Los prisioneros de guerra eran los sujetos más infelices de toda la población. (Vale la pena agregar que *muskenum* significa «pobre» en árabe; *misken*, en hebreo, se refiere tanto a la pobreza material como espiritual; y que *mesquin* en francés, *meschino* en italiano, y *mezquino* en español, aluden a la tacañería y avaricia. Todas estas expresiones derivan de la misma palabra acadia *muskenum*).

con (su) padre o (su) madre y se lleva a la hija con él (ella), es «esposa». El día en que ella se encuentre en los brazos de otro (hombre) ella no vivirá (ella), morirá. (La diferencia consiste en si había o no un contrato matrimonial previo).

Artículo 31: Si un hombre deflora a la esclava de (otro) hombre, pesará y entregará un tercio de una «mina» de plata y la esclava queda con su dueño.

Artículo 42: Si un hombre, con un fuerte mordisco... la nariz de otro (hombre)... pesará una «mina» de plata. Un ojo... una «mina»; un diente... media «mina»; una oreja... media «mina». Una bofetada en la cara... pesará y entregará diez «shekels» de plata. (Es de subrayar la ausencia del talión y el uso exclusivo de la compensación).

Artículo 43: Si un hombre secciona el dedo de (otro) hombre, pesará y entregará dos tercios de una «mina» de plata. (Esta disposición no tiene paralelo en otras fuentes legislativas del Cercano Oriente).

Artículos 44/45: Si un hombre (en un) altercado echa a otro (hombre) al piso y rompe su brazo, pesará y entregará media «mina» de plata. Si rompe una pierna, pesará y entregará media «mina» de plata.

Artículo 46: Si un hombre golpea (a otro) y quiebra su... pesará y entregará dos tercios de una «mina» de plata.

Artículo 47: Si un hombre injuria a otro en un... pesará y entregará diez «shekels» de plata.

Artículo 48: Y por... entre un tercio a una «mina» de plata, ellos podrán acusarle e iniciar un pleito, pero un asunto de vida (corresponde) al rey solamente. (En todos estos casos hay sólo medidas compensatorias, pero ninguna taliónica).

Artículo 53: Si un buey cornea un (otro) buey y (le) causa la muerte, los dueños de ambos bueyes se dividirán el precio del buey vivo y de la res muerta. (Solución ingeniosa y equitativa, ¿precursora de la justicia salemónica?).

Artículos 54/55: Si un buey (fue ya) corneador y las autoridades lo hicieron saber a su dueño, pero éste no cuidó su buey, quien corneó a un hombre y (le) causó la muerte... el dueño del buey pesará y entregará dos tercios de una «mina» de plata. Si corneó a un esclavo y (le) causó la muerte... pesará y entregará quince «shekels» de plata. (La diferente compensación se basa en la categoría social de la víctima).

Artículos 56/57: (Son idénticos a los dos anteriores, pero en lugar de un buey se trata de un perro «vicioso»).

Artículo 58: Si un muro amenazaba caer y las autoridades (se lo) hicieron saber al dueño del muro, pero (éste) no la reforzó y (ella se) derrumbó, causando la muerte del hijo... (es un caso concerniente) a la vida: decisión del rey. (Es interesante observar que en los casos del buey o del perro, la ley impone tan sólo una compensación pecuniaria, debido a que el daño no es previsible y necesita tan sólo de

la necesaria cautela de parte de la víctima, pero en casos de muerte debido a un muro tambaleante que se derrumba, ello es considerado como un delito capital porque era previsible y se pudo prevenir. Por cierto, que la prevención del daño está a cargo del dueño del muro. Es muy posible que esta disposición pudo haberse establecido después de ocurrir un caso como el descrito y fue entonces legalizado para ser aplicado en futuros casos similares. Una disposición similar existe en el «código» de Hamurabi, pero tiene una pena taliónica y no compensatoria).

Con respecto a la administración de justicia, la forma en que se constituían los tribunales y su manera de funcionar, estas leyes proporcionan tan sólo una información fragmentaria y muy escasa. Cierto es que el campo del proceso penal está aún en sus etapas iniciales y las Leyes de Eshnuna se centran más en cuestiones sustantivas que en las de procedimiento. Con todo, está claramente establecido que el rey es la máxima autoridad judicial (arts. 48 y 58). Sus representantes en diversos lugares juegan un papel activo y primordial en la adjudicación de los pleitos. Los demandantes pueden obtener satisfacción directamente de la otra parte, evitando así el comienzo de un litigio judicial. Iniciado un juicio en un tribunal, uno o ambos de los litigantes deben declarar estar dispuestos a obedecer la decisión a que llegará oportunamente la corte y que no renovarían pleito alguno sobre el mismo asunto. No hay muchos detalles con respecto a la forma en que debe proceder cada parte para la presentación de sus respectivos puntos de vista. Tampoco hay referencias con respecto a testigos o si se aplicaba algún tipo de ordalía en casos en que la evidencia presentada era considerada insuficiente. (Algo similar ocurre con el «código» de Lipit-Ishtar). Se tomaban juramentos, siempre de carácter dogmático, especialmente en casos de pretendidas compraventas que no habían sido registradas en documentos escritos. En los casos de violación, el alegato del acusado que la mujer fue participante voluntaria, no mitigaba el delito ni su castigo. Tampoco se menciona la forma en que terminaban los juicios, ni cómo se procedía para la ejecución de la sentencia. En varios delitos aparece un elemento subjetivo como factor material, pero sin expresa referencia en el texto de la disposición legal de nociones tales como «intención criminal» o «premeditación», a pesar del hecho que pueden considerarse como implícitas. Tampoco aparece el concepto de «culpa» y la responsabilidad se basa tan sólo en los resultados materiales del hecho. Los delitos producían siempre pena, las cuales eran relativamente simples: la gran mayoría eran de naturaleza pecuniaria, pero las más graves incluían la pena de muerte. No se mencionan las modalidades de su ejecución. No existen otros castigos corporales como mutilaciones, marcas, etc. Las penas de hurto eran más bien leves, comparadas con las impuestas en el «código» de Hamurabi. Por último, las Leyes de Eshnuna no prestan meticulosa atención a la exactitud de la retribución, que es la base del talión.

CONCLUSIONES

1. El «código» de Hamurabi no es el más antiguo de los conocidos actualmente.
2. Los «códigos» sumerios de Ur-Nammu y de Lipit-Ishtar, así como las Leyes de Eshnuna, son anteriores a Hamurabi.
3. Los descubrimientos arqueológicos, que se producen casi a diario, pueden alterar completamente nuestros conocimientos sobre la materia.
4. Los actuales trabajos arqueológicos en el antiguo imperio de Ebla, en Mesopotamia, que data de cinco siglos antes de Hamurabi, pueden ser decisivos en esta materia.
5. La diferencia fundamental entre las penas de los «códigos» prehamurábicos y el de este monarca, radican en que, mientras en este último son de carácter taliónico, los anteriores son de tipo de compensaciones pecuniarias.
6. Al parecer, el concepto de talión fue introducido por el mismo Hamurabi, pues no aparece en ninguna legislación anterior.

Jerusalén, febrero de 1982

Ejercicio de autoridad y principio de legalidad penal

MARIA DOLORES LAGUILLO RODRIGUEZ

Licenciada en Derecho. Departamento de Derecho Penal
de la Universidad de Sevilla

SUMARIO: I. Planteamiento.—II. Determinación del bien jurídico en el tipo concreto.—III. Consideraciones y ámbito de influencia.—IV. Referencia a la naturaleza jurídica en la doctrina italiana actual.—V. La fundamentación social del delito militar.—VI. El bien jurídico protegido y la doctrina jurisprudencial.—VII. Conclusiones.

I

Al referirnos a la naturaleza jurídica de un delito, hacemos alusión al importante tema dogmático del bien o interés que jurídicamente se trata de proteger: el bien o interés individual o social que por el Ordenamiento penal es considerado como merecedor de tutela directa e inmediata contra todo acto de ataque antijurídico.

La lesión o puesta en peligro típicas del bien jurídico o interés protegido por la norma penal se consideran como el centro del propio delito, y se configuran como el punto de arranque fundamental para la construcción de la teoría general del delito y de los tipos penales (1).

La trascendencia de esta temática ha dado lugar a que la doctrina más cualificada se haya pronunciado monográficamente al respecto, intentando clarificar las posibles contradicciones que en el plano científico de la dogmática jurídico penal se ofrecen (2), sobre todo en las hipótesis en que bienes jurídicos iguales o de rango similar se hallan contemplados en la descripción legal de diferentes tipos delictivos (3).

(1) COBO DEL ROSAL, Manuel/VIVES ANTÓN, Tomás, *Derecho penal. Parte general*, vol. II, Universidad de Valencia, 1981, pp. 92 ss.; RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *Derecho penal, Parte general*, Editorial Civitas, Madrid, 1978, pp. 276 ss.

(2) POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El bien jurídico en el Derecho penal español*, "Anales de la Universidad Hispalense", Serie: Derecho, núm. 19, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1974, pp. 31 ss.

(3) POLAINO NAVARRETE, Miguel, *o.u.c.*, pp. 316 ss.

Ahora bien, el postulado del bien jurídico protegido ha de ponerse en íntima conexión con el principio de legalidad, ya que este principio de legalidad de los delitos y de las penas sirve de base de sustentación a toda valoración jurídica penal de la lesividad social. No se puede lesionar un bien jurídico que no esté ponderado como tal en los límites incriminadores de una disposición legal (4).

II

En el título X del Código de Justicia Militar, que trata de los delitos contra la disciplina se encuentran regulados, en el artículo 334, incluido dentro de la sección primera del capítulo II, el abuso de autoridad y el uso indebido de atribuciones.

La ubicación sistemática de este tipo legal suscita directamente el problema de la configuración de la disciplina como bien jurídico protegido en el mismo. Es obvio que no debemos conformarnos con estimar que la disciplina constituye el objeto tutelado por el Código en este capítulo, sino que hemos de adentrarnos en su estudio para, sobre esta base, proceder a una adecuada calificación de la conducta descrita en la ley penal, del autor y de las restantes cuestiones determinantes del comportamiento delictivo.

Las consideraciones acerca de la disciplina han transcurrido acordes con el desenvolvimiento de las épocas y con la sucesión de los cambios producidos en la Historia, y es así como en un principio, desde las disposiciones justiniáneas hasta las Ordenanzas de Alejandro de Farnesio, la disciplina era estimada como «un estado determinado del nivel de instrucción y formación de los cuerpos para el cumplimiento de la función armada», y algo después, ya en la Edad Moderna, es concebida como «un conjunto de poderes que se atribuyen al general en jefe para hacer posible el gobierno de los ejércitos» (5).

En 1789 tiene lugar uno de los hitos históricos más importantes y fundamentales para la historia de la Humanidad: la Revolución Francesa. Tras ella comienzan a aparecer los ejércitos de contingente obligatorio, y a identificarse la disciplina como «un determinado estado aceptable de la cohesión moral y del entusiasmo de las tropas, suficiente para su eficacia operativa» (6).

En nuestra doctrina, el concepto de disciplina que nos ofrecen los autores decimonónicos se asienta sobre criterios predominantemente sentimentales y éticos, más que técnicos y propios. Valga para ilustrar el sentido de tal afirmación el concepto de disciplina que nos ofrece Villamartín (7): «Virtud que en sí sola circunscribe a todas las otras, que es el complemento de todas ellas y la manifestación visible y

(4) Cfr. COBO DEL ROSAL, Manuel/VIVES ANTÓN, Tomás, *o.u.c.*, p. 93.

(5) LÓPEZ HENARES, Vicente, *Problemas jurídico-políticos del poder militar*, en "REDM", núm. 31-32, Madrid, enero-diciembre, 1976, p. 46.

(6) Cfr. LÓPEZ HENARES, Vicente, *l.u.c.*

(7) VILLAMARTÍN, Francisco, *Obras selectas*, Madrid, 1833, pp. 54 ss.

constante en todos los actos de la buena educación militar de las tropas»; «... por consiguiente, velando y comentando ésta —la disciplina—, se asegura el imperio de todas las demás» (8).

Mayor sentido técnico ofrece la definición de Pou y Ribas (9), con la que coincide en lo fundamental Alarcón y Roldán (10), al entender que «la disciplina en el ejército es el resultado de la armonía entre los derechos y deberes que corresponden a los superiores e inferiores entre sí. Tanto se quebranta por la insubordinación del inferior como por la extralimitación del superior».

Estas básicas nociones doctrinales van a cambiar con la II Guerra Mundial al pasarse a considerar a la disciplina como forma institucionalizada de normas específicas de comportamiento que tutelan los derechos y deberes de cada miembro del ejército según su rango y responsabilidad (11).

Como no podía ser menos en un contexto de valoración jurídico-comparada, la más reciente doctrina española se va a hacer eco del cambio indicado. De este modo se configura, por ejemplo, la aportación de De Querol y De Durán (12), cuando hace referencia al relajamiento de la ley de jerarquías y a la consiguiente lesión de la disciplina; en esta misma línea, Rodríguez Devesa se adentra en el estudio de la disciplina, manifestando que «es un término multívoco, que lo mismo se puede referir al conjunto de los deberes que impone al militar su permanencia en el servicio, como al orden y a la regularidad que presiden las funciones militares»; «... a ella —la disciplina— pertenece siempre la relación de subordinación que media entre los componentes de una fuerza armada regular...»; «... el Código de Justicia Militar se asienta sobre un concepto exacto de los límites de subordinación jerárquica y por ello sobre la disciplina» (13).

También hemos de mencionar, dentro de la doctrina española, la posición asumida por Hernández Corral, quien no se aparta de las líneas fundamentales ya advertidas en los planteamientos de otros autores, aunque su tratamiento de «la relación de desigualdad que a su vez entraña la noción de igualdad, siguiendo un curso vertical por sucesiva desconcentración de la autoridad en el inmediato escalón inferior» (14) permite derivar el entendimiento de que, más que introducir una nueva vertiente de conocimiento de la disciplina, introduce complejidad a

(8) VILLAMARTÍN, Francisco, *L.u.c.*

(9) POU Y RIBAS, Nicasio, *Código de Justicia Militar vigente*, anotado y concordado, Madrid, Reus, 1927, pp. 277 s.

(10) ALARCÓN Y ROLDÁN, Fernando, *Código de Justicia Militar vigente*, anotado, concordado con jurisprudencia y legislación y formularios, Reus, Madrid, 1940, pp. 306-379.

(11) Cfr. LÓPEZ HENARES, Vicente, *Problemas...*, pp. 46 s.

(12) DE QUEROL Y DE DURÁN, Fernando, *Principios de Derecho Militar*, con arreglo al Código de Justicia Militar de 17 de junio de 1945, tomo II, pp. 458 ss., Ed. Naval, Madrid, sin fecha.

(13) RODRÍGUEZ DEVESA, José María, *Extralimitaciones en el ejercicio del mando*, en "NEJ Seix", tomo IX, Barcelona, 1958, pp. 396 ss.

(14) HERNÁNDEZ CORRAL, Antonio, *Abuso de autoridad*, trabajo inédito, Madrid, sin fecha.

un tema que «per se» ya la tiene. De cualquier modo, lo que está claro en la generalidad de los autores es la función «relación jerárquica-disciplina», siendo ésta la nota común a todos los estudios y trabajos relativos al bien jurídico tutelado en el delito que nos ocupa (15).

Especial atención merece a este respecto la consideración de la singular estima del bien jurídico protegido en el delito de abuso de autoridad sustentada por Polaino Navarrete, en concordancia sistemática con la línea doctrinal manifestada sobre esta problemática esencial de la teoría del delito en otros trabajos monográficos acerca de la antijuricidad penal (16).

En efecto, entendemos que la noción aludida constituye una configuración innovadora en el orden dogmático de la Ciencia penal, en cuanto rompe, por así decir, los cánones convencionales en torno a la determinación del contenido material de injusto inherente a la naturaleza jurídica del delito de abuso de autoridad. Según este autor, el bien jurídico protegido en el abuso de autoridad es integrado por la noción jurídico-penal de la función pública, que resulta conculcada por el comportamiento del funcionario titular de la misma que se extralimita ilegalmente del ámbito legítimo de competencias que la Constitución y la legislación ordinaria le confieren, en cuanto detentador propio de la función pública jerárquicamente asignada a las Fuerzas Armadas (17).

Este bien jurídico de índole espiritual, conforme a los términos en que ha sido delimitado, representa una proyección de la seguridad interior del Estado, en la medida en que constituye una cualidad de las fuerzas armadas legalmente determinada como consustancial al «status» militar: sin función pública de jerarquía y disciplina no hay ejército, pero sin respeto a la seguridad jurídica inherente al correcto ejercicio de la función pública, no hay derecho (18).

La aludida noción técnica debe ser tenida en cuenta, a nuestro juicio, especialmente a los efectos estimativos de una nueva línea de configuración doctrinal, más general y menos corporativa, del Derecho penal militar, en base a los nuevos principios que la Constitución española de 1978 ha desplegado para las diferentes instituciones del Estado y que, por lo que a las fuerzas armadas respecta, se han visto recogidas en la Ley orgánica 9/1980, de reforma del Código de Justicia Militar (19).

Por lo demás, y como ya hemos visto, la doctrina se muestra —con las salvedades científicas indicadas— prácticamente uniforme en el tratamiento sustancial del tema, reduciéndose en su virtud los puntos

(15) HERNÁNDEZ CORRAL, Antonio, *l.u.c.*

(16) POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Explicaciones de cátedra*, Facultad de Derecho, Universidad de Sevilla, 1981.

(17) POLAINO NAVARRETE, Miguel, *l.u.c.*

(18) POLAINO NAVARRETE, Miguel, *l.u.c.*

(19) *Vid.* a este respecto, VALENCIANO ALMOYNA, Jesús, *La reforma del Código de Justicia Militar*, Comentarios a la Ley Orgánica 9/1980, Madrid. 1980.

de controversia apreciables sólo en cuestiones de detalle, que por lo demás no afectan al substrato fundamental del concepto jurídico objeto de consideración.

III

La disciplina militar, que representa una parte esencial del estatuto profesional del miembro de las fuerzas armadas, es considerada hoy «cuestión crucial» dentro del ordenamiento castrense (20). Así se estimó en el I Congreso de la Sociedad Internacional de Derecho Penal Militar y Derecho de la Guerra, que en Bruselas (1959) se ocupó de los límites entre la acción penal y la acción disciplinaria (21), lo que más tarde se reiteraría en el III Congreso (Estrasburgo, 1964), al tratarse de las garantías de los derechos individuales en la corrección disciplinaria (22) y la sanción militar. Y, más recientemente, en el VII Congreso (San Remo, 1976), en el que fueron considerados los derechos del hombre en las fuerzas armadas (23).

De otra parte, incluso el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos (24) ha puesto de manifiesto el valor necesario y material de la disciplina militar, en su importante Sentencia de 8 de junio de 1976.

A nivel nacional español, esta general importancia unánimemente reconocida ha sido en fecha reciente puesta de relieve por S. M. el Rey D. Juan Carlos I, el día 6 de enero de 1979, con motivo de la Pascua Militar.

Del discurso del Rey, a los efectos aquí sometidos a examen, nos permitimos resaltar los siguientes pronunciamientos: «La fe en el mando es una de las bases fundamentales de la disciplina, indispensable en la vida militar». «Un militar, un ejército que ha perdido la disciplina no puede salvarse. Ya no es un militar, ya no es un ejército; el espectáculo de una indisciplina es francamente... bochornoso. Por ello, la disciplina, coordinada con la fe, ha de ser ciega y consciente a la vez, y debe obedecerse con el conocimiento de que precisamente en esa obediencia, aunque encierre sacrificios y suscite dudas, está la esencia de la milicia y la eficacia de las fuerzas armadas. Menguada la disciplina será la que para mantenerse exija explicaciones o permita

(20) LÓPEZ HENARES, Vicente, *Problemas...*, p. 47.

(21) *Vid.*, a este respecto, *Action pénale et action disciplinaire*, Recueils de la Société Internationale de Droit pénal militaire et de Droit pénal de la guerre. Strasbourg, 1960.

(22) *Vid. Les garanties des droits individuels dans la repressions disciplinaire et pénale militaire*, Recueils de la Société Internationale de Droit pénal militaire et de Droit pénal de la guerre, Strasbourg, 1965.

(23) *Vid. MILLÁN GARRIDO, Antonio, El VII Congreso de la Sociedad Internacional de Derecho penal militar y de Derecho de la guerra, Los derechos del hombre en las Fuerzas Armadas, en "ADPCP", tomo XXIX, fasc. II, Madrid, 1976, pp. 459. ss.*

(24) Sentencia del Tribunal Internacional de Derechos del Hombre de 8 de junio de 1976, en "REDM", núm. 31-32, p. 49.

objeciones basadas en conocimientos fragmentarios, en apreciaciones subjetivas, o en personales interpretaciones». «En la disciplina, que nos obliga a todos por igual, se fundamenta la cohesión de los esfuerzos individuales y la eficacia de las acciones colectivas. Por eso, el hábito de la disciplina requiere esa actitud de obediencia al que manda, de acatamiento a la ley y de adhesión personal a unos valores superiores» (25).

Especialmente significativas resultan en estas contundentes aseveraciones las referencias a las bases de la disciplina militar, y a las consecuencias que se derivarían si aquélla no existiese. Sobre todo, singular trascendencia asume la mención de los ineludibles deberes de acatamiento a la ley y de adhesión personal a unos valores superiores, ya que aquí pudiera estribar una diferencia básica —no resaltada empero por la mayoría de los autores— de la disciplina como valor básico informador del Ordenamiento penal militar, y de la disciplina como norma de comportamiento interno de las tropas.

IV

La ausencia de una doble acepción de la disciplina, que entre nosotros se advierte, en cambio no se manifiesta en la doctrina juridico-penal-militar italiana, en cuyo ámbito la mayoría de los autores que realizan estudios sobre el tema tratan fundamentalmente de precisar cuándo hay infracción disciplinaria y cuándo se incurre en ilícito penal.

Ha de dejarse constancia de que el Derecho penal italiano efectúa un tratamiento distinto del abuso de autoridad con respecto al sistema jurídico asumido por nuestro Ordenamiento positivo español, en tanto que en el momento en que se realice la acción con violencia, amenaza, injuria..., queda la misma subsumida en el ilícito penal con independencia de los resultados que ocasione, y en cambio cuando aquélla no se realice de ninguna de estas específicas formas, la conducta ha de sancionarse en vía disciplinaria.

Un estudio complejo y sistemático de los delitos contra la disciplina es llevado a cabo por Rodolfo Venditti (26), quien destaca la interna cohesión del potencial bélico como bien jurídico protegido en esta categoría dogmática, de la que deslinda la integrada por los delitos contra el servicio, en la que se agrupan conductas que bien comportan la omisión del servicio debido bien suponen en sí una actuación contraria a dicho servicio, pero afectándose en todo caso directamente a la eficacia de las fuerzas armadas (27).

Resalta asimismo Venditti el concepto amplio de disciplina que asume la legislación italiana, en tanto que se extiende, por una parte,

(25) Discurso de S. M. el Rey D. Juan Carlos I, con motivo de la Pascua Militar, en "REDM", núm. 37, p. 176.

(26) VENDETTI, Rodolfo, *I reati contro servizio militare e contro la disciplina militare*, 2 ed., Giuffré, Milano, 1974, pp. 197 ss.

(27) VENDITTI, Rodolfo, *l. u. c.*

a la consideración global y dinámica de la relación y, por otra, a la estima de la obligación de fidelidad a las leyes que obligan a todo militar (28).

Por su parte, en un estudio monográfico sobre el abuso de autoridad, Salverio Malizia (29) entiende que el «bien jurídico tutelado en la norma penal militar es, en vía principal, el interés público al respeto de la relación jerárquica descendente», dado que «el principio de jerarquía es fundamental en el Ordenamiento militar».

Este autor no alude, en rigor, a la disciplina, sino a la relación jerárquica. Ahora bien, ya se ha explicado cómo la noción de disciplina abarca a la noción de relación jerárquica, cómo aquélla consume a ésta, por lo que, en última instancia, el bien jurídico tutelado se ha de concretar en la propia disciplina apreciada, a través de la tutela de la relación jerárquica, como interés coadyuvante en el desvalor de la conducta penalmente sancionada.

A su vez, Giovanni Maralfa (30) efectúa un tratamiento del tema en términos análogos a los ya expuestos, en el contexto de un estudio monográfico, en el que de modo específico se contempla el abuso de autoridad como infracción disciplinaria y como ilícito penal, delimitándose el respectivo ámbito de ambas ilicitudes y considerándose a la conducta abusiva como «comprometedora del fundamental interés del servicio y de la disciplina militar».

De modo expreso se han pronunciado también sobre el tema autores como Milazzo (31), Genovesi (32) y Veutro (33), en sucesivos estudios relativos al abuso de autoridad, que en suma no hacen más que corroborar el unánime entendimiento de la doctrina italiana en lo que concierne a la consideración de la naturaleza jurídica de este delito en el Código Penal Militar de Paz italiano, aquí aludido en su aspecto de confrontación científica con el sistema de nuestro Ordenamiento punitivo español.

V

Aunque no constituya una referencia concreta al tipo de abuso de autoridad, nos ha parecido conveniente introducir en el examen de la naturaleza jurídica del mismo la determinación del concepto de inte-

(28) Vid. MILLÁN GARRIDO, Antonio, *Recensión crítica a la obra citada de Venditti*, en "REDM", núm. 35, Madrid, 1978, p. 179.

(29) MALIZIA, Saverio, *Abuso di autorità*, en "Enciclopedia del Diritto", vol. I, Giuffrè, Milano, 1958, pp. 158 ss.

(30) MARALFA, Giovanni, *Cenni sull'abuso d'autorità come infrazione disciplinare ed illecito penale*, en "Rassegna dell'arma dei carabinieri", 3, 1974, pp. 397 ss.

(31) MILAZZO, Giovanni, *Abuso di autorità*, en "Novissimo Digesto italiano", vol. I, Utet, Torino, 1957, pp. 92 ss.

(32) GENOVESE, G., *Abuso di autorità*, en "Digesto italiano", vol. I, Utet, Torino, pp. 74 s.

(33) VEUTRO, Vittorio, *Diritto penale militare*, libro II, abuso di autorità, pp. 329 ss., 433 ss.

rés protegido en esta figura legal de delito militar, conforme al planteamiento amplio propuesto por la teoría social.

Una concepción social puede imprimir al Derecho un factor fundamentalmente imperativista (34) y, por tanto, mostrarse reguladora de voluntades, en vez de protectora de bienes e intereses. Un sector de la doctrina científica, del que son significativos representantes Ciardi y Schmidt, ve la esencia del delito militar en la violación de un deber, y tal planteamiento pudiera acaso fundamentarse en la ideología jurídica y política del nacionalismo, según la cual compete al Derecho penal reprimir, no tanto los ataques en sí apreciados a ciertos bienes jurídicos cuanto las manifestaciones de una voluntad infiel del individuo frente a los deberes para con el pueblo (35).

En este marco general se encuadran las concepciones normativas de la pura desobediencia voluntarista de Schaffstein (36), de Dahm (37) y de Gallas (38), sustentadas dentro del pretendido dogmatismo de un Derecho penal de disposición de ánimo del autor (39).

Cobo del Rosal y Vives Antón (40) entienden, en el contexto de una valoración crítica, que este fenómeno puede producirse, tanto en la forma más respetuosa de la libertad individual (socialdemocracia europea), como en las más radicalizadas y extremistas expresiones negadoras de aquélla (nacionalsocialismo, regímenes comunistas...).

La unilateral consideración del deber como el bien jurídico protegido sería una tercera vertiente a tener en cuenta en el estudio de la naturaleza jurídica de un delito, pero de momento sólo hemos de tomarlo en consideración en un plano teórico, por cuanto representa una concepción que aún se halla en desarrollo, razón por la que no disponemos de los datos empíricos adecuados para permitir aplicarla a los tipos delictivos concretos, y por la que su estimativa resultaría ambigua e inexacta.

VI

La jurisprudencia del Consejo Supremo de Justicia Militar sobre el abuso de autoridad es muy limitada, de modo que nos circunscribe-

(34) COBO DEL ROSAL, Manuel, VIVES ANTÓN, Tomás, *Derecho penal, Parte general*, vol. II, Universidad de Valencia, 1981, pp. 93 ss.

(35) RODRÍGUEZ DEVESA, José María, *Delito militar*, en "NEJ Seix", t. VI, Barcelona, 1954, pp. 592 ss.

(36) SCHAFFSTEIN, Friedrich, *Das Verbrechen eine Rechtsgutsverletzung?*, en "Deutsches Strafrechts", Berlín, 1935, pp. 97 ss.

(37) DAHM, Georg, *Gemeinschaft und Strafrecht*, Hamburg, 1935, pp. 5 y ss.

(38) GALLAS, Wilhelm, *Das Verbrechen als Pflichtverletzung*, Berlín, 1935, *passim*.

(39) *Vid.* amplia exposición doctrinal y valoración crítica propia en POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El bien jurídico en el Derecho penal español*, "Anales de la Universidad Hispalense", Serie: Derecho, núm. 19, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1974, pp. 164 ss.

(40) Cfr. COBO DEL ROSAL, Manuel, VIVES ANTÓN, Tomás, *Derecho penal, Parte general*, vol. II, Universidad de Valencia, 1981, pp. 94 ss.

remos a resaltar el contenido de dos significativas Sentencias, en que de manera taxativa e inequívoca el Tribunal se ha referido a la esencia de la cuestión aquí suscitada.

La Sentencia de 5 de octubre de 1955 (V Región Militar) aprecia realización de falta grave de abuso de autoridad, conteniendo la siguiente argumentación (41): «... si el interesado llevó a cabo, sin que ello fuera legal, la conducción del vehículo más arriba puntualizada, ello tuvo efectividad en función de la orden que previamente había recibido de su superior, siendo indudable que, al acatar el encartado la indicada orden dimanante de persona a la que estaba subordinado jerárquicamente, lo hizo con total pureza de intención, sin que, dada su condición castrense, se le pasare por la imaginación la conveniencia o no de discriminar si el contenido o la materia de las tantas veces citada orden se encontraba comprendida o, por el contrario, rebasaba el campo de atribuciones y facultades del superior; discriminación la aludida que, por otra parte, no encuadraría adecuadamente dentro de las especiales características de la disciplina militar».

La Sentencia de 3 de octubre de 1973 (Capitanía General de Canarias), por su parte, recoge la siguiente calificación del fiscal togado (42): «delito de abuso de autoridad, pues resalta el carácter militar del hecho, no sólo por razón del lugar en que se cometió, sino por las relaciones de disciplina de soldado a cabo en cuanto al cumplimiento de una orden...».

En idénticos términos se pronunciaría luego el Consejo Supremo de Justicia Militar, mostrando conformidad con la opinión expresada por el fiscal togado en la calificación de los hechos probados a que se ha aludido.

La consideración de estos pronunciamientos jurisprudenciales, a nuestro modo de ver, no hace más que evidenciar que el Consejo Supremo de Justicia Militar entiende a la disciplina como el bien jurídico protegido en los tipos de abuso de autoridad, tanto en su modalidad de delito en sentido estricto como en la de falta grave, pues en ambas categorías de infracción apreciadas por cada una de las sentencias citadas (en la primera se castiga por falta grave de abuso de autoridad y en la segunda por delito consumado de abuso de autoridad conforme al artículo 334 del CJM) la disciplina es reconocida como el fundamento y el objeto de afectación por parte de la conducta típica del sujeto.

No obstante, hay que tener en cuenta que la falta de la debida claridad de redacción de estas sentencias, así como la propia limitación de la referencia explícita a la disciplina permiten incluso cuestionar el reconocimiento de la noción de disciplina como el bien jurídico protegido por el tipo legal de delito, manifestándose la misma como mero condicionamiento de cualidad interpersonal que ha dado lugar a que

(41) Sentencia de 5 de octubre de 1955, Consejo Supremo de Justicia Militar.

(42) Sentencia de 3 de octubre de 1973, Consejo Supremo de Justicia Militar.

se concrete la conducta punible por parte del sujeto activo. Por ello, en todo caso, serían deseables la mayor concisión y contundencia posible en la precisa determinación de conceptos tan fundamentales en Derecho penal militar como el de la disciplina.

VII

Del análisis del enunciado normativo del artículo 334 del Código de Justicia Militar cabría deducir el entendimiento de que la acción descrita afecta típicamente a más de un bien jurídico penalmente protegido, y a más de un interés como relación del sujeto con ese bien (43).

Sin perjuicio de este posible condicionamiento inicial, entendemos que nuestro propósito ha de centrarse en delimitar de modo preciso el bien jurídico que es prioritaria o prevalentemente protegido en el tipo legal, aun en el caso de que se aceptase el reconocimiento en él de la estructura propia de un delito pluriofensivo que afecta a una diversidad de bienes jurídicos.

En este sentido, como bien jurídico prevalentemente protegido en esta norma penal es sólo constatable un objeto de tutela punitiva, aunque la descripción legal incluya dos distintas conductas que alternativamente puedan dar lugar a la afectación típica de aquél.

De cualquier modo, y aun desde la perspectiva de quienes estimen una pluriofensividad de diversos bienes jurídicos protegidos, creemos que ha quedado suficientemente puesto de relieve en la exposición del desarrollo doctrinal que el bien jurídico preeminentemente titulado es la disciplina, entendida bien como valor superior informador del Ordenamiento jurídico militar, bien como norma de buena conducta y buen sentido de las tropas, y dejando aparte la original concepción singularmente propuesta por el profesor Polaino (44) de estimar como objeto de tutela la propia categoría jurídico-penal de la función pública de las fuerzas armadas jerárquicamente conferida a los legítimos titulares de la misma por nuestro Ordenamiento positivo, dentro de los límites fundamentales de la Constitución española.

(43) Cfr. POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El bien jurídico...*, pp. 164 ss.

(44) POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Explicaciones...*, Universidad de Sevilla, 1981.

Sobre la posible supresión de la agravante genérica de publicidad

CARMEN LAMARCA PEREZ
Profesor Ayudante de Derecho penal

I. LA PUBLICIDAD EN EL CODIGO PENAL VIGENTE

La publicidad entendida en sentido amplio, como exteriorización de una conducta, constituye un elemento indispensable para que las acciones humanas adquieran relevancia jurídica. Como ya indicábamos en un trabajo anterior (1), en las conductas y en las mismas intenciones es posible hallar ciertos grados o condiciones de exteriorización que, por suponer esa relación intersubjetiva en que consiste la alteridad propia del Derecho, se transforman en objetos relevantes para la norma jurídica. Sin embargo, desde una perspectiva penal, la publicidad no equivale a pura exteriorización, sino que más bien se configura como un modo peculiar de exteriorización; modo constitutivo, es decir, esencial para formular un reproche penal, o modo accidental, que puede o no acompañar a una conducta, que de por sí resulta relevante en el ámbito punitivo. En particular, cuando en Derecho penal se habla de publicidad, suele aludirse a esta última dimensión: la publicidad como circunstancia, agravante o atenuante, y la publicidad como elemento de cualificación de una figura básica. Se trata en cualquier caso de una concurrencia accidental.

En realidad, hoy la publicidad ha perdido todo efecto atenuatorio. Tal vez por las críticas doctrinales, de las que dimos noticia en el anterior trabajo ya citado, o quizá atendiendo a una práctica jurisprudencial casi unánime, lo cierto es que el Código penal, texto refundido de 1944, hizo desaparecer todo sentido atenuatorio de la circunstancia de publicidad. Frente a la labor, tan discutible en sus resultados, de la doctrina histórica para hallar un fundamento a la atenuación, la literatura científica posterior a 1944 ha destacado su eminente y exclusiva naturaleza agravatoria, siendo muy escasas las

(1) Vid. *Publicidad y Derecho Penal: una aproximación conceptual e histórica*, ANUARIO DE DERECHO PENAL, Madrid, 1980, fasc. II.

voces discordantes que defiendan el carácter mixto (2). Así, para Castejón, la publicidad provoca un daño moral equivalente al ensañamiento o al medio ocasionador de grandes estregas (3) y, según Quintano (4), su utilización expresa un abuso de superioridad por el poder de disposición sobre los medios que procuran o facilitan la propagación, aumentando deliberada e innecesariamente el daño ocasionado.

En la actualidad, cuando se está elaborando un nuevo Código Penal, no parecen existir indicios de regreso a la tradición histórica superada en 1944. Ciertamente, los motivos que referían los comentaristas para justificar la naturaleza mixta de la publicidad son en gran parte atendibles; en definitiva, expresaban un temor cierto, como era el de que castigando la publicidad se estaba premiando la clandestinidad, lo que tenía importantes consecuencias en algunos tipos delictivos; si hoy la publicidad se quiere comparar al ensañamiento, no debe ocultarse que esta circunstancia denota en cierto modo la ausencia de alevosía o, mejor dicho, una falta de secreto que facilita la defensa. No creemos, sin embargo, que aquellos motivos deban obtener su articulación técnica mediante la circunstancia genérica de publicidad.

El secreto por el secreto no debe tener relevancia jurídica en esta sede; cuando la clandestinidad de la acción provoque un grave quebrantamiento de las posibilidades de defensa, el legislador puede, si lo estima necesario, preverlo expresamente. Tampoco la publicidad debe considerarse en función del puro resultado, o de la mera utilización de ciertos medios en la exteriorización de la conducta; así adquiere especial relevancia el elemento subjetivo, la intención del agente. Si, siguiendo los planteamientos de algunos autores como los reflejados en 1928 en el Alcubilla (5) atendiésemos solamente al resultado obtenido, la publicidad podría jugar como atenuante o como agravante si se considera, por ejemplo en el delito de sedición, que el autor, consigue su propósito mejor o peor; la publicidad facilita la acción delictiva, haciendo posible unir voluntades a la sedición, pero también hace peligrar su resultado al poner sobre aviso al poder instituido.

(2) Así, por ejemplo, RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., *Derecho Penal Español*, Parte General, 7.ª ed., Madrid, 1979, p. 687.

(3) CASTEJÓN, *Génesis y breve comentario del Código Penal de 13 de diciembre de 1944*, RGLJ, Madrid, 1945, p. 341; en el mismo sentido, FERRER SAMA, A., *Comentarios al Código Penal*, Murcia, 1946, p. 352.

(4) QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Comentarios al Código Penal*, Ed. Revista de Derecho Privado, 2.ª ed., renovada por el autor y puesta al día en textos jurisprudenciales y bibliografía por E. Gimbernat, Madrid, 1966, p. 214.

(5) ALCUBILLA, *Código Penal de 8 de septiembre de 1928, ajustado a las rectificaciones por Real Decreto de 30 de octubre y Real Decreto Ley de 10 de noviembre de 1928, con notas y concordancias*, Madrid, febrero de 1928, p. 24, cita 89 dup.

1. *Concepto de publicidad como circunstancia.*

Como ya decíamos en un trabajo anterior, la publicidad constituye una cualidad intrínseca de muchos fenómenos jurídicos que, en ocasiones, son jurídicos precisamente porque son públicos; lo que, sin duda, sucede también en el orden penal que acoge numerosas conductas delictivas cuya forma típica de exteriorización incorpora un cierto grado de publicidad. Sin embargo, junto a este concepto básico de publicidad, implícitamente expresado en el Código, nuestro legislador recoge, en la agravante genérica y en algunas modalidades delictivas, una noción distinta de publicidad que pudiéramos denominar «máxima» (6), no porque haya de ser necesariamente superior en los medios utilizados o en el número de destinatarios, aunque así sucede normalmente, sino porque se configura como una verdadera «circunstancia» de la acción delictiva, que puede concurrir o no. Esta circunstancia que, por lo común, sólo conviene a aquellas conductas delictivas que incorporan en su forma básica de comisión una cierta publicidad, razón por la cual se define en un sentido predominantemente instrumental y no constitutivo, es quizá la que ofrece un mayor interés desde el punto de vista jurídico-penal, ya que requiere una más complicada labor de delimitación en cuanto que no se halla incorporada de forma necesaria a la propia acción punible.

Sin duda, resulta difícil precisar en el ámbito del Derecho un concepto unívoco de publicidad. Existe una publicidad mercantil, otra que es relevante en el Derecho público, etc., y como ya indicábamos en el trabajo anteriormente citado, la noción de publicidad que pudiera ofrecerse, por ejemplo, desde una perspectiva iusprivatista no siempre debe compartirse en otras disciplinas jurídicas. Ni siquiera en el estricto marco del Derecho penal resulta fácil hallar un concepto generalmente admitido de la circunstancia de publicidad, y nuestro legislador parece ofrecer una buena prueba de ello cuando propone al menos dos clases de publicidad, una genérica y otra específica, que como veremos inmediatamente parecen tener un sentido diferente, no ya porque su alcance o intensidad sean diversas, sino por la propia disparidad de su naturaleza.

En primer lugar, prevé nuestro Código Penal en el número 4.º de su artículo 10 la circunstancia denominada genéricamente «de publicidad», en la que, contrariamente a lo que en buena lógica pudiera pensarse, dado su carácter general, no se nos ofrece un concepto de publicidad, habiéndose limitado el legislador a otorgar a efectos agravantes en la comisión del delito a su realización «por medio de la imprenta, radiodifusión u otro que facilite la publicidad» (7). La mayor eficacia de estos medios para conseguir que los

(6) Véase nuestro trabajo *Publicidad y Derecho Penal: una aproximación conceptual e histórica*, en ANUARIO DE DERECHO PENAL, Madrid, 1980, que recoge la distinción formulada por Quintano, op. cit., p. 214.

hechos sean públicos, es decir su conocimiento por la generalidad, otorga a la circunstancia esa cualidad de publicidad «máxima» a que anteriormente hacíamos referencia y que permite su aplicación en aquellos supuestos que, aún requiriendo cierta trascendencia pública o notoriedad o la especialidad de la escritura, no precisan para la consumación del tipo delictivo la utilización de los mencionados medios.

Como ya es tradicional en nuestro Derecho penal, el artículo 10, 4.º contiene una noción instrumental de la circunstancia de publicidad, que pone el acento más en la utilización de ciertos medios que en la efectiva existencia de publicidad. En cierto modo, esta forma de proceder es comprensible si tenemos en cuenta los motivos históricos que inspiran la agravante y, en concreto, el propósito de incrementar la tutela penal frente al uso generalizado de la imprenta, un propósito que se pone de relieve ya en los comentaristas de la Codificación de 1870 (8); pero, además, esta noción instrumental goza de una cierta justificación lógica, pues, habida cuenta que la circunstancia de publicidad está pensada de modo principal para agravar aquellas conductas cuya exteriorización supone ya una cierta notoriedad, su definición de acuerdo con un criterio constitutivo hubiese dificultado notablemente la labor del Juez, que se vería en la necesidad de ponderar dos conceptos de publicidad sustancialmente idénticos y sólo diferenciables por el grado o alcance de la notoriedad.

Ahora bien, ¿es suficiente el empleo de la imprenta, radiodifusión u otro procedimiento para que opere la circunstancia agravante? Esta parece ser la opinión de Ferrer Sama cuando afirma que basta la utilización consciente de estos medios para que se produzca «publicidad» en el sentido del artículo 10, 4.º (9) y, según creemos, es también la interpretación más razonable que cabe obtener del tenor literal del precepto comentado. No obstante, el profesor Córdoba, seguramente guiado por el propósito de restar objetivismos a un Código que tanto abunda en esta característica, estima que, según el sentido del término «facilite» consignado en la circunstancia, sólo puede proceder su aplicación cuando se ha conse-

(7) La redacción del Texto Refundido de 1944, análoga a la de los Códigos de 1870 y 1932, era: «realizar el delito por medio de la imprenta, radiodifusión u otro medio que facilite la publicidad», suprimiendo este segundo «medio» la reforma de 1963.

Solamente el Código Penal de 1928 nos ofrece en la circunstancia modificativa un concepto jurídico de publicidad, que existe cuando concurren los medios enumerados sin fijarse en la facilidad de su comisión.

(8) Vid., por ejemplo, GROIZARD y GÓMEZ DE LA SERNA, *El Código Penal de 1870 concordado y comentado*, Tomo I, Burgos, 1870, pp. 393 y s.; y BUENAVENTURA SELVA, *Comentarios al Código Penal reformado y planteado provisionalmente por Ley de 3 de junio de 1870*, Madrid, 1870, pp. 29 y 30.

(9) FERRER SAMA, A., op. cit., p. 354.

guido la publicidad del hecho (10). Esta segunda opinión es, sin duda, aceptable, si bien creemos que, en el contexto del artículo 10, 4.º, por medio que facilite debe entenderse sencillamente medio idóneo, pues si bien «facilitar» puede entenderse como «proporcionar», significa también posibilitar o allanar, es decir, hacer más fácil el camino que conduce a la efectiva publicidad, y de haberse querido adoptar la primera acepción parece que hubiese resultado superflua la enumeración de medios o procedimientos, en cuanto que lo importante no sería su utilización, sino la real obtención del efecto; precisamente, esa enumeración parece tener el sentido de orientar al intérprete acerca de los medios idóneos: lo son la prensa, la televisión o la radio, y además cualquier otro que haga posible la difusión, es decir que la facilite.

En este sentido, tal vez no ha sido muy afortunado el mantenimiento por nuestro Código vigente de la expresión «... u otro que facilite la publicidad» (11). La fórmula utilizada por el legislador de 1928, quizá censurable en cuanto al fondo, no dejaba lugar a dudas al afirmar que cuando se utilizaban determinados medios en la comisión del delito como la imprenta, grabado, teléfono, etc..., u otros análogos de difusión, había de apreciarse la existencia de publicidad y, una vez constatada, los Tribunales, teniendo en cuenta la naturaleza, accidentes y efectos de la infracción, podían aplicarla como agravante o atenuante o bien dejar de tomarla en consideración. Pero ahora la cuestión es distinta porque la publicidad no parece consistir en la simple utilización de ciertos medios, sino en el empleo de procedimientos que ayudan más eficazmente a conseguirla, que la favorecen o posibilitan; y no es fácil deducir a simple vista si la agravante se refiere a la efectiva consecución de la publicidad o a la utilización de determinados procedimientos que por esa mayor eficacia o su restringido uso pudieran revelar en el sujeto una mayor perversidad.

Como es habitual en el lenguaje de nuestra legislación punitiva, la circunstancia de publicidad se configura de manera preferentemente objetivista, pues al margen de los esfuerzos doctrinales que en honor de un elemento de culpabilidad han propiciado una interpretación más atenta a las intenciones del sujeto, parece que en su tenor literal la agravante existe aunque de hecho no se produzca efectiva publicidad. Pero, ciertamente, de aquí tampoco podemos derivar que la simple utilización de medios, incluso inidóneos, sea suficiente para considerar cumplidos los requisitos de la circunstancia 4.ª, pues, en efecto, de la propia dicción del precepto y de una interpretación unitaria y coherente de nuestro texto punitivo, así

(10) CÓRDOBA RODA, J., *Comentarios al Código Penal*, Tomo I, Ariel, Barcelona, 1972, p. 575. «La agravante no deberá ser aplicada si no obstante haberse propuesto el sujeto la publicidad del hecho, y haber incluso interpuesto un medio idóneo, ésa no se ha alcanzado».

(11) La expresión procede del Código Penal de 1870, «u otro medio análogo que facilite la publicidad», suprimiendo el de 1932 la referencia a la analogía.

como de la doctrina jurisprudencial y científica, debemos concluir que en cualquier caso es condición indispensable para la aplicación de la agravante la existencia de un ánimo específico cuyo objeto no es la realización de la conducta típica, sino precisamente su realización con publicidad (12).

La concurrencia de este elemento subjetivo que se expresa en la utilización de un medio de difusión con el propósito de lograr la publicidad es, sin duda, necesaria, pero no suficiente para la apreciación de la circunstancia que comentamos. Además, se requiere que la conducta delictiva sea susceptible de merecer un mayor reproche cuando se verifica con publicidad y, en este aspecto, es opinión unánime que no a todos los delitos conviene la aplicación de la agravante contenida en el artículo 10, 4.º, si bien, como es lógico, no existe acuerdo a la hora de proponer el catálogo de conductas susceptibles de agravación. En cualquier caso, los planteamientos doctrinales más afinados tratan de buscar en el bien jurídico tutelado por los diversos tipos penales el criterio para delimitar los supuestos en que cabe la apreciación de la circunstancia de publicidad, reduciendo en consecuencia su ámbito de aplicación a aquellos casos en los que la publicidad pueda suponer un aumento del daño producido en el bien jurídico protegido (13). Otra interpretación, que pretendiese extender el ámbito de aplicación de la agravante a figuras delictivas que, si bien pueden realizarse con publicidad, vulneran bienes jurídicos indiferentes a esta circunstancia, creemos que conduciría a resultados absurdos y contrarios a la «ratio legis» que inspira el precepto contenido en el artículo 10, 4.º: la publicidad sólo puede jugar como agravante cuando incide sobre el mismo bien jurídico que el delito, cuando la lesión del bien jurídico protegido aumenta o disminuye según se efectúe o no con publicidad. No puede, pues, aplicarse la agravación cuando el bien jurídico no es susceptible de ser más o menos lesionado por el hecho de que haya o no publicidad.

Lo que sucede, a nuestro juicio, es que este criterio, sin duda valioso, resulta inseguro e insuficiente. Inseguro porque no es fácil obtener una regla general que nos indique en cada caso si la lesión del bien jurídico se incrementa por el hecho de la publicidad o por el empleo de medios de difusión; ello será indiscutible en algunos casos, como en las calumnias o injurias que pretenden llevar el descrédito a una persona, pero en otros supuestos la solución parece más dudosa, pues incluye una referencia a la moral social, a los valores vividos por la comunidad, que si bien deben ser ponderados por el Derecho y por el juez, no son firmes ni muy

(12) Así lo exigen entre otras las sentencias de 6 de octubre de 1885, 23 de enero de 1886, 11 de enero de 1936 y 5 de febrero de 1964; en el mismo sentido, Ferrer Sama indica que la publicidad ha de ser «buscada y aprovechada por el sujeto», op. cit., p. 353, y Córdoba añade que «éste debe representarse la extensión del mal causado por la publicidad y al menos aceptar tal evento», op. cit., p. 576.

(13) Vid. CÓRDOBA RODA, op. cit., p. 575.

duraderos en una sociedad cambiante y dinámica como la actual. Ciertamente, el problema podría solucionarse si fuese el legislador, como intérprete de esa voluntad general que debe delimitar la trascendencia jurídica de los valores, quien estableciese el catálogo de bienes jurídicos susceptibles de una mayor lesión por el hecho de la publicidad pero sería probablemente una solución relativa, pues si bien ofrecería al juez una orientación segura, no impediría el progresivo desajuste de la ley a las condiciones sociales y a la propia evolución de los valores. No obstante, y con las cautelas que siempre convienen a una afirmación de este tipo, estimamos que con carácter general la publicidad debe tomarse en consideración en aquellos delitos que integren un importante elemento de injuria, entendida esta expresión en sentido amplio; lo que en verdad tampoco constituye un criterio muy seguro, ya que casi todas las conductas delictivas suponen un cierto agravio y sería necesario en cada caso ponderar el alcance e importancia del mismo en relación con todos los elementos que configuran la lesión del bien jurídico.

Por otra parte, y teniendo en cuenta el concepto predominantemente instrumental de publicidad que ofrece nuestra legislación penal, creemos que el criterio comentado es también insuficiente, pues, como decíamos anteriormente, si la circunstancia de agravación debe aplicarse siempre que la publicidad produce un incremento en la lesión del bien jurídico, no se entiende por qué se niega su trascendencia penal en conductas que presentan un fuerte componente de injuria, como algunos supuestos de lesiones, violación o incluso homicidio, que, junto a la pura agresión física, representan en muchos casos un ataque frontal a la dignidad humana y un desprecio al honor de las personas. Por ello, parece que, a la luz de nuestro Código, un criterio que también debe valorarse es el de las modalidades comisivas; no se trata de un criterio definitivo y excluyente, pero sí creemos que puede orientarnos en la interpretación de la doctrina jurisprudencial sobre el artículo 10, 4.º. La agravante de publicidad encuentra su acomodo principalmente en aquel conjunto de acciones delictivas cuya forma de exteriorización admite el empleo de alguno de los medios o procedimientos de difusión previstos en el Código o es susceptible de valerse, para lograr más eficazmente el fin delictivo, de alguna de las condiciones que facilitan la publicidad.

2. Ambito de esta circunstancia

El ámbito de aplicación de la agravante genérica deberá circunscribirse, de acuerdo con lo anteriormente expuesto, a los supuestos de publicidad mínima, es decir, a aquellos que requiriendo cierta trascendencia o publicidad, o incluso la especialidad de la escritura, no precisan para la consumación del tipo delictivo la efectiva utilización de alguno de los medios a que se refiere el artículo

10, 4.º (14). En otras palabras, la agravante genérica sólo es relevante en aquellas conductas delictivas cuya descripción legal integra un cierto grado de publicidad, de tal forma que el empleo de los procedimientos a que alude sea susceptible de incrementar el elemento «notoriedad» en atención al cual determinadas conductas han adquirido relevancia jurídico-penal. Las formas de comportamiento que, según la interpretación jurisprudencial, merecen por ejemplo el calificativo de escandalosas a los efectos prevenidos en el artículo 431, exigen siempre una cierta forma de exteriorización, una publicidad mínima (15) susceptible de extenderse por la utilización de los medios previstos en el artículo 10, 4.º; y de extenderse además en un doble sentido, ya que no ha de bastar el simple incremento material de la notoriedad, constatable mediante el examen del supuesto de hecho, sino que además debe requerirse un incremento, al menos posible, del daño. De donde se desprende que la agravante de publicidad genérica sólo adquiere trascendencia en relación con los tipos penales que, además de requerir una publicidad mínima en su forma comisiva, tutelan un bien jurídico susceptible de ser más o menos lesionado según el grado de publicidad de los hechos. El pensamiento no delinque, ni tampoco los actos que, según la moral social dominante, ofenden el pudor; su trascendencia penal exige una cierta publicidad, y precisamente la aplicación de la agravante del artículo 10, 4.º sólo es posible porque el legislador ha tomado esa publicidad como elemento cualificador de la acción. La publicidad cualifica en el tipo y cuantifica en la agravante, pero para que ésta se aplique es necesario que la publicidad haya sido considerada por el legislador en orden a cualificar para el Derecho una conducta o relación jurídicamente neutra en sí misma, pues de lo contrario el empleo de los medios descritos en el artículo 10, 4.º no sería susceptible de incrementar el daño en cuanto que en el resultado de la acción la existencia de publicidad constituiría una circunstancia puramente fáctica y sin relevancia jurídica. Para que la publicidad incremente el daño, o sea, cuantifique, es necesario primero que cuantifique, transformando una conducta humana en un supuesto de hecho con trascendencia jurídico-penal.

Pero esta caracterización, que pudiéramos llamar positiva, no es suficiente para delimitar los supuestos delictivos en que cabe considerar la circunstancia genérica del artículo 10, 4.º; su idoneidad

(14) Puede apreciarse en los delitos de escándalo público (art. 431), en los comprendidos en el Capítulo VIII del Título II (arts. 240, 241, 244 y 245), y también conforme a la actual redacción del Código en el delito de escarnio al dogma de la religión incluido en el primer supuesto del artículo 209.

(15) Aunque la Sentencia de 14 de junio de 1961 afirma, en relación con el exhibicionismo, que la existencia de este delito no se halla vinculada al mayor o menor número de escandalizados por este acto, es indudable que al menos se requiere la presencia de una persona, pero no de cualquiera, sino de una de las que racionalmente pueda esperarse que se escandalice ante la exhibición.

agravatoria exige además la concurrencia de dos características negativas, a saber: que la noción de publicidad recogida en el artículo 10, 4.º no constituya un elemento integrante del tipo (16), y que el propio Código haya previsto una modalidad específica que cualifique el tipo básico precisamente en atención a la existencia de publicidad (17).

3. *La publicidad en la parte especial: calumnias e injurias*

Junto a este concepto de publicidad que hemos llamado genérico por venir recogido en la «parte general», el legislador nos ofrece en el artículo 463 una noción que denominaremos específica por referirse en particular a un grupo de tipos delictivos, aunque no porque su sentido pueda obtenerse a partir del concepto básico, como una especialidad del mismo, ni porque su aplicación sea excepcional en comparación con la que se hace del artículo 10, 4.º; por el contrario, la publicidad del artículo 463 viene referida al núcleo de conductas delictivas en el que este elemento alcanza una mayor trascendencia, tanto en la cualificación inicial como en la cuantificación del daño.

Cierto que no es únicamente en estas modalidades delictivas en las que el Código ha recogido la comentada cláusula de «por escrito y con publicidad» (18), pero la verdad es que el artículo 463 ofrece un mayor interés, no sólo por la abrumadora superioridad estadística de su aplicación, sino sobre todo porque en él se describe el alcance del medio «por escrito» y de la circunstancia «con publicidad», aunque lo haga de tal forma que obtengamos una noción distinta y más amplia que la examinada hasta ahora en relación con el artículo 10, 4.º (19).

(16) Así sucede en los delitos de rebelión (art. 214), blasfemia (art. 239), propagandas ilegales (art. 251), en los denominados «delitos de imprenta» (arts. 165 y 165 bis), en el previsto en el artículo 432 acerca de la exposición de doctrinas contrarias a la moral pública y en los supuestos a que se refieren los artículos 126 y 164, 2.º. Finalmente, tampoco cabe apreciar la agravante genérica en el delito de apología previsto en el artículo 268 ni en el de ultraje a los dogmas de la religión que viene recogido en el segundo supuesto del artículo 209.

(17) Como cualificadora del tipo básico puede hallarse en los ultrajes a la nación del artículo 123; en las injurias o amenazas al Jefe del Estado o a su sucesor, previstas en los artículos 147 y 148; en el delito de blasfemias (art. 239) y, especialmente, en los supuestos de calumnias e injurias recogidos en los artículos 454, 459, 460 y 463.

(18) También se encuentra en el delito de blasfemias del artículo 239.

(19) Dice el artículo 463: «La calumnia y la injuria se reputarán hechas por escrito y con publicidad cuando se propagaren por medio de papeles impresos, litografías o grabados, por carteles o pasquines fijados en los sitios públicos, o por papeles manuscritos comunicados a más de diez personas.

Se equiparán a las del párrafo anterior la calumnia y la injuria emitidas ante un concurso de personas, o por discursos o gritos en reuniones públicas, o por radiodifusión, o en circunstancias o por medios análogos».

Recogiendo los criterios contenidos en la agravante genérica del Código de 1928, hoy desaparecidos en nuestro artículo 10, 4.º, el artículo 463 enumera una serie de medios y circunstancias de diversa naturaleza con el propósito de dilucidar el sentido de la expresión «por escrito y con publicidad», que se encuentra en varias ocasiones a lo largo del Título X del Libro II (20). El artículo 463 ofrece, sin duda, un concepto jurídico, pues no sólo especifica el alcance que en Derecho debe otorgarse a las expresiones del Código, sino que paradójicamente consagra un significado jurídico que es contradictorio con el significado vulgar, y en este caso lógico, de las palabras, ya que considera realizadas «por escrito y con publicidad» las calumnias e injurias «emitidas ante un concurso de personas, o por discursos o gritos en reuniones públicas...», es decir, las consumadas oralmente. Equiparación que, como ya señalase Quintano (21), no respeta el tenor literal de la cláusula contenida en los artículos 454, 459 y 460, y cuyo origen debe buscarse también en el Código de 1928, aunque éste omitiese la expresión «por escrito y con publicidad», incorporada a nuestro Código penal con el propósito de recoger los elementos esenciales que, según Carrara, caracterizan al «libelo famoso» (22).

Al margen de esta contradicción, que bien pudo evitarse con una más atenta y meditada recepción de nociones y técnicas jurídicas precedentes, lo que, sin duda, destaca del artículo 463 es su notable casuismo, nada infrecuente por otra parte en nuestro Código Penal (23). Esta forma de legislar plantea, como es sabido, numerosos problemas de interpretación en cuanto que la vida humana y las relaciones sociales ofrecen una extraordinaria riqueza de matices que difícilmente puede captar a priori la imaginación del legislador cuando emprende esa enojosa tarea de enumerar los casos particu-

(20) Como hemos visto, se halla también en el delito de blasfemias del artículo 239. Estimamos, sin embargo, que la noción de publicidad que ofrece el artículo 463 no es aplicable a las blasfemias; ante todo, porque de haberse querido la extensión, lo lógico es que así se dijese expresamente y, en segundo lugar y sobre todo, porque a tenor de dicho precepto la comisión de un delito «por escrito y con publicidad» puede verificarse oralmente, lo que supone una ampliación del sentido lógico de la expresión o, más bien, su contradicción, por lo que no debe aceptarse su aplicación más allá de los supuestos contemplados en el mismo.

(21) Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal, Tomo I, vol. II, p. 1224.

(22) Vid. Díaz Palos, Nueva Enciclopedia Jurídica, voz «calumnia», vol. III, 1951, p. 590. Este autor defiende, por otra parte, la necesidad de que nuestro texto legal incorpore una figura intermedia entre la básica y la agravada, esto es, la difamación.

(23) La configuración casuística del supuesto de hecho constituye el contrapunto del sistema de cláusula general y puede definirse, de acuerdo con Engisch, como aquella expresión «del supuesto de hecho legal (entendido como conjunto de presupuestos que condiciona la ordenación jurídica de la consecuencia jurídica) que abarca grupos de casos especiales en su específica peculiaridad», «Introducción al pensamiento jurídico», trad. E. Garzón, Guadarrama, Madrid, 1967, pp. 152 y s. (1.ª edición, Stuttgart, 1956).

lares que han de formar el supuesto de hecho legal. El problema no se presenta sólo en Derecho penal (24), pero en nuestra disciplina supera los límites de la simple opción técnica para afectar a los mismos presupuestos ideológicos del «ius puniendi» y del principio de legalidad. No es momento de detenernos en el tema, pero conviene recordar que el sistema de «cláusula general» se vincula al valor de seguridad jurídica, a la ley impersonal que, como la Justicia, cubre sus ojos ante los particularismos y las especialidades personales; es el sistema, en fin, que responde al método lógico abstracto que se halla en el origen del Derecho penal moderno. Cuando Beccaria reclamaba leyes claras y sencillas (25) tenía a la vista el Derecho penal de la monarquía absoluta (26), todavía teñido de infinidad de excepciones y desigualdades personales (27).

Tal vez hoy convenga replantear nuevamente la cuestión. Que el Derecho anterior a la revolución liberal utilizase con demasiada frecuencia las enumeraciones casuísticas no invalida el método cuando el legislador procede con fidelidad a los principios del Estado de Derecho. Cláusula general y casuismo pueden compatibilizarse perfectamente, aunque ello suponga un obstáculo al pensamiento abstracto del jurista teórico, y aún de cualquier jurista, que precisa confirmar la certeza de su ciencia en proposiciones generales y que quiere llevar el método de conocimiento al área de la producción normativa. Es más, a veces el respeto del principio «nullum crime sine lege» hace indispensable una cierta casuística.

Así pues, el casuismo del artículo 463 nos parece, en principio, una opción perfectamente lícita; e incluso comprensible si recordamos que la publicidad constituye un elemento propio de infinidad de acciones humanas y, sobre todo, si tenemos en cuenta que las conductas delictivas susceptibles de agravación incorporan en sus tipos básicos un cierto grado de publicidad, que hemos llamado mínima, pero que ciertamente no podemos delimitar con precisión, es decir, no podemos hallar un criterio sustancial que sirva para diferenciar la publicidad que cualifica el hecho de un supuesto con relevancia jurídica de aquella otra publicidad del artículo 463. De ahí la dificultad de reclamar una «cláusula general» para describir

(24) Vid., por ejemplo, las consideraciones de Starck para el Derecho público alemán, quien incluso habla de la ley como una predeterminación abierta, «El concepto de Ley en la Constitución alemana», trad. de L. Legaz, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1979, pp. 367 y s. (edición alemana, Baden Baden, 1970).

(25) «De los delitos y de las penas», primera edición, 1764; cito por la traducción castellana de F. Tomás y Valiente, Aguilar, Madrid, 1974, en especial pp. 181 y s.

(26) Sobre el tema vid. principalmente la obra de F. TOMÁS VALIENTE, *El Derecho penal de la monarquía absoluta (siglos XVI-XVII-XVIII)*, Tecnos, Madrid, 1969.

(27) El propio Beccaria añade en la obra y lugar indicados en la cita (1): «Haced que las leyes favorezcan menos a las clases de hombres que a los hombres mismos».

la noción de «por escrito y con publicidad» (28). Sólo la enunciación de medios, resultados o circunstancias podía configurar una agravante de publicidad que está pensada en función de unos tipos penales que en sí mismos implican una indudable publicidad, pues de lo contrario hubiese sido necesario contar con el auxilio de una «escala de publicidad» en la que el legislador hubiera grabado el punto a partir del cual había de entrar en juego la agravación.

Naturalmente, estas consideraciones no deben interpretarse como una defensa de la actual redacción del artículo 463, ejemplo de cómo no deben ser las leyes claras y sencillas, pues en verdad el método casuístico, siempre menos elegante que el de cláusula general, no tiene por qué recurrir a enumeraciones tan sumamente prolifas y equívocas como la del precepto reseñado.

En efecto, de su lectura cabe deducir que la publicidad referida a calumnias e injurias se define legalmente en función de un doble criterio: los medios utilizados y las circunstancias en que se produzca la acción; aquéllos aparecen recogidos en el párrafo primero y, parcialmente en el segundo (la radiodifusión) y los medios análogos), mientras que las circunstancias figuran sólo en el segundo. Sin embargo, y aunque este elemento sea el más llamativo, lo que verdaderamente diferencia a los dos párrafos del artículo 463 es la naturaleza de la acción que persigue la publicidad y que se traduce en el establecimiento de dos momentos distintos de consumación. La cualificación del artículo 463 sólo procede, tratándose de los medios enunciados en el párrafo 1.º, cuando la calumnia o la injuria «se propagaren»: en cambio, basta que sean «emitidas ante un concurso de personas...» para que deban considerarse realizadas «por escrito y con publicidad», en el caso del párrafo 2.º.

Pudiera pensarse que la diferencia responde a la propia naturaleza de los medios o circunstancias, suponiéndose que una injuria emitida ante un concurso de personas es efectivamente propagada, lo que pondría de relieve que la intención del legislador ha sido llevar el momento de la consumación al de la real propagación y no al de la simple emisión. No obstante, del párrafo 2.º cabe obtener otros resultados, ya que, en su tenor literal, deberían reputarse cualificadas las injurias o calumnias proferidas mediante gritos en reuniones públicas aun cuando las palabras no llegasen a ser audibles por más de dos o tres personas, debido a la multiplicación de gritos o al estado de agitación general. Por ello, hubiese sido preferible utilizar el mismo verbo en ambos párrafos: emitir o propagar y, a nuestro juicio, mejor el segundo que el primero. Por otra parte, si la propagación se quiere vincular a los medios y la emisión a las circunstancias, no se explica por qué «la radiodifusión» y los otros «medios análo-

(28) Noción, por otra parte, en la que el casuismo sí es inútil habida cuenta de que más tarde se describe con precisión. Bastaba con utilizar la expresión «con publicidad» y definirla luego en el artículo 463.

gos» figuran en el párrafo 2.º. La radiodifusión consiste en la difusión del sonido por medio de la radio, lo que no supone su efectiva recepción, que puede verse dificultada o impedida, por ejemplo, por motivos técnicos.

En cualquier caso, lo que parece claro es que la utilización de los medios enunciados en el párrafo 1.º no sólo ha de enderezarse a la propagación de la calumnia o injuria, sino que tal resultado ha de conseguirse efectivamente. No obstante, también aquí el precepto se muestra confuso, pues al especificar en relación con los carteles y pasquines que han de hallarse fijados en los sitios públicos (29), cabría deducir que ello no es necesario tratándose de litografías, grabados o papeles impresos. No lo creemos así: la aplicación del artículo 463 requiere que se consiga la propagación, cualquiera que sea el medio utilizado.

Ahora bien, ¿qué sucede entonces cuando los papeles o grabados no obtienen, por motivos ajenos a la voluntad del autor, la difusión deseada y, en consecuencia, las injurias o calumnias no se propagan? Teóricamente, caben al menos dos soluciones, a saber: considerar que se ha producido un delito de injurias o calumnias «por escrito y con publicidad» en grado de tentativa, o bien entender que se ha consumado la acción típica, pero sin la concurrencia de dicha circunstancia. En este sentido, Vannini señala (30) que cuando la circunstancia se refiere a los medios o en general a las modalidades comisivas es lógico admitir tentativa de delito circunstanciado si se inició el uso de tales medios, lo que evidentemente sucede en la hipótesis apuntada en que los papeles han podido ya ser impresos o grabados, pero no distribuidos.

Más precisa nos parece la opinión de Bettiol (31), que si bien reconoce la posibilidad de formas imperfectas en delitos agrabados, no las considera admisibles en relación con las circunstancias en sí mismas, de manera que cabría la tentativa de injuria con publicidad, pero siempre que se hubiesen verificado por completo las conductas enderezadas a lograr la propagación. La forma imperfecta ha de referirse, pues, a la acción de injuriar y no a la circunstancia de agravación. En este mismo sentido, Rodríguez Mourullo (32), tras examinar las tesis de Vannini y Bettiol, afirma que tratándose de agravantes integradas en el tipo puede en principio aplicarse la regla del artículo 3.º a condición de que

(29) Lo que, por cierto, no era necesario decir, al menos en relación con los pasquines, que requieren siempre su fijación en lugares públicos, como luego veremos. Sucede que el Código no utiliza la acepción rigurosa, sino una más amplia y que se ajusta mejor al significado ordinario, según la cual el cartel o pasquín existen antes de su efectiva fijación en lugar público.

(30) VANNINI, O., *Il problema giuridico del tentativo*, 2.ª ed., Milán, 1950, p. 152.

(31) Vid. BETTIOL, G., *Diritto penale*, 6.ª ed., Padua, 1966, pág. 479.

(32) Vid. RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Comentarios al Código Penal*. Vol. I. Ariel, Barcelona, 1972, p. 147.

la circunstancia que fundamenta la agravación se haya realizado íntegramente, aunque el hecho básico permanezca en una fase imperfecta de ejecución.

Creemos que este punto de vista es el más razonable, pues existiendo una figura básica plenamente consumada repugna aplicar una figura específica en forma imperfecta, cuando dicha imperfección deriva precisamente de no haberse realizado enteramente los hechos que integran la circunstancia agravatoria. Es evidente que las dos clases de injurias o calumnias, definidas en función de la comentada circunstancia, representan dos figuras en que es difícil hallar puntos intermedios. La norma específica debe primar sobre la general, pero sólo a condición de que la conducta satisfaga todos los elementos en ella requeridos, pues de lo contrario se corre el riesgo de transformar lo específico en general.

Pero la exclusión de formas imperfectas deriva no sólo de estas consideraciones, ya que en principio y de acuerdo con ellas, pudiera concebirse la consumación de la circunstancia y la frustración de la acción típica. Esta posibilidad debe excluirse, a nuestro juicio, en el supuesto de las injurias o calumnias. Si éstas no se consuman existirá una tentativa, pero no de la figura agravada, sino de la básica, siempre que admitamos naturalmente la posibilidad de formas imperfectas (33). El motivo es que la publicidad constituye un «plus» que lógicamente ha de concebirse como posterior a la injuria o calumnia, de manera que su comisión imperfecta impide considerar realizada la conducta que integra la circunstancia de agravación. En ocasiones, los hechos que definen la agravante se producen con anterioridad o coetáneamente a la acción punible, por lo que resulta posible consumir éstos e intentar aquéllos (34). No creemos que suceda así con las injurias o calumnias, que necesitan consumarse para que se propague; ciertamente, es pensable la iniciación de la conducta enderezada a la publicidad antes de consumir la acción típica, pero no parece posible finalizar aquélla por completo permaneciendo la injuria en forma imperfecta, sobre todo teniendo en cuenta que se requiere efectiva propagación.

Ya hemos aludido anteriormente a alguno de los problemas que plantea la, a nuestro juicio, recusable técnica del precepto; para

(33) Según la opinión dominante, las injurias no constituyen delito formal en todo caso, pues como indica Rodríguez Devesa, la actividad del agente puede descomponerse en varios actos para conseguir que llegue la ofensa a conocimiento del agraviado, por lo que son pensables las formas imperfectas cuando se cometen por medio de actos o por escrito. Vid. RODRÍGUEZ DEVESEA, J. M., *Derecho Penal Español*. Parte Especial, 7.ª ed., Madrid, 1977, p. 210; DÍAZ PALOS, op. cit., pág. 588, y QUINTANO-GIMBERNAT, *Tratado de la Parte Especial de Derecho Penal*. Tomo I, vol. II, 2.ª ed., Revista de Derecho Privado. Madrid, 1972, pp. 1252 y ss.

(34) Por ejemplo, en el asesinato premeditado la circunstancia constituye un plus de la acción, que luego puede frustrarse.

finalizar con esta cuestión nos referiremos ahora a ciertas dificultades de interpretación sobre el alcance y las condiciones requeridas para la apreciación de los diversos medios o circunstancias recogidas en el artículo 463. Así, en relación con los papeles manuscritos, el párrafo 1.º exige que se comuniquen a más de diez personas para considerar la conducta agravada por la publicidad; sin embargo, tratándose de medios mecánicos o de calumnias o injurias orales no se señala ningún límite mínimo de propagación. En relación con las formas orales tal vez no exista dificultad en extender el requisito de la comunicación a más de diez personas (35), de manera que la calumnia manuscrita o emitida ante un número escaso de personas pasaría a integrar el tipo básico, y en el supuesto de injurias leves constituirían la falta prevista en el artículo 586, 1.º.

Por lo que se refiere a los medios mecánicos, si bien la Sentencia de 25 de octubre de 1951 propone la aplicación del requisito aludido, la solución nos parece más discutible, ya que la omisión en este caso creemos que ha sido intencionada y responde a la vieja idea de que la utilización de la imprenta o el grabado, antes más dificultosa y minoritaria que hoy, entraña una superior perversidad en el agente, que se supone que ha previsto mejor las consecuencias de la infracción, por lo que su mera utilización acompañada de una difusión mínima, incluso inferior a diez personas, sería suficiente para integrar la circunstancia comentada. No obstante, y teniendo en cuenta que siempre es necesaria la propagación y que ésta supone multiplicación del conocimiento (36), parece correcto unificar el criterio numérico y exigir como mínimo la divulgación entre diez personas en cualquiera de los supuestos del artículo 463.

También por lo que se refiere a la extensión que alcance la propagación, cabe preguntarse si la exigencia del elemento subjetivo requerido en esta figura debe comprender también el conocimiento del número de destinatarios o, por el contrario, en este aspecto debemos rendir fidelidad a la prolongada tradición objetivista de nuestro Derecho penal, no abandonada en el Código vigente. Según creemos, no es preciso que el autor se represente con toda precisión el número o la personalidad de los sujetos conocedores de la ofensa, pues en ciertos casos tal exigencia sería incompatible con la naturaleza misma del medio utilizado. Sin embargo, y en honor de un elemento subjetivo que juzgamos fundamental a la hora de delimitar la responsabilidad en el ámbito punitivo, debe requerirse que el agente haya podido prever razonablemente el número aproximado de personas a cuyo conocimiento habría de llegar la injuria o calumnia en el supuesto de utilizar determinados medios o de realizarla en ciertas condiciones.

(35) En este sentido, la sentencia de 25 de octubre de 1951.

(36) Del latín *propagare*, de *pro* (por) y *pagus* (distrito).

Naturalmente, y siempre a partir del número convencional de diez personas, el que se divulgue la ofensa más o menos no puede resultar indiferente y así una reiterada jurisprudencia (37) viene manifestando que la extensión de la publicidad lograda por el culpable sólo sirve para graduar la extensión de la pena, a lo que hoy debe añadirse la previsión contenida en el artículo 4, 5.º de la Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales (38). En efecto, dicha ley, además de reducir los presupuestos de perseguibilidad al establecer que para los casos del artículo 463 «basta denuncia de la persona agraviada o de su representante legal...» (art. 4, 1.º), ordena que la indemnización por perjuicios materiales y morales deberá fijarse expresamente en la sentencia (39), teniendo en cuenta «el agravio producido y el medio a través del cual se cometiera el delito o falta, así como la difusión del mismo» (40). De donde se desprende que el alcance de la propagación no sólo sirve para graduar la pena, sino también la indemnización.

La profusión de tipos y circunstancias relacionados con la publicidad, ya sea porque la incorporen en su definición, la acepten como agravante o pretendan describir sus caracteres a la vista de una figura concreta, es sin duda causa de perturbación, sobre todo en un Código como el nuestro, formado y reformado con aportaciones diversas y cuya imperfección técnica deriva muchas veces de esa pluralidad de fuentes no siempre bien ajustadas en un cuerpo legal que debe ser coherente. En este aspecto, no podemos pasar por alto la comparación entre los tipos recogidos en el artículo 463, respecto de los cuales el legislador ha previsto una figura agravada, y las calumnias e injurias que integran el Capítulo VIII del Título I, que se caracterizan en función del sujeto pasivo: la Autoridad o funcionario público «en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de éstas»; paradójicamente, aquí el Código no recoge ninguna figura agravada análoga a la del artículo 463, por lo que sólo cabe apreciar la circunstancia genérica del artículo 10, 4, cuyos resultados penales son menos rigurosos.

El fenómeno es anómalo en un doble sentido. Ante todo, porque desde un punto de vista teórico no es fácil entender que una misma conducta delictiva modifique su régimen jurídico en relación con una circunstancia que afecta a la acción por el simple cambio del sujeto pasivo. Pero es que, en segundo lugar, lo lógico en el planteamiento del Código hubiese sido que las injurias o calumnias fuesen en todo caso tratadas con más rigor cuando se

(37) Sentencias de 28 de octubre de 1911, 3 de diciembre de 1934 y 27 de noviembre de 1978.

(38) Ley 62/78, de 26 de diciembre.

(39) Frente a la reserva de acciones civiles que establece el artículo 112 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que se conserva para el tipo básico. Vid. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español*, parte especial, Suplemento a la 7.ª edición, p. 55.

(40) Nótese la inconveniencia de hablar de faltas.

dirigen contra una Autoridad o funcionario, ya que, como reiteradamente señala nuestra jurisprudencia, «los delitos contemplados en el Capítulo VIII constituyen una modalidad agravada de la calumnia, injuria y amenaza por razón del sujeto que la recibe» (41). En cualquier caso, lo que no se comprende es que la publicidad de la conducta genere mayor severidad cuando se protege el honor de los particulares que cuando se tutela el prestigio y buen nombre de las autoridades o funcionarios.

El problema examinado presenta una indudable importancia para el objeto de nuestro trabajo, ya que un somero estudio de la jurisprudencia nos indica que la circunstancia genérica del artículo 10, 4 no es tan genérica como cabría deducir de su ubicación sistemática, sino que más bien parece pensada exclusivamente para agravar las conductas de injurias o calumnias; existiendo una modalidad específica para las figuras del artículo 463, resulta entonces que la eficacia real del artículo 10, 4 se circunscribe en la práctica al Capítulo VIII del Título I. La consecuencia inmediata es que el catálogo de medios y resultados que integran la publicidad no es el mismo en todo caso, sino que la coincidencia es sólo parcial, ya que el concepto que se deduce del artículo 463 es más amplio que la agravante genérica, de manera que, en relación con autoridades o funcionarios, sólo cabe agravar la responsabilidad cuando se utiliza la imprenta, radiodifusión u otro medio que facilite la publicidad, pero no según creemos, cuando las injurias son orales o manuscritas, ya que estas últimas resultan equiparadas por la figura especial del artículo 463 y, por lo tanto, deben considerarse excluidas de la circunstancia genérica; en otro caso, no hubiese sido preciso «equipararlas», pues un concepto sólo se equipara a otro cuando es distinto. Todo ello prueba, por otra parte, la ausencia en nuestro Código de un concepto unívoco de publicidad, ni siquiera en relación con la misma clase de figuras delictivas.

Debe tenerse en cuenta, además, que los artículos 240 a 245 constituyen normas en blanco, en el sentido de que la determinación de las conductas que integran las calumnias o injurias allí recogidas debe buscarse en el Título X. Y lo mismo sucede con los criterios que miden su gravedad, enunciados en el artículo 458 para las injurias y en el 454 para las calumnias; según este último precepto, son graves las calumnias que se propaguen por escrito y con publicidad.

Ahora bien, si la gravedad de las calumnias se determina en función de la publicidad, parece evidente que repugna aplicar a esta figura la agravante genérica; si es leve, porque la publicidad la convierte en grave, y si es grave, precisamente en virtud de esa publicidad, porque la misma circunstancia no puede cualificar y agravar al mismo tiempo. En consecuencia, ¿cómo aplicar a los

(41) Sentencias de 21-X-72 (4163), 25-X-74 (3964), 3-VIII-75 (3059) y 16-XI-77 (4263), entre otras muchas.

supuestos del Capítulo VIII la agravante genérica? Salvo que intentemos buscar los criterios de gravedad prescindiendo del elemento comentado (42), lo que no resulta fácil, parece que la circunstancia genérica no debe agravar las conductas del Capítulo VIII, lo que supone que la sanción sería inferior a la que correspondería en el supuesto básico de la calumnia contra particulares.

El fenómeno comentado se produce en otros supuestos, lo que pone en entredicho la afirmación de que en el Capítulo VIII se recoge una modalidad agravada de los delitos contra el honor en razón del sujeto que las recibe. Así, por ejemplo, en la hipótesis de calumnias prevista en el artículo 244 resulta que si aplicamos la circunstancia genérica de publicidad, que sólo eleva la pena al grado máximo, la sanción sería inferior en un grado a la establecida para tutelar el honor de los particulares (43). Finalmente, y sin ánimo exhaustivo en la enumeración de posibles incongruencias, indiquemos que la omisión de las calumnias en el artículo 245 provoca una mayor severidad cuando el sujeto pasivo es un funcionario que cuando se trata de una autoridad, ya que en el primer caso es preciso acudir a los supuestos ordinarios del Título X (44).

En definitiva, todos estos problemas son consecuencia de un escaso rigor técnico. Ya hemos indicado que la circunstancia pretendidamente genérica del artículo 10, 4 encuentra su acomodo casi de forma exclusiva en los delitos contra el honor. De querer mantenerla, en razón de esa presunta abstracción que quiere acompañar a la «parte general», lo lógico es no crear figuras cualificadas por la publicidad, y menos en relación con los tipos que naturalmente aceptan la aplicación de la circunstancia genérica. Si, por el contrario, se estima que las injurias y calumnias deben tener una modalidad cualificada por el hecho de la publicidad, no se comprende su previsión para las formas ordinarias del Título X y su omisión en el Capítulo VIII. En realidad, ya parece discutible la existencia de una doble tipificación motivada por la diferente cualidad de los sujetos pasivos, pero, en cualquier caso, los delitos comprendidos en el Capítulo VIII deberían gozar de esa misma cualificación incorporando al menos ese concepto de gran publicidad que ofrece el artículo 463, de mayor amplitud que la agravante genérica. Ciertamente, en este caso ¿qué sentido tendría mantener la circunstancia genérica, de aplicación excepcional ante las modalidades cualificadas que casi monopolizarían toda la relevancia jurídica de la publicidad?

(42) En este sentido, Jaso, en *Derecho Penal*, de Antón Oneca-Rodríguez Muñoz, tomo II, Madrid, 1949, p. 95.

(43) Según Rodríguez Devesa, la incongruencia debe salvarse mediante el concurso de delitos del art. 68 entre los arts. 244 (calumnia contra la autoridad) y el 454 (calumnias contra particulares por escrito y con publicidad), ob. cit., p. 764.

(44) Lo mismo cabe decir lógicamente de los particulares respecto del supuesto contemplado.

IV.—EXAMEN DEL PROYECTO DE CODIGO PENAL Y SOLUCION QUE SE PROPONE

Aunque lógicamente no podemos conocer todavía la decisión del nuevo legislador acerca del problema discutido en este trabajo y sería aventurado preverlo, teniendo en cuenta el largo camino parlamentario que ha de recorrer el Proyecto de Código penal (45), parece obligado comentar, siquiera sea brevemente, la redacción que ofrece el citado Proyecto sobre la circunstancia genérica de publicidad y las enmiendas que a la misma se han presentado.

Según la primera redacción que conocemos y que figura en el denominado Anteproyecto de Código Penal, agrava la responsabilidad criminal «realizar el hecho con cualquier clase o medio de publicidad divulgadora del daño» (46). No puede decirse que la fórmula sea innovadora ni en cuanto al fondo ni en cuanto a la redacción; se recoge esa doble referencia a la «clase o medio» de publicidad que juzgamos innecesaria, aunque no perturbadora, ya que, en definitiva, entendemos que sólo caben dos clases de publicidad, la oral y la escrita, que pueden servirse de cualquier medio, desde la palabra hasta el más sofisticado procedimiento de difusión. Lo que sucede es que al vincular clase y medio mediante la conjunción «o» parece que la publicidad puede aparecer en cualquiera de sus clases o bien utilizar cualquiera de los medios, cuando en realidad la publicidad siempre pertenece a una clase y utiliza un medio. Por otra parte, el verbo divulgar que se utiliza en la redacción comentada tiene un alcance más restrictivo que otros que también fueron propuestos (por ejemplo, «que aumente el mal del delito»), pero nos parece correcto y ajustado a la realidad de este tipo de conductas, ya que expresiones como divulgar, propagar o difundir parece que aluden siempre a ideas o conceptos, que es el ámbito propio de la circunstancia de publicidad. Expresiones como «aumentar el mal del delito», sin duda más generales y que recuerdan los términos de la agravante de ensañamiento, no describen, en cambio, lo que son las conductas cuya exteriorización admite la agravante de publicidad. Bien es cierto que al utilizar el verbo divulgar o propagar el mismo legislador está confesando los propios límites de la circunstancia y la escasa justificación de su predicada cualidad de «genérica», como tuvimos ocasión de comprobar en los epígrafes anteriores.

Más precisión quiso dar a sus palabras el Proyecto de Código Penal, presentado por la Comisión General de Codificación, cuan-

(45) Cuando escribimos estas líneas aún no se conoce la Ponencia que ha de discutir las 1.801 enmiendas propuestas y que deberá presentar el correspondiente Informe a la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados.

(46) Anteproyecto de Código Penal, artículo 26, circunstancia 8.ª.

do dice que constituye motivo de agravación «realizar el hecho con cualquier clase de publicidad o medio de difusión que propague el daño». El verbo «propagar» es sinónimo de «divulgar», si bien en castellano parece sugerirnos una mayor amplitud, es decir, que puede definir mayor número de conductas (47). En segundo lugar, la nueva redacción especifica que la «clase» es de publicidad y el medio de «difusión», pero ello no creemos que elimine la objeción antes apuntada; bastaría decir que la circunstancia se produce cualquiera que sea la clase de publicidad, pues todo medio de difusión supone siempre una clase de publicidad, y, a la inversa, para lograr el fin siempre es necesario utilizar un medio.

Aunque las consideraciones precedentes en general creemos que siguen siendo válidas para esta formulación del Proyecto de Código Penal, la nueva redacción presenta no obstante algunas novedades de interés. En primer lugar, antes la publicidad se concebía como el efecto de una conducta (48), mientras que ahora aparece como una conducta en sí misma cuya consecuencia ha de ser la propagación del daño: la circunstancia se produce cuando el hecho se realice con publicidad que propague el daño. Por otra parte, la referencia a «cualquier medio de difusión» evita los problemas que siempre derivan de las cláusulas enumerativas. En segundo lugar, tanto la expresión «divulgadora del daño» como, sobre todo, la definitiva incluida en el Proyecto «que propague el daño», suponen también una modificación importante. Frente a la razonable duda que surge de la redacción vigente, el nuevo texto facilita una interpretación menos instrumental, ya que parece requerirse una efectiva consecución de la publicidad; no basta el medio idóneo, es decir, capaz de producir la publicidad, sino que ha de propagarse el daño, de manera que es esta propagación lo que genera la aplicación de la agravante y no la mera utilización de determinados medios de difusión, que no siempre ayudarán a conseguirla. En este sentido, parece más acertada la redacción incluida en el Proyecto, pues la expresión «divulgadora del daño» pudiera tal vez entenderse como abstractamente divulgadora, es decir, como medio idóneo en general, mientras que la forma gramatical que aparece en el Proyecto parece sugerir la efectiva propagación: «que propague el daño» Se confirma así el verdadero sentido que debe tener la agravante, excluyendo un concepto de publicidad puramente instrumental.

Ahora bien, al margen de que en general juzguemos positiva la nueva redacción que de la agravante de publicidad ofrece el

(47) Según el Diccionario de la Lengua Española, propagar significa «extender, dilatar o aumentar una cosa», «extender el conocimiento de una cosa o la afición a ella». Real Academia Española. Decimonovena edición. Madrid, 1970, p. 1072.

(48) «Realizar el delito por medio de la imprenta, radiodifusión u otro que facilite la publicidad».

Proyecto de Código Penal, y fuera de los supuestos especialmente previstos donde la publicidad representa un elemento inherente o una figura de cualificación, ¿tiene una verdadera relevancia, no ya en la reflexión teórica, sino en la experiencia jurídica, la existencia de una circunstancia genérica de publicidad? Probablemente, un estudio estadístico que en esta ocasión no hemos realizado nos llevaría a la conclusión de que la publicidad sólo adquiere importancia práctica en muy determinados tipos penales, a saber, en los delitos de injurias, calumnias y, en general, en todos aquéllos que protegen la fama, la dignidad o el respeto debido a personas e instituciones. Es decir, que el único bien jurídico que parece susceptible de ser especialmente ofendido o lesionado por la circunstancia de publicidad es el honor, entendido éste en un sentido amplio. Tal vez, debamos añadir otra serie de conductas como el escándalo público o el escarnio al dogma de la religión, en las que, sin detenernos ahora en su análisis o crítica, se pretenden tutelar los valores morales vigentes en una sociedad; pero, no obstante, parece que todos estos supuestos pueden reconducirse a la categoría del delito de opinión, esto es, que la publicidad se aplica casi exclusivamente a aquellos tipos que constituyen el límite penal al ejercicio de la libertad de expresión (49).

Estas consideraciones nos llevan a preguntarnos si en verdad tiene justificación el mantener la publicidad como circunstancia genérica, es decir, si acaso no se ajustaría mejor a lo que es la experiencia jurídica el prever en cada supuesto concreto que lo requiera una modalidad agravada, de la misma manera que en las calumnias e injurias del Título X; no deja de ser significativo que precisamente en aquel tipo penal en el que la publicidad tiene una mayor relevancia práctica se haya previsto de una manera específica una modalidad agravada y lo que es más, una modalidad específica que como hemos visto no coincide plenamente con el concepto genérico de la agravante de publicidad. Y la propia técnica seguida por el Código nos lleva a preguntarnos qué sentido tiene mantener la circunstancia genérica de publicidad cuando en realidad el precepto que llamamos genérico es un precepto excepcional desde el momento en que es la noción específica contemplada en el artículo 463 la que se aplica continuamente por nuestros Tribunales.

Estimamos que el mantenimiento de una circunstancia agravante de publicidad, en principio de general eficacia, sólo puede

(49) Excepcionalmente, quizá pueda pensarse en los delitos de rebelión o afines, propagandas ilegales o el denominado delito de imprenta, pero estimamos que en estos casos la consideración de esta circunstancia respondería a una «ratio» muy diferente que, en cualquier caso, podría tipificarse de forma específica, como así sucede, pero no asimilarse a la agravante genérica, concebida con otra finalidad. Por otro lado, indiquemos que, por ejemplo, en el delito de rebelión nos parece muy discutible y forzada la aplicación de una circunstancia de publicidad y que incluso dudáramos si su sentido habría de ser siempre agravatorio.

responder a un residuo histórico que si no resulta perturbador, como antes hemos señalado, es por la razonable interpretación que nuestro más alto Tribunal ha hecho de ella; porque, si pregonar mediante el escrito una determinada conducta ilícita constituye motivo de agravación de la responsabilidad criminal, ¿por qué otra conducta, que no requiere una subjetividad distinta, ni unas condiciones diferentes de ejecución material, no ha de provocar una agravación en el reproche penal, pues se ha utilizado ese mismo procedimiento que en palabras de nuestro Código vigente «facilita la publicidad»? La respuesta que nos ofrece la doctrina a esta pregunta nos parece escasamente satisfactoria o, por mejor decir, casuística. Se está pensando en efecto, que determinados bienes jurídicos no son susceptibles de ser más o menos lesionados según exista o no publicidad; y ello porque se atribuye a esos bienes jurídicos unas cualidades que se entienden intrínsecas pero que en realidad no parecen pertenecer a su propia esencia sino a una circunstancia que pudiéramos llamar exterior e históricamente cambiante como es la conciencia social que existe en relación con esos bienes o con las conductas que les afectan. Las lesiones, por ejemplo, se dice que no merecen mayor reproche penal cuando se realizan en público; pero ello no sucede «por naturaleza», sino porque entendemos que esa conducta es un delito contra la integridad física de las personas y suponemos que esa integridad no resulta más dañada por el hecho de la publicidad. Sin embargo, según creemos, las lesiones incorporan también un elemento de injuria (50), que sin duda lo consideramos secundario, pero que puede ser relativamente importante cuando el ataque a la integridad física es de mínima cuantía. Es más, si llegásemos a considerar que el daño físico provoca un correlativo daño moral, ¿no sería comprensible suponer que la ofensa es mayor cuando se realiza en público? En definitiva, lo que queremos indicar es que la publicidad se relaciona con una serie de conductas y bienes jurídicos que resultan especialmente sensibles a los cambios de opinión y que desde un punto de vista técnico no siempre es fácil delimitar con precisión los motivos que justifican la aplicación de la circunstancia en unos casos y no en otros.

Por todo ello y teniendo presentes las consideraciones que hicimos en los epígrafes anteriores, hoy, con motivo de la discusión del nuevo Código penal, nos atreveríamos a proponer la desaparición de la circunstancia agravante de publicidad (51), y su toma

(50) QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Tratado de la Parte Especial de Derecho Penal*. Tomo I. Ed. Revista de Derecho Privado, pp. 613 y ss., y BARBERO SANTOS, Marino, *Honor e Injuria en el Derecho Romano*, en «Estudios de Criminología y Derecho Penal», Universidad de Valladolid, 1972.

(51) Coincidimos en este punto con el criterio de la enmienda número 293 del Grupo Parlamentario Socialista, único grupo que, según creemos, solicita la supresión de la circunstancia 8.ª del art. 28, basándose en la siguiente motivación: «La penalización específica de los delitos cometidos a través de los medios de difusión a los que es inherente, la hace normalmente superflua y su extensión a otros casos podría resultar peligrosa».

en consideración exclusivamente en aquellos supuestos delictivos en los que tenga una verdadera relevancia.

Agravar las injurias, calumnias y, en general, todas aquellas conductas que el legislador como intérprete de la conciencia social estime que conllevan un «plus de maldad o de daño» cuando son realizadas con publicidad; una conciencia social que ciertamente es histórica y cambiante, pero que no lo es más que la ley pese a que ésta quisiese presentarse en la filosofía racionalista como una manifestación de la razón eterna o natural y ajena al devenir de las sociedades.

Con lo que proponemos se lograría por otra parte una verdadera adecuación de la modalidad agravatoria a la conducta básica evitando así la difícil labor interpretadora que nos obliga a entender la publicidad en sentidos no siempre coincidentes según la conducta que se trate de agravar. Merece la pena intentar una formulación específica de la publicidad en aquellos tipos que no requiriéndola por sí mismos la acepten sin embargo como circunstancia que añade ese plus de maldad o de daño a que antes nos referíamos.

En definitiva, nuestra propuesta consiste sólo en que el legislador asuma, al menos parcialmente, una función que hasta ahora desempeñaban, con acierto y prudencia casi siempre, los Tribunales de Justicia. A él le corresponde determinar qué conductas pueden ser agravadas por la publicidad y qué debe entenderse en cada caso por publicidad, de acuerdo y en conexión con las características del tipo. Bien es cierto que se propiciaría tal vez un mayor casuismo y que se perdería ese punto de referencia relativamente abstracto que es siempre una circunstancia incluida en la «Parte General» (52). No olvidamos que gracias a las partes generales de los Códigos modernos se lograron incorporar muchos elementos de humanización y racionalización al Derecho penal, pero tampoco parece buena técnica llevar a lo general lo que es particular. La parte general es fruto de una abstracción sobre los tipos penales que constituyen, histórica y lógicamente, la base del ordenamiento punitivo, pero para que esa abstracción ofrezca resultados positivos es necesario que opere sobre fundamentos firmes, es decir, que el «concepto» obtenido con vocación de ser aplicado generalmente pueda ver corroborada esa vocación en la experiencia jurídica diaria, lo que, a nuestro juicio, no sucede con la publicidad.

(52) Conviene tener en cuenta que en algunos países, como Alemania y Suiza, la única circunstancia agravante que figura específicamente como tal es la reincidencia, mientras que en otros, como Francia e Italia, que mantienen la enumeración genérica, no se incluye la circunstancia de publicidad.

«Acto, resultado y proporcionalidad»(*)

(Aportación a la reforma del Código penal español)

GONZALO QUINTERO OLIVARES
Catedrático de Derecho Penal

En los últimos años la dogmática penal ha llegado a algunas conclusiones, que pueden ya considerarse como unánimes, respecto a una serie de cuestiones fundamentales del delito y la pena. El movimiento renovador que en lo que concierne a Alemania fue propiciado por la ingente labor colectiva de configuración del nuevo Código penal, tarea que dio lugar al Proyecto Alternativo de Código (1), y que en Italia ha supuesto la entrada fulminante del análisis político en la dogmática, debido en especial a los trabajos del grupo de penalistas vinculado al Centro de Estudios para la Reforma del Estado (2); parece en cambio que todavía no ha comenzado a desarrollarse plenamente en España, al menos de una manera organizada y planificada (3). Frente a esto se ha producido ya el anuncio oficial de la redacción de un nuevo Código penal que, espero, no estará aún elaborado cuando estas líneas vean la luz.

(*) Es para mí un honor contribuir con este modesto trabajo al merecido homenaje que se rinde al profesor Antón Oneca, cuya obra nos sirve de permanente orientación en el quehacer de penalistas.

(1) El Proyecto Alternativo de Código penal era más avanzado político-criminalmente que el Proyecto oficial; algunas de las propuestas del Proyecto Alternativo serían recogidas en el texto definitivo o bien variarían ciertas disposiciones. La Parte General del Alternativ-Entwurf apareció en 1966 (2.ª edición en 1969), mientras que la especial ha ido publicándose parcialmente los años 1968, 1970, 1971.

(2) Este grupo tiene como principal órgano de expresión la revista «La Questione Criminale», que comenzó a publicarse en 1975. Entre sus miembros cabe destacar a Bricola, Baratta, Melossi, Sgubbi, Pavarini, etc.

(3) Que no significa que no existan las preocupaciones, sino que, a diferencia de lo ocurrido en Alemania e Italia no se han manifestado a través de grupos organizados. Si en este lugar he citado los ejemplos alemán e italiano ha sido a fin de aprovechar la ocasión para destacar la perentoriedad de una reacción organizada de los penalistas españoles ante la inminencia de un nuevo Código.

¿Será un nuevo Código o será una «reforma» más o menos profunda del actual (4)? Es este el pilar básico del problema. Solamente un nuevo Código puede acometer esas cuestiones fundamentales del sistema que en modo alguna podrán variarse de conservarse la antigua arquitectura por mucho que se quiera remozarla. Y, sí en el mejor de los casos será un nuevo Código, es urgente adelantar presupuestos a respetar ineludiblemente, que no son ciertamente un invento de los penalistas españoles, sino tan sólo expresan un sentir generalizado en nuestra órbita cultural.

En otro lugar me he referido a problemas concretos como el de la determinación de la pena. Aquí, en cambio, pretendo destacar algunos problemas que no por sabidos pierden su importancia, y que se inscriben en el ámbito de la técnica penal o de los tipos penales en relación con una serie de principios básicos que los mismos deben acatar.

Es sabido que como principios fundamentales del sistema penal se invocan hoy los de mínima intervención (5), protección exclusiva de los valores ético-sociales imprescindibles para la convivencia —que se configuran como bienes jurídicos tutelados (6)—, seguridad jurídica (7), respecto a la idea de Estado de Derecho, humanitarismo, legalidad de los delitos, las penas, el proceso, y la ejecución, legalidad que se entiende en una dimensión no formalista sino plena de contenido material que arranca de la vinculación misma a las garantías constitucionales y a los fines que de esas garantías se desprende corresponde al aparato represivo (8), y respeto, por último, a los principios de culpabilidad y proporcionalidad (9), condensadores, en la aplicación concreta del sistema punitivo, de buena parte de esos principios ge-

(4) Un nuevo Código implica una nueva filosofía política y político-criminal; por eso no fueron «nuevos» Códigos las sucesivas reformas del texto de 1944 (Vid. RODRÍGUEZ MOURULLO, «Derecho Penal», Madrid, Civitas, 1977, p. 48). Sobre el papel de los penalistas en la elaboración de un nuevo Código me remito a ANTÓN: «Notas críticas al Código penal. Las decisiones». Estudios Penales, Homenaje al P. J. Pereda, Bilbao, 1965, pp. 775-776.

(5) Sobre el principio de mínima intervención y sus consecuencias, vid.: MUÑOZ CONDE, «Introducción al Derecho penal», Barcelona, 1975, pp. 59 y ss.

(6) El significado del bien jurídico es crucial para la política criminal. Eso explica la coincidencia entre la creciente preocupación por la función de la política criminal y la renovación de los estudios sobre el bien jurídico. Sobre el tema recientemente cabe destacar el libro de Annelung «Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft», 1972, y el de Hassemer «Theorie und Soziologie des Verbrechens», 1973; un análisis de ambos en Bustos, «Política criminal e injusto», Comunicación presentada al Congreso de la AIDP, Madrid-Plasencia, 1977; del mismo, «Consideraciones en torno del injusto», en Nuevo Pensamiento Penal, Homenaje a Welzel, Buenos Aires, 1974, p. 33 y ss.

(7) Vid. MIR, «Introducción a las bases del Derecho penal», 1977, p. 143 y siguientes.

(8) Sobre el significado de la legalidad de la intervención del poder punitivo me ocupé en mi libro «Represión penal y Estado de Derecho», Barcelona, 1976. El mismo problema puede verse también en MUÑOZ CONDE, op. cit., p. 79, R. MOURULLO, op. cit., p. 58 y ss., y MIR, op. cit., p. 151 y ss.

(9) Vid. R. MOURULLO, op. cit., p. 53 y ss.; MIR, op. cit., pp. 153 y ss.; JESCHECK, «Lehrbuch des Strafrechts», 1972, p. 14 y ss.; SCHMIDHAUSER, «Strafrecht», AT, 2.ª ed., 1975, pp. 28 y s.

nerales en relación con un individuo concreto. A todo ello es imprescindible añadir las nuevas aportaciones sobre el sentido de la pena y el tratamiento penitenciario, materia en la que los planteamientos tradicionales o meramente reformadores han llegado ya a una situación límite (10).

Lógicamente, no me puedo ocupar en esta modesta aportación del significado y la trascendencia que en un texto penal positivo deben tener cada uno de esos principios. Nuestro futuro Código habrá de reflejarlos, traduciéndolos en fórmulas legales. En el reducido ámbito de estas páginas intentaré únicamente destacar algunas de las consecuencias que la idea de proporcionalidad implica en orden a la modelación de las estructuras de comportamiento punible.

Sería prolijo plantear previamente en toda su profundidad el debate que en la actualidad se desarrolla entre los conceptos de culpabilidad y de proporcionalidad (11). La disputa, frecuentemente, se desquicia en la medida en que se quiera entender que la proporcionalidad es un «sustitutivo» de la culpabilidad, en lugar de lo que en realidad debe ser: una visión más racionalizada y científicamente aprehensible de un problema crucial. Ese problema no es otro que el de la necesidad de un equilibrio aceptable entre los presupuestos de la reacción punitiva y la reacción misma, tanto en el estadio de la conminación del castigo como en el ulterior momento de aplicación de una pena a un autor concreto. Con la proporcionalidad no se pretende resolver aquellos problemas que como el libre albedrío (o la capacidad de determinarse libremente con arreglo a motivos), o la posibilidad de un «reproche personal» a formular judicialmente, atormentan a la culpabilidad. A mi juicio, la proporcionalidad lo que persigue es una solución que supere esos escollos, de índole prepenal, salvando todo aquello que la culpabilidad supone en la vida del sistema positivo, y que se condensa en lo teórico en el fundamento de una serie de casos de exclusión de la responsabilidad, en otros supuestos mitigación de la misma, y en la explicación de la reacción punitiva. La aportación que la culpabilidad hace a un sistema penal moderno, por consiguiente, no puede ni ser discutida (12). Lo que sí puede rechazarse es la explicación que

(10) Sobre ello, recientemente, «Giustizia penale e riforma carceraria in Italia», por Bricola y otros, Roma, Ed. Riuniti, 1974, así como el núm. 2 de 1976 de *La Questione Criminale*. Además, el importante libro de R. P. CALLIES, «Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat», 1974.

(11) Vid.: A. KAUFMANN, «Schuldprinzip und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz», *Fests.f.Lange*, 1976, pp. 27 y ss.; y el trabajo, duramente criticado por Kaufmann, de Ellscheid y Hassemer «Strafe ohne Vorwurf», 1970.

(12) Señala al respecto MIR (op. cit., p. 158) que el principio de proporcionalidad afecta al injusto del hecho, mientras que la atribución del mismo a su autor se efectúa en función de la culpabilidad. Pero, a mi juicio, no es imprescindible el recurso al concepto de culpabilidad para impedir que determinados injustos sean atribuidos al autor que, por ejemplo, obró en error absoluto o impulsado por un miedo insuperable. Aplicar la pena en esos casos sería olvidar que la misma carece de sentido, en su conminación, respecto de esos autores: sería innecesario someterlos a ella. Esto mismo ocurre también en otras causas de exculpación (en este sentido

ónticamente se da al principio de culpabilidad y determinadas consecuencias que se extraen y que en la práctica son humanamente irrealizables. Por su parte, la proporcionalidad, como criterio liberado de trabas filosóficas y, por ello, asentable normativamente, se inspira en consideraciones de política criminal. Una de ellas, a la que aquí quiero prestar atención, es la del equilibrio del sistema. Brevemente expondré a qué me refiero con esa expresión.

Por nadie se discute que, por ejemplo, los hechos dolosos merecen mayor castigo que los imprudentes, o que el delito intentado no es tan grave como el consumado (12 bis), o que el menor no puede ser tratado igual que el adulto, o que la incultura no puede ser indiferente en el ámbito del error de prohibición, etc. Lo que sí se discute, y así lo he intentado describir antes, es que esas diferencias de tratamiento de distintas situaciones individuales obedezcan a que la culpabilidad proporciona por sí sola una respuesta diferentes en cada caso o bien que la idea de proporción, que impone la necesidad de tratar desigualmente lo que es desigual en una valoración material y político-criminal, es la que explica que las reacciones del sistema punitivo sean variantes en cada uno de aquellos casos.

Dejando, pues, aclarado que, sea la culpabilidad o sea la proporcionalidad quien lo fundamenta, un sistema penal no será equilibrado «en su aplicación a los individuos» si desconoce la diversa entidad de cada una de aquellas situaciones citadas a título de ejemplo, veamos un segundo aspecto del problema que cabe referirlo a la formulación misma de los tipos de comportamiento que pueden ser objeto de represión, pues en lo antes dicho se ha abordado tan sólo cuestiones concernientes al individuo en cuanto «ya» es autor de un hecho, momento en el que se contemplan sus condiciones personales generales y su participación intelectual en su propio hecho.

Pero antes de llegar al hombre autor concreto, al cual el sistema puede y debe tratar con el mayor respeto a lo que la proporcionalidad implica, ese sistema tiene que haber sido formulado de una manera también proporcional, equilibrada, a fin de que no se ffe a una última instancia la solución de incorrecciones o fallas provocadas por el sistema mismo.

Con frecuencia el penalista o el juez se encuentra ante una situación fáctica en la que desearía la solución más acorde con la justicia: pero es el propio «rigor legis» quien se lo impide. No me refiero ahora al conocido aforismo «summum ius, summa iniuria» ni a las consecuencias del legalismo, sino a un problema conexo pero más grave. Cuando la legalidad es correcta en términos generales se podrá objetar, si es

vid. GIMBERNAT, «El sistema de Derecho penal en la actualidad», en Estudios de Derecho penal, 1976, p. 104 y s., «El estado de necesidad: un problema de antijuricidad», en la misma obra, p. 107 y ss.).

(12 bis) Aunque hay alguna excepción a destacar, como por ejemplo Zielinski, quien en una evidente hipertrofia del significado del desvalor de acción, entendiende de igual gravedad el delito intentado que el consumado (vid.: DIETHAR ZIELINSKI, «Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff», Berlín, 1973, pp. 264 y ss.)

excesivo el rigor de aquélla, que es necesario flexibilizarla. Pero si la legalidad no es correcta, sino disfuncional respecto a la realidad de las cosas o respecto a los postulados político-criminales, la necesidad de aplicarla se torna dramática. Pero el primer peligro de disfuncionalidad del sistema reside en el sistema mismo. Si el Código carece de coherencia interna —y recuérdese que un Código es un cuerpo armónico y no una recopilación de normas— evidenciará la falta de homogeneidad de las decisiones que puedan adoptarse con arreglo a él. La homogeneidad es una necesidad que no se opone en manera alguna al postulado de que es preciso tratar desigualmente lo desigual. Por el contrario, la homogeneidad tiene una dimensión material superior que se traduce en el equilibrio y proporcionalidad del sistema.

Llegamos así al punto crucial: el de fijar las condiciones determinantes de la proporcionalidad en el sistema. De las que afectan a la fundamentación y medición de la pena he hablado en otro lugar (13). Aquí me concretaré en un aspecto diverso y anterior: la proporción que ha de existir entre los criterios que sirven de base al desvalor penal y a la consiguiente reacción punitiva.

Según entiendo, el sistema penal tiene ante sí tres caminos posibles (14), fundamentalmente. El primero, tomar como base del injusto y de la pena el lado subjetivo del comportamiento humano; en tal caso se defendería la idea de que la ofensa al bien jurídico viene determinada esencialmente por la voluntad del autor. El segundo, centrar la ofensa al bien jurídico en el aspecto objetivo del acto, en su lado externo. Por último, utilizar ambos criterios asignando a cada uno la función que le corresponde. Además, el sistema penal puede inspirarse en otro tipo de criterios —los citados se insertan en la básica sumisión al principio de legalidad y al Derecho penal de hechos—, como es el de la responsabilidad por pertenencia a un tipo de autor (15).

Para los defensores del primero de los criterios indicados es evidente que el Derecho penal sólo puede dirigir sus mandatos y prohibiciones a la conciencia del hombre para orientar sus actos; no podría pretender prohibir o castigar directamente «resultados». Estos pueden provocar represión, pero no son susceptibles de «ordenación superior». La trascendencia de la voluntad del individuo en el Derecho penal es

(13) Vid.: «El problema de la determinación de la pena y los presupuestos político-criminales de la reforma del Código penal», Comunicación presentada a la Reunión del Grupo Regional de la AIDP, Madrid-Plasencia, 1977, y «Política criminal, proporcionalidad y determinación de la pena», en prensa.

(14) Naturalmente me refiero ahora a la opción sobre el fundamento del desvalor. La decisión en este tema es importante pues, como señala Krauss, de ella depende después la distinción entre injusto y culpabilidad. El mismo autor indica que las tres vías de respuesta al problema pasan por las tres teorías principales sobre el injusto: la «clásica», la «social», y la del «injusto personal» del finalismo, para inclinarse por una solución integradora y que respete la estructura oscilante de cada particular tipo de delito (vid. Krauss, «Erfolgsunwert und Handlungsunwert im Unrecht», ZStW, 1964, páginas 19-20 y 65 y ss.).

(15) Sobre su significado, BOCKELMANN, «Studien zum Täterstrafrecht», Berlín, De Gruyter, 1939.

hoy indiscutible y es la aportación fundamental de la teoría de los imperativos defendida en su día por Rinding, Thon y Ferneck, sólo que éstos y sus seguidores pretendieron demostrar que las normas jurídicas únicamente consisten en imperativos, lo cual es una cuestión diferente que ahora no nos interesa. En todo caso, es clara la importancia del contenido de la voluntad con relación al injusto, y el finalismo así lo ha demostrado.

Otras opiniones entienden, en cambio, que no puede haber otra base de desvalor que no sea el resultado —no me refiero al «resultado del delito», concepto distinto, sino a la dimensión objetivo-material del comportamiento humano—, pues sólo eso trasciende a la colectividad y explica la intervención del aparato represor.

Digamos antes de seguir que si un sistema positivo opta globalmente por una de las dos soluciones tendrá una coherencia formal interna. Otra cosa es que político-criminalmente fuese criticable, ya que el sentido de los tipos de injusto no permite prescindir ni del desvalor de acto ni del desvalor de resultado. Ni el voluntarismo puro ni el objetivismo a ultranza resuelven satisfactoriamente el problema penal.

Es por eso que parece más correcto ensamblar el acto y el resultado como elementos mutuamente condicionados en la configuración de la acción injusta. Como señala Bustos Ramírez, es innegable que el ordenamiento jurídico protege los bienes jurídicos mediante el establecimiento de normas que por su naturaleza sólo pueden referirse a actos, pero eso no significa que se pueda prescindir del desvalor de resultados; no obstante, el primer aspecto garantizador es el desvalor de acto, sólo se pueden punir actividades desvalorativas (16). Pero el desvalor de resultado expresa la afección efectiva del bien jurídico por esa actividad desvalorativa, y permite establecer positivamente la antijuricidad. Actividad y afección real, desvalor de acto y desvalor de resultado son indispensables para configurar lo injusto (17). A su vez, el desvalor de resultado tiene también una función de garantía pues impide que se tomen en consideración afecciones irreales o presuntas de los bienes jurídicos (18).

Recientemente Rodríguez Mourullo señala con razón (19) que la antijuricidad material reside esencialmente en la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos, y ahí radica el desvalor de resultado; el desvalor de acción se apoya, en cambio, en la forma y modalidad de perpetrar la ofensa. Pero indica que la lesión de un bien jurídico «puede» no constituir un injusto típico si no va «a veces» acompañado del desvalor de la acción, añadiendo que es indiscutible que el desvalor de acción puede jugar y de hecho juega en ocasiones un papel decisivo al lado del desvalor de resultado, pero que no por ello hay que atribuirle la

(16) BUSTOS, «Política criminal e injusto», cit., p. 7.

(17) BUSTOS, op. cit., p. 8.

(18) BUSTOS, op. cit., p. 9.

(19) RODRÍGUEZ MOURULLO, «Derecho Penal», cit., p. 331 y ss.; fuera de dudas deja en todo caso R. Mourullo la necesidad de contemplar ambos aspectos.

primacía (20). Es más, en su opinión, la primacía corresponde en todo caso al desvalor de resultado (21). Respetando que la tesis de R. Mourullo es correcta con sus premisas metodológicas, entiendo que cabe al menos matizarla en algún sentido. Concretamente, el desvalor de acción a mi juicio no puede interpretarse como una eventualidad que pueda requerir alguna estructura de responsabilidad punible. Si el desvalor de acción es el que da sentido al comportamiento típico no es posible admitir que pueda haber conducta típicas integradas por acciones valiosas, que pese a ello se tornan en antijurídicas porque acaban por ofender fácticamente a un bien jurídico. Eso ocurre ciertamente en los delitos cualificados por el resultado —de los que después me ocuparé—, pero éstos son precisamente una excepción a la regla, y especialmente crítica. La función de garantía que cumple el desvalor de acción, por consiguiente, supone que, sin conceder innecesarias primacías, ha de concurrir siempre y junto al desvalor de resultado. Incluso en la tentativa inidónea, a la que más tarde volveremos, el desvalor de acción cumple esa función de garantía: que no se castigue la tentativa «irreal» no implica una primacía del desvalor de resultado.

Así, pues, el desvalor de acción da pleno sentido al comportamiento típico; y sólo eso puede entonces considerarse en su potencialidad de ofensa a bienes jurídicos determinante de la esencia de la antijuricidad. Cuando en la doctrina se planteó polémica sobre si el injusto se inspira en el desvalor de acción o en el de resultado, era inevitable que no se llegara a un lugar pacífico (22), toda vez que se pretendía extraer unas funciones similares de ambos tipos de desvalor. Siendo así no podía ocurrir otra cosa que la disputa, agravada porque sobre ella se superpone la discusión entre causalistas y finalistas sobre el sentido de la tipicidad y de la antijuricidad, llevándoles respectivamente a una predilección por el desvalor de resultado y el de acción. Pero colocando cada cosa en su lugar, que siendo próximo no es el mismo (acción típica e injusto), y reconociendo unas funciones al desvalor de acción (23) previas al desvalor de resultado (24), no hay necesidad de entrar en el terreno de las primacías o de dilucidación que es en todo caso «imprescindible» que ocurra, ya que ambos son imprescindibles salvo excepciones. Otra cosa será que algunos tipos penales, contemplando a la vez el desvalor de acto y el de resultado, concedan a uno de los dos un mayor peso res-

(20) R. MOURULLO, op. cit., p. 333.

(21) R. MOURULLO, op. cit., p. 334.

(22) La falta de consenso se daba, según Jescheck, únicamente en la dogmática clásica, en tanto que la actual acepta en pie de igualdad el desvalor de acto y el de resultado («Lehrbuch des Strafrechts», 2.ª ed., 1972, p. 180). No obstante, entiende que la aceptación no es tan pacífica en la medida en que subsiste polémica respecto a la respectiva función de cada uno en el concepto de delito.

(23) Sobre las funciones del desvalor de acción, vid., JESCHECK, op. cit., pp. 181 y s., y, en especial, RUDOLPHI, «Inhalt und Funktion des Handlungsunwertes im Rahmen der Personalen Unrechtslehre», en Fests.f.Maurach, Karlsruhe, 1972, p. 51 y ss.

(24) Respecto a éste, STRATENWERTH, «Zur Relevanz des Erfolgswertes im Strafrecht», Fests.f.Schaffstein, 1975, pp. 177 y ss. passim.

pecto a la pena, la cual, como regla, debe ser resultante proporcionada a ambos. Si la penalidad imponible, como según veremos ocurre a veces en el vigente Código, gravita casi exclusivamente sobre el significado del acto o del resultado, aunque ambos aspectos se contemplan, el sistema evidenciará una grave falta de proporcionalidad. Si la penalidad, en cambio, no tomara en consideración más que un solo aspecto prescindiendo totalmente del otro (p. e., acto desvalorable con resultado valioso o indiferente, o acto valioso o indiferente con resultado objetivamente ofensivo a un bien jurídico), el problema no sería ya de «desproporcionalidad» del sistema, sino algo más grave: demostraría irracionalidad y, posiblemente, clara injusticia comparativa entre los diferentes hechos punibles.

Partiendo, pues, de la aceptación de este postulado teórico básico, son ricas las consecuencias que se derivan para la configuración del sistema positivo. Y es precisamente en las fórmulas del mismo donde debe reflejarse. Si los preceptos penales se estructuran prescindiendo de esa aportación dogmática será inútil pretensión esperar que la aplicación diaria del derecho dé cabida a esa doble consideración del acto y del resultado, pues el jurista se verá obligado a forzar la letra de la ley, lo que no siempre es posible, para evitar que el castigo se haya establecido en función de una sola de esas dimensiones del comportamiento.

Del mismo modo es innegable que el equilibrio y la proporcionalidad que invocamos para la totalidad del sistema imponen la necesidad de que esa simultánea sumisión al acto y al resultado sean efectivas en «todas» las clases y formas de comportamientos incriminados, tanto en las concretas figuras de delito cuanto en las conductas castigadas a través de reglas genéricas (tentativa, frustración, participación), y lo mismo en los delitos dolosos que en los imprudentes. Si eso se cumple por el legislador obtendremos un ordenamiento punitivo equilibrado y proporcionado, principio mínimo para instrumentar a través suyo una correcta política criminal, la cual exige previamente conocer con nitidez los criterios que definen una conducta como sometible al Derecho penal, criterios que nunca pueden ser heterogéneos.

* * *

Tras haber recorrido este camino podemos ahora indagar si el vigente sistema punitivo cumple esos requisitos de proporcionalidad y equilibrio que se recaban como imprescindibles o sí, por el contrario, carece de esa homogeneidad esencial. Para dar respuesta cabal a semejante cuestión sería preciso revisar todas y cada una de las conductas general o especialmente incriminadas por el actual sistema, tarea que resulta imposible en los limitados márgenes de este trabajo. Por ello me referiré simplemente a algunos ejemplos que juzgo significativos y que bastan para poder emitir un juicio, ya que, como acabo de indicar, el principio de homogeneidad y proporción no admite «excepciones», sino que ha de presidir todo el sistema. Dicho de otro modo: si el Derecho positivo fundamenta la represión unas veces en el contenido de la voluntad, otras en la dimensión objetiva del comportamiento, y en otras considera por igual uno y otro aspecto, no será proporcional

y provocará una aplicación que resultará desigual y por lo mismo injusta. No obstante, quiero destacar que sí es admisible que determinadas clases de injusto requieran por la naturaleza misma del bien jurídico afectado un mayor acento en uno u otro aspecto, es decir, que ambos intervendrán siempre, pero que es aceptable una relativa variabilidad de la proporción en que lo hagan (piénsese, por ejemplo, en las diferencias de estructura, en el sentido expuesto, del delito de injurias y del homicidio, y subrayo de paso que no hay que entender que los llamados delitos de simple actividad no tengan un «desvalor de resultado», que indudable e inexcusablemente lo tienen).

La idea de proporcionalidad en el Derecho español sufre un primer ataque, en general, que por ser ya ampliamente conocido y denunciado por la doctrina no voy a osar exponer aquí de nuevo. Me refiero a la responsabilidad objetiva, cuestión previa incluso al tema del equilibrio entre desvalor de acto y de resultado, por razones que ya antes he apuntado. La responsabilidad objetiva parte de prescindir totalmente del significado intrínseco del acto, del cual sólo interesa su dimensión causal, carácter externo y relevante para el resultado. No hay, pues, una desproporcionada valoración del resultado, sino que ésta es la única que se hace. Por eso el problema es anterior a la distinción y consiguiente equilibrio entre desvalor de acto y de resultado. El sistema, al aceptar la responsabilidad objetiva, renuncia a principios esenciales como el de que las normas solamente pueden prohibir u ordenar comportamiento humanos que como tales tienen un sentido; se cae en el absurdo de prohibir la causación imprevisible, como si alguien pudiera conocer de antemano el azar. Al dar cabida a la responsabilidad objetiva el Derecho positivo renuncia a utilizar un concepto unitario de norma. Si el significado de la norma, cualquiera que se le dé, se traduce en soluciones legales desiguales, estaremos ante un problema de falta de proporción, pero si, como ocurre en la responsabilidad objetiva se prescinde del sentido que la moderna ciencia jurídica otorga a las normas, se incurre en la pura arbitrariedad. Y me resisto a aceptar que la arbitrariedad pueda ser instrumento de política criminal alguna.

Parece que el tiempo no ha conseguido erradicar del Derecho penal la responsabilidad objetiva; en cambio, según Mommsen, la exclusión de la responsabilidad por el resultado se encontraba ya en la Ley de las Doce Tablas (25), que así determinaron una superación del derecho anterior a ellas. No obstante, en tiempos modernos, y en contra de lo que pueda en principio creerse, no han faltado defensores de la responsabilidad objetiva. Autores alemanes que antes de la tercera ley de reforma del Código penal habían reclamado la necesidad de la desaparición de la responsabilidad por el resultado se opusieron extrañamente al nuevo parágrafo 56 StGB (hoy parágrafo 18) (26). El argumento empleado en defensa de ella era el de que en último término que la pena se base

(25) Cfr. MOMMSEN, «Le droit pénal romain», trad. Duquesne, I, París, 1907, pp. 98-99.

(26) Cfr. GIMBERNAT, «Delitos cualificados por el resultado y causalidad», Madrid, Reus, 1966, pp. 160 y 161.

esencialmente en el resultado no es una especialidad de estos delitos, sino que es común a todos los hechos punibles, y que, en un plano puramente subjetivista, la punición de comportamientos reprochables se basa siempre en el resultado (27). En esencia, como señala Gimbernat, estos argumentos aciertan al indicar que siempre el resultado es determinante de la reacción punitiva, y que ese resultado en el fondo está ligado en su aparición a condiciones que no dependen absolutamente de la voluntad del hombre, pero eso no tiene nada que ver con que el resultado sea o no previsible. Y es esa previsibilidad la que permite hacer responder al autor por su producción dolosa o imprudente. En los delitos cualificados por el resultado se renuncia a esa previsibilidad, contrariando las reglas de la lógica jurídica. Objetivamente es claro que con o sin previsibilidad se puede ofender un bien jurídico, pero eso no nos dice aún cuando es punible el autor.

Señala con razón Pereda: «que la ofensa material a la vida sea igual si se suprime voluntariamente o casualmente, es un argumento de un primitivismo que no admite discusión...» (28), y que en el fondo la responsabilidad objetiva es como la responsabilidad social que defendiera el positivismo italiano (29).

Frente a los argumentos histórico, lógico-jurídicos y político-criminales, el actual sistema positivo español se encuentra ligado al objetivismo de varias maneras:

En primer lugar, el párrafo tercero del artículo 1 Código penal, el cual, si bien en la inicial voluntad del legislador de 1848 fuera referirlo al error en la persona dentro del mismo delito (30), por obra de ulteriores reformas e interpretaciones permite fundamentar el castigo de lo no querido como si lo fuera (cuestión distinta es que las reglas para la fijación de la pena permitan atenuarlo). A partir de ese presu-

(27) Análisis de estos argumentos en GIMBERNAT, «Delitos cualificados...», cit., p. 162 y ss.

(28) PEREDA, «Vestigios actuales de la responsabilidad objetiva», en ANUARIO DE DERECHO PENAL, 1956, p. 213.

(29) PEREDA, op. cit., pp. 218-219.

(30) CEREZO («El *versari in re illicita* en el Código penal español», ANUARIO DE DERECHO PENAL, 1962, pp. 57 y ss., y p. 58), entiende en el propósito acerca de limitar al máximo la declaración contenida en el párrafo 3.º del artículo 1 CP, «... una interpretación restrictiva que permita aplicar estos preceptos (sc. arts. 1 y 50 CP) solamente cuando se trate de supuestos de error in persona o un caso de «*aberratio ictus*» en que éste dé lugar a que la víctima sea una persona distinta..., este error sería irrelevante a efectos penales, salvo cuando afecte a la índole del delito...». Pereda, por su parte, entiende que es posible interpretar restrictivamente el citado párrafo, limitándolo a los casos de resultado más grave dentro del mismo delito, recordando, además, que la voluntad inicial del legislador era referirlo a los casos de error en la persona dentro del mismo delito (op. cit., pp. 221 a 223). En otra posición distinta se sitúa Rodríguez Mourullo, pues a su juicio la mejor interpretación será la más lata posible, de modo que ese párrafo quede en una «... muy amplia y vaga declaración... que ni prejuzga ni precluye ninguna solución» («Comentarios al Código Penal, con Córdoba, Casabó y Del Toro, I, 1972, pp. 51 y ss.). Evidentemente, en todas las opiniones vive la común idea de que lo mejor que puede hacerse con tal precepto es suprimirlo (así expresamente, CEREZO, op. cit., p. 60).

puesto inicial es coherente que el principio del 'versari' esté presente en la regulación de la preterintencionalidad (31), sin que en nuestra práctica judicial se haya aún impuesto el criterio, que por demás es tradicional en el pensamiento penal latino, como recuerda Antón (32), de que la preterintencionalidad exige la previsibilidad del resultado más grave. Otra institución afectada por el 'versari' es el caso fortuito; su actual regulación, que la doctrina se ha esforzado en interpretar racionalmente, deja abierta la puerta a que incluso pueda entenderse que mediando un arranque ilícito el autor incurre como mínimo en imprudencia punible aunque hubiera observado la diligencia debida respecto del resultado producido (33), de manera tal que el 'versari' incidiría tanto en el delito doloso como en el culposo. No obstante, entiendo con Antón que «... hay que limitar el alcance del acto lícito a lo que no es ilícito penal, aunque sea ilícito de otra naturaleza, puesto que la simple infracción de reglamentos no da lugar a culpabilidad si no va acompañada de imprudencia simple...» (34). Pero en todo caso es lo cierto que en el seno de una situación delictiva es actualmente imposible eximir de pena por un resultado fortuito, que, y con suerte, será al menos atribuido al autor a título de culpa. Este enfoque se repite incluso en figuras concretas de delito, como es el caso del robo con homicidio, donde también chocan los esfuerzos de la doctrina por limitar el alcance del tipo con la actitud jurisprudencial de extenderlo a las muertes fortuitas (35).

Junto a estos problemas se sitúa, evidentemente, el tema de los delitos cualificados por el resultado, ya sea en los casos de resultado fundamentador del castigo como en los que solamente lo agrava. Su número es lo suficientemente elevado en nuestro actual Código como para descalificarlo plenamente como Código moderno. Por si eso fuera poco la regulación de los mismos evidencia cosas aún más graves:

En primer lugar, como indica Rodríguez Devesa, en los delitos cualificados por el resultado la pena debe ser en teoría superior a la del delito básico e inferior a la que correspondería por la realización dolosa

(31) Cfr. ANTÓN ONECA, «Derecho Penal», 1949, p. 228.

(32) ANTÓN, *op. cit.*, p. 229.

(33) Este problema se ha querido obviar a través de la interpretación del artículo 64, entendiéndose que la remisión al artículo 565 sólo es efectiva en caso de que el autor no haya observado la diligencia debida (Vid. R. MOURULLO, «Comentarios», cit. II, p. 268 y s.). No obstante, recientemente Torio, apoyándose en argumentos históricos relativos al total significado del «versari», sostiene que el artículo 64 es también una derivación de ese principio, de modo que faltando el requisito de licitud inicial es inevitable castigar la consecuencia no querida como imprudencia, aunque el autor haya observado el cuidado debido (TORIO, «Versari in re illicita y delito culposo. El denominado caso fortuito impropio», ANUARIO DE DERECHO PENAL, 1976, pp. 17 y ss.).

(34) ANTÓN, *op. cit.*, p. 232.

(35) Sobre el problema interpretativo del delito de robo con homicidio puede verse una exposición de diferentes posiciones en GIMBERNAT, «Delitos cualificados...», cit., pp. 176 y ss.; recientemente, además, TORIO, «Motivo y ocasión del robo con homicidio», ANUARIO DE DERECHO PENAL, 1970, pp. 605 y siguientes.

del segundo resultado (36). Frente a este correcto principio, que tiende a colocar a esta clase de delitos en su adecuado nivel de gravedad, que no puede ser nunca el mismo de los delitos dolosos, nuestro Código, en casos en que el resultado cualificador es el de muerte dispone la pena de reclusión menor, es decir, la misma que si esa muerte hubiera sido dolosamente causada (así, arts. 348, 411, del C. p.).

Esto por lo que respecta a la pena. Pero además, aparece previamente el problema de la causalidad, que es la vía por la que la interpretación doctrinal ha buscado la limitación del ámbito de la responsabilidad por el resultado, y eso no solamente en los delitos cualificados por el resultado, sino también en la preterintencionalidad y en la imprudencia (en general cabe señalar por otra parte que el entendimiento del problema causal debe ser común a todas las estructuras de responsabilidad que el Código contempla). Los esfuerzos doctrinales se centran en la exigencia de que la adecuación entre causa y resultado sea siempre respetada, negando la causalidad respecto a aquellos resultados que sólo puedan imputarse en virtud de la teoría de la equivalencia de condiciones (37). En otra dirección, pero llevado del mismo propósito limitador, Gimbernat reclama la peligrosidad de la acción base, idea que liga a la de adecuación acogiéndose a la tesis de v. Kries (38), aunque el mismo autor manifiesta sus dudas acerca de que el principio de adecuación por sí solo resuelva los problemas que en nuestro derecho presentan cuestiones como el homicidio preterintencional o el robo con homicidio (39). Junto al requisito de la adecuación se ha exigido en

(36) RODRÍGUEZ DEVESA, «Derecho Penal Español», Pte. Gral., Madrid, 1976, p. 375.

(37) ANTÓN ONECA, tras indicar que la teoría de la equivalencia de condiciones por extender en demasía el concepto de causa, permite imputar al sujeto conductas que quedan fuera del tipo, vulnerando así el principio de legalidad, se pronuncia en favor de la causalidad adecuada como teoría que mejor encuadra en la tipicidad (op. cit., pp. 166-167). Realmente, el problema causal en la actualidad ha de considerarse superado en cuanto a los planteamientos que, a partir del siglo XIX, pretendieron dar explicaciones físico-materiales al tema del nexo causal. En la medida en que la moderna dogmática entiende el problema de la imputación de un resultado como una cuestión netamente jurídico-penal, se calman las aguas y ya no hay ningún inconveniente en aceptar la equivalencia de condiciones como fórmula causal, ya que la causalidad por sí sola es nada. Cuando, por el contrario, se quiso ver en la causalidad la clave de bóveda del comportamiento típico —concepción que en nuestro país ha durado más que en otros— fue inevitable la hipertrofia de teorías causales, y perfectamente lógica la denuncia de los absurdos a que conducía la equivalencia de condiciones. En el momento en que nuestra legislación no permita nunca un castigo por haber sido simplemente «causa» no habrá inconveniente en utilizar la equivalencia de condiciones. La adecuación entre acción y resultado es una exigencia derivada del tipo mismo (problema de tipicidad y no de causalidad). Para una exposición completa de las teorías causales me remito al citado libro de GIMBERNAT, «Delitos cualificados por el resultado y causalidad»; de interés además el trabajo de ROXÍN, «Reflexiones sobre la problemática de la imputación en Derecho Penal», en «Problemas básicos del Derecho penal», trad. de Luzón, Madrid-Reus, 1976, pp. 128 y ss.

(38) GIMBERNAT, op. cit., pp. 168 y ss.

(39) GIMBERNAT, op. cit., p. 170. Esto es explicable pues, por ejemplo, el problema no es sólo de adecuación entre acto y resultado letal, sino de

general en la doctrina comparada que el resultado cualificador sea al menos imputable a título de culpa, por consiguiente previsible (40).

Frente a todas estas sensatas observaciones doctrinales que, de haber sido aceptadas, hubieran mitigado los efectos de la responsabilidad objetiva (a través de la adecuación causal y de la previsibilidad), la jurisprudencia, hasta tiempos recientes, en los que paulatinamente va aceptando al menos el criterio de la adecuación, ha permanecido inermemente aferrada al más puro objetivismo; en materia de causalidad denunciaba Pereda la acogida jurisprudencial de la teoría de la equivalencia de condiciones de von Buri, poniéndose incluso en contra de la mejor tradición jurídica hispana (41).

De ello se desprende que cuando el planteamiento legal es incorrecto el esfuerzo dogmático puede resultar baldío, a lo cual se une en España el grave divorcio entre jurisprudencia y dogmática— no señalo responsables, aunque subrayo que en este país se olvida siempre que la doctrina científica es también fuente de interpretación del Derecho.

Resumiendo, la responsabilidad objetiva es un problema anterior al del desvalor de acto y de resultado que en nuestro Derecho tiene además tintes especialmente dramáticos que sólo pueden superarse a través de una total renovación legal que, como mínimo inexcusable, deje fuera de discusión los principios de adecuación causal y de previsibilidad del resultado, es decir, que éste sea, al menos, imputable al autor a título de imprudencia (42). Además, es imprescindible replantear el ámbito del caso fortuito incluyendo en él todo lo que sea realmente fortuito, sin limitación alguna. Y, en todo caso, que la pena nunca supere a la correspondiente al mismo resultado dolosamente causado.

Al filo del problema de la responsabilidad objetiva, en sus distintas manifestaciones, aparecen figuras delictivas en las que no reina como en aquéllas la unanimidad respecto a su naturaleza, concediéndose al objetivismo un papel impreciso. Se trata de delitos en los que al menos se intenta otorgar a la acción su auténtica relevancia en el total del injusto típico. En los puros casos de responsabilidad objetiva, como hemos visto, eso es imposible, y supletoriamente se intenta paliar los

cuantas «causaciones adecuadas de muerte» se comprenden dentro de ese tipo complejo (vid. nota 35).

(40) Vid.: ANTÓN, loc. cit. en nota 32. También, JESCHECK, «Lehrbuch», cit., p. 197, SCHIDHAUSER, «Strafrecht», AT, p. 246 (ambos en el sentido del parágrafo 18 del Código penal alemán).

(41) De la que nos habla PEREDA en p. cit., p. 224.

(42) Lo cual debiera garantizarse mediante una disposición propia del Libro I del futuro Código, en la que se estableciera el fundamento mínimo de la pena. Tal precepto convendría no sólo en relación a la cualificación por el resultado, sino también respecto a problemas diferentes de los que aquí no puedo ocuparme por razones de espacio; pero destaco entre ellos, por ejemplo, a los delitos de peligro, para que en todo caso se exigiera que la reacción punitiva se condicionara a la realidad del peligro en el caso concreto, eliminando las presunciones «iuris et de iure» y respetando el terreno que deba relegarse al aparato sancionatorio administrativo. (Sobre la significación e interpretación de los delitos de peligros vid.: ESCRIVÁ, «La puesta en peligro de bienes jurídicos en el Derecho penal», Barcelona, 1976).

excesos del objetivismo limitando al alcance del tipo a través de la adecuación causal o de la peligrosidad de la acción base. Me refiero ahora a figuras que aparentemente no parecen tan sumidas en ese objetivismo, como los resultados de muerte en los delitos contra la salud pública o en el aborto, por ejemplo; no obstante, el análisis dogmático demuestra que el problema es igual o más grave si cabe.

A título ejemplificativo, avalado por su elevada incidencia estadística, me referiré a dos delitos: las lesiones y el hurto. En ambos, con diversos matices, se observa que el lado subjetivo del comportamiento no es realmente considerado en la configuración del injusto típico —en otros planteamientos se tratará de irrelevancia para la culpabilidad—, en la medida en que la pena no se proporciona a ese aspecto subjetivo sino que sólo contempla lo objetivo, prescindiéndose en tales tipos de la función limitadora del desvalor de acción, problema que incide directamente en el significado material del principio de legalidad.

La actual regulación del delito de lesiones, de cuyos antecedentes nos da cuenta Antón en su magistral aportación al tema (43), se encuentra dominada por una serie de problemas: casuismo excesivo y, paradójicamente, insuficiente (44), carencia de un concepto unitario, lo cual, como veremos, da lugar a graves consecuencias, técnica defectuosa en el establecimiento de los distintos niveles de penalidad —fijados frecuentemente en atención a criterios como el tiempo de curación—, y, sobre todo, y en lo que aquí interesa, un desgraciado tratamiento de la participación subjetiva del autor en el hecho punible.

Aparentemente, el delito de lesiones es calificable como doloso, y así lo define un sector de nuestra doctrina. Pero en la práctica el dolo no se refiere más que a la acción inicial (45), en especial por parte de la Jurisprudencia. En la doctrina, en cambio, un nutrido sector lo califica como delito cualificado o determinado por el resultado. Algunos autores, que no suscriben plenamente tal calificación, intentan resolver la cuestión indicando que lo que ocurre es que estamos ante un dolo genérico o indeterminado (46) o de un dolo de ímpetu; o bien que «es suficiente que el sujeto admita en su voluntad los resultados unidos a su acción cualesquiera que éstos sean...» (47), es decir, un dolo mediato o

(43) ANTÓN ONECA, «Notas críticas al Código penal. Las lesiones», en «Estudios Penales en Homenaje al R. P. Julián Pereda, S. J.», Bilbao, 1965, p. 776 y siguientes.

(44) Sobre el casuismo en las lesiones, ANTÓN, «Notas Críticas», pp 778 y siguientes; BERISTAIN, «Observaciones acerca de las lesiones en el Derecho penal español y comparado», Rvta. Gral. de L. y J., 1971, p. 222; RODRÍGUEZ DEVESA, «Valoración de las deficiencias, invalideces y perjuicios corporales desde el punto de vista jurídico-penal, en «Estudios Penales», por Bajo y otros, Santiago de Compostela, 1977, p. 323.

(45) Cfr., MUÑOZ CONDE, «Derecho Penal», Parte Especial, cit., p. 81. Con razón indica Rodríguez Devesa que referir el dolo a los golpes significa ignorar qué supone el dolo en los delitos de resultado y hacer de imposible estimación la preterintencionalidad (Derecho Penal Español, Parte Especial, Madrid, 1977, p. 129, nota 70).

(46) Así, CUELLO, «Derecho Penal, Parte Especial, Barcelona, 1975, t. II, página 559.

(47) RODRÍGUEZ DEVESA, «Derecho Penal», P. E., cit., pp. 129-130. El mismo

directo de segundo grado; la doctrina clásica veía aquí un caso de dolo indirecto. En cuanto a la tesis de que basta un dolo genérico hay que decir que en el fondo no es otra cosa que contentarse con referir el dolo simplemente a la acción, lo cual nada resuelve. Respecto a la solución que ve un dolo mediano creo que se puede objetar que tampoco obvia el problema que en la práctica supone averiguar qué concreta lesión quiso el sujeto causar, toda vez que lleva la cuestión a un terreno vecino: el de discernir cuáles eran los resultados que su voluntad «ex ante» había admitido, pues no cabe decir que eso puede presumirse «ex post» a la vista de lo ocurrido. De la clásica solución del dolo indirecto dice Antón, y a su autorizada opinión me sumo, que no es más que una combinación de dolo y caso, o sea, la encarnación del principio del 'versari' (48).

En atención a lo expuesto no queda más camino que aceptar que en nuestro Derecho el delito de lesiones se configura renunciando a que la conciencia y voluntad del autor abarquen el concreto resultado lesivo. Se encuentra, pues, esta infracción, sumida en el objetivismo, lo que, por otra parte, no es una peculiaridad hispánica pues, según indica Beristain, el ataque al principio de culpabilidad en el ámbito del delito de lesiones se da en todas las legislaciones influidas por el Código Napoleón (francesa, italiana, española), siendo en cambio mejor respetado en las de la órbita germánica (Alemania, Suiza, Austria) (49). Las lesiones son, por consiguiente, un delito determinado por el resultado. Y digo «determinado» y no «cualificado» acogíendome a la opinión de Antón (50), a la que también se ha adscrito Beristain (51). Esta clase de delitos guardan importantes diferencias con los delitos cualificados por el resultado. En los determinados por el resultado la pena se establece en función del resultado objetivo, prescindiendo de que sea igual, mayor o menor que el querido, previsto, previsible, o imprevisible. En cambio, en los delitos cualificados por el resultado éste nunca puede ser dolosamente causado —lo cual sí puede suceder en aquellos otros—, suponen un aumento de la pena básica, y el resultado siempre ha de ser más grave que el querido (52).

autor, aclarando que antes había entendido que se trataba de un delito cualificado por el resultado, opinión que ya no defiende, sostiene esta misma idea en «Valoración de las deficiencias...», cit., p. 322, sobre la base de que pueden imputarse a título de dolo los resultados necesariamente unidos a la acción. En todo caso, y aunque en contra del parecer de Rodríguez Devesa se entienda con Antón que éste es un delito determinado por el resultado, es perfectamente válida su idea de limitar la imputación —no entorpecer ahora en sí ha de ser o no a título de dolo— a aquellos resultados que en una adecuación lógica debían derivarse, en consideración «ex ante», de la acción realizada, idea afín a la de la limitación por peligrosidad de la acción base.

(48) ANTÓN, «Notas Críticas...», cit., p. 785.

(49) BERISTAIN, op. cit., pp. 303, 305, 331. ANTÓN señala también a este respecto la influencia del Código de Napoleón en el español de 1822 («Notas Críticas...», cit., p. 777).

(50) ANTÓN, «Notas Críticas...», cit., p. 785.

(51) BERISTAIN, «Observaciones...», cit., pp. 229 a 231.

(52) BERISTAIN, loc. u. cit.

El resultado objetivamente producido aparece así como la clave del delito de lesiones. A ello se une que en nuestro Derecho no contamos con un concepto general de lesión punible que pudiera servir de módulo base comprensivo de los mínimos elementos objetivos y subjetivos que debieran relacionar acción y resultado en todo delito de lesiones (53). La formulación legal, por ello, renuncia a respetar la idea de proporción. De esto derivan una serie de consecuencias que chocan frontalmente, y llegamos ahora al punto crucial en relación con el tema de este trabajo, con la importancia que tanto en la dogmática como en la práctica tiene el contenido de la voluntad en los delitos contra la vida y la integridad física. En uno de los temas en donde el penalista ve con más claridad y preocupación la trascendencia del contenido subjetivo del acto típico es precisamente donde eso menos le importa al Código.

Veamos esquemáticamente las consecuencias más importantes:

A) Como indica Antón (54) en relación con la apreciación de la tentativa y la frustración, en la práctica se renuncia a averiguar cuál era la lesión que el autor quería causar —recordemos que estamos ante un delito determinado por el resultado, según nos enseña el mismo autor—, castigando por lesión consumada cuando quizá se trataba de tentativa o frustración de otro delito más grave o de otra lesión más grave. Esto evidencia un problema general: el de la dificultad de conocer qué resultado quería producir el autor, dificultad trascendente por cuanto el Código opera exclusivamente con resultados; si los criterios fueran otros el problema no sería tan grave. A esto hay que unir que en todos los casos en que no se ha producido resultado lesivo alguno la calificación de tentativa o frustración respecto a una concreta especie de lesión no puede basarse más que en presunciones o intuiciones del juzgador. Ciertamente que el resultado hipotético es una constante en la apreciación de la tentativa (55), y difícilmente puede evitarse que así sea. Pero en las lesiones, al ser tan variables los resultados derivados de una acción típica formulada exactamente igual para todos los casos, y decidir tan graves cambios de penalidad, el problema se multiplica extraordinariamente por culpa de la regulación legal que dificulta una correcta aplicación de la justicia incluso en el relativismo que siempre tiene esa aplicación.

B) En la relación entre el delito de lesiones y el de homicidio genera uno de los problemas más debatidos en la doctrina, en donde se han propuesto distintas soluciones que, comenzando por la de Silvela, no han perseguido otra cosa que racionalizar la interpretación de los artículos 1-3, 9-4.º y 5.º del Código penal. El delito de lesiones, en su relación con el homicidio, es precisamente quizá el más afectado por la interpretación que se dé a esos preceptos, tema en el que no pienso entrar aquí, pues por sí solo exigiría la total dedicación de este

(53) Así lo destaca ANTÓN, «Notas críticas...», cit., p. 781.

(54) ANTÓN, loc. u. cit.

(55) ANTÓN, «Derecho Penal», P. G., cit., p. 231.

trabajo. Por ello me remito a las diferentes soluciones apuntadas por la doctrina (56) y aquí me limito al único aspecto que interesa: el problema de la actual regulación del delito de lesiones ocasiona a cualquiera de las interpretaciones posibles. Antes de señalarlo conviene aclarar que, evidentemente, si la preterintencionalidad y la desviación del curso causal no recibieran el tratamiento arcaico que actualmente les dispensa el Código el problema no sería el mismo, es decir, que el drama arranca del inicial desprecio legal a la función garantizadora del dolo y la culpa. Mas sea como fuere el caso es que siempre hay que referirse a un delito de lesiones que no se sabe exactamente cuál de ellos es, pero que ha de tomarse como criterio fundamental para determinar la pena. Ante esa grave dificultad el Tribunal Supremo ha optado, como denuncia Antón, por el expediente más cómodo: calificar de homicidio doloso con la atenuante 4.ª del artículo 9.º, en vista del problema que supondría acudir al artículo 50 (57). A ello hay que unir las frecuentes invocaciones jurisprudenciales a la dificultad de distinguir entre «animus necandi» y el «animus laedendi», lo cual se traduce en nuevos aumentos del objetivismo, y, además, como destaca Beristain (58), olvida una tradición jurídica que había perfilado las diferencias entre ambos y el modo de establecerla.

C) Y dentro del ámbito mismo del artículo 420, en el cual se dice por la doctrina que es correcto apreciar la atenuante 4.ª del artículo 9.º por tratarse del mismo delito, sucede que también se repite el problema pues, en todo caso, hay que decidir que el autor no quería causar «una lesión de la gravedad de la que causó», lo cual es directamente contradictorio con la naturaleza de esta infracción como delito determinado por el resultado, que, como antes se expuso, implica que sea indiferente que el resultado causado sea mayor, igual o menor que el querido, previsto o no previsto. Si es así la apreciación de la atenuante hay que reputarla como graciosa y, además, aceptada en base a criterios meramente intuitivos. En estos casos se evidencia el deseo de jurisprudencia y dogmática de valorar debidamente la acción a pesar de la oposición del Código, que se muestra así claramente disfuncional (58 bis).

(56) Vid.: SILVELA, «El Derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España», 2.ª ed., Madrid, 1903, II, p. 116; R. MOURULLO, «Comentarios al Código penal», cit., I, p. 439 y ss.; COBO, «Preter intentionem y principio de culpabilidad», ANUARIO DE DERECHO PENAL, 1965, pp. 85 y ss.; CEREZO, «El versari in re illicita y el Código penal español» (vid. nota 30); GIMBERNAT, «Delitos cualificados...», cit., pp. 203 y ss.; MUÑOZ CONDE, «Del llamado homicidio preterintencional», Rvta. Jur. de Cataluña, 1974; ANTÓN, «Derecho Penal», cit., p. 228 y ss. Algo hay en común en todas las soluciones: el deseo de limitar el «versari» y el número de supuestos comprendidos en el ámbito de la preterintencionalidad, institución derivada de aquél. A mi juicio, la mejor solución se extrae entonces con sencillez: derogación de estos preceptos y resolver los problemas de diferencia entre lo querido y lo causado a través de las reglas del concurso, y siempre respetando la separación entre lo doloso o culposo y lo fortuito.

(57) ANTÓN, «Notas Críticas...», cit., p. 781.

(58) BERISTAIN, «Observaciones...», cit., pp. 234 y s.

(58 bis) No me refiero a la apreciación de la atenuante de preterinten-

Tal vez tengan razón los que defienden que el delito de lesiones no puede configurarse de otra manera, toda vez que las agresiones lesivas en la práctica aparecen como conductas en las que poco más hay aparte de un propósito general de vulnerar la integridad física del ofendido. Pero aún admitiendo que esa sea la realidad material que subyace en el problema no por eso el penalista puede renunciar a que también en este delito el tipo ha de dar cabida a una contemplación del desvalor de acción. Si un tipo se concibe como amenaza de pena a causación de resultados simplemente, el desvalor de acción no puede pretenderse que sea la realización dolosa de la acción inicial causal. El desvalor de acción, por el contrario, debe situarse en el marco de la plena incorporación de la inteligencia del autor a la totalidad del hecho, y eso ha de posibilitarlo el tipo, tanto por razones dogmáticas como de política criminal. Para que así suceda es necesario, en consecuencia, que el dolo tenga que captar un mínimo de elementos que traben previsiblemente la producción de un resultado. Trasladado esto al delito de lesiones la conclusión de «*lege ferenda*» que puede sugerirse estriba en modificar la descripción típica escalonando las distintas gravidades no solamente en función de los resultados producidos, sino previamente en función de la peligrosidad de los medios empleados cuya utilización sí que puede imputarse al autor, y proporcionaría una base sobre la que desvalorar su acción. El cuadro se completaría exigiendo, a través de un precepto de índole general, la mínima cobertura de imprudencia respecto al resultado producido (59).

Distinta es la situación en el delito de hurto, el cual es considerado como delito doloso de resultado, a diferencia de las divergencias que existen sobre la naturaleza del delito de lesiones. En el hurto, en virtud de su actual regulación legal, no es necesario recabar que se incorporen al tipo nuevos elementos constitutivos. La realización de la conducta descrita en el artículo 514-1.º, por ejemplo, permite a la ley y al juez fundamentar el desvalor de acción, y eso, en virtud de la coherencia que debe existir entre acción desvalorada y resultado, sabemos que no puede decirse en el delito de lesiones. Pero, a pesar de todo eso, el legislador español mantiene, apartándose de la línea que siguen los Códigos más modernos, el criterio de establecer la pena

cionalidad en los delitos contra las personas en general, sino en el de lesiones en particular. Un sector jurisprudencial niega la posibilidad de acogerla en este delito (Sobre esto, R. MOURULLO, «Comentarios...», cit., I, p. 464; el mismo autor indica que la apreciación es posible porque las lesiones no ofrecen «... la estructura objetivista característica de los delitos cualificados por el resultado...»). En opinión de DEL ROSAL es correcto negar la preterintencionalidad si el medio empleado por el agente era adecuado para producir la consecuencia concreta (DEL ROSAL, «Preterintencionalidad en las lesiones», ANUARIO DE DERECHO PENAL, 1951, pp. 94 y 95). En el fondo, esta opinión coincide con la ya antes expuesta de que en los casos de responsabilidad objetiva la vía de limitación de la incriminación ha de ser la adecuación causal y la peligrosidad de la acción. No obstante, el autor últimamente citado no califica éste como caso de delito cualificado por el resultado).

(59) Una solución similar propone BERISTAIN, en «Observaciones...», cit., pp. 338 a 340.

en función de la cuantía de la cosa hurtada, cuantía que puede ser ignorada por el autor, extremo que resulta indiferente al Código. El resultado del delito es el apoderamiento de la cosa con posibilidad de disponer de ella (60). Ese es el resultado que puede y debe ser conocido y querido por el autor. Sólo que la pena prescinde de esa estructuración de la infracción ya que la cuantía de la cosa no es parte necesaria del tipo y, por consiguiente, del ámbito de conocimiento del dolo (61). ¿Cumple entonces realmente el desvalor de acción su función de garantizar? ¿Es acaso ese el significado del desvalor de resultado? A ambas preguntas me atrevo a responder que no. Para que desvalor de acción y desvalor de resultados se reflejen materialmente en el castigo no basta con un condicionamiento externo entre esos elementos. Ante todo es preciso que el agente haya podido conocer aquello que ha de fundamentar la reacción punitiva. Si el ataque a la posesión ajena determinara «per se» una pena «con independencia del valor de la cosa», no habría nada que objetar, y se podría pasar a analizar la proporcionalidad de la gravedad de esa pena. Pero en el hurto no sucede así: la pena se establece en razón al valor de la cosa, el cual no necesariamente ha de ser conocido por el autor.

Vemos entonces que el problema aquí no consiste en una insuficiencia de tipo, pues éste está estructurado con suficiente número de elementos —la definición de lo que es el hurto, por otra parte, coincide esencialmente con las que se dan en el Derecho comparado—; además la superposición de otros elementos (p. e., el abuso de confianza o el carácter sagrado de la cosa), determina la aplicación de otros tipos agravados especialmente descritos. La acción típica en el hurto es, pues, plena de significado desvalorativo (no cabe cualquier acción que determine un menoscabo patrimonial). El bien jurídico protegido, en cuya lesión radica la esencia del desvalor de resultado, es también precisable (62): básicamente la ofensa del patrimonio ajeno. Pero, en contra de lo que cabría esperar, la confluencia de desvalor de acción y desvalor de resultado no es el único presupuesto del castigo, ya que además es necesario que la cosa hurtada tenga «al menos» el valor establecido en los números 3.º y 4.º del artículo 515, y esa cuantía puede ser desconocida para el autor y, por consiguiente, no forma parte del tipo. Tan es así que dichas cuantías y penas se fijan en un precepto diferente del que describe el delito, lo cual no obedece simplemente a razones de técnica legislativa.

Establecido, pues, que la pena será tal... si la cosa vale tanto..., y que ese valor no pertenece a la esfera del tipo, no queda sino admitir que las cuantías en el hurto —lo cual se repite en otros delitos

(60) En este sentido: RODRÍGUEZ DEVESA, «Derecho Penal», P. E., cit., página 372; el mismo, en «El hurto propio», Madrid, 1946, pp. 207 y ss. y páginas 210-211; MUÑOZ CONDE, «Derecho Penal», P. E., cit., p. 175.

(61) Vid., R. DEVESA, «Derecho Penal», P. E., cit., p. 374; «El hurto propio», cit., p. 206; MUÑOZ CONDE, op. cit., p. 175. Ninguno de estos autores, con razón, incluyen en el dolo la conciencia de la cuantía.

(62) Sobre el bien jurídico protegido en el hurto, R. DEVESA, «Derecho penal», P. E., cit., pp. 369 y 370, y «El hurto propio», cit., p. 63 y ss.

contra la propiedad— operan como condiciones objetivas de punibilidad (63), una fundamentadora (la cuantía mínima), y las demás cualificadoras (las que determinan los sucesivos cambios de penalidad). Vincular la pena a condiciones objetivas supone evidentemente una decisión político-criminal (64). Que el valor de la cosa pueda en oca-

(63) A buen seguro causará extrañeza que asigne a las cuantías del artículo 515 el carácter de condición objetiva de punibilidad. Ciertamente es una opinión sin apoyo doctrinal. Pero a mi juicio es posible ver en esas cuantías las características propias de las c. o. p., según he intentado explicar en el texto: a) En primer lugar, si bien no siempre sea así, el valor de la cosa puede ser ignorado por el agente o imposible de conocer por él, o valer más o menos de lo que creía, si es que algo hubiera previsto (por ejemplo, el hurto de una billetera ignorando su contenido, el de un cuadro, sin saber que era de una firma cotizada, etc.). b) En segundo lugar, esa cuantía no es «el resultado»—éste es la desposesión de la cosa sufrida por la víctima—, sino una valoración del mismo realizada judicialmente y «a posteriori». c) En tercer lugar, si lo hurtado no alcanza el valor legal, por grande que pueda ser el valor afectivo, no es posible reprimir el hecho pese a la teórica constancia de acción y resultado desvalorados. En todo caso, de rechazarse la solución que propongo para la interpretación de las cuantías, no queda más recurso que incorporar el valor al tipo y presumir que siempre concurrirá respecto al mismo al menos dolo eventual; pero esta solución, que no siempre será de fácil sustentación en la práctica, no parece asentable dogmáticamente en el tenor del código vigente. Por último, quiero destacar que las condiciones objetivas de punibilidad, como problema, ni pueden ni deben ser incluidas en la misma crítica que se formula a la responsabilidad objetiva, ya que constituyen un problema radicalmente distinto, y cabe aventurar que pueden ser justificadas respecto a algunos delitos.

(64) No es éste el lugar, como ya he advertido, para profundizar en el tema de las condiciones objetivas de punibilidad, me remito a los trabajos de STRATENWERTH, «Objektive Strafbarkeitsbedingungen im Entwurf eines Strafgesetzbuchs 1959», ZstW, 1959, p. 565 y ss. y SCHMIDHAUSER, «Objektive Strafbarkeitsbedingungen», ZstW, 1959, pp. 545 y ss. Cuando la doctrina aborda este problema se aprecia ante todo la superficialidad del análisis, lo cual no creo que sea casual, ya que si se profundiza en él puede tambalear la supuesta perfección del sistema. La pena, en estos casos, no se hace depender ni del injusto ni de la culpabilidad, y esa es una anomalía tradicionalmente subrayada por la doctrina. La razón de la pena sólo puede explicarse entonces recurriendo a razones político-criminales, con lo que se demuestra no sólo la presencia de la política criminal en sistema positivo a través de cláusulas de otro modo inexplicables, sino incluso la imposición de éstas sobre la perfección dogmática. Si se quisiera encajar a las c. o. p. en la lógica dogmática el problema sería insoluble. Pensemos, sólo a título de ejemplo, en la preterintencionalidad y en el error: ¿Pueden afectar a algo que no es ni siquiera resultado fundamentador o cualificador en el sentido de la responsabilidad objetiva? No lo creo, pues las c. o. p. atañen a la posibilidad de aplicar el castigo a la infracción, pero no a la infracción misma. Además, todas ellas dependen —o pueden depender, ya que es imaginable que el autor previera aquello que integra la condición (por ejemplo, la cuantía exacta de lo que hurtaba—, de factores ajenos a la voluntad del autor; y, si no es vinculable a su voluntad, ¿cómo construir el error o la preterintencionalidad respecto a algo ajeno a la estructura de la infracción? A pesar de todo sabemos que la atenuante de preterintencionalidad ha sido a veces apreciada en el delito de hurto: cuando eso ha sucedido creo lo más seguro aceptar que el Tribunal no se ha guiado por una estricta consideración técnica o dogmática, sino por la necesidad de rebajar en lo posible unas penas desproporcionadas e innecesarias, como son las que la ley prevé para este delito.

siones ser conocido o previsible para el autor no desdice la posibilidad que se estudia, por demás bastante frecuente. Se trata, pues, de decidir si es correcta la actual política criminal decidida por la ley en el delito de hurto. En este sentido creo que solamente puede aceptarse que lo hurtado haya de tener un valor mínimo, ya que de lo contrario el número de delitos de esta clase sería desorbitado. Pero, dejando aparte ese mínimo, entiendo que nuestra ley debiera seguir el camino de otros Códigos más modernos, y fijar la pena en el delito de hurto prescindiendo de la cuantía de la cosa (65). Las sucesivas cualificaciones se establecerían sólo en atención a condiciones particulares concurrentes en la comisión del delito (por ejemplo, en una vivienda o en lugar sagrado, como ya hace el actual Código) o en la cosa hurtada (p. e., valor histórico-artístico, carácter público o sagrado, etc.). Todas estas cualificaciones pueden sin problema formar parte del tipo y, por consiguiente, entrar en el ámbito de voluntad del autor. No creo que esto implicara graves trastornos respecto al sistema actual y sí una notable mejora.

Volviendo a la denuncia del actual método de incriminación del hurto conviene destacar lo absurdo que es el que la penalidad pueda diferir entre hurtar 50.000 pesetas o 150.000, y en cambio sea lo mismo, a efectos de pena, hurtar un millón que cien. Se dirá que esa diversa cuantía tendrá su adecuado reflejo en la responsabilidad civil. Y es cierto, pero no sólo en ese caso, sino en todos los demás. No veo por qué cien mil pesetas más pueden aumentar la pena y no, en cambio, un millón más. Lo que prueba que la pena nunca tiene por qué aumentar por razón del puro valor económico, y que esa dimensión del problema, en una sana política criminal, ha de ser siempre contemplada bajo el prisma de la responsabilidad civil. Para cerrar el catálogo de estas rápidas críticas cabe destacar las casi insalvables dificultades con que se enfrenta el intérprete para dilucidar cómo se apreciará la atenuante de preterintencionalidad, que se dice de particular importancia en este delito (66), y con qué criterio se fijará la pena imponible en caso de frustración o tentativa. Tanto en uno como en otro supuesto puede ocurrir que se desconozca «cuánto» económicamente pensaba hurtar el autor; y ese es un dato fundamental para decidir si hurtó más de lo que preveía y también para saber respecto a qué penalidad debe medirse el descenso en uno o dos grados a efectos de calcular la pena correspondiente a los grados imperfectos. En ambos supuestos la decisión judicial tendrá que basarse en conjeturas más o menos intuitivas.

(65) Esta reforma del sistema legal, abandonando el criterio de las cuantías, la reclamaba ya RODRÍGUEZ DE VESA en «El hurto propio», cit., páginas 237 y 238, pronunciándose, en lo que estoy de acuerdo, en favor de fijar una pena unitaria para el delito de hurto.

(66) Así, por ejemplo, MUÑOZ CONDE, «Derecho penal», P. E., cit. p. 178. En otro tiempo el Tribunal Supremo había mantenido la tesis de que la atenuante de preterintencionalidad no era aplicable a los delitos contra la propiedad, mientras que en algunos fallos se sostiene lo contrario (Sobre esto y la doctrina española favorable a su admisión en los delitos patrimoniales, vid. R. MOURULLO, «Comentarios», I, cit., pp. 464 y 465).

tivas que, en el mejor de los casos, se resolverán en favor del reo ante la duda.

Resumiendo: En los delitos cualificados o determinados por el resultado notábamos que la ley no dejaba espacio para que el desvalor de acción pudiera jugar su función garantizadora y limitadora de los comportamientos objeto de atención penal. En el ejemplo del delito de hurto no es incorrecta la configuración del tipo ya que permite o suministra los elementos objetivos y subjetivos sobre los que se erige el desvalor de acción y el de resultado, pero en cambio la penalidad olvida esa estructura típica y se establece en atención a unas tablas de cuantía arbitrarias y ridículas que nada tienen que ver con el ámbito del tipo. El objetivismo vuelve así a triunfar, aunque sea con peculiaridades respecto a cómo lo hace en aquellos otros delitos a los que ya me he referido. Para supuestos como el del delito de hurto la solución no es recabar la mínima cobertura de la culpa, sino abandonar el sistema de cuantías en favor de otros político-criminalmente más coherentes (67).

El sistema penal español se inscribe básicamente entre los que conceden preponderancia a lo objetivo sobre lo subjetivo —y no hago referencia ahora a los aspectos del desvalor—. La hipertrofia del objetivismo se aprecia en los ya mentados casos de desprecio del desvalor de acción e incluso del significado del desvalor de resultado. Pero que nuestro Derecho tienda al objetivismo en la descripción de sus instituciones fundamentales no quita que, si bien en menor medida, también haya casos en los que el subjetivismo entra en cuña rompiendo también los principios de la proporcionalidad. En esos pocos casos que la ley contempla conviene advertir que no se da una hipertrofia de la importancia del desvalor de acción, sino mejor un inadecuado entendimiento de lo que significa ese desvalor. Dicho expresivamente: confundir el desvalor de acción con la pura actitud anímica del sujeto. Afortunadamente el problema no llega al extremo de permitir que se afirme que en nuestro Derecho intervienen elementos puramente «espirituales» o de «ánimo» en el establecimiento de la responsabilidad penal al estilo de los «*Gesinnungsmerkmale*» de la dogmática alemana, los cuales, según creo, han de rechazarse en una política criminal democrática (68). Ciertamente no deben confundirse con el llamado «De-

(67) Como ejemplo podría citarse el sistema seguido en los parágrafos 242 y ss. del Código penal alemán.

(68) Sobre el significado de esos elementos en la dogmática alemana me remito a SCHMIDHAUSER, «*Strafrecht*», AT, cit., p. 367 y 455 y ss., y, del mismo, «*Gesinnungsmerkmale im Strafrecht*», 1958. Por su parte WELZEL («*Das deutsche Strafrecht*», 11.ª ed., 1969, p. 80) pone de manifiesto el peligro que representan ciertos elementos de esta clase incorporados a algunos tipos penales, pues, superponiéndose a la objetividad, pueden conducir a la pura y simple punición de la actitud, es decir, a un Derecho penal «del ánimo» en lugar de «elementos de ánimo». BETTIOL cree que no existe tal riesgo y que, por el contrario, los «*Gesinnungsmerkmale*» posibilitan la eticización del Derecho penal en la contemplación del ser humano, lo cual constituye según él un ideal del Estado de Derecho (vid.: BETTIOL, «*Stato di diritto e Gesinnungsstrafrecht*», Fests. f. H. Welzel, 1974, pp. 185 y ss. y p. 196).

recho penal de la voluntad»; pero entiendo que se pueden configurar los tipos penales sin recurrir a ellos, especialmente por los riesgos que para la seguridad jurídica comportan. Volviendo a la cuestión que nos ocupaba, quiero destacar, también por la vía del ejemplo, algún caso en el que la técnica legal empleada da entrada a una excesiva preponderancia de la valoración de la actitud anímica del autor. Que sea «excepcional» en nuestro sistema no resta nada a la posibilidad de criticarlo, en su caso.

Yendo a esos ejemplos, en los que no me extenderé, pienso en la configuración legal de la tentativa inidónea. Esta institución ha sido denunciada como una «anomalía» en el ámbito del Código (69). Mas aunque sea un cuerpo extraño clavado en el Código lo cierto es que ahí está. La doctrina se ha esforzado por restringir al máximo los casos en que puede aplicarse la disposición contenida en el párrafo segundo del artículo 52 Código penal, tarea que el tenor de la ley ciertamente no facilita. No voy ahora a exponer todas las soluciones dogmáticas propuestas sobre el fundamento de la punibilidad de la tentativa inidónea y los requisitos objetivos, subjetivos, o combinación de ambos —eso depende de cada opinión— que deben concurrir para que ello sea posible. Tan sólo quiero llamar la atención sobre un hecho legal evidente: si la tentativa idónea cuenta con un inicio de ejecución objetivamente valorable como tendencialmente orientado al resultado, resulta por exclusión que en la llamada tentativa inidónea no existe ese principio de ejecución coherente con el resultado buscado, sino que tan sólo hay un propósito del autor que, desde una consideración «ex ante», obviamente no puede alcanzar, ya sea por inidoneidad del medio o del objeto o del autor mismo. Doctrinalmente podrá decirse que esas inidoneidades han de ser sólo relativas, negando la punición de los casos de inidoneidad absoluta. Pero lo cierto es que el «rigor legis» permite interpretaciones notoriamente más ampliadas, siendo incluso problemática la exclusión del castigo de la tentativa llamada «irreal» (70). Ante esta situación, contra la que la doctrina lucha denodadamente, el intérprete puede preguntarse si el significado del desvalor de acción merece algún respeto al legislador. Y la respuesta creo que ha de ser indudablemente negativa. Quiero además subrayar, en contra de lo que en ocasiones se ha afirmado, que el castigo de la tentativa

(69) Cfr. R. MOURULLO, «Comentarios», II, cit., p. 224, que hable de «desviación» de los principios generales. Además, sobre el tema de la tentativa inidónea y las soluciones dadas en nuestro Derecho, el mismo autor, op. cit., pp. 216 y ss.; SUÁREZ MONTES, «El delito imposible de aborto en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», ADP, 1966, en esp., pp., 219 y ss.; ANTÓN ONECA, «Derecho penal», cit., pp. 416 y ss.; RODRÍGUEZ DEVESA, «Derecho Penal español», Parte General, Madrid, 1976, pp. 665 y ss.; CEREZO, «Lo objetivo y lo subjetivo en la tentativa», Valladolid, 1964; NÚÑEZ BARBERO, «El delito imposible», Salamanca, 1963.

(70) Cfr. CÓRDOBA, en «Notas al Tratado de Derecho Penal», de Maurach, t. II, Barcelona, 1962, p. 185 y 186. A juicio de R. MOURULLO, si bien debe excluirse el castigo de la tentativa irreal, no es posible limitar el párrafo 2.º del artículo 52 CP a los casos de «inidoneidad relativa» («Comentarios...», II, cit., pp. 225 a 231).

inidónea no es un caso de hipertrofia del desvalor de acción, sino que, especialmente en los ordenamientos que como el nuestro lo permiten con una amplitud desmesurada, constituye una vulneración del concepto y significado de la acción relevante para el Derecho penal. No creo que se pueda sostener que el desvalor de acción es el mismo en la tentativa «irreal», en la «inidónea», y en la «idónea», y que sólo las diferencia la entidad del desvalor de resultado en cada caso. Para poder desvalorar penalmente una acción es imprescindible ponerla en conexión no sólo con un bien jurídico que el autor quiera ofender, sino además, y previamente, con la forma de ataque (tipo) que el legislador ha decidido incriminar. Es por eso que no todos los ataques a un bien jurídico se reprimen, sino solamente aquéllos que sean típicos. Las acciones humanas cobran sentido precisamente por su relación con los tipos que, lejos de la neutralidad que en ellos viera Beling, expresan algo pleno de significación social y por eso relevante. Minimizar cómo ha de ser la acción es minimizar lo que es el tipo y su función de garantía. Cuando se habla de desvalor de acción ya dije antes que se alude a un aspecto del delito de por sí insuficiente para explicar el injusto, pero que cumple una irrenunciable función de garantía. Dicho de otro modo, sólo pueden llegar al desvalor de resultado acciones desvalorables. Si algo no puede desvalorarse en manera alguna y, a pesar de ello se afirmara la existencia de un injusto punible, se habría operado una anomalía, inventando un acto injusto donde dogmáticamente no puede demostrarse que lo haya.

Volvamos ahora a la cuestión del desvalor de acción y la tentativa. Partiendo del principio teórico de que en todo hecho punible, según he pretendido explicar, concurre o debe concurrir el desvalor de acción junto al desvalor de resultado, no cabe otra cosa que afirmar que en la tentativa idónea hay desvalor de acción y desvalor de resultado —lo cual, como sabemos, no se refiere al «resultado» del delito—, con la característica de que el desvalor de resultado en la tentativa no tiene la misma entidad que en el delito consumado al ser menor el grado de afección del bien jurídico protegido. La situación en la tentativa inidónea es diferente —me muevo siempre en el terreno de los principios—, pues en ella no es que el grado de afección respecto al bien jurídico sea menor que en el delito consumado y que en el delito intentado, sino que además es de menor entidad el grado de desvalor de acción (el valor y el desvalor son conceptos graduables); pero aún con ese menor grado de desvalor tanto en la acción como en el resultado es necesario que en una relativa medida se den ambos, pues de lo contrario no puede político-criminalmente explicarse la reacción represiva que sería a todas luces desproporcionada. Para que pueda hablarse de desvalor de acción en la tentativa inidónea es necesario que el autor haya decidido vulnerar un bien jurídicamente tutelado a través de una acción que no sea «absolutamente ajena» a la órbita del tipo. Traducido a un concepto sencillo: solamente hay un grado de desvalor en la llamada «inidoneidad relativa»; a su vez, en ésta, el desvalor de resultado se pronunciará sobre la «relativa imposibilidad» de ofender el bien protegido. Además, en coherencia con esto, si el

grado de desvalor de acción y de resultado es de menor entidad que en la tentativa adecuada, lógicamente, y en aras del principio de proporcionalidad, la pena no podrá ser igual para ambas especies de tentativa (nótese que nuestro artículo 52 dispone la misma penalidad para ambas).

En cambio, tanto la tentativa «absolutamente inidónea» como la llamada «tentativa irreal», constituyen casos no sólo de ausencia de desvalor de resultado, sino también de desvalor de acción. Aquí hay una total desconexión con la acción típica; falta la mínima relevancia para conmocionar a la sociedad y aconsejar la intervención del Derecho. Comoquiera que el «deseo» del autor de ofender o atacar a un interés tutelado es un «nada» jurídico-penalmente hablando, es obvio que no es una acción ni valorada ni desvalorada y por ello no puede generar consecuencia jurídica alguna. Esto es claro en la tentativa «irreal»; pero creo que en el fondo puede predicarse también de la tentativa «absolutamente inidónea»: si en esta se acepta que hay un «desvalor de acción» igual al de la tentativa idónea se despreja totalmente la capacidad de los tipos penales, plenos de significado, para «colorear» negativamente acciones humanas que de otro modo serían indiferentes al Derecho.

Resumiendo: En la tentativa idónea y en la relativamente inidónea —aunque en este caso en menor grado— hay desvalor de acción y de resultado —también éste con diferencia de entidad—. En cambio, en mi opinión, no cabe admitir desvalor de acción —y obviamente tampoco de resultado— ni en la tentativa absolutamente inidónea ni en la irreal. Si la tentativa irreal es impune y la inidónea no lo es, la causa hay que buscarla no en la ausencia de desvalor de resultado sino antes, en la carencia de desvalor de acción en la irreal (71); además, como queda dicho, tampoco «debiera ser» punible la tentativa absolutamente inidónea.

Veamos ahora cómo contesta a todo esto nuestro sistema positivo. Como antes dije, y lo avala un sector de la doctrina, no parece posible negar la punibilidad de la tentativa absolutamente inidónea en nuestro Derecho y es incluso difícil excluir el castigo de la irreal (72), aunque su impunidad es por todos naturalmente sostenida. Así, pues, la vigente normativa castiga en todo caso la tentativa inidónea y, además, ¡con la misma pena que la tentativa idónea! Ello indica, por una parte, que el legislador despreja la existencia o no de desvalor de acción y de resultado —pues tanto da que la inidoneidad sea absoluta o relativa, y ya antes se expuso que en la absoluta inidoneidad no hay una hipertrofia del desvalor de acción sino, por el contrario, un desprejo de lo que eso significa—; por otra parte, implica un tratamiento «igual» de lo que es «desigual», es decir, la idoneidad y la inidoneidad de la tentativa, resultando indiferente en orden a la pena la diversa entidad desvalorativa de cada una de esas conductas, con lo cual el castigo deviene desproporcionado.

(71) De otra opinión, R. MOURULLO, «Derecho penal», cit., p. 335.

(72) Cfr. CórdoBa, op. y loc. cit. en nota 70.

Por todo ello, el futuro Código debería replantear a fondo el problema de la tentativa inidónea, definiendo claramente qué debe entenderse bajo esa denominación, y no dando una mera regla de aplicación de pena. La exclusión de la inidoneidad absoluta tendrá que quedar fuera de toda duda. Además de eso, en términos generales, es imprescindible decidir cuándo la naturaleza del bien jurídico tutelado merece que se reprima también la tentativa, abandonando el actual método de incriminación genérica, ya que respecto a muchas infracciones carece de sentido político criminal castigar la tentativa, y esto lo digo tanto respecto a la tentativa inidónea como a la idónea. El sistema sería, pues, de doble norma: una general definidora y otra especial que acompañaría a determinados tipos estableciendo la punibilidad de la tentativa en ese concreto delito. Que en todo intento de lesionar un bien jurídico haya un desvalor de acción y resultado no quiere decir que político-criminalmente sea aconsejable castigarlo siempre.

Pero no terminan ahí los casos en los que el vigente Código propicia una «particular» e incorrecta visión de lo que es el desvalor de acción. Otras normas legales permiten tomar en consideración aspectos de la conciencia del sujeto o de su personalidad que rompen la idea inicial de que el nuestro sea un Derecho penal de hechos. Sin entrar en el ya conocido problema de la definición de los llamados «estados peligrosos», pues parece que a la vigente Ley de Peligrosidad le espera corta vida, citaré a título de ejemplo algún precepto del Código que se sitúa en esa línea criticable. Tal ocurre, a mi juicio, en la legítima defensa de extraños: la ley condiciona la apreciación de la eximente a que el defensor no obre impulsado por venganza, resentimiento u otro motivo ilegítimo (art. 8.º, núm. 6), presuponiéndose desde luego la necesidad de la defensa a la vista de una agresión ilegítima que no puede de otro modo afrontarse. Esta restricción de la eximente en base a razones «morales» había sido ya duramente censurada por Silvela (73), quien agudamente subrayaba que lo útil al Derecho no era necesariamente lo más moral y que una disposición así, en cambio, podía empujar a abstenerse de defender siempre que mediara entre agresor y defensor esa animadversión u odio. Creo que no puede añadirse nada a la crítica de Silvela, que conserva hoy plena vigencia. Algunos autores han querido limitar el alcance de esta absurda disposición sosteniendo que la ley no puede pretender otra cosa más que evitar que el odio o el resentimiento sea el «único» motivo que impulse al defensor, pero que si existe ánimo de defender no importa ya que eventualmente concurren otras motivaciones (74). Pero también se ha mantenido que el ánimo defensivo ha de ser el exclusivo móvil del autor (75). La verdad es que asombra constatar que

(73) SILVELA, «El Derecho penal...», cit. II, p. 158 y 159.

(74) Sobre la compatibilidad del ánimo de defender con otro tipo de motivaciones, vid.: JIMÉNEZ DE ASÚA, «Tratado de Derecho penal», t. IV, 1961, página 256; RODRÍGUEZ DEVESA, «Derecho penal español», Parte General, cit., página 489.

(75) Así, CÓRDOBA, «Comentarios», cit., I, p. 257.

toda la exigente de legítima defensa, como la idea de injusto en general, esté en nuestro Derecho preponderantemente imbuida de objetivismo —al menos es ese el parecer más extendido— y que de pronto, inopinadamente, lo justo o injusto se condicione a que el defensor guarde resentimiento, etc., contra el agresor; ¿acaso la acción defensiva, valorada positivamente, ha de pasar por esa sola razón a desvalorarse? En mi opinión no se trata exactamente de eso: el desvalor o valor de una acción, como tantas veces ha querido explicar a lo largo de este trabajo, es un juicio que únicamente puede emitirse en base a razones jurídico-positivas. El odio o el resentimiento, o la venganza, no inciden especialmente en la ofensa a la integridad o vida de otro, es más, ni siquiera se contemplan como circunstancias agravantes; por consiguiente, es una actitud moral que no valora ni desvalora. Esa incursión en la conciencia individual no indica, pues, una exageración de la importancia del desvalor de acción, sino que nada tiene que ver con él, y no es sino confundir el delito con el pecado. También aquí la ley abandona la senda de lo razonable para entrar en lo emocional por ilógico que ello sea y a pesar de las funestas consecuencias político-criminales que puedan derivarse. El problema de fondo es, por consiguiente, que en casos como el que nos ocupa la ley es arbitraria en la elección de los elementos sobre los que funda el juicio de valor; y si es arbitraria o rompe la regla no puede ya admitirse que ahí el desvalor «se inspire en otros criterios», sino, simplemente, que se prescinde de una correcta utilización de tal concepto.

* * *

Tras este largo camino llegamos a alguna modesta conclusión: El principio de proporcionalidad no se refiere sólo a la determinación de la pena, sino también al modo de estructurar los comportamientos punibles. El vigente ordenamiento punitivo no respeta siempre ese principio de proporcionalidad, pues el respeto implicaría una adecuada y equilibrada presencia en el delito, tanto del acto como del resultado desvalorados. Las quiebras a la proporcionalidad proceden primordialmente de la excesiva trascendencia que se otorga a los resultados objetivamente producidos, sean o no queridos, lo cual no es el desvalor de resultado sino una adulteración de lo que éste significa. Aunque en menor medida no faltan tampoco casos en los que el desequilibrio se origina en una trastocada visión de lo que debe ser la acción a valorar. La proporcionalidad que ha de materializarse en las penas ha de comenzar a manifestarse ya en las estructuras de responsabilidad. Si la legalidad es irracional la política criminal que resulte de su aplicación difícilmente será correcta. Ya que no resulta especialmente arduo corregir esos errores esperemos que el nuevo Código penal que se nos anuncia no incurra de nuevo en ellos, como viene sucediendo desde 1848.

SECCION LEGISLATIVA

A) LEYES ORGANICAS

REFORMA PARCIAL DEL CODIGO PENAL (ORGANICA).

(«BOCG. Congreso de los Diputados. Serie A. 26 febrero de 1982, núm. 249-I.)

PROYECTO DE LEY ORGANICA DE REFORMA PARCIAL DEL CODIGO PENAL

Memoria-Exposición de Motivos

El hecho de encontrarse, en estos momentos, pendiente en las Cortes Generales un Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal, exige una más extensa justificación para el que ahora se presenta a las Cámaras legislativas con la finalidad de modificar parcialmente el actual texto punitivo. Por encima de cualquier otra consideración hay que destacar que tras esta reforma no se esconde el propósito de un aplazamiento indefinido de la total renovación de nuestro ordenamiento penal, sino muy al contrario la decisión política de estimular esa reforma en profundidad que sólo en un clima de serenidad y reflexión, sin las urgencias que las apremiantes necesidades sociales imponen, puede llevarse a cabo. La simple lectura del proyecto del Código Penal, publicado en el «Boletín Oficial del Congreso de los Diputados» de 17 de enero de 1980, con 685 artículos y un número muy considerable de enmiendas de especial calidad e interés, conduce a pensar que la tarea, ya emprendida, no puede realizarse en unos pocos meses. Son muchos los temas a debatir y muy importantes y complejos y si se tiene la decidida voluntad de elaborar un Código Penal que de verdad responda a los principios que inspiran la Constitución y a los presupuestos del Estado social y democrático de Derecho que es hoy España, habrá de construirse —como ya se ha hecho o se está haciendo en el Derecho comparado más próximo a nosotros— con el ritmo, que no quiere decir lentitud, que imponen la naturaleza y complejidad de la empresa renovadora, en garantía del acierto, en la selección y conformación de los bienes jurídicos defendibles en esta vía y en su precisión legislativa tan imprescindible siempre y de manera muy especial en las Leyes penales.

Hecha esta inicial aclaración debe explicarse por qué se hace esta reforma parcial y urgente. Nada hay que produzca mayor desasosiego en una sociedad que la injusticia y nada hay más injusto que un desafortunado tratamiento del orden jurídico-penal que debe salvaguardar precisamente la paz social a través de un equilibrado sistema de bienes protegidos y de penas y medidas.

A nadie se le oculta, sin negar los méritos que corresponden a nuestro viejo Código de 1848, al que hay que juzgar con la óptica de la época en que nace, que el texto vigente, a pesar de las sucesivas reformas, carece, en ocasiones, del equilibrio indispensable en la protección jurídico-penal de determinados bienes, por defecto o por exceso, que la dosimetría punitiva es, en consecuencia, en muchos supuestos, censurable, que protege bienes

que no deben ser protegidos en esta vía tan enérgica y compleja y que deja de proteger otros que viven extramuros del Código a pesar de su grave y negativa incidencia en la vida comunitaria.

En estas circunstancias la reforma no pretende otra cosa que, en la medida en que esto puede ser conseguido a través de una modificación parcial, una aproximación a ese equilibrio, protegiéndose así, por ejemplo, más eficazmente al consumidor y estableciéndose medidas penales de especial trascendencia frente a los hechos delictivos cometidos por directivos en el ejercicio de la actividad de sociedades o empresas o utilizando su organización para favorecerlas o encubrir las.

Aproximándonos con algún mayor detalle a las materias reformadas en este Proyecto de ley ha de señalarse como prioritaria la preocupación de hacer realidad los propósitos constitucionales en orden a la finalidad de las penas y medidas que deben orientarse hacia la reeducación y reinserción social. De ahí, la creación de la institución de la suspensión de condena sin inscripción de antecedentes penales para estimular a los jóvenes que delinquen por primera vez a su efectiva reinserción, el establecimiento de un sistema de rehabilitación en virtud del cual se extinguen, de modo definitivo, todos los efectos de la pena, etc.

También, en este sentido, debe citarse la supresión de los especiales efectos agravatorios de la multirreincidencia, el establecimiento de un sistema de aplicación de penas más flexible cuando concurren agravantes y con una mayor dosis de arbitrio a los Jueces y Tribunales a quienes, como siempre, se confía, en gran medida, el éxito de la reforma y a quienes incumbe juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Por esta razón se atribuye expresamente a los Jueces de Vigilancia la aprobación de los beneficios de redención de penas por el trabajo, institución todavía vigente en nuestro Código actual, a la que se da una mayor amplitud al incluir en ella, porque es de justicia hacerlo, a quienes se encuentran en situación de prisión provisional.

Otras dos novedades conviene destacar en la parte general contenida en el Libro I referidas a la introducción de la figura del delito masa y al establecimiento de un nuevo principio en virtud del cual si el Juez apreciase que no existe responsabilidad penal, pero sí civil, directa o subsidiaria, al dictar sentencia absolutoria condenará al responsable civil, directo o subsidiario, en los términos que procedan, con lo que se espera conseguir una economía procesal importante y una efectividad en las indemnizaciones civiles que la sociedad demanda.

En análogo sentido, en los supuestos de exención de responsabilidad penal a los efectos que se refiere el artículo 20 del Código Penal, los Jueces y Tribunales decretarán las correspondientes responsabilidades civiles.

Dentro todavía del Libro I se elimina la pena accesoria de interdicción civil y se modifican las de inhabilitación y suspensión para profesión u oficio, estableciendo que sólo se aplicarán cuando la actividad de dicha profesión u oficio guarden directa relación con el delito.

En la parte especial se han creado o modificado algunos artículos en orden a las personas internacionalmente protegidas, a las drogas y estupefacientes, salud pública, protección del consumidor, lesiones, delitos contra

la propiedad, protección de denunciantes, testigos, peritos, intérpretes, etcétera, en orden a las violencias o intimidaciones que puedan sufrir, tendentes a conseguir la alteración de su declaración, informe o traducción, o su inactividad. Particularmente significativa es la reforma en materia de delitos contra la propiedad, en la que se anticipa básicamente la filosofía que inspira el Proyecto del nuevo Código Penal, y que supone toda una nueva concepción de la estructura delictiva en ese campo. La reforma se lleva a cabo, con los condicionamientos que impone el respeto a la actual escala de penas, que difiere sustancialmente de la prevista en el Proyecto. Al abandonarse el criterio cuantitativo que sólo subsiste para diferenciar el delito de la falta en los hurtos, estafas y apropiaciones indebidas y en los robos con fuerza en las cosas para construir dos grupos según que el valor de lo robado sea inferior o no a 25.000 pesetas, se ha aprovechado para llevar a cabo una modificación importante, consistente en elevar a la categoría de circunstancias muy calificadas en los citados delitos de robo con fuerza en las cosas, la casa habitada, el uso de armas u otros medios igualmente peligrosos y el asalto a tren, buque, aeronave, automóvil u otro vehículo, con lo que, al reforzarse los bienes jurídicos en estos casos defendidos, se da justa satisfacción a muy mayoritarias exigencias sociales.

La reforma se ha aprovechado para corregir algunas deficiencias, como lo son la indebida permanencia en el Código de la expresión «pena de muerte», abolida por el artículo 15 de la Constitución, para suprimir la arcaica e injustificada referencia a la pena de presidio, etc., y para la puesta al día de algunas expresiones del texto penal e incluso para derogar preceptos que no tienen ya razón de ser.

También se ha puesto al día el Código Penal en relación con las modificaciones llevadas a cabo en el Código Civil, en orden a la supresión de la autoridad marital, de la distinción entre las viejas clases de filiación, a la declaración de paternidad, etc.

En orden a las cuantías, tanto en los delitos en que figuran como determinantes de las distintas modalidades como en las multas, se actualizan todas ellas multiplicándose las actuales por el coeficiente de 1,5, a excepción del límite entre el delito y la falta, que se fija en 25.000 pesetas. Se exceptúan de esta elevación el delito fiscal y la malversación de caudales públicos en razón a la especialidad de los bienes jurídicos defendidos, teniendo en cuenta, como ya se ha señalado, que la reforma pretende, dentro de los límites en que se mueve, un reajuste del sistema punitivo.

También hay que destacar que la mayor parte de estas modificaciones han sido tomadas, con los imprescindibles retoques, del Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal, del cual esta reforma pretende ser, de alguna manera, un anticipo.

Desde el punto de vista de lo que no se reforma, debe señalarse que una serie importante de zonas penales no han sido modificadas, y entre ellas los delitos de lesiones cuya sanción viene determinada por el resultado o por los días de duración de las mismas, las quiebras, etc., porque el hacerlo hubiera quitado a esta reforma uno de sus principales objetivos: la inmediatez; de ahí que la selección en las modificaciones llevadas a cabo

en este Proyecto se haya realizado partiendo de la urgencia y de la presumible aceptación generalizada de las mismas.

Con todo, cabe pensar que la reforma, dentro de la profunda crisis en que los sistemas están inmersos, habrá de producir efectos saludables, desde el punto de vista del imprescindible equilibrio penal, y servirá de positiva experiencia al futuro legislador al llevar a cabo la renovación completa de nuestro ordenamiento punitivo en fecha que hay que desear no lejana.

En su virtud, a propuesta del Ministerio de Justicia, el Gobierno, en su reunión del día 15 de enero de 1982, acordó remitir a las Cortes Generales el siguiente

PROYECTO DE LEY

Art. 1.º.—Los artículos que se relacionan quedan suprimidos, modificados o incorporados al Código Penal en los términos que a continuación se expresan:

Art. 8, 5.—Queda redactado así:

«El que obra en defensa de la persona o derechos de su cónyuge, sus ascendientes, descendientes o hermanos, por naturaleza, adoptivos o afines en los mismos grados y de sus consanguíneos hasta el cuarto civil, siempre que concurren la primera y segunda circunstancias prescritas en el número anterior y la de que, en caso de haber precedido provocación de parte del acometido, no hubiere tenido participación en ella el defensor.

Art. 9, 1.—Se añade el siguiente párrafo:

«En los supuestos de los números 1 y 3 del artículo anterior, el Juez o Tribunal podrá imponer, además de la pena correspondiente, las medidas previstas en dichos números. En estos casos, si se aplicare la medida de internamiento, se cumplirá siempre antes y su duración, que no podrá exceder la de la pena impuesta, se computará para el cumplimiento de ésta.»

Art. 9, 6.—Queda redactado así:

«La de haber ejecutado el hecho en vindicación próxima de una ofensa grave causada al autor del delito, sea cónyuge, sus ascendientes, descendientes, hermanos por naturaleza, adoptivos o afines en los mismos grados.»

Art. 10, 14.—Queda redactado así:

Ser reiterante.

Hay reiteración cuando 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, salvo que fuese aplicable la circunstancia agravante de reincidencia.»

Art. 10, 15.—Queda redactado así:

Ser reincidente.

«Hay reincidencia cuando al delinquir el culpable hubiera sido ejecutoriamente condenado por otro delito de la misma o semejante especie.

Hay multirreincidencia cuando al delinquir el culpable hubiere sido ejecutoriamente condenado por dos o más delitos de los mencionados en el párrafo anterior en varias sentencias, siempre que en alguna de ellas se hubiere apreciado ya la circunstancia de reincidencia.

A efectos de este número y del anterior no se computarán los antecedentes penales cancelados.»

Art. 10, 17.—Queda redactado así:

Ejecutar el hecho en lugar sagrado o destinado al culto.»

Art. 11.—Queda redactado así

«Es circunstancia que atenúa o agrava la responsabilidad, según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito, ser el agraviado, cónyuge o ascendiente, descendiente, hermano por naturaleza, adoptivo o afín en los mismos grados del ofensor.»

Art. 15 bis.—Queda redactado así:

«El que actuare como directivo u órgano de una persona jurídica o en representación legal o voluntario de otro, responderá penalmente aunque no concurren en él y sí en la entidad o persona en cuyo nombre obrare, las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo.»

Art. 18.—Queda redactado así:

«Están exentos de las penas impuestas a los encubridores los que lo sean de su cónyuge, de sus ascendientes, descendientes, hermanos por naturaleza, adoptivos o afines en los mismos grados o de personas a quienes se hallen ligados por análoga relación de afectividad, con la sola excepción de los encubridores que se hallaren comprendidos en el número 1 del artículo anterior.»

Art. 20.—Se añade el párrafo siguiente:

«En todos los supuestos previstos en este artículo el Juez o Tribunal que dictare sentencia absolutoria u otra resolución que pusiere fin al proceso penal por estimar la concurrencia de alguna de las causas de exención citadas, procederá a declarar las responsabilidades civiles correspondientes, de acuerdo con las reglas que para cada caso se establecen.»

Se incorpora el siguiente Capítulo III del Título II del Libro I:

«De la declaración de responsabilidad civil en los supuestos de inexistencia de responsabilidad penal.»

Art. 22 bis.—Queda redactado así:

«Si el juez o Tribunal apreciase que no existe responsabilidad penal, pero sí civil, directa o subsidiaria, al dictar sentencia absolutoria, condenará al responsable civil en los términos que proceda.»

Art. 27.—En su última parte, relativa a «Penas accesorias», se suprime la expresión «interdicción civil.»

Art. 41.—Queda redactado así:

«La inhabilitación para profesión u oficio privará al penado de la facul-

tad de ejercerlos por el tiempo de la condena y comprenderá las ocupaciones manuales, las profesiones liberales y las de cualquier otra clase.

Cuando esta pena tuviere carácter accesorio sólo se impondrá si la profesión u oficio hubieran tenido relación directa con el delito cometido.»

Art. 43.—Se suprime.

Art. 45.—Queda redactado así:

«La pena de reclusión mayor llevará consigo la de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena.»

Art. 48.—Se añade el siguiente párrafo:

«Cuando los referidos efectos e instrumentos no sean de ilícito comercio y su valor no guarde proporción con la naturaleza y gravedad de la infracción penal podrá el Juez o Tribunal no decretar el comiso o, cuando sea posible, decretarlo parcialmente.»

Art. 61, 2.ª.—Queda redactado así:

«Cuando concurriera sólo alguna agravante la impondrán en su grado medio o máximo. Si concurrieran varias o la de multirreincidencia prevista en el párrafo número 2 del número 15 del artículo 10, se impondrá en el grado máximo.»

Art. 61, 6.ª.—Queda suprimido.

Art. 69 bis.—Queda redactado así:

«No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el que, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, realizare una pluralidad de acciones u omisiones que ofendan a uno o varios sujetos o infrinjan el mismo o semejantes preceptos penales, será castigado, como autor de un delito o falta continuados, con la pena señalada para la infracción más grave, que podrá ser aumentada en la mitad de su límite máximo. Si se tratare de infracciones contra el patrimonio se impondrá la pena teniendo en cuenta el perjuicio total causado. En estas infracciones el Tribunal impondrá la pena superior en grado en la extensión que estime conveniente, si el hecho revistiese notoria gravedad y hubiere perjudicado a una generalidad de personas.

Quedan exceptuadas de lo dispuesto en el párrafo anterior las ofensas a bienes jurídicos eminentemente personales, salvo las constitutivas de infracciones contra el honor y la honestidad, en cuyo caso se atenderá a la naturaleza del hecho y del precepto infringido para aplicar o no la continuidad delictiva.»

Art. 94.—Se añade el siguiente párrafo:

«Contra la resolución que se dicte en ambos casos se dará recurso de casación.»

Art. 95.—Queda redactado así:

«Cuando el culpable fuese menor de veintiún años, al tiempo de cometer el delito o falta, si concurrieran los requisitos establecidos en el artículo 93, el Juez o Tribunal podrá, al acordar suspender la condena, ordenar que ésta no se inscriba en el Registro de antecedentes penales, teniendo en cuenta la personalidad del culpable, las circunstancias del hecho, así como la disposición para hacer efectivas las responsabilidades civiles y reducir los efectos de la infracción.

Si durante el plazo de suspensión, que será de dos a cinco años, fijado por el Juez o Tribunal, el condenado cometiere un nuevo delito, se procederá a ejecutar la condena en todos sus extremos. Si incurriere en falta, el Juez o Tribunal decidirá lo que estime procedente.»

Art. 100.—El primer párrafo queda redactado así:

«Podrán redimir su pena por el trabajo, desde que sea firme la sentencia respectiva, los reclusos condenados a penas de reclusión y prisión. Al recluso trabajador se abonará, para el cumplimiento de la pena impuesta, previa aprobación del Juez de Vigilancia, un día por cada dos de trabajo, incluidos los realizados durante la prisión provisional, y el tiempo así redimido se le contará también para la concesión de la libertad condicional.»

Art. 118.—Queda redactado así:

«Por la rehabilitación se extinguen de modo definitivo todos los efectos de la pena.

Los condenados que hayan extinguido su responsabilidad o alcanzado la remisión condicional de la pena, tienen derecho a obtener del Ministerio de Justicia la cancelación de sus antecedentes penales previo informe del Juez o Tribunal sentenciador.

Para obtener este beneficio serán requisitos indispensables:

1.º No haber delinquido durante los plazos que se señalan en el número 3.º.

2.º Tener satisfechas, en lo posible, las responsabilidades civiles provenientes de la infracción.

3.º Haber transcurrido el plazo de seis meses para las penas leves, dos años para las de arresto mayor, las impuestas por delito de imprudencia y penas no privativas de libertad, tres años para la de prisión, cinco para las de reclusión y ocho para los supuestos de reincidencia.

El Ministerio de Justicia procederá de oficio a la cancelación de los antecedentes penales cuando transcurriesen los plazos precedentemente señalados y un año más sin que se haya anotado una nueva y posterior condena o declaración de rebeldía del penado.

Estos plazos se contarán desde el día siguiente a aquél en que quedara extinguida la pena, pero si ello ocurriere mediante la remisión condicional, el plazo una vez obtenida la remisión definitiva, se computará retrotrayéndolo al día siguiente a aquél en que hubiere quedado cumplida la pena si nos se subiere disfrutado dicho beneficio. En este caso, se tomará como fecha inicial para el cómputo de la duración de la pena el día siguiente al del otorgamiento de la suspensión.

Las inscripciones de antecedentes penales en el Registro Central de Penados y Rebeldes no serán públicas. Durante su vigencia sólo se emitirán certificaciones con las limitaciones y garantías previstas en sus normas específicas y para los fines legalmente exigidos. En todo caso se librarán las que soliciten los Jueces o Tribunales, se refieran o no a inscripciones canceladas, haciendo constar expresamente, si se diere, esta última circunstancia.

En los casos en que, a pesar de cumplirse los requisitos establecidos en este artículo para la cancelación por solicitud del interesado, éste no hubiere instado la rehabilitación, el Juez o Tribunal sentenciador, acreditadas tales circunstancias, no apreciará la agravante y ordenará la cancelación.»

Art. 136.—Queda redactado así:

«El que matare al Jefe de un Estado extranjero o a una persona internacionalmente protegida por un tratado, que se hallare en España será castigado con la pena de reclusión mayor.

El que produjere lesiones graves a cualquiera de las personas mencionadas en el párrafo anterior, será castigado con la pena de reclusión menor y con la de prisión mayor si fueran leves.

Cualquier otro delito cometido contra las personas mencionadas en los párrafos precedentes o contra los locales oficiales, la residencia particular o los medios de transporte de dichas personas, será castigado con las penas establecidas en este Código para los respectivos delitos, en su grado máximo.»

Art. 137.—El primer párrafo queda redactado así:

«El que violase la inmunidad personal del Jefe de otro Estado o de una persona internacionalmente protegida por un Tratado será castigado con la pena de prisión menor.»

Art. 161.—Queda redactado así en su número 1:

«Los que injuriasen o amenazaren gravemente al Regente o Regentes, al Gobierno, al Consejo General del Poder Judicial, al Tribunal Supremo o al Tribunal Constitucional.»

Art. 173.—Se añade el siguiente nuevo número:

«4.º Las que promuevan la discriminación racial o inciten a ella.»

Sección 3.ª del Capítulo II del Título II del Libro II.

La rúbrica queda redactada así:

«Delitos contra la libertad religiosa, la religión católica y las demás confesiones.»

Art. 206.—Queda redactado así:

«El que con violencia o intimidación obligue a una persona a realizar actos reveladores de profesar o no profesar una creencia religiosa o de modificar la que ya profesare, será castigado con la pena de prisión menor.

En igual pena incurrirá el que por los mismos medios realizare actos encaminados a eliminar o restringir el derecho de libertad religiosa o de culto, garantizado por la Ley.»

Art. 325 bis.—Queda redactado así:

«El que con violencia o intimidación intentare que un denunciante o parte, perito, intérprete o testigo en un procedimiento, se retracte de su denuncia, desista de la acción o deje de prestar su declaración, informe o traducción o las preste desviadamente, será castigado con la pena de prisión menor, que se impondrá en su grado máximo tratándose de procesos penales por delito.

Igual pena se impondrá a quien realizare cualquier acto contra la vida, integridad, libertad, seguridad o bienes de las personas expresadas en el

párrafo anterior como represalia de su actuación en un procedimiento judicial, salvo que el hecho constituya delito más grave, en cuyo caso se impondrá la pena en su grado máximo.»

Art. 344.—El párrafo 3.º queda redactado así:

«Los Jueces o Tribunales, atendidas las circunstancias del culpable y del hecho, podrán imponer la pena inferior en un grado.»

El párrafo 4.º queda redactado así:

«En los casos de extrema gravedad, y cuando los hechos sean realizados en establecimiento público o se trate de los jefes, administradores, encargados de una organización, dedicada aunque fuere parcialmente a los fines del párrafo primero, los Jueces o Tribunales podrán imponer las penas superiores en grado y decretar, además, alguna de las medidas siguientes:

a) Clausura definitiva de la empresa, sus locales o establecimientos o disolución de la sociedad.

b) Suspensión de las actividades de la empresa o sociedad por tiempo de seis meses a un año.

c) Prohibición a la empresa o sociedad de realizar actividades, operaciones mercantiles o negocios de la clase de aquéllos en cuyo ejercicio se ha cometido, favorecido o encubierto el delito por tiempo de dos meses a dos años.»

Art. 344 bis.—Pasa a ser el artículo 344 bis, a).

Art. 344 bis b).—Queda redactado así:

«El productor, distribuidor o comerciante que ofreciera en el mercado productos alimenticios omitiendo o alterando voluntariamente los requisitos establecidos en las Leyes o Reglamentos sobre caducidad, composición o cualquiera otra de análoga significación será castigado con la pena de prisión menor y multa de 100.000 a 2.000.000 de pesetas. Si la omisión o alteración fuera producida por negligencia inexcusable la pena será de arresto mayor y multa de 50.000 a 500.000 pesetas.

En estos casos el Tribunal podrá decretar alguna de las medidas establecidas en el artículo 344.»

Art. 349.—Se suprime en el primer párrafo la frase «y, en caso de reincidencia, con las penas de prisión menor y multa de 20.000 a 200.000 pesetas».

Art. 369.—El segundo párrafo queda redactado así:

«Sin embargo de lo dispuesto en el párrafo anterior no incurrirán en responsabilidad criminal los funcionarios públicos por no dar cumplimiento a un mandato que constituya una infracción manifiesta, clara y terminante de un precepto constitucional o de un precepto de Ley.»

Art. 405.—Queda redactado así:

«El que matare a su padre, madre o hijo o a cualquiera otro de sus ascendientes o descendientes o a su cónyuge será castigado como parricida con la pena de reclusión mayor.»

Art. 420.—Último párrafo. Queda suprimido.

Art. 422.—El final del primer párrafo queda redactado así:

«... y serán penados con arresto mayor o multa de 20.000 a 100.000 pesetas, según el prudente arbitrio del Juez o Tribunal.»

Art. 444.—Queda redactado así:

«Los reos de violación, estupro o rapto serán también condenados a indemnizar a la ofendida.»

Los Tribunales harán la declaración que proceda en orden a la filiación conforme a la legislación civil.»

Art. 452 bis, c).—Queda redactado así:

«El que viviere en todo o en parte a expensas de la persona o personas cuya prostitución o corrupción explote, le serán aplicadas, además de las penas establecidas en el artículo 452 bis, b), las siguientes medidas, que cumplirán sucesivamente: a) internamiento en un establecimiento adecuado a las condiciones personales del sujeto y b) prohibición de residir en el lugar o territorio que se designe.»

La medida de internamiento se cumplirá siempre antes que la pena y su duración, que no podrá exceder la de la pena impuesta, se computará para el cumplimiento de ésta.

A los proxenetas se les clausurará además el establecimiento donde hubieren tenido lugar sus actividades.»

Art. 452 bis, g).—De la última parte queda suprimida la expresión «autoridad marital.»

Art. 468.—El segundo párrafo queda redactado así:

«Las mismas penas se impondrán al que ocultare o expusiere a un hijo con ánimo de hacerle perder su estado civil.»

Art. 501.—El párrafo 5.º queda redactado así:

«5.º Con la pena de prisión menor en los demás casos, salvo que por razón de concurrencia de alguna de las circunstancias del artículo 506 corresponda pena mayor con arreglo al artículo 505, en cuyo caso se aplicará éste.»

Art. 505.—Queda redactado así:

«El culpable de robo comprendido en alguno de los casos del artículo anterior será castigado con la pena de arresto mayor, si el valor de lo robado no excediere de 25.000 pesetas, y de prisión menor en los demás casos.»

Concurriendo dos o más circunstancias de las que se enumeran en el artículo siguiente o una muy calificada, las penas a imponer serán, respectivamente, las de prisión menor y prisión mayor.»

Art. 506.—Son circunstancias que agravan el delito, a los efectos del artículo anterior:

1.º Cuando el delincuente hiciere uso de armas u otros objetos peligrosos.

2.º Cuando el delito se verifique en casa habitada o alguna de sus dependencias.

3.º Cuando se cometa asaltando tren, buque, aeronave, automóvil u otro vehículo.

4.º Cuando se verifique en edificio público o destinado al culto o alguna de sus dependencias.

5.º Cuando se trate de cosas destinadas a un servicio público, produciéndose una grave perturbación del mismo, o de cosas de primera necesidad, cuando produzca una situación grave de desabastecimiento.

6.º Cuando recaiga sobre cosas declaradas de valor histórico o cultural.

7.º Cuando revistiere especial gravedad, atendido el valor de los efectos robados o se produzcan daños de especial consideración.

8.º Cuando se cometa contra oficina bancaria recaudatoria, mercantil u otra en que se conserven caudales o contra persona que los custodie o transporte.

9.º Cuando el delito coloque a la víctima o su familia en grave situación económica o cuando se cometa abusando de superioridad en relación con las circunstancias personales de la víctima.

A los efectos del artículo anterior, las tres primeras circunstancias serán consideradas siempre como muy calificadas.»

Art. 511. Queda redactado así:

«El Tribunal, en los delitos con violencia, o intimidación en las personas, teniendo en cuenta la alarma producida, el estado de alteración del orden público que pudiere existir cuando el hecho se realice, los antecedentes de los delincuentes y las demás circunstancias que hubieren podido influir en el propósito criminal, podrá aplicar las penas superiores en un grado a las que, respectivamente, se establecen en este Capítulo.»

Art. 515.—Queda redactado así:

«Los reos de hurto serán castigados con la pena de arresto mayor si el valor de lo sustraído excede de 25.000 pesetas.

Si concurrieren dos o más circunstancias de las expresadas en el artículo siguiente o una muy calificada, la pena será de prisión menor.»

Art. 516.—Queda redactado así:

«Son circunstancias que agravan el delito a efectos del artículo anterior:

1.ª Cuando se trate de cosas destinadas a un servicio público, si se produjera una grave perturbación del servicio o de cosas de primera necesidad cuando produzcan una situación grave de desabastecimiento.

2.ª Cuando recaiga sobre cosas declaradas de valor histórico o cultural.

3.ª Cuando revista especial gravedad atendiendo al valor de los efectos sustraídos o se produzcan daños de especial consideración.

4.ª Cuando coloque a la víctima o su familia en grave situación económica o se haya realizado con abuso de superioridad en relación con las circunstancias personales de la víctima.»

Art. 528.—Queda redactado así:

«El que defraudare a otro en la sustancia, cantidad o calidad de las cosas que le entregaren en virtud de un título obligatorio será castigado con la pena de arresto mayor si el valor de lo sustraído excede de 25.000 pesetas.

Si concurrieren dos o más circunstancias de las expresadas en el artículo siguiente o una muy calificada, la pena será de prisión menor.»

Art. 529.—Queda redactado así:

«Son circunstancias que agravan el delito a los efectos del artículo anterior:

1. Cuando se trate de artículos de primera necesidad, cuando el delito produzca una grave situación de desabastecimiento.

2. Cuando se realice con simulación de pleito o empleo de otro fraude procesal análogo.

3. Cuando se realiza con abuso de firma en blanco.

4. Cuando se produzca destrucción, daño u ocultación de cosa propia, agravación de lesiones sufridas o causándose autolesión para defraudar al asegurador o a un tercero.

5.—Cuando coloque a la víctima en grave situación económica o se haya realizado abusando de superioridad en relación con las circunstancias personales de la víctima.

6. Cuando la defraudación se produzca con pretexto de supuestas remuneraciones a funcionarios públicos, sin perjuicio de la acción de calumnia que a éstos corresponda.

7. Cuando revistiere especial gravedad atendido el valor de la defraudación.»

Art. 533. Se suprime la frase «y en caso de reincidencia, con la misma multa y arresto mayor.»

Sección 3.ª

Su rúbrica será la siguiente:

«De las infracciones de la propiedad intelectual y de la propiedad industrial.»

Art. 534.—El primer párrafo queda redactado así:

«El que infringiere intencionadamente los derechos de propiedad intelectual será castigado con las penas de arresto mayor y multa de 20.000 a pesetas 400.000.»

El párrafo tercero queda suprimido.

Art. 535.—Se añade un segundo párrafo, redactado así:

«Igual pena se impondrá a los que encontrándose una cosa perdida se la apropiaren con ánimo de lucro.»

Artículo 537.—Se suprime la frase «y caso de reincidencia, con arresto mayor y la multa sobredicha».

Art. 564 bis.—Queda redactado así:

«Los Jueces y Tribunales en los delitos contra la propiedad, si el hecho fuere cometido por directivos de sociedades de aquéllas o utilizando su organización para favorecerlos o encubrirlos podrán aplicar alguna de las medidas siguientes:

a) Clausura definitiva de la empresa, sus locales o establecimientos o disolución de la sociedad.

b) Suspensión de las actividades de la empresa o sociedad, por tiempo de dos meses a un año.

c) Prohibición a la empresa o sociedad de realizar en el futuro actividades, operaciones mercantiles o negocios de la clase de aquellos en cuyo ejercicio se ha cometido, favorecido o encubierto el delito, por tiempo de dos meses a dos años.»

Art. 583.—Se suprimen los apartados 2 y 3, que quedan sustituidos por el siguiente:

«2. Los maridos o mujeres que maltrataren a sus cónyuges, de palabra o de obra, aunque no causaren lesiones de las comprendidas en el párrafo anterior.»

Los restantes apartados quedan adelantados en un número.

Art. 593.—Queda suprimido el último párrafo.

Art. 596.—Queda suprimido el segundo párrafo.

ARTICULO 2.º

Los artículos que a continuación se señalan quedan modificados de la siguiente forma:

Art. 27.—Se suprime la palabra «muerte» y las expresiones «presidio mayor» y «presidio menor».

Art. 30.—En sus párrafos 4.º y 6.º queda redactado así:

Párrafo 4.º

«Las de prisión mayor y la de confinamiento, de seis años y un día a doce años.»

Párrafo 6.º

«Las de prisión menor y la de destierro, de seis meses y un día a seis años.»

Art. 46.—En él se suprime la expresión «presidio mayor».

Art. 47.—La expresión «presidio y prisión menores» queda sustituida por «prisión menor».

Art. 73.—Queda suprimida la Escala número 1, quedando redactado así, a partir de la actual Escala número 2:

«Escala número 1:

- 1.º Reclusión mayor.
- 2.º Reclusión menor.
- 3.º Prisión mayor.
- 4.º Prisión menor.
- 5.º Arresto mayor.»

Las actuales Escalas números 3 y 4 pasan a ser los números 2 y 3.
Tabla demostrativa de la duración de las penas divisibles y del tiempo que abraza cada uno de sus grados

Se suprimen las palabras «Presidio y» en los párrafos 3.º y 4.º.

Art. 75.—En él se suprime la expresión «o aquella fuese la de muerte».

Art. 77.—Queda suprimido.

Art. 83.—Queda suprimido.

Art. 84.—Se suprime la palabra «presidios».

Art. 113.—El párrafo 1.º queda redactado así:

«Los delitos prescriben a los veinte años cuando la Ley señalare al delito la pena de reclusión mayor.»

Art. 115.—El 2.º párrafo queda redactado así:

«Las de reclusión mayor a los treinta y cinco años.»

Art. 120.—Queda redactado así:

«El español que indujere a una potencia extranjera a declarar la guerra a España o se concertase con ella para el mismo fin será castigado con la pena de reclusión mayor.»

Artículos 121, 122, 139, 142, 144, 163, pf. 2.º; 215, pf. 2.º; 219, pf. 1.º; 233, pf. 1.º; 406, último pf., y 501, núm. 1.

Se suprimen las palabras «a muerte».

Art. 137 bis, 1.—Queda redactado así:

«1. Con la pena de reclusión mayor si causaren la muerte, castración, esterilización, mutilación o lesión grave a alguno de sus miembros.»

El número 3 pasa a ser 2.

Artículos 269, 270, 272, 273, 275, 277, 278, 280, 285, 291, 292, 295, 296, 299, 302, 303, 305, 306, 325, pf. 1.º; 326, 385, 386, 394, pfs. 2.º y 3.º; 400, 468, 470, 484, 501, pfs. 4.º y 5.º; 505, pfs. 2.º y 3.º; 509, 515, pfs. 1.º y 2.º; 519, 520, 521, 524, 528, pfs. 1.º y 2.º; 540, 542, 544, 446 bis (recte, 546 bis), a), pfs. 1.º y 3.º; 549, 550, 551, 552, 554, 556 y 558.

Las expresiones «presidio mayor» o «presidio menor» quedan sustituidas por las expresiones «prisión mayor» o «prisión menor», respectivamente.

ARTICULO 3.º

1. Las cifras consignadas como valor, cuantía o cantidad objeto del hecho punible comprendidas en el Código se sustituirán por las que resulten de multiplicar por 1,5 las actuales. Se exceptúan las que sirven de límite entre el delito y la falta, que quedan fijadas en 25.000 pesetas, así como la que figura en el artículo 505 en la cuantía fijada por esta Ley.

Se exceptúan de lo dispuesto en el párrafo anterior los delitos fiscales y de malversación de caudales públicos, comprendidos en los artículos 319 y 394 y siguientes del Código Penal.

2. Las cifras consignadas como pena de multa se sustituirán por las que resulten de multiplicar por 1,5 las actuales, salvo la que figura en el nuevo artículo 344 bis.

Disposición transitoria

Los preceptos reformados del Código Penal se aplicarán a los hechos punibles que se realicen a partir de su entrada en vigor. Sin embargo, también se aplicarán, aunque hubiesen sido realizados antes, cuando favorezcan al reo.

Los Jueces y Tribunales procederán de oficio previa audiencia del Ministerio Fiscal y del reo, a rectificar las sentencias firmes no ejecutadas que

se hayan dictado con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley, en las que conforme a ella hubiera correspondido una condena más beneficiosa para el reo por aplicación taxativa de sus preceptos y no por la posibilidad del ejercicio del arbitrio judicial.

Las resoluciones, que adoptarán la forma de auto, serán susceptibles de recurso de apelación o casación, según fueren dictadas por los Jueces de Instrucción o Audiencias Provinciales, respectivamente. El recurso de casación se admitirá únicamente por infracción de Ley y se limitará al motivo previsto en el párrafo 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. El de apelación se sustanciará por los trámites del artículo 792 de la misma Ley.

En las sentencias dictadas conforme a la legislación que se deroga y que no sean firmes por estar pendientes de recurso, se observarán las siguientes reglas:

1.ª Si se tratase de un recurso de apelación, el Ministerio Fiscal y las partes podrán invocar en cualquier momento, antes de dictarse sentencia, y el Tribunal podrá aplicar de oficio los preceptos del Código penal cuando resulten más favorables al reo.

2.ª Si se tratase de un recurso de casación aún no formalizado, el recurrente podrá señalar las infracciones legales basándose en los preceptos reformados.

3.ª Si, interpuesto recurso de casación, estuviera sustanciándose, se pasará de nuevo al recurrente, de oficio a instancia del Ministerio Fiscal o de parte por el término de ocho días para que adopte, si lo estima procedente, los motivos de casación alegados a los preceptos reformados y del recurso así modificado se instruirán las partes interesadas, el Fiscal y el Magistrado Ponente, continuando la tramitación con arreglo al Derecho.

B) PROYECTO DE LEY

Modificación de la legislación vigente de contrabando y regulación de delitos e infracciones administrativas en la materia.
(«B.O.C.G.». Congreso de los Diputados. Serie A. 19 febrero 1981 (número 175-I.)

El texto de la Ley de Contrabando de 16 de julio de 1964, hasta ahora vigente, basaba la eficacia de sus preceptos en el establecimiento de una sanción de multa que, si no era satisfecha por los culpables, se transformaba en una sanción subsidiaria de prisión por insolvencia.

El artículo 25, 3, de la Constitución ha establecido que «la Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad». Con ello ha quedado suprimida la sanción subsidiaria de prisión por insolvencia que regulaba la Ley de Contrabando.

Ello produce una evidente distorsión en la actividad sancionadora de

estos hechos, para cuya comisión es frecuente utilizar—sobre todo cuando se trata de organizaciones dedicadas a este lucrativo tráfico— personas insolventes, sin que puedan descubrirse sus mandantes, que a menudo son residentes en el extranjero, sustraídos a la acción de los Tribunales españoles.

Así resulta que la sanción que imponen los actuales Tribunales de Contrabando se ve reducida, en muchos casos, al comiso de los géneros, si éstos han podido ser aprehendidos. Las multas impuestas quedan impagadas, como consecuencia de la insolvencia de los condenados, habiendo desaparecido el efecto represivo e intimidativo de la pena de prisión.

Por ello, no es extraño que se haya advertido en estos últimos tiempos un incremento de las infracciones de contrabando, en términos que se consideran alarmantes. Precisamente es esta magnitud alcanzada por el contrabando, la que representa no sólo una disminución de los ingresos del Tesoro, sino también un evidente perjuicio para las Empresas que negocian con géneros lícitamente importados y, en última instancia, para la economía nacional.

Ello exige reformar el sistema represivo de la actual legislación, ya que ha desaparecido, en una parte fundamental, su mecanismo sancionador.

Resulta imprescindible si se quiere evitar la impunidad de estos hechos, que a la pena de multa se añada la de privación de libertad, especialmente en los supuestos más graves. Sólo así se obtendrá una efectiva sanción de contrabando y la consiguiente disminución del número de hechos que en este campo se cometen.

Además, la reforma es doblemente urgente. En primer lugar, por la ya expuesta relativa impunidad de que actualmente gozan estas conductas. Pero a ello se añade que, a medida que se va prolongando el tiempo en que estos hechos pueden realizarse con escaso riesgo, se va favoreciendo la incorporación de capitales y personas a su comisión, que ofrece siempre atractivos beneficios.

A tan urgente necesidad responde el presente proyecto, que se estima no puede esperar para su aprobación y puesta en vigor los más lentos trámites del Código Penal, texto que por su enorme trascendencia para la vida nacional y considerable extensión, ha de merecer un más detenido estudio y discusión por parte de las Cámaras.

El Gobierno, por todas las razones apuntadas, a propuesta de los Ministerios de Justicia y Hacienda, entiende urgente e imprescindible conseguir los medios legales para poder atajar y reprimir el contrabando y por consecuencia, tramitar sin dilación el presente Proyecto.

La reforma parte de la distinción fundamental entre delitos e infracciones administrativas, tomando en cuenta tanto su importancia cuantitativa como en algunos casos específicos, la singularidad de los objetos de la infracción o de los medios empleados para cometerla. En la tipificación de estos hechos se ha tratado de conseguir una simplificación evidente, procurando encuadrar en un menor número de definiciones legales las distintas figuras a que se refería la legislación vigente, lo que conducirá a una mayor claridad y posibilidad de conocimiento de las normas.

Los delitos, que se regulan en el Título I de la Ley, dotan a dicho Título y a las Disposiciones finales y transitorias del carácter de Ley Orgánica, ya que las normas que han de dictarse afectan esencialmente al derecho a la libertad, declarado por el artículo 17 de la Constitución, siendo Leyes Orgánicas, conforme al artículo 81, todas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas.

En estas materias se ha partido del principio básico de la unidad jurisdiccional, consagrado en el artículo 117,3, de la Constitución, según el cual «el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan».

La pena de multa, que hasta ahora podía alcanzar el séxtuplo del valor de los géneros o efectos objeto de contrabando, se ha reducido al máximo del duplo, completándola con la pena de prisión que, como se ha dicho, se estima necesaria para la eficacia de la represión de los hechos más graves, susceptibles de producir cuantiosos beneficios a los culpables.

La competencia y el procedimiento para conocer de los delitos, se sujeta a las reglas generales de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Las infracciones administrativas se regulan en el Título II, cuyos preceptos, por obvias razones, no merecen la calificación de Ley Orgánica, atribuyéndose la competencia para conocer de las mismas a los Administradores de Aduanas, por las normas generales del procedimiento administrativo sancionador, con lo que se pretende conseguir la máxima simplicidad y rapidez en la sanción.

En suma, se ha procurado dotar urgentemente a los Tribunales y a la Administración de una normativa que puede resultar eficaz para la represión del contrabando, sin mengua de los derechos de los inculpados, adaptándose, en cuanto ha sido posible, a los principios comunes que presiden nuestro Derecho Penal y nuestro sistema de enjuiciar y consiguiéndose así la efectiva sanción de unos hechos cuya comisión se ha incrementado de forma peligrosa.

Finalmente, se advierte que la presente legislación, en la parte referente a los delitos, tiene una proyección temporal limitada por la futura aparición de un nuevo Código Penal, donde quedarán definitivamente articuladas las instituciones referentes a esta parte de nuestro Ordenamiento jurídico.

En su virtud, el Consejo de Ministros, a propuesta de los Ministros de Justicia y de Hacienda, someten a la deliberación de las Cortes el siguiente

PROYECTO DE LEY

TÍTULO I

Delitos de contrabando

Art. 1.º.—Son delitos de contrabando las acciones u omisiones dolosas tipificadas en la Ley, siempre que el valor de los géneros o efectos objeto de aquéllas sean igual o superior a un millón de pesetas.

Art. 2.º.—Incurrirán en delito de contrabando los que:

1.º Importaren o exportaren mercancías estancadas, prohibidas o de lícito comercio sin presentarlas para su despacho en las Oficinas de Aduanas.

2.º Realizaren operaciones de fabricación, comercio, tenencia, circulación o rehabilitación de géneros estancados o prohibidos incumpliendo las disposiciones legales que las regulen.

3.º Exportarén, sin la autorización exigida en cada caso, obras u objetos de interés histórico o artístico.

4.º Realizaren operaciones de tráfico, tenencia o circulación de géneros de lícito comercio de procedencia extranjera sin cumplir los requisitos legales establecidos para acreditar su lícita importación.

5.º Condujerén en buque español o extranjero de porte menor que el permitido por los Reglamentos géneros o efectos estancados o prohibidos o mercancías extranjeras de lícito comercio en cualquier puerto o lugar de las costas, no habilitado a efectos aduaneros, o dentro de las aguas jurisdiccionales españolas.

6.º Alijaren o transbordaren de un buque, clandestinamente, cualquier clase de géneros o efectos dentro de las aguas jurisdiccionales españolas.

7.º Obtuvieren, mediante alegación de causa falsa o de cualquier otro modo ilícito, el despacho de géneros estancados o prohibidos o de géneros de lícito comercio, por las Oficinas de Aduanas, o las autorizaciones para los actos a que se refieren los números anteriores.

Art. 3.º,

1. Se reputarán géneros o efectos estancados todos aquellos a los que por Ley se otorgue dicha condición. Se entenderá conferida a los artículos productos o sustancias, cuya producción adquisición, contribución o cualquiera otra actividad concerniente a los mismos, sea atribuida por Ley al Estado, con carácter de monopolio, cualquiera que sea el modo de gestión de éste.

2. Son artículos o géneros prohibidos:

a) Los que como tales se hallen comprendidos en los aranceles de Aduanas.

b) Todos los que por razones de higiene, seguridad u otra causa cualquiera hayan sido comprendidos o se comprendan expresamente por disposición con rango de Ley, en prohibiciones de importación, exportación, circulación, comercio, tenencia o producción.

3. El carácter de prohibido se limitará para cada género a la realización de la actividad o actividades que de modo expreso se determine en la norma que establezca la prohibición y por el tiempo que la misma señale.

Art. 4.º—No obstante lo dispuesto en el artículo 1.º, serán considerados como responsables de un delito de contrabando quienes lleven a cabo alguno de los hechos descritos en el artículo 2.º, cualquiera que sea su cuantía, siempre que concurren una o varias de las circunstancias siguientes:

1.ª Cuando el objeto del contrabando sean drogas, estupefacientes, armas, explosivos o cualquiera otros, cuya tenencia constituye delito.

2.º Cuando para llevar a cabo el contrabando o con ocasión del mismo se haya cometido algún otro delito.

3.º Cuando el contrabando se realice a través de una organización.

4.º Cuando al cometer la infracción hubiera sido sancionado en los cinco últimos años en tres o más ocasiones y en resoluciones firmes, por infracciones administrativas de contrabando.

Art. 5.º—1. Los Tribunales impondrán las penas pertinentes en su mitad superior cuando los delitos se cometan, por medio o en beneficio de entidades u organizaciones de cuya naturaleza o actividad pudiera derivarse una especial facilidad para la comisión del delito.

2. La responsabilidad civil derivada de los delitos a los que se refiere esta Ley se determinará a favor del Estado en la sentencia y tomando como base el importe de los géneros o efectos objeto del contrabando.

Art. 6.º—1. Las personas responsables de los delitos de contrabando serán castigadas con arreglo al valor de los géneros o efectos objeto del delito:

1.º Siendo igual o superior a tres millones de pesetas, con la pena de prisión de dos años y un día a seis años y multa del tanto al duplo del valor de los géneros o efectos.

2.º Si es inferior a tres millones de pesetas, con la de prisión de seis meses y un día a dos años y multa del tanto al duplo del valor de los géneros o efectos.

2. En los supuestos previstos en el artículo 4.º de esta Ley, se impondrá la pena de prisión de dos años y un día a seis años y multa del tanto al duplo del valor de los géneros o efectos.

3. Los Tribunales, en atención a las circunstancias del hecho y del culpable, podrán rebajar en un grado las penas anteriormente señaladas.

Art. 7.º—Los Tribunales a los que compete conocer y sancionar el contrabando decretarán el comiso de los siguientes géneros y efectos:

1.º Los que constituyan el objeto del delito.

2.º Las armas que lleven consigo los responsables del delito.

3.º Los materiales empleados en la fabricación, elaboración y transformación de los géneros estancados y prohibidos.

4.º Los vehículos utilizados como medio de transporte de los géneros o efectos, objeto del delito, siempre que no pertenezcan a tercero, que no haya tenido participación en éste y que el Tribunal competente estime que dicha pena accesoria no resulta desproporcionada con el valor del vehículo o la naturaleza o importancia del delito.

Art. 8.º—Cuando los géneros o efectos aprehendidos sean de los comprendidos en los monopolios públicos, los Tribunales a cuya disposición se hayan colocado, procederán en la forma que indiquen las disposiciones reguladoras de dichos monopolios. En todo caso, la autoridad judicial podrá autorizar la realización de actos de disposición por las correspondientes compañías, respecto a los géneros o efectos estancados que hayan sido aprehendidos, a reserva de la pertinente indemnización, si hubiere lugar a ella, según el contenido de la sentencia firme.

Art. 9.º—En lo no previsto en el presente título, se aplicará supletoriamente el Código Penal.

Art. 10.—Serán competentes para conocer de los delitos establecidos en la presente Ley los Tribunales y Juzgados a los que se refieren los artículos 14 a 18 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por el procedimiento que corresponda a cada caso, en razón de la pena aplicable.

Art. 11.—1. Los Juzgados, tan pronto acuerden la apertura del correspondiente proceso penal por hechos que pudieran ser constitutivos de contrabando, dictarán resolución, previos los asesoramientos pertinentes, valorando los géneros o efectos objeto de aquél.

2. La valoración se ajustará a las siguientes reglas:

1.ª Si se trata de géneros estancados, por el precio de venta al público. De no estar señalado dicho precio, se adoptará la valoración establecida para la clase más similar. Si no fuera posible la asimilación, el Juez fijará la valoración, previa la tasación pericial.

2.ª Tratándose de géneros de origen extranjero, por aplicación de las normas que regulan la valoración en Aduanas, incrementándose el valor resultante con el importe de los tributos exigibles a su importación.

3.ª Respecto a los géneros de origen nacional, se estará a los precios oficiales, si los hubiere, o, en su defecto, a los precios medios del mercado.

TITULO II

Infracciones administrativas de contrabando

Incurrirán en infracción administrativa de contrabando los que realicen las conductas enumeradas en el artículo 2.º de la presente Ley, cuando el valor de los géneros o efectos objeto de las mismas sea inferior a un millón de pesetas.

Art. 13.—Las personas responsables de las infracciones administrativas de contrabando serán sancionadas con multa del medio al tanto del valor de los géneros o efectos.

Art. 14.—Se aplicarán a las infracciones administrativas de contrabando lo establecido en los artículos 3.º, 5.º, 7.º, 8.º y 11 de la presente Ley.

Art. 15.—Las infracciones administrativas de contrabando y sus sanciones prescriben a los dos años.

Art. 16.—1. Serán competentes para conocer de las infracciones de contrabando cometidas en el territorio de su jurisdicción los Administradores de Aduanas, por el procedimiento sancionador previsto en el Capítulo II del Título VI de la Ley de Procedimiento Administrativo.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, contra los fallos de los órganos administrativos que resuelvan o pongan fin al expediente administrativo de contrabando, procederá la reclamación económico-administrativa ante el correspondiente Tribunal Provincial.

Art. 17.—En lo no previsto en el presente Título, se aplicarán supletoriamente las disposiciones reguladoras del procedimiento administrativo y de las reclamaciones económico-administrativas.

Disposición final primera.—Quedan derogados el Texto de la Ley de Contrabando aprobado por Decreto de 16 de julio de 1964 y las demás disposiciones en cuanto contradigan lo establecido en la presente Ley.

Disposición final segunda.—Los preceptos contenidos en el Título I disposiciones finales y transitorias de la presente Ley tienen el carácter de Ley Orgánica.

El Título II de esta Ley tiene rango de Ley ordinaria y podrá ser modificada o derogada por normas de dicho rango.

Disposición final tercera.—Las disposiciones contenidas en el Título I de la presente Ley estarán en vigor hasta que, como consecuencia de la publicación del futuro Código penal, queden definitivamente fijados o incorporados, en su caso, a dicho texto los principios y disposiciones reguladoras del contrabando, en su aspecto penal.

Disposiciones transitorias.—Primera.—1. Los procedimientos en materia de contrabando iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley, se continuarán y serán resueltos por los trámites y por los órganos establecidos en la legislación vigente en la fecha de comisión del hecho.

2. Los recursos interpuestos o que puedan interponerse se tramitarán y resolverán conforme a las normas de competencia y procedimiento por las que se venían rigiendo tales recursos.

Segunda.—En todo caso, los preceptos contenidos en la presente Ley tendrán efectos retroactivos, en cuanto favorezcan a los responsables de los actos constitutivos de contrabando a que la misma se refiere, en los términos establecidos por el artículo 24 del Código penal.

Tercera.—Las autoridades, funcionarios y fuerzas a quienes ha estado encomendada la persecución y descubrimiento del contrabando continuarán desempeñando sus cometidos con la organización, dependencia administrativa y facultades y derechos que actualmente tienen reconocidos.

C) ESTUPEFACIENTES

- a) *ORDEN de 14 de enero de 1981 por la que se desarrolla el Real Decreto 2829/1977, de 6 de octubre, que regula las sustancias y preparados medicinales psicotrópicos, y se dictan las normas complementarias de fiscalización para la fabricación, comercio, elaboración y distribución de sustancias psicotrópicas.* («BOE», núm. 25, del 29.)

Ilustrísimo señor:

El Real Decreto 2829/1977, de 6 de octubre, por el que se regulan las sustancias y preparados medicinales psicotrópicos, así como la fiscalización e inspección y dispensación, adecúa la reglamentación legal al Convenio sobre sustancias psicotrópicas de Viena, suscrito por el Estado español el 21 de febrero de 1971.

La problemática que plantea la posibilidad de mal uso de las sustancias psicotrópicas es indudablemente distinta del riesgo de abuso de las espe-

cialidades farmacéuticas. Ello condiciona a que, sin menoscabo del riguroso control que se sigue con tales especialidades farmacéuticas, se incida de manera especial y como primera parte del desarrollo en la ordenación del control de fabricación, importación, exportación, distribución, elaboración y dispensación de las referidas sustancias, para inmediatamente y con la intervención directa de los Organismos y Entidades afectadas se aborde el estudio para el sometimiento o excepción prevista en el referido Real Decreto, de los preparados psicotrópicos, a los requisitos que se prevén para dichas sustancias.

Por todo ello, a tenor de lo dispuesto en la disposición final del Real Decreto 2829/1977, de 6 de octubre, he tenido a bien disponer:

1. Investigación con sustancias psicotrópicas

1.1. Las sustancias psicotrópicas incluidas en la lista I del anexo I del Real Decreto 2829/1977, de 6 de octubre, tendrán la consideración de sustancias prohibidas, y por consiguiente no podrán ser objeto de producción, fabricación, tráfico, posesión o uso.

1.2. No obstante lo dispuesto en el punto anterior, la Dirección General de Farmacia y Medicamentos podrá autorizar el empleo de determinadas cantidades exclusivamente para investigación médica o científica.

1.2.1. La Entidad médica o científica que precise el empleo de dichas sustancias lo solicitará de la aludida Dirección General de Farmacia y Medicamentos mediante instancia suscrita por el representante legal de la misma, en la que se expondrán:

Productos psicotrópicos que solicita y cantidad que precisa.

Finalidad del mismo.

Director del equipo que realizará los ensayos.

Tiempo de realización y periódicos previstos para retirada del producto.

Breve resumen explicativo del objeto de la investigación.

La Dirección General de Farmacia y Medicamentos, previos los asesoramiento que estime convenientes, podrá autorizar la realización de las investigaciones y adquisición o entrega del producto, así como los plazos de entrega del mismo.

La Entidad y el Director del equipo se responsabilizarán del empleo del producto ajustado a las condiciones que se fijen en la autorización.

1.2.2. Si las experiencias de ensayos van a realizarse en humanos, los requisitos anteriores vendrán ajustados a lo previsto en el Real Decreto 944/1978, de 14 de abril, y demás disposiciones que lo desarrollan.

1.3. En cualquier caso, la Dirección General de Farmacia y Medicamentos, a través de sus medios de control, fiscalizará que el empleo del producto es ajustado a las condiciones para las que se autorizaron los ensayos e investigaciones, pudiendo, por incumplimiento de aquéllas, anular la autorización y proceder a la retirada del producto no utilizado.

1.4. La autorización de investigación con sustancias psicotrópicas de las listas II, III y IV del anexo I del Real Decreto 2829/1977 se ajustará a lo previsto en los puntos 1.2 y 1.3 de la presente Orden ministerial.

2. *Sustancias psicotrópicas incluidas en el anexo I, listas II, III y IV del Real Decreto*

2.1. Fabricantes y elaboradores.

Las Entidades que se dediquen o pretendan dedicarse a la fabricación de sustancias psicotrópicas habrán de contar con la autorización de la Dirección General de Farmacia y Medicamentos, que será independiente de aquellos otros requisitos legales exigidos por cualquiera otros Organismos.

2.1.1. Requisitos materiales de las instalaciones:

En toda Entidad destinada a la elaboración de productos psicotrópicos existirán las secciones siguientes:

Almacenamiento.

Fabricación.

Control.

Los almacenes dispondrán de los requisitos de seguridad necesarios que impidan los movimientos incontrolados de los productos psicotrópicos en ellos guardados. Asimismo estarán dotados de los medios que permitan la adecuada conservación de los productos, y de los dispositivos que identifiquen los productos controlados de aquellos otros que no lo estén.

La sección de fabricación contará con los medios y medidas necesarios para la correcta elaboración y envasado de los dispositivos de seguridad adecuados para la custodia de los productos para evitar posibles contaminaciones cruzadas entre productos.

La sección de control deberá contar con los elementos necesarios para realizar los ensayos y determinaciones físicas y fisicoquímicas y químicas precisas para comprobar la calidad y pureza de los productos elaborados. Dicha sección conservará durante dos años los protocolos analíticos del control de sus elaboraciones, por partidas o lotes.

Si se fabrican preparados que hayan de distribuirse «estériles», contará con los medios que permitan garantizar dicha cualidad.

2.1.2. Director técnico:

En toda Entidad elaboradora de sustancias psicotrópicas existirá un Director Técnico de titulación superior adecuada para garantizar la calidad, pureza y correcta elaboración de dichos productos.

El Director Técnico se responsabilizará personalmente, dentro de la Entidad fabricante, del cumplimiento de las disposiciones legales vigentes relativas a sustancias psicotrópicas, así como del correcto almacenamiento y medidas de seguridad adecuadas de tales productos, su fabricación y comercialización.

Si en la Entidad las sustancias psicotrópicas sufren adecuaciones galénicas propias de medicamentos, el Director Técnico será Farmacéutico.

Las Entidades elaboradoras podrán nombrar uno o más Directores Técnicos suplentes con los mismos requisitos que el titular, al que sustituirán en caso de ausencia, enfermedad o vacante.

El nombramiento de Director Técnico se notificará a la Dirección General de Farmacia y Medicamentos mediante comunicación firmada por el representante legal de la Entidad y por el propio nombrado.

La Dirección General de Farmacia y Medicamentos ordenará que por el Inspector provincial de Farmacia se levante acta de la toma de posesión en presencia del interesado y del representante de la Entidad, uno de cuyos ejemplares se archivará en el expediente de autorización de la Entidad.

Si por cualquier causa quedase vacante el puesto de Director Técnico de una Entidad elaboradora de productos psicotrópicos, se pondrá el hecho en conocimiento de la Delegación Territorial del Ministerio de Sanidad y Seguridad Social, inmediatamente, al propio tiempo que se procede a designar un sustituto de aquél con carácter provisional. En el plazo máximo de tres meses se procederá al nombramiento de un titular definitivo, con las formalidades previstas en los párrafos anteriores.

2.1.3. Procedimiento para la autorización y registro de la Entidad fabricante:

El procedimiento para la autorización de una Entidad fabricante de sustancias psicotrópicas se iniciará por instancia dirigida a la Dirección General de Farmacia y Medicamentos, en la que se solicite la autorización, precisándose en la misma:

- a) Nombre y apellidos del propietario, si es persona individual, o denominación, si es persona jurídica.
- b) Lugar en que ha de instalarse.
- c) Memoria técnica de la Entidad fabricante y planos de las instalaciones.
- d) Descripción de medidas de seguridad para evitar desapariciones y/o movimientos incontrolados del producto elaborado.

A la vista de la documentación presentada y previas las informaciones que estime oportunas, la Dirección General de Farmacia y Medicamentos dictará resolución.

Terminadas las obras de instalación, la Entidad lo pondrá en conocimiento de la Dirección General de Farmacia y Medicamentos, a efectos de que por la Inspección Provincial de Farmacia se realice visita de inspección para comprobar que las instalaciones se ajustan a las autorizadas.

Practicada la visita de inspección, se levantará acta que será remitida por el Inspector con el correspondiente informe a la citada Dirección General, quien si en consideración a la documentación remitida estima que reúne las debidas condiciones, lo declarará apto para funcionar, procediendo a la inscripción en el Registro Farmacéutico correspondiente a Entidades.

2.1.4. Cambio de instalaciones y traslados:

Toda modificación sustancial de las instalaciones o sistemas de control deberá ser comunicada a la Dirección General de Farmacia y Medicamentos para su autorización, si procede.

Por la Inspección Provincial de Farmacia se girará la visita correspondiente para verificar que las modificaciones realizadas se ajusten a lo autorizado.

El traslado de la Entidad precisará de autorización de la Dirección General de Farmacia y Medicamentos en las mismas condiciones y requisitos que si de instalación nueva se tratase.

2.1.5. Cese de sus actividades:

El cese de actividades de toda Empresa fabricante de productos psicotrópicos habrá de ser puesto en conocimiento de la Dirección General de Farmacia y Medicamentos. En dicha comunicación se dará cuenta de las existencias en el momento del cierre y destino dado a las mismas, que en todo caso será fiscalizado, intervenido o decomisado, según proceda, por dicha Dirección General de Farmacia y Medicamentos.

2.1.6. Funcionamiento.

La elaboración de una sustancia psicotrópica nueva deberá ser comunicada a la Dirección General de Farmacia y Medicamentos antes de proceder a la comercialización de la misma.

Asimismo el cese en la elaboración de una sustancia psicotrópica también habrá de ser puesto en conocimiento de la Dirección General de Farmacia y Medicamentos, indicando la fecha de baja en la elaboración y existencias de la sustancia en ese momento, que seguirá siendo incluida en los partes anuales correspondientes en tanto se disponga de existencias.

Con cada envío se remitirá certificación analítica del lote o partida del producto, cuyo original quedará archivado con los vales de pedido que correspondan al mismo lote de producto suministrado. La Dirección General de Farmacia y Medicamentos podrá en cualquier momento, mediante la toma de muestras y análisis pertinentes, comprobar la exactitud de las certificaciones analíticas.

En todo transporte de sustancias psicotrópicas, el fabricante adoptará las medidas de seguridad necesarias para evitar la desaparición y/o movimientos incontrolados de las mismas.

Antes del 31 de enero siguiente, los fabricantes remitirán a la Dirección General de Farmacia y Medicamentos, a través de la Delegación Territorial del Ministerio un parte anual por duplicado del movimiento de productos, cerrado al 31 de diciembre, firmado por el Director Técnico y ajustado al modelo que se inserta en el anexo IV del Real Decreto.

2.2. Importadores y exportadores.

Las licencias de importación o exportación tendrán la consideración de documento oficial que avale la entrada o salida de la partida o lote.

Toda partida o lote de sustancia psicotrópica que se importe o exporte irá acompañada de una certificación analítica en la que consten, como mínimo:

El nombre de la sustancia, según denominación común internacional, o la que se reseñe en la lista.

Clave de identificación de lote o partida.

Determinaciones realizadas y metodología seguida en ellos.

Firma del responsable del control.

Las Entidades no fabricantes de sustancias psicotrópicas que exporten dichas sustancias los adquirirán exclusivamente de Entidades autorizadas para su comercialización, mediante la entrega de los vales oficiales que se establecen en esta disposición.

2.2.1. Autorización sanitaria de importación y/o exportación.

Toda partida o lote de sustancia psicotrópica que se pretenda importar o exportar requerirá la autorización previa de la Dirección General de Farmacia y Medicamentos, en las condiciones y requisitos que se fijan a continuación:

La solicitud de autorización suscrita por el representante legal de la Entidad, dirigida a la Dirección General de Farmacia y Medicamentos, deberá constar de los siguientes datos:

Nombre de la sustancia, consignando su denominación común internacional, o denominación con la que figure en las listas anexas al Convenio de Psicotrópicos de 1971.

Nombre y dirección de la Entidad importadora o exportadora.

Nombre y dirección de la Entidad extranjera proveedora o destinataria de la mercancía y nacionalidad de la misma.

Cantidad del producto y su correspondencia en base anhidra.

Forma galénica de la sustancia en su caso.

Aduana de entrada o salida de la sustancia.

Autorización de las autoridades sanitarias del país importador.

Autorizada la importación y con la mercancía en la Aduana, se procederá por la intervención de la Dirección General de Farmacia y Medicamentos a la certificación de la cantidad recibida, tras la cual la mercancía podrá ser despachada, pudiendo supeditar dicho despacho o la utilización del producto al resultado de las determinaciones analíticas que se considere necesario efectuar.

2.3. Laboratorios de especialidades farmacéuticas:

Los Laboratorios farmacéuticos, tanto en el almacenamiento como en los procesos de elaboración, dispondrán de los requisitos de seguridad necesarios para impedir la desaparición y/o los movimientos incontrolados de las sustancias psicotrópicas.

No se permitirá la existencia de sustancias psicotrópicas en los depósitos de los Laboratorios de especialidades farmacéuticas fabricantes de especialidades farmacéuticas.

2.4. Entidades de distribución de sustancias psicotrópicas:

Las Entidades que se dediquen o pretendan dedicarse a la distribución de sustancias psicotrópicas habrán de contar con la autorización de la Dirección General de Farmacia y Medicamentos, que será independiente de cualquier otro requisito exigido por otro Organismo.

2.4.1. Requisitos materiales de las instalaciones:

En toda Entidad destinada a la distribución de sustancias psicotrópicas existirán las secciones siguientes:

Almacenamiento.

Control, en el caso que proceda a fraccionamiento y reenvasado de las sustancias psicotrópicas.

Los almacenes dispondrán de los requisitos de seguridad necesarios que impidan la desaparición y/o los movimientos incontrolados de las sustancias psicotrópicas. Asimismo estarán dotados de los medios que permitan la adecuada conservación de los productos y de los dispositivos que identifiquen las sustancias controladas de aquellas que no lo estén.

La sección de control deberá contar con los elementos necesarios para realizar los ensayos y determinaciones físicas, fisicoquímicas y químicas precisas para comprobar la calidad y pureza de las sustancias fraccionadas y reenvasadas. Dicha sección conservará durante dos años los protocolos analíticos correspondientes.

2.4.2. Director Técnico:

En toda Entidad distribuidora de sustancias psicotrópicas existirá un Director Técnico, de titulación superior adecuada para garantizar la calidad y pureza de dichas sustancias.

El Director Técnico se responsabilizará personalmente del cumplimiento de las disposiciones legales vigentes, relativas a sustancias psicotrópicas, así como del correcto almacenamiento de tales sustancias y de las medidas de seguridad.

Las Entidades distribuidoras podrán nombrar uno o más Directores Técnicos suplentes con los mismos requisitos que el titular, al que sustituirán en caso de ausencia, enfermedad o vacante.

El nombramiento de Director Técnico se notificará a la Dirección General de Farmacia y Medicamentos mediante instancia firmada por el representante legal de la Entidad y por el propio nombrado.

La Dirección General de Farmacia y Medicamentos ordenará que por la Inspección Provincial de Farmacia (Delegación Territorial) se levante acta de la toma de posesión, en presencia del interesado y del representante de la Entidad, uno de cuyos ejemplares se archivará en el expediente de autorización de la Entidad.

Si por cualquier causa quedase vacante el puesto de Director Técnico de una Entidad distribuidora de sustancias psicotrópicas, se pondrá en conocimiento de la Delegación Territorial del Ministerio de Sanidad y Seguridad Social inmediatamente, al propio tiempo que se procede a designar un sus-

tituto de aquél con carácter provisional. En el plazo de tres meses como máximo se procederá al nombramiento de un titular definitivo, con las formalidades previstas en párrafos anteriores.

2.4.3. Autorización de la Entidad distribuidora de sustancias psicotrópicas:

La apertura o funcionamiento de toda Entidad distribuidora de sustancias psicotrópicas requerirá la autorización de la Dirección General de Farmacia y Medicamentos, sin perjuicio del cumplimiento de los requisitos exigidos en cada caso por otro Organismo competente.

El procedimiento se iniciará por instancia dirigida a dicho Centro directivo, en el que se solicite la autorización, anotándose en la misma:

- a) Nombre y apellido del propietario, si es persona individual, o denominación, si es persona jurídica.
- b) Lugar en que ha de instalarse.
- c) Planos de las instalaciones.
- d) Descripción de medidas de seguridad.

A la vista de la documentación presentada y previas las informaciones que estime oportunas, la Dirección General de Farmacia y Medicamentos dictará resolución.

Terminadas las obras de instalación, la Entidad lo pondrá en conocimiento de la Dirección General de Farmacia y Medicamentos, a efectos de que por la Inspección Provincial de Farmacia se realice visita de inspección para comprobar que las instalaciones se ajustan a las autorizadas.

Practicada la visita de inspección se levantará acta, que será remitida por el Inspector, con el correspondiente informe a la citada Dirección General de Farmacia y Medicamentos, quien, si en consideración a la documentación remitida estima que reúne las debidas condiciones, lo declarará apto para funcionar, procediendo a la inscripción en el Registro Farmacéutico correspondiente a Entidades.

2.4.4. Cambio de instalaciones y traslados.

Toda modificación sustancial de las instalaciones o sistemas de control deberá ser comunicada a la Dirección General de Farmacia y Medicamentos previamente para su autorización si procede.

Por la Inspección Provincial de Farmacia se girará visita correspondiente para verificar que las modificaciones realizadas se ajusten a lo autorizado.

El traslado de la Entidad precisará de autorización de la Dirección General de Farmacia y Medicamentos, en las mismas condiciones y requisitos que si de instalación nueva se tratase.

2.4.5. Cese de sus actividades:

El cese de actividades de toda Empresa distribuidora de sustancias psicotrópicas habrá de ser puesto en conocimiento de la Dirección General de Farmacia y Medicamentos. En dicha comunicación se dará cuenta de las

existencias en el momento del cierre y destino dado a las mismas, que en todo caso será fiscalizado, intervenido o decomisado, según proceda, por dicha Dirección General de Farmacia y Medicamentos.

2.4.6. Funcionamiento:

El aprovisionamiento de sustancias psicotrópicas se realizará únicamente de Entidades legalmente autorizadas para la fabricación, importación o comercio de tales sustancias, mediante la entrega de los vales oficiales establecidos.

Asimismo, las distribuidoras de sustancias psicotrópicas únicamente entregarán dichos productos a Entidades autorizadas contra petición del vale oficial de pedido.

Con cada envío se remitirá certificación analítica de origen del lote o partida del producto, cuyo original quedará archivado con los vales de pedido que correspondan al mismo lote de productos suministrados.

En caso de que la Entidad proceda al fraccionamiento y reenvasado de las sustancias psicotrópicas, el certificado analítico deberá ser extendido por la Sección de Control de dicha Entidad, reflejando los resultados obtenidos en las determinaciones que haya realizado.

2.5. Almacenes farmacéuticos:

Los almacenes farmacéuticos que distribuyen sustancias psicotrópicas se ajustarán para ello a lo dispuesto en el punto 2.4.6 de esta Orden ministerial, con independencia de las obligaciones derivadas de su normativa específica.

2.6. Oficinas de Farmacia:

El almacenamiento de tales productos en las oficinas de Farmacia se realizará en las condiciones adecuadas para su correcta conservación, adoptando las medidas de seguridad necesarias que impidan el movimiento incontrolado, pérdida no justificada o sustracción.

2.7. Botiquines de urgencia:

No se permitirá la existencia de sustancias psicotrópicas en los botiquines de urgencia.

2.8. Servicios Farmacéuticos Hospitalarios:

No se permitirá la existencia en el Hospital de sustancias psicotrópicas fuera de los Servicios Farmacéuticos. De igual modo no se permitirá la existencia de tales sustancias en aquellos Centros hospitalarios que carezcan de Servicio Farmacéutico.

2.9. Libros de contabilidad de sustancias y preparados psicotrópicos:

Las Entidades fabricantes, importadoras o exportadoras, laboratorios de especialidades farmacéuticas y Entidades farmacéuticas de distribución llevarán un libro para la contabilidad de sustancias psicotrópicas de las listas II, III y IV, bajo la responsabilidad del Director Técnico de la misma.

Los libros de contabilidad libremente confeccionados por la propia Entidad se ajustarán al modelo del Anexo 3 y del 5 del Real Decreto 2.829/1977.

Los libros de contabilidad no serán válidos si no son previamente diligenciados por el Inspector provincial de Farmacia de la Delegación Territorial de Sanidad correspondiente.

Para ello, la Entidad farmacéutica presentará el o los libros a los Servicios Farmacéuticos, que sellarán los folios de contabilidad; cumplimentarán las hojas de diligencia y firmado el recibí por el Director Técnico de la Entidad; harán entrega del mismo, quedando en poder de la Delegación Territorial el recibo correspondiente.

En el índice de folios se consignará el folio o folios que corresponden a la contabilidad de cada sustancia o especialidad farmacéutica psicotrópica.

Se llevará un folio por cada una de las sustancias o especialidades farmacéuticas, consignando al pie de cada folio el número del nuevo folio en el que continúa los asientos.

En los folios correspondientes a la contabilidad de sustancias psicotrópicas se consignará de manera clara y por renglón la fecha, la procedencia o destino, las entradas, salidas y el saldo de existencias. El apartado de observaciones se empleará en anotar cualquier incidencia o dato de interés referente a la procedencia, destino, número de lote, partida, número de vales de pedido, etc.

La consignación se efectuará en cada movimiento de sustancia que se realice.

En el libro de contabilidad no se dejarán espacios o renglones en blanco ni se admitirán enmiendas o raspaduras. Caso de por cualquier circunstancia haya de efectuarse alguna de ellas por el Director Técnico se procederá a la anulación del renglón, consignándolo en otro y avalada con su firma la corrección efectuada.

Agotado un libro de contabilidad, conservará durante dos años, y en el nuevo se consignará el saldo que figura en el libro agotado y hoja de procedencia.

2.10. Vales de pedidos para sustancias psicotrópicas:

La petición y entrega de sustancias psicotrópicas incluidas en las listas II, III y IV, por parte de las Entidades autorizadas para la fabricación, utilización o distribución de aquéllas, únicamente podrá realizarse contra la recepción de vales.

El Ministerio de Sanidad y Seguridad Social confeccionará dichos talonarios de vales. Su distribución se efectuará por las Delegaciones Territoriales del Departamento.

Dichos talonarios no serán válidos para su utilización sin el correspondiente diligenciado y Sellado de los Servicios Farmacéuticos de la Delegación Territorial del Ministerio.

Los Servicios Farmacéuticos de la Delegación Territorial, en el momento de la entrega del talonario, lo consignará en un registro de documentos en el que se hará constar el número correspondiente a los vales y a la Entidad a quien se entrega.

Recibido el talonario oficial de vales por la Empresa peticionaria, ésta remitirá inmediatamente al Control de Estupefacientes y Psicótrpos de la Dirección General de Farmacia y Medicamentos la hoja destinada a tal efecto, a través de la Inspección Provincial de Farmacia correspondiente.

En los vales oficiales de petición de sustancias psicotrópicas sólo podrán utilizarse para solicitar un solo producto, empleando la denominación común internacional o la denominación que se le asigna en las listas y deberán archivarse durante dos años, clasificados por sustancias. El original será archivado por la Entidad proveedora y la copia por el peticionario.

Si se produjese extravío del talonario de vales, se pondrá de inmediato en conocimiento de la Delegación Territorial, quien adoptará las medidas necesarias para la inutilización del mismo y lo comunicará al Control de Estupefacientes y Psicótrpos.

Si alguna sustancia de las que se solicitan en el vale oficial no se pudiese suministrar, se consignará dicha circunstancia de manera clara, tanto en el original como en la copia del vale de pedido.

2.11. Partes anuales del movimiento de sustancias psicotrópicas:

Los fabricantes, importadores y/o exportadores, laboratorios de especialidades farmacéuticas y Entidades de distribución de sustancias psicotrópicas remitirán antes del 31 de enero a la Dirección General de Farmacia y Medicamentos, a través de la Inspección Provincial de Farmacia, una parte anual por triplicado, ajustado al modelo del Anexo IV del Real Decreto, del movimiento de sustancias psicotrópicas, cerrado el 31 de diciembre, en el que se especifiquen por cada sustancia psicotrópica los totales de las entradas, salidas de la misma, habidas durante el año, así como las existencias de ellas el 31 de diciembre de dicho año.

Dichos partes, que serán obligatoriamente firmados por el Director Técnico de la Entidad, habrán de ser ajustados a los asientos consignados en el libro de contabilidad de sustancias psicotrópicas.

El original será remitido al Control de Estupefacientes y Psicótrpos de la Dirección General de Farmacia y Medicamentos, quedando la copia en la Inspección Provincial de Farmacia, y la otra en poder de la Entidad.

DISPOSICION TRANSITORIA

Primera.—Las Entidades farmacéuticas, hospitalarias, químicas, de investigación o cualesquiera otras que en el momento de la publicación de la presente Orden se encuentren en posesión de sustancias psicotrópicas incluidas

en la lista I del Anexo I del Real Decreto 2.829/1977 dispondrán de un plazo de treinta días para depositar tales productos en la Delegación Territorial del Ministerio de Sanidad y Seguridad Social, Inspección Provincial de Farmacia.

Segunda.—Las Entidades que en la actualidad estén comercializando con sustancias psicotrópicas, en el momento de legalizar el libro de contabilidad presentarán ante los Servicios Farmacéuticos de la Delegación Territorial declaración de las existencias actuales de sustancias psicotrópicas con que cuentan.

- b) *ORDEN de 15 de enero de 1981 por la que se incluyen en la lista I, anexa al Convenio único de 1961, sobre estupefacientes, a los preparados que contienen Tilidina.* («Boletín Oficial del Estado», núm. 22, del 26.)

Ilustrísimo señor:

Vista la decisión de la Comisión de Estupefacientes de las Naciones Unidas, adoptada en su sesión 885, y comunicada por el Secretario General de las Naciones Unidas el 31 de marzo de 1980, en virtud de los informes y recomendaciones recibidos de la Organización Mundial de la Salud, de incluir la Tilidina en la lista I del Convenio único de 1961 sobre estupefacientes.

Teniendo en cuenta lo dispuesto en el apartado III) del párrafo 3 del artículo 3.º de dicha Convención Unica de Estupefacientes, ratificado por España, y en virtud de las facultades conferidas en el capítulo primero, artículo 2.º, de la Ley 17/1967, de 8 de abril, sobre estupefacientes, este Ministerio ha tenido a bien disponer:

1.º Incluir la sustancia 1-Carboxilato de (\pm)-etil-trans-2-(dimetilamino)-1-fenil-3-ciclohexeno, cuya denominación internacional es Tilidina, en la lista I, anexa al Convenio Unico de Estupefacientes de 1961).

2.º Las entidades fabricantes o importadoras de Tilidina, a la entrada en vigor de esta Orden ministerial procederán a declarar a la Dirección General de Farmacia y Medicamentos las existencias de producto que tuviesen.

3.º Las previsiones de fabricación, así como la importación y exportación de tal producto se someterá a la previa autorización de la Dirección General de Farmacia y Medicamentos.

4.º La tenencia, comercialización y distribución de la sustancia Tilidina se ajustará a lo previsto en la normativa vigente para sustancias estupefacientes de la lista I del Convenio.

5.º Los laboratorios propietarios de especialidades farmacéuticas, en cuya composición entre dicha sustancia, los almacenistas farmacéuticos, las Oficinas de Farmacia y los Servicios Farmacéuticos Hospitalarios, procederán a declarar al Control de Estupefacientes y Psicótrópos, las existencias de dichas especialidades farmacéuticas y de sustancia, en su caso, al tiempo que proceden a anotar en el Libro de Estupefacientes dichas existencias.

6.º Las especialidades farmacéuticas, actualmente comercializadas, que contengan dicha sustancia a la entrada en vigor de esta Orden ministerial

serán distribuidas, prescritas, dispensadas y controladas, con sujeción a la normativa legal exigida para los preparados y productos de la lista I de estupefacientes.

7.º En el plazo de treinta días los laboratorios de especialidades farmacéuticas procederán a adecuar el material de acondicionamiento de sus preparados que contengan Tilidina a lo dispuesto para sustancias estupefacientes.

8.º La presente Orden ministerial entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

- c) *ORDEN de 11 de febrero de 1981 por la que se incluyen en la lista I, anexa al Convenio Unico de 1961 sobre estupefacientes, a los preparados que contienen sulfentanil.* («Boletín Oficial del Estado», núm. 46, del 23.)

Ilustrísimo señor:

Vista la decisión de la Comisión de Estupefacientes de las Naciones Unidas, adoptada en su sesión 885.^a y comunicada por el Secretario general de las Naciones Unidas el 31 de marzo de 1980, en virtud de los informes y recomendaciones recibidos de la Organización Mundial de la Salud, de incluir el sulfentanil en la lista I del Convenio Unico de 1961, sobre estupefacientes.

Teniendo en cuenta lo dispuesto en el apartado iii) del párrafo 3 del artículo 3.º de dicha Convención Unica de estupefacientes, ratificado por España, y en virtud de las facultades conferidas en el capítulo primero, artículo 2.º, de la Ley 17/1967, de 8 de abril, sobre estupefacientes,

Este Ministerio ha tenido a bien disponer:

1.º Incluir la sustancia N(4-(metoximetil)-1(2-(2 tieniletil) 4 piperidil) pironanilida, cuya denominación común internacional es sulfentanil, en la lista I, anexa al Convenio Unico de estupefacientes de 1961.

2.º Las Entidades fabricantes o importadoras de sulfentanil, a la entrada en vigor de esta Orden ministerial, procederán a declarar a la Dirección General de Farmacia y Medicamentos las existencias de producto que tuviesen.

3.º Las previsiones de fabricación, así como la importación y exportación de tal producto, se someterán a la previa autorización de la Dirección General de Farmacia y Medicamentos.

4.º La tenencia, comercialización y distribución de la sustancia sulfentanil se ajustará a lo previsto en la normativa vigente para sustancias estupefacientes de la lista I del Convenio.

5.º Los laboratorios propietarios de especialidades farmacéuticas en cuya composición entre dicha sustancia, los almacenistas farmacéuticos, las oficinas de farmacia y los servicios farmacéuticos hospitalarios procederán a declarar al Control de estupefacientes y Psicótropos las existencias de dichas especialidades farmacéuticas y de sustancias, en su caso, al tiempo que proceden a anotar en el libro de estupefacientes dichas existencias.

6.º Las especialidades farmacéuticas actualmente comercializadas que contengan dicha sustancia, a la entrada en vigor de esta Orden ministerial,

serán distribuidas, prescritas, dispensadas y controladas con sujeción a la normativa legal exigida para los preparados y productos de la lista I de estupefacientes.

7.º En el plazo de treinta días, los laboratorios de especialidades farmacéuticas procederán a adecuar el material de acondicionamiento de sus preparados que contengan sulfentanil a lo dispuesto para sustancias estupefacientes.

8.º La presente Orden ministerial entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

- d) *CONVENCION única de 1961 sobre estupefacientes, enmendada por el Protocolo que modifica la Convención única de 1961 sobre estupefacientes. Nueva York, 8 de agosto de 1975. («Boletín Oficial del Estado», núm. 264, del 4 de noviembre de 1981.)*

CONVENCION UNICA DE 1981 SOBRE ESTUPEFACIENTES, ENMENDADA POR EL PROTOCOLO DE MODIFICACION DE LA CONVENCION UNICA DE 1961 SOBRE ESTUPEFACIENTES. NUEVA YORK, 8 DE AGOSTO DE 1975 (1)

Nota preliminar

1. De conformidad con el artículo 22 del Protocolo de Modificación de la Convención Unica de 1961 sobre Estupefacientes, hecho en Ginebra el 25 de marzo de 1972, el texto de la Convención Unica de 1961 sobre Estupefacientes (más adelante llamada Convención Unica), enmendada por ese Protocolo ha sido preparado por el Secretario general.

2. El presente documento comprende el texto de la Convención Unica, enmendado por el Protocolo, que fue aprobado por la Conferencia de las Naciones Unidas para examinar enmiendas a la Convención Unica de 1961 sobre Estupefacientes, celebrada en Ginebra del 6 al 24 de marzo de 1972.

3. El Protocolo de Modificación de la Convención Unica (más adelante llamado Protocolo de 1972) entró en vigor el 8 de agosto de 1975 de conformidad con el párrafo 1 de su artículo 18. Con respecto a cualquier Estado que ya sea parte en la Convención Unica y que deposite ante el Secretario general un instrumento de ratificación o adhesión al Protocolo de 1972 después de la fecha en que se haya depositado el cuadragésimo instrumento de ratificación o adhesión, dicho Protocolo entrará en vigor el trigésimo día siguiente a la fecha en que aquel Estado haya depositado su instrumento (véanse los artículos 17 y 18 del Protocolo de 1972).

4. Todo Estado que llegue a ser Parte en la Convención Unica después de la entrada en vigor del Protocolo de 1972 será considerado; de no haber

(1) El texto de la Convención Unica sobre Estupefacientes, enmendado por el Protocolo de 25 de marzo de 1972, fue establecido por el Secretario general, de conformidad con el artículo 22 del Protocolo.

manifestado ese Estado una intención diferente: a) parte en la Convención Unica en su forma enmendada; b) parte en la Convención Unica no enmendada con respecto a toda Parte en esa Convención que no esté obligada por el Protocolo de 1972 (véase el artículo 19 del Protocolo de 1972).

5. Para facilitar las referencias se han agregado notas al pie de página. Con respecto a los artículos 45 y 50 de la Convención Unica que se refieren a «Disposiciones Transitorias» y «Otras Reservas», los textos de los artículos correspondientes del Protocolo de 1972 han sido reproducidos por completo en notas al pie de página.

CONVENCION UNICA DE 1961 SOBRE ESTUPEFACIENTES, ENMENDADA POR EL PROTOCOLO DE MODIFICACION DE LA CONVENCION UNICA DE 1961 SOBRE ESTUPEFACIENTES

Preámbulo

Las Partes.

Preocupadas por la salud física y moral de la humanidad,

Reconociendo que el uso médico de los estupefacientes continuará siendo indispensable para mitigar el dolor y que deben adoptarse las medidas necesarias para garantizar la disponibilidad de estupefacientes con tal fin,

Reconociendo que la toxicomanía constituye un mal grave para el individuo y entraña un peligro social y económico para la humanidad,

Conscientes de su obligación de prevenir y combatir ese mal,

Considerando que para ser eficaces las medidas contra el uso indebido de estupefacientes se hace necesaria una acción concertada y universal,

Estimando que esa acción universal exige una cooperación internacional orientada por principios idénticos y objetivos comunes,

Reconociendo que las Naciones Unidas tienen competencia en materia de fiscalización de estupefacientes y deseando que los órganos internacionales competentes pertenezcan a esa Organización.

Deseando concertar una Convención internacional que sea de aceptación general, en sustitución de los tratados existentes sobre estupefacientes, por la que se limite el uso de estupefacientes a los fines médicos y científicos y se establezca una cooperación y una fiscalización internacionales constantes para el logro de tales finalidades y objetivos.

Por la presente acuerdan lo siguiente:

ARTICULO 1

Definiciones

1. Salvo indicación expresa en contrario o que el contexto exija otra interpretación, se aplicarán al texto de la presente Convención las siguientes definiciones:

a) Por «Junta» se entiende la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes.

b) Por «cannabis» se entiende las sumidades, floridas o con fruto, de la planta de la cannabis (a excepción de las semillas y las hojas no unidas a las sumidades) de las cuales no se ha extraído la resina, cualquiera que sea el nombre con que se las designe.

c) Por «planta de cannabis» se entiende toda planta del género cannabis.

d) Por «resina de cannabis» se entiende la resina separada, en bruto o purificada, obtenida de la planta de la cannabis.

e) Por «arbusto de coca» se entiende la planta de cualesquiera especies del género *Erythroxilon*.

f) Por «hoja de coca» se entiende la hoja del arbusto de coca, salvo las hojas de las que se haya extraído toda la ecgonina, la cocaína o cualesquiera otros alcaloides de ecgonina.

g) Por «Comisión» se entiende la Comisión de Estupefacientes del Consejo.

h) Por «Consejo» se entiende el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas.

i) Por «cultivo» se entiende el cultivo de la adormidera, del arbusto de coca o de la planta de cannabis.

j) Por «estupefaciente» se entiende cualquiera de las sustancias de las Listas I y II, naturales o sintéticas.

k) Por «Asamblea General» se entiende la Asamblea General de las Naciones Unidas.

l) Por «tráfico ilícito» se entiende el cultivo o cualquier tráfico de estupefacientes, contrarios a las disposiciones de la presente Convención.

m) Por «importación» y «exportación» se entiende en sus respectivos sentidos, el transporte material de estupefacientes de un Estado a otro o de un territorio a otro del mismo Estado.

n) Por «fabricación» se entiende todos los procedimientos, distintos de la producción, que permitan obtener estupefacientes, incluidas la refinación y la transformación de unos estupefacientes en otros.

o) Por «opio medicinal» se entiende el opio que se ha sometido a las operaciones necesarias para adaptarlo al uso médico.

p) Por «opio» se entiende el jugo coagulado de la adormidera.

q) Por «adormidera» se entiende la planta de la especie *Papaver somniferum L.*

r) Por «paja de adormidera» se entiende todas las partes (excepto las semillas) de la planta de la adormidera, después de cortada.

s) Por «preparado» se entiende una mezcla, sólida o líquida, que contenga un estupefaciente.

t) Por «producción» se entiende la separación del opio, de las hojas de coca, de la cannabis y de la resina de cannabis, de las plantas de que se obtienen.

u) Por «Lista I», «Lista II», «Lista III» y «Lista IV» se entiende las listas de estupefacientes o preparados que con esa numeración se anexan a la presente Convención, con las modificaciones que se introduzcan periódicamente en las mismas según lo dispuesto en el artículo 3.

v) Por «Secretario general» se entiende el Secretario general de las Naciones Unidas.

w) Por «existencias especiales» se entiende las cantidades de un estupefaciente que se encuentran en un país o territorio en poder del Gobierno de ese país o territorio para fines oficiales especiales y para hacer frente a circunstancias excepcionales, y la expresión «fines especiales» se entenderá en consecuencia.

x) Por «existencias» se entiende las cantidades de estupefacientes que se mantienen en un país o territorio y que se destinan:

- i) Al consumo en el país o territorio para fines médicos y científicos;
- ii) A la utilización en el país o territorio para la fabricación y preparación de estupefacientes y otras sustancias; o
- iii) A la exportación;

pero no comprende las cantidades de estupefacientes que se encuentran en el país o territorio;

iv) En poder de los farmacéuticos u otros distribuidores al por menor autorizados y de las instituciones o personas calificadas que ejerzan, con la debida autorización, funciones terapéuticas o científicas;

v) Como existencias especiales.

y) Por «territorio» se entiende toda parte de un Estado que se considere como entidad separada a los efectos de la aplicación del sistema de certificados de importación y de autorizaciones de exportación previsto en el artículo 31. Esta definición no se aplica al vocablo «territorio» en el sentido en que se emplea en los artículos 42 y 46.

2. A los fines de esta Convención, se considerará que un estupefaciente ha sido «consumido» cuando haya sido entregado a una persona o Empresa para su distribución al por menor para uso médico o para la investigación científica, y la palabra «consumo» se entenderá en consecuencia.

ARTICULO 2

Sustancias sujetas a fiscalización

1. Con excepción de las medidas de fiscalización que se limiten a estupefacientes determinados, los estupefacientes de la lista I estarán sujetos a todas las medidas de fiscalización aplicables a los estupefacientes en virtud de la presente Convención y, en particular, a las previstas en los artículos 4, c), 19, 20, 21, 29, 30, 31, 32, 33, 34 y 37.

2. Los estupefacientes de la lista II estarán sujetos a las mismas medidas de fiscalización que los de la lista I, salvo las medidas prescritas en el artículo 30, incisos 2 y 5, respecto del comercio al por menor.

3. Los preparados distintos de aquellos de la lista III estarán sujetos a las mismas medidas de fiscalización que los estupefacientes que contengan, pero con respecto a dichos preparados no se exigirán las previsiones (artículo 19) ni las estadísticas (artículo 20) que no correspondan a los referidos estupefacientes, ni será necesario aplicar lo dispuesto por los artículos 29, inciso 2 c), y 30, inciso 1 b) ii).

4. Los preparados de la lista III estarán sujetos a las mismas medidas de fiscalización que los que contengan estupefacientes de la lista II, excepto que no será necesario aplicar, en su caso, las disposiciones del artículo 31, párrafo 1 b) y 3 a 15, ni, en lo que respecta a su adquisición y su distribución al por menor, las del artículo 34, apartado b), y que a los fines de las previsiones (artículo 19) y estadísticas (artículo 20), sólo se exigirá la información relativa a las cantidades de estupefacientes que se empleen en la fabricación de dichos preparados.

5. Los estupefacientes de la lista IV serán también incluidos en la lista I y estarán sujetos a todas las medidas de fiscalización aplicables a los estupefacientes que figuran en esta última lista y, además, a las siguientes:

a) Las Partes adoptarán todas las medidas especiales de fiscalización que juzguen necesarias en vista de las propiedades particularmente peligrosas de los estupefacientes de que se trata, y

b) Las Partes prohibirán la producción, fabricación, exportación e importación, comercio, posesión o uso de tales estupefacientes si a su juicio las condiciones que prevalezcan en su país hacen que sea éste el medio más apropiado para proteger la salud y el bienestar público, con excepción de las cantidades necesarias únicamente para la investigación médica y científica, incluidos los experimentos clínicos con dichos estupefacientes que se realicen bajo la vigilancia y fiscalización de la Parte o estén sujetos a su vigilancia y fiscalización directas.

6. Además de las medidas de fiscalización aplicables a todos los estupefacientes de la lista I, el opio estará sometido a las disposiciones del apartado f) del párrafo 1 del artículo 19 y de los artículos 21 bis, 23 y 24, la hoja de coca a las de los artículos 26 y 27, y la cannabis a las del artículo 28.

7. La adormidera, el arbusto de coca, la planta de cannabis, la paja de la adormidera y las hojas de la cannabis estarán sujetos a las medidas de fiscalización prescritas en el apartado e) del párrafo 1 del artículo 19, en el apartado g) del párrafo 1 del artículo 20 y en los artículos 19, 20, 21 bis y 22 a 24; 22, 26 y 27; 22 y 28; 25 y 28, respectivamente.

8. Las Partes harán todo lo posible para aplicar las medidas de fiscalización que sean factibles a las sustancias no sujetas a las disposiciones de esta Convención, pero que puedan ser utilizadas para la fabricación ilícita de estupefacientes.

9. Las Partes no estarán obligadas a aplicar las disposiciones de la presente Convención a los estupefacientes que se usan comúnmente en la industria para fines que no sean médicos o científicos, siempre que:

a) Por los procedimientos de desnaturalización apropiados o por otros medios logren impedir que los estupefacientes utilizados puedan prestarse a uso indebido o producir efectos nocivos (artículo 3, inciso 3) y que sea posible en la práctica recuperar las sustancias nocivas, y

b) Incluyan en los datos estadísticos (artículo 20) que suministren las cifras correspondientes a la cantidad de cada estupefaciente utilizado de esta forma.

ARTICULO 3

Modificación de la esfera de aplicación de la fiscalización

1. Siempre que una de las Partes o la Organización Mundial de la Salud posean datos que, a su parecer, puedan exigir una modificación de cualquiera de las listas, lo notificarán al Secretario general y le facilitarán los datos en que basen la notificación.

2. El Secretario general comunicará la notificación y los datos que considere pertinentes a las Partes, a la Comisión y, cuando la notificación proceda de alguna de las Partes, a la Organización Mundial de la Salud.

3. Cuando una notificación se refiera a una sustancia que no esté ya incluida en las listas I o II,

i) Las Partes examinarán, teniendo en cuenta la información de que se disponga, la posibilidad de aplicar provisionalmente a la sustancia de que se trate todas las medidas de fiscalización que rigen para los estupefacientes de la lista I;

ii) Antes de tomar una decisión de conformidad con el apartado iii) de este párrafo, la Comisión podrá decidir que las Partes apliquen provisionalmente a dicha sustancia todas las medidas de fiscalización aplicables a los estupefacientes de la lista I. Las Partes aplicarán tales medidas a la referida sustancia con carácter provisional;

iii) Si la Organización Mundial de la Salud comprueba que dicha sustancia se presta a uso indebido o puede producir efectos nocivos parecidos a los de los estupefacientes de las listas I o II, o que puede ser transformada en un producto que se preste a un uso indebido similar o que pueda producir efectos nocivos semejantes, comunicará su dictamen a la Comisión, la cual podrá, de conformidad con la recomendación de la Organización Mundial de la Salud, decidir que se incluya dicha sustancia en la lista I o en la lista II.

4. Si la Organización Mundial de la Salud comprueba que un preparado, dadas las sustancias que contiene, no se presta a uso indebido y no puede producir efectos nocivos (inciso 3), y que su contenido de estupefacientes no se puede recuperar con facilidad, la Comisión podrá, de conformidad con la recomendación de la Organización Mundial de la Salud, incluir este preparado en la lista III.

5. Si la Organización Mundial de la Salud comprueba que un estupefaciente de la lista I es particularmente susceptible de uso indebido y de producir efectos nocivos (inciso 3), y que tal susceptibilidad no está compensada por ventajas terapéuticas apreciables que no posean otras sustancias, sino los estupefacientes de la lista IV, la Comisión podrá, de conformidad con la recomendación de la Organización Mundial de la Salud, incluir este estupefaciente en la lista IV.

6. Cuando una notificación se refiera a un estupefaciente de las listas I o II o a un preparado de la lista III, la Comisión, sin perjuicio de las medidas previstas en el inciso 5, podrá, de conformidad con la recomendación de la Organización Mundial de la Salud, modificar cualquiera de las listas:

a) Transfiriendo un estupefaciente de la lista I a la lista II o de la lista II a la lista I, o

b) Retirando un estupefaciente o preparado, según el caso, de una de las listas.

7. Toda decisión que tome la Comisión al aplicar este artículo será comunicada por el Secretario general a todos los Estados miembros de las Naciones Unidas, a los Estados no miembros que sean Parte en la Convención, a la Organización Mundial de la Salud y a la Junta. Dicha decisión entrará en vigor, respecto a cada una de las Partes en la fecha en que reciba tal comunicación, y las Partes adoptarán entonces las medidas requeridas por esta Convención.

8. a) Las decisiones de la Comisión que modifiquen cualesquiera de las listas estarán sujetas a revisión por el Consejo, previa solicitud de cualesquiera de las Partes presentada dentro de un plazo de noventa días contados a partir de la fecha de recibo de la notificación de la decisión. La solicitud de revisión será presentada al Secretario general junto con toda la información pertinente en que se base dicha solicitud de revisión.

b) El Secretario general transmitirá copias de la solicitud de revisión y de la información pertinente a la Comisión, a la Organización Mundial de la Salud y a todas las Partes y las invitará a que formulen sus observaciones dentro de un plazo de noventa días. Todas las observaciones que se reciban serán sometidas al Consejo para que éste las examine.

c) El Consejo podrá confirmar, modificar o revocar la decisión de la Comisión y la decisión del Consejo será definitiva. La notificación de la decisión del Consejo será transmitida a los Estados miembros de las Naciones Unidas, a los Estados no miembros Partes en la Convención, a la Comisión, a la Organización Mundial de la Salud y a la Junta.

d) Mientras se transmite la revisión, seguirá vigente la decisión original de la Comisión.

9. Las decisiones de la Comisión adoptadas de conformidad con este artículo no estarán sujetas al procedimiento de revisión previsto en el artículo 7.

ARTICULO 4

Obligaciones generales

Las Partes adoptarán todas las medidas legislativas y administrativas que puedan ser necesarias:

a) Para dar cumplimiento a las disposiciones de la presente Convención en sus respectivos territorios;

b) Para cooperar con los demás Estados en la ejecución de las disposiciones de la presente Convención, y

c) Sin perjuicio de las disposiciones de la presente Convención, para limitar exclusivamente la producción, la fabricación, la exportación, la importación, la distribución, el comercio, el uso y la posesión de estupefacientes a los fines médicos y científicos.

ARTICULO 5

Los órganos internacionales de fiscalización

Las Partes, reconociendo la competencia de las Naciones Unidas en materia de fiscalización internacional de estupefacientes, convienen en encomendar a la Comisión de Estupefacientes del Consejo Económico y Social y a la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes, las respectivas funciones que la presente Convención les asigna.

ARTICULO 6

Gastos de los órganos internacionales de fiscalización

Los gastos de la Comisión y de la Junta serán sufragados por las Naciones Unidas en la forma que decida la Asamblea General. Las Partes que no sean Miembros de las Naciones Unidas contribuirán a dichos gastos con las cantidades que la Asamblea General considere equitativas y fije periódicamente, previa consulta con los Gobiernos de aquellas Partes.

ARTICULO 7

Revisión de las decisiones y recomendaciones de la Comisión

Excepto las decisiones formadas de acuerdo en el artículo 3, las decisiones y recomendaciones aprobadas por la Comisión en cumplimiento de sus disposiciones estarán subordinadas a la aprobación o modificación del Consejo o de la Asamblea General, de la misma manera que otras decisiones y recomendaciones de la Comisión.

ARTICULO 8

Funciones de la Comisión

La Comisión tendrá autoridad para estudiar todas las cuestiones relacionadas con los objetivos de esta Convención, y en particular para:

- a) Modificar las listas según lo dispuesto en el artículo 3;
- b) Señalar a la atención de la Junta cualquier cuestión que tenga relación con las funciones de la misma;
- c) Hacer recomendaciones para la aplicación de las disposiciones de esta Convención y el logro de sus propósitos, y en particular recomendar programas de investigación científica e intercambio de información de carácter científico o técnico;

d) Señalar a la atención de los Estados no Partes las decisiones o recomendaciones que adopte en cumplimiento de la presente Convención, a fin de que dichos Estados examinen la posibilidad de tomar medidas de acuerdo con tales decisiones y recomendaciones.

ARTICULO 9

Composición y funciones de la Junta

1. La Junta se compondrá de trece miembros, que el Consejo designará en la forma siguiente:

a) Tres miembros que posean experiencia médica, farmacológica o farmacéutica, elegidos de una lista de cinco personas, por lo menos, propuestas por la Organización Mundial de la Salud;

b) Diez miembros elegidos de una lista de personas propuestas por los Estados Miembros de las Naciones Unidas y por las Partes que no sean miembros de las Naciones Unidas.

2. Los miembros de la Junta habrán de ser personas que por su competencia, imparcialidad y desinterés, inspiren confianza general. Durante su mandato no podrán ocupar cargo alguno ni ejercer actividad que pueda redundar en detrimento de su imparcialidad en el desempeño de sus funciones. El Consejo, en consulta con la Junta, tomará todas las medidas necesarias para garantizar la total independencia técnica de la Junta en el desempeño de sus funciones.

3. El Consejo, teniendo debidamente en cuenta el principio de la distribución geográfica equitativa, estudiará la conveniencia de que formen parte de la Junta, en una proporción equitativa, personas que conozcan la situación en materia de estupefacientes en los países productores, fabricantes y consumidores y que estén vinculados con esos países.

4. La Junta, en cooperación con los Gobiernos y con sujeción a las disposiciones de la presente Convención, tratará de limitar el cultivo, la producción, la fabricación y el uso de estupefacientes a la cantidad adecuada necesaria para fines médicos y científicos, de asegurar su disponibilidad para tales fines y de impedir el cultivo, la producción, la fabricación, el tráfico y el uso ilícitos de estupefacientes.

5. Todas las medidas adoptadas por la Junta en virtud de la presente Convención serán las más adecuadas al propósito de fomentar la cooperación de los Gobiernos con la Junta y de establecer un mecanismo para mantener un diálogo constante entre los Gobiernos y la Junta que promueva y facilite una acción nacional efectiva para alcanzar los objetivos de la presente Convención.

ARTICULO 10

Duración del mandato y remuneración de los miembros de la Junta

1. Los miembros de la Junta ejercerán sus funciones durante cinco años y podrán ser reelectos.

2. El mandato de cada miembro de la Junta expirará la víspera de la primera sesión de la Junta a la que tenga derecho a asistir su sucesor.

3. Cuando un miembro de la Junta deje de asistir a tres períodos de sesiones consecutivas se considerará que ha renunciado.

4. El Consejo, a recomendación de la Junta, podrá destituir a un miembro de la Junta que no reúna ya las condiciones necesarias para formar parte de ella, conforme al párrafo 2 del artículo 9. Dicha recomendación deberá contar con el voto afirmativo de nueve miembros de la Junta.

5. Cuando durante el mandato de un miembro de la Junta quede vacante su cargo, el Consejo cubrirá dicha vacante eligiendo otro miembro por el resto del mandato a la mayor brevedad y de conformidad con las disposiciones aplicables del artículo 13.

6. Los miembros de la Junta percibirán una remuneración adecuada que fijará la Asamblea General.

ARTICULO 11

Reglamento de la Junta

1. La Junta elegirá su Presidente y las personas que ocuparán los cargos directivos que considere necesarios y aprobará su Reglamento.

2. La Junta se reunirá con la frecuencia que crea necesaria para el buen desempeño de sus funciones, pero celebrará por lo menos dos reuniones anuales.

3. En las sesiones de la Junta el quórum será de ocho miembros.

ARTICULO 12

Funcionamiento del sistema de provisiones

1. La Junta fijará la fecha o fechas y la manera en que habrán de facilitarse las provisiones, según lo dispuesto en el artículo 19, y prescribirá el empleo de formularios al efecto.

2. La Junta pedirá a los Gobiernos de los países y territorios a los que no se aplica la presente Convención, que faciliten sus provisiones de conformidad con lo dispuesto en la presente Convención.

3. Si un Estado no suministra las provisiones respecto de alguno de sus territorios en la fecha fijada, la Junta las establecerá en la medida de lo posible. La Junta establecerá dichas provisiones, en colaboración con el Gobierno interesado, siempre que esto sea factible.

4. La Junta examinará las provisiones, incluso las suplementarias y, salvo cuando se trate de necesidades para fines especiales, podrá pedir los datos que estime necesarios respecto de cualquier país o territorio en cuyo nombre se haya suministrado la previsión, para completarla o aclarar cualquier declaración que figure en ella.

5. La Junta, con miras a limitar el uso y la distribución de estupefacientes a la cantidad adecuada necesaria para fines médicos y científicos y a asegurar su disponibilidad para tales fines confirmará lo más rápidamente posible las previsiones, incluso las suplementarias, o podrá modificarlas con el consentimiento del Gobierno interesado. En caso de desacuerdo entre el Gobierno y la Junta, ésta última tendrá derecho a establecer, comunicar y publicar sus propias previsiones, incluso las suplementarias.

6. Además de los informes mencionados en el artículo 15, la Junta publicará en las épocas que determine, pero por lo menos una vez al año, la información sobre las previsiones que pueda, a su parecer, facilitar la aplicación de la presente Convención.

ARTICULO 13

Funcionamiento del sistema de información estadística

1. La Junta determinará cómo ha de presentarse la información estadística según lo dispuesto en el artículo 20 y prescribirá el empleo de formularios a este efecto.

2. La Junta examinará la información que reciba, para determinar si las Partes o cualquier otro Estado ha cumplido las disposiciones de la presente Convención.

3. La Junta podrá pedir los demás datos que estime necesarios para completar o explicar los que figuren en la información estadística.

4. La Junta no tendrá competencia para formular objeciones ni expresar su opinión acerca de los datos estadísticos relativos a los estupefacientes necesarios para fines especiales.

ARTICULO 14

Medidas de la Junta para asegurar el cumplimiento de las disposiciones de la presente Convención

1. a) Si basándose en el examen de la información presentada por los Gobiernos a la Junta, de conformidad con las disposiciones de la presente Convención, o de información transmitida por órganos u organismos especializados de las Naciones Unidas, o siempre que sean aprobadas por la Comisión, previa recomendación de la Junta, por otras organizaciones intergubernamentales u organizaciones no gubernamentales internacionales que posean competencia directa en el asunto de que se trate y estén reconocidas como entidades consultivas por el Consejo Económico y Social con arreglo al artículo 71 de la Carta de las Naciones Unidas o que gocen de condición análoga por acuerdo especial del Consejo, la Junta tiene razones objetivas para creer que las finalidades de la presente Convención corren un grave peligro porque una Parte, un país o un territorio no ha cumplido

las disposiciones de la presente Convención tendrá derecho a proponer al Gobierno interesado la celebración de consultas o a solicitarle explicaciones. Si aun cuando no hayan dejado de cumplirse las disposiciones de la Convención, una Parte, un país o un territorio se ha convertido en un centro importante de cultivo, producción, fabricación, tráfico o uso ilícito de estupefacientes, o hay pruebas de que existe un riesgo grave de que llegue a serlo, la Junta tendrá derecho a proponer al Gobierno interesado la celebración de consultas. Sin perjuicio del derecho de la Junta a señalar a la atención de las Partes, del Consejo y de la Comisión las cuestiones mencionadas en el apartado d), la solicitud de información y las explicaciones de un Gobierno o la propuesta de consultas y las consultas celebradas con un Gobierno en virtud del presente apartado se considerarán asuntos confidenciales.

b) Después de actuar en virtud del apartado a), la Junta, si ha comprobado que es necesario proceder así, podrá pedir al Gobierno interesado que adopte las medidas correctivas que las circunstancias aconsejen para la ejecución de las disposiciones de la presente Convención.

c) La Junta, si lo considera necesario para evaluar una cuestión mencionada en el apartado a) *supra*, podrá proponer al Gobierno interesado la realización de un estudio al respecto en su territorio, por los medios que el Gobierno estime apropiados. El Gobierno interesado, si decide realizar ese estudio, podrá pedir a la Junta que ponga a su disposición los medios técnicos periciales y los servicios de una o más personas con la capacidad necesaria para prestar ayuda a los funcionarios del Gobierno en el estudio propuesto. La persona o personas que para ello proponga la Junta se someterán a la aprobación del Gobierno interesado. Las modalidades de ese estudio y el plazo dentro del cual debe efectuarse se determinarán mediante consulta entre el Gobierno y la Junta. El Gobierno comunicará a la Junta los resultados del estudio e indicará las medidas correctoras que considera necesario adoptar.

d) Si la Junta considera que el Gobierno interesado ha dejado de dar las explicaciones satisfactorias que se le han solicitado conforme al apartado a), o de adoptar las medidas correctivas que se le han pedido conforme al apartado b), o que existe una situación grave que requiere la adopción de medidas de cooperación en el plano internacional con miras a su solución, podrá señalar el asunto a la atención de las Partes, del Consejo y de la Comisión. La Junta deberá proceder así cuando los objetivos de la presente Convención corran grave peligro y no haya sido posible resolver satisfactoriamente el asunto de otro modo. La Junta deberá proceder del mismo modo si comprueba que existe una situación grave que requiere la adopción de medidas de cooperación internacional con miras a su solución y que el hecho de señalar esta situación a la atención de las Partes, del Consejo y de la Comisión es el método más apropiado para facilitar esta cooperación; después de examinar los informes de la Junta y, en su caso, de la Comisión sobre el asunto, el Consejo podrá señalar éste a la atención de la Asamblea general.

2. La Junta, cuando señale un asunto a la atención de las Partes, del Consejo y de la Comisión en virtud del apartado d) del inciso 1, podrá, si ha comprobado que es necesario proceder así, recomendar a las Partes que cesen de importar drogas del país interesado, de exportarlas a él, o de hacer ambas cosas, durante un período determinado o hasta que la Junta quede satisfecha con la situación existente en ese territorio o país. El Estado interesado podrá plantear la cuestión ante el Consejo.

3. La Junta tendrá derecho a publicar un informe sobre cualquier cuestión relacionada con las disposiciones de este artículo y comunicarlo al Consejo, el cual lo remitirá a todas las Partes. Si la Junta hace pública en dicho informe una decisión tomada en virtud de este artículo o cualquier información relacionada con el mismo, también incluirá los puntos de vista del Gobierno interesado, si éste lo solicitare.

4. Si la decisión de la Junta que ha sido publicada de acuerdo con este artículo no es unánime, también se hará pública la opinión de la minoría.

5. Cuando la Junta discuta una cuestión que en virtud de lo dispuesto en este artículo interese directamente a un país, éste será invitado a estar representado en la reunión de la Junta.

6. Se necesitará una mayoría de dos tercios del total de miembros de la Junta para adoptar decisiones en virtud de este artículo.

ARTICULO 14 bis

Asistencia técnica y financiera

En los casos en que lo estime pertinente, paralelamente a las medidas enunciadas en los párrafos 1 y 2 del artículo 14, o en su sustitución de ellas, la Junta, de acuerdo con el Gobierno interesado, podrá recomendar a los órganos competentes de las Naciones Unidas y a sus organismos especializados que se preste asistencia técnica o financiera, o ambas, a ese Gobierno con miras a darle apoyo en sus esfuerzos por cumplir las obligaciones que ha contraído en virtud de la presente Convención, entre ellas las estipuladas o mencionadas en los artículos 2, 35, 38 y 38 bis.

ARTICULO 15

Informes de la Junta

1. La Junta redactará un informe anual sobre su labor y los informes complementarios que considere necesarios. Dichos informes contendrán, además, un análisis de las previsiones y de las informaciones estadísticas de que disponga la Junta, y cuando proceda, una indicación de las aclaraciones hechas por los Gobiernos o que se les hayan pedido, si las hubiere, junto con las observaciones y recomendaciones que la Junta desee hacer. Estos informes serán sometidos al Consejo por intermedio de la Comisión, que formulará las observaciones que estime oportunas.

2. Estos informes serán comunicados a las Partes y publicados posteriormente por el Secretario general. Las Partes permitirán que se distribuyan sin limitación.

ARTICULO 16

Secretaría

Los servicios de Secretaría de la Comisión y de la Junta serán suministrados por el Secretario general. No obstante, el Secretario de la Junta será nombrado por el Secretario general en consulta con la Junta.

ARTICULO 17

Administración especial

Las Partes mantendrán una administración especial, que estará a cargo de la aplicación de las disposiciones de la presente Convención.

ARTICULO 18

Datos que suministrarán las Partes al Secretario general

1. Las Partes facilitarán al Secretario general los datos que la Comisión pueda pedir por ser necesario para el desempeño de sus funciones, y en particular.

a) Un informe anual sobre la aplicación de la presente Convención en cada uno de sus territorios;

b) El texto de todas las leyes y reglamentos promulgados periódicamente para poner en práctica esta Convención;

c) Los datos que pida la Comisión sobre los casos de tráfico ilícito, especialmente los datos de cada caso descubierto de tráfico ilícito que puedan tener importancia, ya sea por arrojar luz sobre las fuentes de que provienen los estupefacientes para dicho tráfico, o bien por las cantidades de que se trate o el método empleado por los traficantes ilícitos, y

d) Los nombres y las direcciones de las autoridades facultadas para expedir permisos o certificados de exportación y de importación.

2. Las Partes suministrarán los datos mencionados en el inciso anterior, del modo y en la fecha que fije la Comisión y utilizando los formularios que ella indique.

ARTICULO 19

Previsiones de las necesidades de estupefacientes

1. Las Partes facilitarán anualmente a la Junta, respecto de cada uno de sus territorios, del modo y en la forma que ella establezca y en formu-

larios proporcionados por ella, sus previsiones sobre las cuestiones siguientes:

a) La cantidad de estupefacientes que será consumida con fines médicos y científicos;

b) La cantidad de estupefacientes que será utilizada para fabricar otros estupefacientes, preparados de la lista III y sustancias a las que no se aplica esta Convención;

c) Las existencias de estupefacientes al 31 de diciembre del año a que se refieren las previsiones;

d) Las cantidades de estupefacientes necesarias para agregar a las existencias especiales;

e) La superficie de terreno (en hectáreas) que se destinará al cultivo de la adormidera y su ubicación geográfica;

f) La cantidad aproximada de opio que se producirá;

g) El número de establecimientos industriales que fabricarán estupefacientes sintéticos, y

h) Las cantidades de estupefacientes sintéticos que fabricará cada uno de los establecimientos mencionados en el apartado anterior.

2. a) Hechas las deducciones a que se refiere el párrafo 3 del artículo 21, el total de las previsiones para cada territorio y cada estupefaciente, excepto el opio y los estupefacientes sintéticos, será la suma de las cantidades indicadas en los apartados a), b) y d) del párrafo 1 de este artículo, más la cantidad necesaria para que las existencias disponibles al 31 de diciembre del año anterior alcancen la cantidad prevista, según lo dispuesto en el apartado c) del párrafo 1.

b) Hechas las deducciones a que se refiere el párrafo 3 del artículo 21, por lo que respecta a las importaciones, y el párrafo 2 del artículo 21 bis, el total de las previsiones de opio para cada territorio será la suma de las cantidades indicadas en los apartados a), b) y d) del párrafo 1 de este artículo, más la cantidad necesaria para que las existencias disponibles al 31 de diciembre del año anterior alcancen la cantidad prevista según lo dispuesto en el apartado c) del párrafo 1, o la cantidad indicada en el apartado f) del párrafo 1 de este artículo si esta última es mayor.

c) Hechas las deducciones a que se refiere el párrafo 3 del artículo 21, el total de las previsiones de cada estupefaciente sintético para cada territorio será la suma de las cantidades indicadas en los apartados a), b) y d) del párrafo 1 de este artículo, más la cantidad necesaria para que las existencias disponibles al 31 de diciembre del año anterior alcancen la cantidad prevista, según lo dispuesto en el apartado c) del párrafo 1, o la suma de las cantidades indicadas en el apartado h) del párrafo 1 de este artículo si esta última es mayor.

d) Las previsiones proporcionadas en virtud de lo dispuesto en los apartados precedentes de este párrafo se modificarán según corresponda para tener en cuenta toda cantidad decomisada que luego se haya entregado para usos lícitos, así como toda cantidad retirada de las existencias especiales para las necesidades de la población civil.

3. Cualquier Estado podrá facilitar durante el año previsiones suplementarias exponiendo las razones que justifiquen dichas previsiones.

4. Las Partes comunicará a la Junta el método empleado para determinar las cantidades que figuren en las previsiones y cualquier modificación introducida en dicho método.

5. Hechas las deducciones mencionadas en el párrafo 3 del artículo 21 y tomando en consideración, en la medida de lo posible, las disposiciones del artículo 21 bis, no deberán excederse las previsiones.

ARTICULO 20

Datos estadísticos que se suministrarán a la Junta

1. Las Partes suministrarán a la Junta, respecto de cada uno de sus territorios, del modo y en la forma en que ella establezca y en formularios proporcionados por ella, datos estadísticos sobre las cuestiones siguientes:

a) Producción y fabricación de estupefacientes;

b) Uso de estupefacientes para la fabricación de otros estupefacientes, de los preparados de la lista III y de sustancias a las que no se aplica esta Convención, así como de la paja de adormidera para la fabricación de estupefacientes;

c) Consumo de estupefacientes;

d) Importaciones y exportaciones de estupefacientes y de paja de adormidera;

e) Decomiso de estupefacientes y destino que se les da;

f) Existencias de estupefacientes al 31 de diciembre del año a que se refieren las estadísticas, y

g) Superficie determinable de cultivo de la adormidera.

2. a) Los datos estadísticos relativos a las cuestiones mencionadas en el párrafo 1, salvo el apartado d), se establecerán anualmente y se presentarán a la Junta a más tardar el 30 de junio del año siguiente al año a que se refieren.

b) Los datos estadísticos relativos a las cuestiones mencionadas en el apartado d) del inciso 1 se establecerán trimestralmente y se presentarán a la Junta dentro del mes siguiente al trimestre a que se refieren.

3. Las Partes no estarán obligadas a presentar datos estadísticos relativos a las existencias especiales, pero presentarán separadamente datos relativos a los estupefacientes importados u obtenidos en el país o territorio con fines especiales, así como sobre las cantidades de estupefacientes retiradas de las existencias especiales para satisfacer las necesidades de la población civil.

ARTICULO 21

Limitación de la fabricación y de la importación

1. La cantidad total de cada estupefaciente fabricada o importada por cada país o territorio en un año no excederá de la suma de las siguientes cantidades:

a) La cantidad consumida, dentro de los límites de las previsiones correspondientes, con fines médicos o científicos;

b) La cantidad utilizada, dentro de los límites de las previsiones correspondientes, para la fabricación de otros estupefacientes, de preparados de la lista III y de sustancias a las que no se aplica esta Convención;

c) La cantidad exportada;

d) La cantidad añadida a las existencias con objeto de llevarlas al nivel fijado en las previsiones correspondientes, y

e) La cantidad adquirida, dentro de los límites de las previsiones correspondientes, con fines especiales.

2. De la suma de las cantidades indicadas en el párrafo 1 se deducirá toda cantidad que haya sido decomisada y entregada para usos lícitos, así como toda cantidad retirada de las existencias especiales para las necesidades de la población civil.

3. Si la Junta llega a la conclusión de que la cantidad fabricada o importada en un año determinado excede de la suma de las cantidades indicadas en el párrafo 1, hechas las deducciones prescritas por el párrafo 2 de ese artículo, todo excedente así determinado y que subsista al final del año se deducirá, el año siguiente, de las cantidades que hayan de fabricarse o importarse y del total de las previsiones, determinado en el párrafo 2 del artículo 19.

4. a) Si las informaciones estadísticas sobre importaciones y exportaciones (artículo 20) indicaren que la cantidad exportada a cualquier país o territorio excede del total de las previsiones relativas a dicho país o territorio, según se determina en el párrafo 2 del artículo 19, más las cantidades que figuren como exportadas y deducidos los excedentes según se determina en el inciso 3 de este artículo, la Junta podrá notificar este hecho a los Estados a que, a juicio de la Junta, deba comunicarse dicha información;

b) Cuando reciban esta notificación, las Partes no autorizarán durante el año ninguna nueva exportación del estupefaciente en cuestión al país o territorio de que se trate salvo:

i) Si dicho país o territorio envía una nueva previsión que corresponda al aumento de sus importaciones y a la cantidad suplementaria que necesite; o

ii) En casos excepcionales, cuando, a juicio del Gobierno del país exportador, la exportación sea indispensable para el tratamiento de los enfermos.

ARTICULO 21 bis

Limitación de la producción del opio

1. La producción de opio de cualquier país o territorio se organizará y fiscalizará de tal modo que se asegure que, en la medida de lo posible, la cantidad producida en un año cualquiera no exceda de las previsiones

de la cantidad de opio que se ha de producir, establecidas de conformidad con el apartado f) del párrafo 1 del artículo 19.

2. Si la Junta, basándose en la información que posea en virtud de las disposiciones de la presente Convención, concluye que una Parte que ha presentado unas previsiones de conformidad con el apartado f) del párrafo 1 del artículo 19 no ha limitado el opio producido dentro de sus fronteras a los fines lícitos conforme a las previsiones pertinentes y que una cantidad importante del opio producido, lícita o ilícitamente, dentro de las fronteras de dicha Parte, ha sido desviada al tráfico ilícito, podrá, después de estudiar las explicaciones de la Parte de que se trate, que le deberán ser presentadas en el plazo de un mes a partir de la notificación de tal conclusión, decidir que se deduzca la totalidad o una parte de dicha cantidad de la que se ha de producir y del total de las previsiones definidas en el apartado b) del artículo 19 para el año inmediato en el que dicha deducción pueda realizarse técnicamente, teniendo en cuenta la estación del año y las obligaciones contractuales respecto de la exportación del opio. Esta decisión entrará en vigor noventa días después de haber sido notificada a la Parte de que se trate.

3. Después de notificar a la Parte interesada la decisión adoptada conforme al párrafo 2 «supra» respecto de una deducción, la Junta consultará con esa Parte a fin de resolver satisfactoriamente la situación.

4. Si la situación no se resuelve en forma satisfactoria, la Junta, en su caso, podrá actuar conforme a lo dispuesto en el artículo 14.

5. Al adoptar su decisión respecto a una deducción, de conformidad con el párrafo 2 «supra», la Junta tendrá en cuenta no sólo todas las circunstancias del caso, incluidas las que originen el problema del tráfico ilícito a que se hace referencia en dicho párrafo 2, sino también cualesquiera nuevas medidas pertinentes de fiscalización que puedan haber sido adoptadas por la Parte.

ARTICULO 22

Disposición especial aplicable al cultivo

1. Cuando las condiciones existentes en el país o en un territorio de una Parte sean tales que, a su juicio, la prohibición del cultivo de la adormidera, del arbusto de coca o de la planta de la cannabis resulte la medida más adecuada para proteger la salud pública y evitar que los estupefacientes sean objeto de tráfico ilícito, la Parte interesada prohibirá dicho cultivo.

2. Una Parte que prohíba el cultivo de la adormidera o de la planta de la cannabis tomará las medidas apropiadas para secuestrar cualquier planta ilícitamente cultivada y destruirla, excepto pequeñas cantidades requeridas por la Parte para propósitos científicos o de investigación.

ARTICULO 23

Organismos nacionales para la fiscalización del opio

1. Las Partes que permitan el cultivo de la adormidera para la producción de opio deberán establecer, si no lo han hecho ya, y mantener uno o

más Organismos oficiales (llamados en este artículo, de ahora en adelante, el Organismo) para desempeñar las funciones que se le asignan en el presente artículo.

2. Dichas Partes aplicarán al cultivo de la adormidera para la producción de opio y al opio las siguientes disposiciones:

a) El Organismo designará las zonas y las parcelas de terreno en que se permitirá el cultivo de la adormidera para la producción de opio;

b) Sólo podrán dedicarse a dicho cultivo los cultivadores que posean una licencia expedida por el Organismo;

c) Cada licencia especificará la superficie en la que se autoriza el cultivo;

d) Todos los cultivadores de adormidera estarán obligados a entregar la totalidad de sus cosechas de opio al Organismo. El Organismo comprará y tomará posesión material de dichas cosechas, lo antes posible, a más tardar cuatro meses después de terminada la recolección.

e) El Organismo tendrá el derecho exclusivo de importar, exportar, dedicarse al comercio al por mayor y mantener las existencias de opio que no se hallen en poder de los fabricantes de alcaloides de opio, opio medicinal o preparados de opio. Las Partes no están obligadas a extender este derecho exclusivo al opio medicinal y a los preparados a base de opio.

3. Las funciones administrativas a que se refiere el inciso 2 serán desempeñadas por un solo organismo público si la constitución de la Parte interesada lo permite.

ARTICULO 24

Limitación de la producción de opio para el comercio

1. a) Si una de las Partes proyecta iniciar la producción de opio o aumentar su producción anterior, tendrá presente las necesidades mundiales con arreglo a las previsiones publicadas por la Junta, a fin de que su producción no ocasione superproducción de opio en el mundo.

b) Ninguna Parte permitirá la producción ni el aumento de la producción de opio si cree que tal producción o tal aumento en su territorio puede ocasionar tráfico ilícito de opio.

2. a) Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso 1, si una Parte que al 1 de enero de 1961 no producía opio para la exportación y desee exportar el opio que produce en cantidades que no excedan de cinco toneladas anuales, lo notificará a la Junta y le proporcionará con dicha notificación información acerca de:

i) La fiscalización que, de acuerdo con la presente Convención, se aplicará al opio que ha de ser producido y exportado, y

ii) El nombre del país o países a los que espera exportar dicho opio; y la Junta podrá aprobar tal notificación o recomendar a la Parte que no produzca opio para la exportación.

b) Cuando una Parte que no sea de las aludidas en el inciso 3 desee producir opio para la exportación en cantidades que excedan de cinco toneladas anuales, lo notificará al Consejo y proporcionará con dicha notificación información pertinente, que comprenda:

i) Las cantidades que calcula producirá para la exportación;
 ii) La fiscalización aplicable o propuesta respecto del opio que se ha de producir, y

iii) El nombre del país o países a los que espera exportar dicho opio; y el Consejo aprobará la notificación o podrá recomendar a la Parte que no produzca opio para la exportación.

3. No obstante lo dispuesto en los apartados a) y b) del inciso 2, una Parte que durante los diez años inmediatamente anteriores al 1 de enero de 1961 exportaba el opio que producía, podrá continuar exportando el opio que produzca.

4. a) Las Partes no importarán opio de ningún país o territorio, salvo el opio producido en el territorio de:

i) Las Partes aludidas en el inciso 3;
 ii) Las Partes que hayan notificado a la Junta, según lo dispuesto en el apartado a) del inciso 2;

iii) Las Partes que hayan recibido la aprobación del Consejo, según lo dispuesto en el apartado b) del inciso 2.

b) No obstante lo dispuesto en el apartado a) de este inciso, las Partes podrán importar opio, producido por cualquier país que haya producido y exportado opio durante los diez años anteriores al 1 de enero de 1961, siempre que dicho país haya establecido y mantenga un órgano u organismo de fiscalización nacional para los fines enunciados en el artículo 23 y aplique medios eficaces para asegurar que el opio que produce no se desvíe al tráfico ilícito.

5. Las disposiciones de este artículo no impiden que las Partes:

a) Produzcan opio suficiente para sus propias necesidades; o
 b) Exporten a otras Partes, de conformidad con las disposiciones de esta Convención, el opio que decomisen en el tráfico ilícito.

ARTICULO 25

Fiscalización de la paja de adormidera

1. Las Partes que permitan el cultivo de la adormidera con fines que no sean la producción de opio adoptarán todas las medidas necesarias para que:

a) No produzca opio de esa adormidera, y
 b) Se fiscalice de modo adecuado la fabricación de estupefacientes a base de la paja de adormidera.

2. Las Partes aplicarán a la paja de adormidera el régimen de licencias de importación y de exportación que se prevé en los incisos 4 a 15 del artículo 31.

3. Las Partes facilitarán acerca de la importación y exportación de paja de adormidera los mismos datos estadísticos que se exigen para los estupefacientes en el apartado d) del inciso 1 y en el apartado b) del inciso 2 del artículo 20.

ARTICULO 26

El arbusto de coca y las hojas de coca

1. Las partes que permitan el cultivo del arbusto de coca aplicarán al mismo y a las hojas de coca el sistema de fiscalización establecido en el artículo 23 para la fiscalización de la adormidera; pero, respecto del inciso 2 d) de ese artículo, la obligación impuesta al Organismo allí aludido será solamente de tomar posesión material de la cosecha lo más pronto posible después del fin de la misma.

2. En la medida de lo posible, las Partes obligarán a arrancar de raíz todos los arbustos de coca que crezcan en estado silvestre y destruirán los que se cultiven ilícitamente.

ARTÍCULO 27

Disposiciones suplementarias referentes a las hojas de coca en general

1. Las partes podrán autorizar el uso de hojas de coca para la preparación de un agente saporífero que no contenga ningún alcaloide y, en la medida necesaria para dicho uso, autorizar la producción, importación, exportación, el comercio y la posesión de dichas hojas.

2. Las Partes suministrarán por separado previsiones (artículo 19) e información estadística (art. 20) respecto de las hojas de coca para la preparación del agente saporífero, excepto en la medida en que las mismas hojas de coca se utilicen para la extracción de alcaloides y del agente saporífero y así se explique en la información estadística y en las previsiones.

ARTICULO 28

Fiscalización de la cannabis

1. Si una Parte permite el cultivo de la planta de la cannabis para producir cannabis o resina de cannabis, aplicará a ese cultivo el mismo sistema de fiscalización establecido en el artículo 23 para la fiscalización de la adormidera.

2. La presente Convención no se aplicará al cultivo de la planta de la cannabis destinado exclusivamente a fines industriales (fibra y semillas) u hortícolas.

3. Las Partes adoptarán las medidas necesarias para impedir el uso indebido o tráfico ilícito de las hojas de la planta de la cannabis.

ARTICULO 29

Fabricación

1. Las Partes exigirán que la fabricación de estupefacientes se realice bajo el régimen de licencias con excepción del caso en que éstos sean fabricados por empresas estatales.

2. Las partes:

a) Ejercerán una fiscalización sobre todas las personas y Empresas que se dediquen a la fabricación de estupefacientes o participen en ella.

b) Someterán a un régimen de licencias a los establecimientos y locales en que dicha fabricación pueda realizarse, y

c) Exigirán que los fabricantes de estupefacientes a quienes se haya otorgado licencia obtengan permisos periódicos en los que se especifique la clase y la cantidad de estupefacientes que estén autorizados a fabricar. Sin embargo, no será necesario exigir este requisito para fabricar preparados.

3. Las partes impedirán que se acumulen, en poder de los fabricantes de estupefacientes, cantidades de estupefacientes o de paja de adormidera superiores a las necesarias para el funcionamiento normal de la Empresa, teniendo en cuenta las condiciones que prevalezcan en el mercado.

ARTICULO 30

Comercio y distribución

1. a) Las partes exigirán que el comercio y la distribución de estupefacientes estén sometidos a licencia, excepto cuando dicho comercio o distribución lo realice una Empresa o Empresas del Estado.

b) Las partes:

i) Fiscalizarán a todas las personas y Empresas que realicen o se dediquen al comercio o la distribución de estupefacientes, y

ii) Someterán a un régimen de licencias a los establecimientos y locales en que pueda realizarse dicho comercio o distribución. No será necesario exigir el requisito de licencia respecto de los preparados.

c) Las disposiciones de los apartados a) y b), relativas a licencias, no se aplicarán necesariamente a las personas debidamente autorizadas para ejercer funciones terapéuticas o científicas, y mientras las ejerzan.

2. Las partes deberán también:

a) Impedir que en poder de los comerciantes, los distribuidores, las Empresas del Estado o las personas debidamente autorizadas antes mencionadas, se acumulen cantidades de estupefacientes y paja de adormidera que exceda de las necesarias para el ejercicio normal de su comercio, habida cuenta de las condiciones que prevalezcan en el mercado;

b) i) Exigir recetas médicas para el suministro o despacho de estupefacientes a particulares. Este requisito no se aplicará necesariamente a los estupefacientes que una persona pueda obtener, usar, entregar o administrar legalmente en el ejercicio de sus funciones terapéuticas debidamente autorizadas;

ii) Si las partes estiman que estas medidas son necesarias o convenientes, exigirán que las recetas de los estupefacientes de la lista I se extiendan en formularios oficiales que las autoridades públicas competentes o las asociaciones profesionales autorizadas facilitarán en forma de talonarios.

3. Es deseable que las partes exijan que las ofertas escritas o impresas de estupefacientes, la propaganda de cualquier clase o los folletos descriptivos de estupefacientes que se empleen con fines comerciales, las envolturas interiores de los paquetes que contengan estupefacientes y las etiquetas con que se presenten a la venta los estupefacientes indiquen las denominaciones comunes internacionales comunicadas por la Organización Mundial de la Salud.

4. Si una parte considera que tal medida es necesaria o deseable exigirá que el paquete, o la envoltura interior del estupefaciente lleve una doble banda roja, perfectamente visible. La envoltura exterior del paquete que contenga ese estupefaciente no llevará la doble banda roja.

5. Las Partes exigirán que en la etiqueta con que se presente a la venta cualquier estupefaciente se indique el contenido de estupefacientes exacto, con su peso o proporción. Este requisito del rotulado no se aplicará necesariamente a un estupefaciente que se entregue a una persona bajo receta médica.

6. Las disposiciones de los incisos 2 y 5 no se aplicarán necesariamente al comercio al por menor ni a la distribución al por menor de los estupefacientes de la Lista II.

ARTICULO 31

Disposiciones especiales referentes al comercio internacional

1. Las Partes no permitirán a sabiendas la exportación de estupefacientes a ningún país o territorio, salvo:

a) De conformidad con las Leyes y Reglamentos de dicho país o territorio, y

b) Dentro de los límites del total de las previsiones para ese país o territorio, según se definen en el párrafo 2 del artículo 19, más las cantidades destinadas a la reexportación.

2. Las Partes ejercerán en los puertos francos y en las zonas francas la misma inspección y fiscalización que en otras partes de su territorio, sin perjuicio de que puedan aplicar medidas más severas.

3. Las Partes:

a) Ejercerán la fiscalización de las importaciones y exportaciones de estupefacientes, salvo cuando éstas sean efectuadas por una empresa o empresas del Estado, y

b) Ejercerán una fiscalización sobre toda persona y sobre toda empresa que se dedique a la importación o a la exportación de estupefacientes.

4. a) Las Partes que permitan la exportación o importación de estupefacientes exigirán que se obtenga una autorización diferente de importación o de exportación para cada importación o exportación, ya se trate de uno o más estupefacientes.

b) En dicha autorización se indicará el nombre del estupefaciente; la denominación común internacional, si la hubiere; la cantidad que ha de im-

portarse o exportarse y el nombre y la dirección del importador y del exportador, y se especificará el período dentro del cual habrá de efectuarse la importación o la exportación.

c) La autorización de exportación indicará, además, el número y la fecha del certificado de importación (inciso 5) y de la autoridad que lo ha expedido.

d) La autorización de importación podrá permitir que la importación se efectúe en más de una expedición.

5. Antes de conceder un permiso de exportación, las Partes exigirán que la persona o el establecimiento que lo solicite presente un certificado de importación expedido por las autoridades competentes del país o del territorio importador, en el que conste que ha sido autorizada la importación del estupefaciente o de los estupefacientes que se mencionan en él. Las Partes se ajustarán en la medida de lo posible al modelo de certificado de importación aprobado por la Comisión.

6. Cada expedición deberá ir acompañada de una copia del permiso de exportación, del que el Gobierno que lo haya expedido enviará una copia al Gobierno del país o territorio importador.

7. a) Una vez efectuada la importación, o una vez expirado el plazo fijado para ella, el Gobierno del país o territorio importador devolverá el permiso de exportación, debidamente anotado, al Gobierno del país o territorio exportador;

b) En la anotación se indicará la cantidad efectivamente importada.

c) Si se ha exportado en realidad una cantidad inferior a la especificada en el permiso de exportación, las autoridades competentes indicarán en dicho permiso y en las copias oficiales correspondientes la cantidad efectivamente exportada.

8. Quedarán prohibidas las exportaciones dirigidas a un apartado postal o a un Banco a la cuenta de una persona o Entidad distinta de la designada en el permiso de exportación.

9. Quedarán prohibidas las exportaciones dirigidas a un almacén de Aduanas, a menos que en el certificado de importación presentado por la persona o el establecimiento que solicita el permiso de exportación, el Gobierno del país importador declare que ha aprobado la importación para su depósito en un almacén de Aduanas. En ese caso, el permiso de exportación deberá especificar que la importación se hace con ese destino. Para retirar una expedición consignada al almacén de Aduanas será necesario un permiso de las autoridades en cuya jurisdicción esté comprendido el almacén y, si se destina al extranjero, se considerará como una nueva exportación en el sentido de la presente Convención.

10. Las expediciones de estupefacientes que entren en el territorio de una Parte o salgan del mismo sin ir acompañadas de un permiso de exportación serán detenidas por las autoridades competentes.

11. Ninguna Parte permitirá que pasen a través de su territorio estupefacientes expedidos a otro país aunque sean descargados del vehículo que los transporta, a menos que se presente a las autoridades competentes de esa Parte una copia del permiso de exportación correspondiente a esa expedición.

12. Las autoridades competentes de un país o territorio que hayan permitido el tránsito de una expedición de estupefacientes deberán adoptar todas las medidas necesarias para impedir que se dé a la expedición un destino distinto del indicado en la copia del permiso de exportación que la acompañe, a menos que el Gobierno del país o territorio por el que pase la expedición autorice el cambio de destino. El Gobierno de ese país o territorio consideran todo cambio de destino que se solicite como una exportación del país o territorio de tránsito al país o territorio de nuevo destino. Si se autoriza el cambio de destino, las disposiciones de los apartados a) y b) del inciso 7 serán también aplicadas entre el país o territorio de tránsito y el país o territorio del que procedió originalmente la expedición.

13. Ninguna expedición de estupefacientes, tanto si se halla en tránsito como depositada en un almacén de Aduanas podrá ser sometida a cualquier manipulación que pueda modificar la naturaleza del estupefaciente. Tampoco podrá modificarse su embalaje sin permiso de las autoridades competentes.

14. Las disposiciones de los incisos 11 a 13 relativas al paso de estupefacientes a través del territorio de una Parte no se aplicarán cuando la expedición de que se trate sea transportada por una aeronave que no aterrice en el país o territorio de tránsito. Si la aeronave aterriza en tal país o territorio, esas disposiciones serán aplicadas en la medida en que las circunstancias lo requieran.

15. Las disposiciones de este artículo se aplicarán sin perjuicio de las disposiciones de cualquier acuerdo internacional que limite la fiscalización que pueda ser ejercida por cualquiera de las Partes sobre los estupefacientes en tránsito.

16. Con excepción de lo dispuesto en el apartado a) del inciso 1 y en el inciso 2, ninguna disposición de este artículo se aplicará necesariamente en el caso de los preparados de la lista III.

ARTICULO 32

Disposiciones especiales relativas al transporte de drogas en los botiquines de primeros auxilios de buques o aeronaves de las líneas internacionales

1. El transporte internacional por buques o aeronaves de las cantidades limitadas de drogas necesarias para la prestación de primeros auxilios o para casos urgentes en el curso del viaje no se considerará como importación, exportación o tránsito por un país en el sentido de esta Convención.

2. Deberán adoptarse las precauciones adecuadas por el país de la matrícula para evitar el uso indebido de las drogas a que se refiere el inciso 1 o su desviación para fines ilícitos. La Comisión recomendará dichas precauciones en consulta con las organizaciones internacionales pertinentes.

3. Las drogas transportadas por buques o aeronaves, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1, estarán sujetas a las Leyes, Reglamentos, permisos y licencias del país de la matrícula, pero sin perjuicio del derecho de las autoridades locales competentes a efectuar comprobaciones e inspecciones o

adoptar otras medidas de fiscalización a bordo del buque o aeronave. La administración de dichas drogas en caso de urgente necesidad no se considerará que constituye una violación de las disposiciones del apartado b) i) del artículo 30.

ARTICULO 33

Posesión de estupefacientes

Las Partes sólo permitirán la posesión de estupefacientes con autorización legal.

ARTICULO 34

Medidas de fiscalización y de inspección

Las Partes exigirán:

a) Que todas las personas a quienes se concedan licencias en virtud de la presente Convención o que ocupen cargos directivos o de inspección en una Empresa del Estado establecida según lo dispuesto en esta Convención, tengan la idoneidad adecuada para aplicar fiel y eficazmente las disposiciones de las Leyes y Reglamentos que se dicten para dar cumplimiento a la misma;

b) Que las autoridades administrativas, los fabricantes, los comerciantes, los hombres de ciencia, las instituciones científicas y los hospitales lleven registros en que consten las cantidades de cada estupefaciente fabricado y de cada adquisición y destino dado a los estupefacientes. Dichos registros serán conservados por un período de dos años por lo menos. Cuando se utilicen talonarios [art. 30, inciso 2 b)] de recetas oficiales, dichos talonarios se conservarán también durante un período de dos años por lo menos.

ARTICULO 35

Lucha contra el tráfico ilícito

Teniendo debidamente en cuenta sus regímenes constitucional, legal y administrativo, las Partes:

a) Asegurarán en el plano nacional una coordinación de la acción preventiva y represiva contra el tráfico ilícito; para ello podrán designar un servicio apropiado que se encargue de dicha coordinación.

b) Se ayudarán mutuamente en la lucha contra el tráfico ilícito de estupefacientes;

c) Cooperarán estrechamente entre sí y con las organizaciones internacionales competentes de que sean miembros para mantener una lucha coordinada contra el tráfico ilícito;

d) Velarán por que la cooperación internacional de los servicios apropiados se efectúe en forma expedita;

e) Cuidarán que cuando se transmitan de un país a otro los autos para una acción judicial, la transmisión se efectúe en forma expedita a los órganos designados por las Partes; este requisito no prejuzga el derecho de una Parte a exigir que se le envíen las piezas de autos por vía diplomática;

f) Proporcionarán, si lo consideran apropiado, a la Junta y a la Comisión por conducto del Secretario general, además de la información prevista en el artículo 18, la información relativa a las actividades ilícitas de estupefacientes dentro de sus fronteras, incluida la referencia al cultivo, producción, fabricación, tráfico y uso ilícitos de estupefacientes, y

g) En la medida de lo posible proporcionarán la información a que se hace referencia en el apartado anterior en la manera y en la fecha que la Junta lo solicite; si se lo pide una Parte, la Junta podrá ofrecerle su asesoramiento en su tarea de proporcionar la información y de tratar de reducir las actividades ilícitas de estupefacientes dentro de las fronteras de la Parte

ARTICULO 36

Disposiciones penales

1o a) A reserva de lo dispuesto por su Constitución, cada una de las Partes se obliga a adoptar las medidas necesarias para que el cultivo y la producción, fabricación, extracción, preparación, posesión, ofertas en general, ofertas de venta, distribución, compra, venta, despacho de cualquier concepto, corretaje, expedición, expedición en tránsito, transporte, importación y exportación de estupefacientes, no conformes a las disposiciones de esta Convención o cualesquiera otros actos que en opinión de la Parte puedan efectuarse en infracción de las disposiciones de la presente Convención, se consideren como delitos si se cometen intencionadamente y que los delitos graves sean castigados en forma adecuada, especialmente con penas de prisión u otras penas de privación de libertad.

b) No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, cuando las personas que hagan uso indebido de estupefacientes hayan cometido esos delitos, las Partes podrán en vez de declararlas culpables o de sancionarlas penalmente, o además de declararlas culpables o de sancionarlas, someterlas a medidas de tratamiento, educación, postramiento, rehabilitación y readaptación social, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 38.

2. A reserva de lo dispuesto por su Constitución, del régimen jurídico y de la legislación nacional de cada Parte:

a) i) Cada uno de los delitos enumerados en el inciso 1, si se comete en diferentes países, se considerará como un delito distinto;

ii) La participación deliberada o la confabulación para cometer cualquiera de esos delitos, así como la tentativa de cometerlos, los actos preparatorios y operaciones financieras, relativos a los delitos de que trata este artículo, se considerarán como delitos, tal como se dispone en el inciso 1;

iii) Las condenas pronunciadas en el extranjero por esos delitos serán computadas para determinar la reincidencia, y

iv) Los referidos delitos graves cometidos en el extranjero, tanto por nacionales como por extranjeros, serán juzgados por la Parte en cuyo territorio se haya cometido el delito, o por la Parte en cuyo territorio se encuentre el delincuente, si no procede la extradición de conformidad con la Ley de la Parte a la cual se la solicita, y si dicho delincuente no ha sido ya procesado y sentenciado.

b) i) Cada uno de los delitos enumerados en el párrafo 1 y en el inciso ii) del apartado a) del párrafo 2 del presente artículo se considerará incluido entre los delitos que den lugar a extradición en todo tratado de extradición celebrado entre las Partes. Las Partes se comprometen a incluir tales delitos como casos de extradición en todo tratado de extradición que celebren entre sí en el futuro;

ii) Si una Parte, que subordine la extradición a la existencia de un tratado, recibe de otra Parte, con la que no tiene tratado, una solicitud de extradición, podrá discrecionalmente considerar la presente Convención como la base jurídica necesaria para la extradición referente a los delitos enumerados en el párrafo 1 y en el inciso ii) del apartado a) del párrafo 2 del presente artículo. La extradición estará sujeta a las demás condiciones exigidas por el derecho de la Parte requerida;

iii) Las Partes que no subordinen la extradición a la existencia de un tratado reconocerán los delitos enumerados en el párrafo 1 y en el inciso ii) del apartado a) del párrafo 2 del presente artículo como casos de extradición entre ellas, sujetos a las condiciones exigidas por el derecho de la Parte requerida;

iv) La extradición será concedida con arreglo a la legislación de la Parte a la que se haya pedido y, no obstante lo dispuesto en los incisos i), ii) y iii) del apartado b) de este párrafo, esa Parte tendrá derecho a negarse a conceder la extradición si sus autoridades competentes consideran que el delito no es suficientemente grave.

3. Las disposiciones del presente artículo estarán limitadas por las disposiciones del Derecho penal de la Parte interesada, en materia de jurisdicción.

4. Ninguna de las disposiciones del presente artículo afectará el principio de que los delitos a que se refiere han de ser definidos, perseguidos y castigados de conformidad con la legislación nacional de cada Parte.

ARTICULO 37

Aprehensión y decomiso

Todo estupefaciente, sustancia y utensilio empleados en la comisión de delitos mencionados en el artículo 36 o destinados a tal fin podrán ser objeto de aprehensión y decomiso.

ARTICULO 38

Medidas contra el uso indebido de estupefacientes

1. Las Partes prestarán atención especial a la prevención del uso indebido de estupefacientes y a la pronta identificación, tratamiento, educación, postratamiento, rehabilitación y readaptación social de las personas afectadas, adoptarán todas las medidas posibles al efecto y coordinarán sus esfuerzos en ese sentido.

2. Las Partes fomentarán, en la medida de lo posible, la formación del personal para el tratamiento, posteriormente, rehabilitación y readaptación social de quienes hagan uso indebido de estupefacientes.

3. Las Partes procurarán prestar asistencia a las personas cuyo trabajo así lo exija para que lleguen a conocer los problemas del uso indebido de estupefacientes y de su prevención y fomentarán asimismo ese conocimiento entre el público en general, si existe el peligro de que se difunda el uso indebido de estupefacientes.

ARTICULO 38 bis

Acuerdos conducentes a la creación de Centros Regionales

Si una Parte lo considera deseable teniendo debidamente en cuenta su régimen constitucional, legal y administrativo, y con el asesoramiento técnico de la Junta o de los organismos especializados si así lo desea, promoverá, como parte de su lucha contra el tráfico ilícito, la celebración, en consulta con otras Partes interesadas de la misma región, de acuerdos conducentes a la creación de Centros Regionales de Investigación Científica y Educación para combatir los problemas que originan el uso y el tráfico ilícitos de estupefacientes.

ARTICULO 39

Aplicación de medidas nacionales de fiscalización más estrictas que las establecidas por esta Convención

No obstante lo dispuesto en la presente Convención, no estará vedado a las Partes ni podrá presumirse que les esté vedado, adoptar medidas de fiscalización más estrictas o rigurosas que las previstas en la Convención y, en especial, que exija que los preparados de la Lista III o los estupefacientes de la Lista II queden sujetos a todas las medidas de fiscalización aplicables a los estupefacientes de la Lista I o a aquellas que, a juicio de la Parte interesada, sean necesarias o convenientes para proteger la salud pública.

ARTICULO 40 (1)

Idiomas de la Convención y procedimiento para su firma, ratificación y adhesión

1. La presente Convención, cuyos textos chino, español, francés, inglés y ruso son igualmente auténticos, quedará abierta, hasta el 1 de agosto de 1961, a la firma de todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas, de todos los Estados no miembros que son Partes en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia o miembros de un Organismo especializado de las Naciones Unidas, e igualmente de todo otro Estado que el Consejo puede invitar a que sea Parte.

2. La presente Convención está sujeta a ratificación. Los instrumentos de ratificación serán depositados ante el Secretario general.

3. La presente Convención estará abierta, después de 1 de agosto de 1961, a la adhesión de los Estados a que se refiere el párrafo 1. Los instrumentos de adhesión serán depositados ante el Secretario general.

ARTICULO 41 (2)

Entrada en vigor

1. La presente Convención entrará en vigor el trigésimo día siguiente a la fecha en que se haya depositado el cuadragésimo instrumento de ratificación o adhesión, de conformidad con el artículo 40.

2. Con respecto a cualquier otro Estado que deposite un instrumento de ratificación o adhesión después de la fecha de depósito de dicho cuadragésimo instrumento, la presente Convención entrará en vigor el trigésimo día siguiente que ese Estado haya depositado su instrumento de ratificación o adhesión.

ARTICULO 42

Aplicación territorial

La presente Convención se aplicará a todos los territorios no metropolitanos cuya representación internacional ejerza una de las Partes, salvo cuando se requiera el consentimiento previo de tal territorio en virtud de la Constitución de la Parte o del territorio interesado o de la costumbre. En ese caso, la Parte tratará de obtener lo antes posible el necesario consentimiento del territorio y, una vez obtenido, lo notificará al Secretario general. La presente Convención se aplicará al territorio o territorios men-

(1) Véanse párrafos 3 y 4 de la nota preliminar.

(2) *Ibidem*.

cionados en dicha notificación, a partir de la fecha en que la reciba el Secretario general. En los casos en que no se requiera el consentimiento previo del territorio no metropolitano se aplica la presente Convención.

ARTICULO 43

Territorios a que se refieren los artículos 19, 20, 21 y 31

1. Las Partes podrán notificar al Secretario general que, a efectos de los artículos 19, 20, 21 y 31, uno de sus territorios está dividido en dos o más territorios, o que dos o más de éstos se consideran un solo territorio.

2. Dos o más Partes podrán notificar al Secretario general que, a consecuencia del establecimiento de una unión aduanera entre ellas, constituyen un solo territorio a los efectos de los artículos 19, 20, 21 y 31.

3. Toda modificación hecha con arreglo a los incisos 1 ó 2 de este artículo surtirá efectos el 1 de enero del año siguiente a aquél en que se haya hecho la notificación.

ARTICULO 44

Abrogación de los instrumentos internacionales anteriores

1. Al entrar en vigor la presente Convención, sus disposiciones abrogarán y sustituirán entre las Partes las disposiciones de los siguientes instrumentos:

a) Convención Internacional del Opio, firmada en La Haya el 23 de enero de 1912;

b) Acuerdo concerniente a la fabricación, el comercio interior y el uso de opio preparado, firmado en Ginebra el 11 de febrero de 1925;

c) Convención Internacional del Opio, firmada en Ginebra el 19 de febrero de 1925;

d) Convención para limitar la fabricación y reglamentar la distribución de estupefacientes, firmada en Ginebra el 13 de julio de 1931;

e) Acuerdo para la supresión del hábito de fumar opio en el Lejano Oriente, firmado en Bangkok el 27 de noviembre de 1931;

f) Protocolo firmado en Lake Success (Nueva York) el 11 de diciembre de 1946, que modifica los Acuerdos, Convenciones y Protocolos sobre estupefacientes concertados en La Haya el 23 de enero de 1912, en Ginebra el 11 de febrero de 1925, el 19 de febrero de 1925 y el 13 de julio de 1931 en Bangkok el 27 de noviembre de 1931 y en Ginebra el 26 de junio de 1936, salvo en lo que afecta a esta última Convención;

g) Las Convenciones y Acuerdos mencionados en los apartados a) a e), modificados por el Protocolo de 1946, mencionado en el apartado f);

h) Protocolo firmado en París el 19 de noviembre de 1948, que somete a fiscalización internacional ciertas drogas no comprendidas en la Convención del 13 de julio de 1931 para limitar la fabricación y reglamentar la distribución de estupefacientes, modificada por el Protocolo firmado en Lake Success (Nueva York) el 11 de diciembre de 1946;

i) Protocolo para limitar y reglamentar el cultivo de la adormidera y la producción, el comercio internacional, el comercio al por mayor y el uso del opio, firmado en Nueva York el 23 de junio de 1953, en caso que dicho Protocolo hubiera entrado en vigor.

2. Al entrar en vigor la presente Convención, el apartado b) del inciso 2 del artículo 36 abrogará y sustituirá entre las Partes que lo sean también en la Convención para la supresión del tráfico ilícito de drogas nocivas, firmada en Ginebra el 26 de junio de 1936 las disposiciones del artículo 9 de esta última Convención, pero esas Partes podrán mantener en vigor dicho artículo 9, previa notificación al Secretario general.

ARTICULO 45 (3)

Disposiciones transitorias

1. A partir de la fecha en que entre en vigor la presente Convención (inciso 1 del artículo 41), las funciones de la Junta a que se refiere el artículo 9 serán desempeñadas provisionalmente por el Comité Central Permanente constituido con arreglo al capítulo VI de la Convención a que se refiere el apartado c) del artículo 44, modificada, y por el Organo de Fiscalización constituido con arreglo al capítulo II de la Convención a que se refiere el apartado d) del artículo 44, modificada, según lo requieran respectivamente dichas funciones.

2. El Consejo fijará la fecha en que entrará en funciones la nueva Junta de que trata el artículo 9. A partir de esa fecha esta Junta ejercerá, respecto de los Estados Partes en los instrumentos enumerados en el artículo 44 que no sean Partes en la presente Convención, las funciones del Comité Central Permanente y del Organo de Fiscalización mencionados en el inciso 1.

ARTICULO 46

Denuncia

1. Una vez transcurridos dos años, a contar de la fecha de entrada en vigor de la presente Convención (artículo 41, inciso 1), toda Parte, en su propio nombre o en el de cualquiera de los territorios cuya representación internacional ejerza y que haya retirado el consentimiento dado, según lo dispuesto en el artículo 42, podrá denunciar la presente Convención mediante un instrumento escrito depositado en poder del Secretario general.

2. Si el Secretario general recibe la denuncia antes del 1 de julio de cualquier año o en dicho día, ésta surtirá efecto a partir de 1 de enero del año siguiente; y si la recibe después del 1 de julio, la denuncia surtirá efecto como si hubiera sido recibida antes del 1 de julio del año siguiente o en ese día.

3. La presente Convención cesará de estar en vigor si, a consecuencia de las denuncias formuladas según el inciso 1, dejan de cumplirse las condiciones estipuladas en el inciso 1 del artículo 41 para su entrada en vigor.

(3) A continuación se reproduce el texto del artículo 20 del Protocolo de 1972 (véase también párrafo 5 de la nota preliminar):

ARTICULO 47*Modificaciones*

1. Cualquier Parte podrá proponer una modificación de esta Convención. El texto de cualquier modificación así propuesta y los motivos de la misma serán comunicados al Secretario general, quien, a su vez, los comunicará a las Partes y al Consejo. El Consejo podrá decidir:

- a) Que se convoque a una conferencia en conformidad con el inciso 4 del artículo 62 de la Carta de las Naciones Unidas para considerar la modificación propuesta; o
- b) Que se pregunte a las Partes si aceptan la modificación propuesta y se les pida que presenten al Consejo comentarios acerca de la misma.

2. Cuando una propuesta de modificación transmitida con arreglo a lo dispuesto en el apartado b) del inciso 1 de este artículo no haya sido rechazada por ninguna de las Partes dentro de los dieciocho meses después de haber sido transmitida, entrará automáticamente en vigor. No obstante, si cualquiera de las Partes rechaza una propuesta de modificación, el Consejo podrá decidir, teniendo en cuenta las observaciones recibidas de las Partes, si ha de convocarse a una conferencia para considerar tal modificación.

ARTICULO 48*Controversias*

1. Si surge entre dos o más Partes una controversia acerca de la interpretación o de la aplicación de la presente Convención, dichas Partes se consultarán con el fin de resolver la controversia por vía de negociación, investigación, mediación, conciliación, arbitraje, recurso a órganos regionales, procedimiento judicial u otros recursos pacíficos que ellas elijan.

2. Cualquiera controversia de esta índole que no haya sido resuelta en la forma indicada en el inciso 1 será sometida a la Corte Internacional de Justicia.

ARTICULO 49*Reservas transitorias*

1. Al firmar, ratificar o adherirse a la Convención, toda Parte podrá reservarse el derecho de autorizar temporalmente en cualquiera de sus territorios:

- a) El uso del opio con fines casi médicos;
- b) El uso del opio para fumar;
- c) La masticación de la hoja de coca.
- d) El uso de la cannabis, de la resina de cannabis, de extractos y tinturas de cannabis con fines no médicos, y

e). La producción, la fabricación y el comercio de los estupefacientes mencionados en los apartados a) a d) para los fines en ellos especificados.

2. Las reservas formuladas en virtud del inciso 1 estarán sometidas a las siguientes limitaciones:

a) Las actividades mencionadas en el inciso 1 se autorizarán sólo en la medida en que sean tradicionales en los territorios respecto de los cuales se formule la reserva y estuvieran autorizados en ellos el 1 de enero de 1961.

b) No se permitirá ninguna exportación de los estupefacientes mencionados en el párrafo 1, para los fines que en él se indican, con destino a un Estado que no sea Parte o a un territorio al que no se apliquen las disposiciones de la presente Convención según lo dispuesto en el artículo 42.

c) Sólo se permitirá que fumen opio las personas inscritas a estos efectos por las autoridades competentes el 1 de enero de 1964.

d) El uso del opio para fines casi médicos deberá ser abolido en un plazo de quince años a partir de la entrada en vigor de la presente Convención conforme a lo dispuesto en el inciso 1 del artículo 41.

e) La masticación de hoja de coca quedará prohibida dentro de los veinticinco años siguientes a la entrada en vigor de la presente Convención conforme a lo dispuesto en el inciso 1 del artículo 41.

f) El uso de la cannabis para fines que no sean médicos y científicos deberá cesar lo antes posible, pero en todo caso dentro de un plazo de veinticinco años a partir de la entrada en vigor de la presente Convención conforme a lo dispuesto en el inciso 1 del artículo 41.

g) La producción, la fabricación y el comercio de los estupefacientes de que trata el inciso 1, para cualquiera de los usos en él mencionados, se reducirán y suprimirán finalmente, a medida que se reduzcan y supriman dichos usos.

3. Toda Parte que formule una reserva a tenor de lo dispuesto en el inciso 1:

a) Incluirá en el informe anual que ha de suministrar al Secretario general, de conformidad con lo dispuesto en el apartado a) del inciso 1 del artículo 18, una reseña de los progresos realizados en el año anterior con miras a la supresión del uso, la producción, la fabricación o el comercio mencionados en el inciso 1;

b) Facilitará a la Junta previsiones (artículo 19) e informaciones estadísticas (artículo 20) para cada una de las actividades respecto de las cuales haya formulado una reserva, en la forma y de la manera prescritas por la Junta.

4. a) Si la Parte que formule una reserva a tenor de lo dispuesto en el inciso 1 deja de enviar:

i) El informe mencionado en el apartado a) del inciso 3 dentro de los seis meses siguientes al fin del año al que se refiere la información;

ii) Las previsiones mencionados en el apartado b) del inciso 3, dentro de los tres meses siguientes a la fecha fijada por la Junta, según lo dispuesto en el inciso 1 del artículo 12:

iii) Las estadísticas mencionadas en el apartado b) del párrafo 3, dentro de los tres meses siguientes a la fecha en la que debían haber sido facilitadas según lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 20;

La Junta o el Secretario general, según el caso, notificará a la Parte interesada el retraso en que incurre, y le pedirá que remita esta información dentro de un plazo de tres meses a contar de la fecha en que reciba la notificación.

b) Si la Parte no atiende dentro de este plazo la petición de la Junta o del Secretario general, la reserva formulada en virtud del inciso 1 quedará sin efecto.

5. El Estado que haya formulado reservas podrá en todo momento, mediante notificación por escrito, retirar todas o parte de sus reservas.

ARTICULO 50 (4)

Otras reservas

1. No se permitirán otras reservas que las que se formulen con arreglo a lo dispuesto en el artículo 49 o en los párrafos siguientes.

2. Al afirmar, ratificar o adherirse a la Convención, todo Estado podrá formular reservas a las siguientes disposiciones de la misma:

Incisos 2 y 3 del artículo 12, inciso 2 del artículo 13, incisos 1 y 2 del artículo 14, apartado b) del inciso 1 del artículo 31 y artículo 48.

3. Todo Estado que quiera ser Parte en la Convención, pero que desee ser autorizado para formular reservas distintas de las mencionadas en el inciso 2 del presente artículo o en el artículo 49, notificará su intención al Secretario general. A menos que dentro de un plazo de doce meses a contar de la fecha de la comunicación dirigida a dichos Estados por el Secretario general, sea objetada por un tercio de los Estados que hayan ratificado la presente Convención o se hayan adherido a ella antes de expirar dicho plazo, la reserva se considerará autorizada, quedando entendido, sin embargo, que los Estados que hayan formulado objeciones a esa reserva no estarán obligados a asumir, para con el Estado que la formuló, ninguna obligación jurídica derivada de la presente Convención, que sea afectada por la dicha reserva.

4. El Estado que haya formulado reservas podrá en todo momento, mediante notificación por escrito, retirar todas o parte de sus reservas.

ARTICULO 51

Notificaciones

El Secretario general notificará a todos los Estados mencionados en el inciso 1 del artículo 40:

a) Las firmas, ratificaciones y adhesiones conforme al artículo 40;

b) La fecha en que la presente Convención entre en vigor conforme al artículo 41;

(4) A continuación se reproduce el texto del artículo 21 del Protocolo de 1972 (véase también párrafo 5 de la nota preliminar):

- c) Las denuncias hechas conforme al artículo 46, y
- d) Las declaraciones y notificaciones hechas conforme a los artículos 42, 43, 47, 49 y 50.

Texto preparado por el Secretario general el 8 de agosto de 1975, de conformidad con el artículo 22 del Protocolo de 25 de marzo de 1972.

Por el Secretario general: El Asesor Jurídico.

LISTAS

Enumeración de los estupefacientes incluidos en la lista I

- Acetilmetadol (3-acetoxi-6-dimetilamino-4, 4-difenilheptanol).
- Alilprodina (3 alil-1-metil 4-fenil-4-propionixipiperidina).
- Alfacetilmetadol (alfa-3-acetoxi-6-dimetilamino-4, 4-difenilheptanol).
- Alfameprodina (alfa-3-etil-1-metil-4-fenil-4-propionixipiperidina).
- Alfametadol (alfa-6-dimetilamino-4,4-difenil-3-heptanol).
- Alfaprodina (alfa-1,3-dimetil-4-fenil-4-propionoxipiperidina).
- Anileridina (éster etílico del ácido 1-para-aminofenetil-4-fenil-piperidina-4-carboxílico).
- Benzetidina (éster etílico del ácido 1-(2 benziloxietil)4-fenil-piperidina-4-carboxílico).
- Betacetilmetadol (beta-3-acetoxi-6-dimetilamino-4,4-difenilheptanol).
- Betameprodina (beta-3-etil-1-metil-4-fenil-4-propionoxipiperidina).
- Betametadol (beta-6-dimetilamino-4,4-difenil-3-heptanol).
- Betaprodina (beta-1,3-dimetil-4-fenil-4-propionoxipiperidina).
- Cannabis y su resina y los extractos y tinturas de la cannabis.
- Cetobemidona (4-meta-hidroxfenil-1-metil-4-propionilpiperidina).
- Clonitazeno (2-para-clorbenzil-1-dietilaminoetil-5-nitrobenzimidazol).
- Coca (hojas de).
- Cocaína (éster metílico de benzoilecgonina).
- Concentrado de paja de adormidera (el material que se obtiene cuando la paja de adormidera ha entrado en un proceso para la concentración de sus alcaloides, en el momento en que pasa al comercio).
- Desomorfinina (dihidrodeximorfina).
- Dextromoramida [(+)-4-I2-metil-4-oxo-3,3-difenil-4-(1-pirrolidinil) butil morfolino].
- Diampromida (N-I2(metilfenetilamino) propil propionanilido).
- Dietiltiambuteno (3-dietilamino-1,1-di-(2-tienil)-1-butenol).
- Dihidromorfina.
- Dimenoxadol (2-dimetilaminoetil-1-etoxi-1,1-difenilacitato).
- Dimefeptanol (6-dimetilamino-4,4-difenil-3-heptanol).
- Dimetiltiambuteno (3-dimetilamino-1,1-di-(2'-tienil)-1-butenol).
- Butirato de dioxafetilo (etil-4-morfolino-2,2-difenilbutirato).
- Difenoxilato (éster etílico del ácido 1-(3-ciano-3,3-difenilpropil)-4-fenilpiperidina-4-carboxílico).
- Dipipanoma (4,4-difenil-6-piperidino-3-heptanona).
- Ecgonina, sus ésteres y derivados que sean convertibles en ecgonina y cocaína.

- Etilmetiltiambuteno (3-etilmetilamino-1,1-di-(2'-tienil)-1-butenó).
- Etonitazena (1-dietilaminoetil-2-para-etoxibenzil-5-nitrobenzimidazol).
- Etóxeridina (éster etílico del ácido 1-12-(hidroxietoxi) etil-4-fenilpiperidina-4-carboxílico).
- Fenadoxona (6-morfolino-4,4-difenil-3-heptanona).
- Fenamprodina (N-(1-metil-2-piperidinoetil)propionanilido).
- Fenazocina (2'-hidroxi-5,9-dimetil-2-fenetil-2,7-benzomorfinán).
- Fenomorfán (3-hidroxi-N-feniltormofinán).
- Fenopiridina (éster etílico del ácido 1-(3-hidroxi-3-fenilpropil)-4-fenilpiperidina-4-carboxílico).
- Furetídina (éster etílico del ácido 1-(2-tetrahidrofurfuriloxietil)-4-fenilpiperidina-4-carboxílico).
- Heroína (diacetiltormofina).
- Hidrocodona (dihidrocodeinona).
- Hidromorfínol (14-hidroxi-dihidromorfina).
- Hidromorfona (dihidromorfina).
- Hidroxi-petidina (éster etílico del ácido 4-meta-hidroxifenil-1-1-metilpiperidina-4-carboxílico).
- Isometadona (6-dimetilamino-5-metil-4,4-difenil-3-hexanona).
- Levometorfán * ((-)-3-metoxi-N-metiltormofinán).
- Levomoramida ((-)-4-12-metil-4-oxo-3,3-difenil-4-(1-pirrolidinil) butil morfolino).
- Levofenaciltormofán ((-)-3-hidroxi-N-fenaciltormofinán).
- Levorfanol * ((-)-3 hidroxi-N-metiltormofinán).
- Metazocina (2'-hidroxi-2,5,9-trimetil-6,7-benzomorfinán).
- Metadona (6-dimetilamino-4,4-difenil-3-heptanona).
- Metildesorfina (6-metil-delta-6-deoximorfina).
- Metildihidromorfina (6-metildihidromorfina).
- 1-Metil-4-fenilpiperidina-4-carboxílico (ácido).
- Metopón (5-metildihidromorfina).
- Morferidina (éster etílico del ácido 1-(2-morfolinoetil)-4-fenilpiperidina-4-carboxílico).
- Morfina.
- Morfina metobromide y otros derivados de la morfina con nitrógeno pentavalente.
- Morfina-N-óxido.
- Mirofina (miristilbenziltormofina).
- Nicomorfina (3,6-dinicotiniltormofina).
- Norlevorfano ((-)-3-hidroximorfínol).
- Normetadona (6-dimetilamino-4,4-difenil-3-hexanona).
- Normorfina (demetiltormofina).
- Opio.
- Oxicodona (14-hidroxi-dihidrocodeinona).
- Oximorfona (14-hidroxi-dihidromorfina).
- Petidina (éster etílico del ácido 1-metil-4-fenilpiperidina-4-carboxílico).

(*) El dextrometorfán [(+)-3-metoxi-N-metiltormofinán] y el dextrorfán [(+)-3-hidroxi-N-metiltormofinán] están expresamente excluidos en esta Lista.

Piminodina (éster etílico del ácido 4-fenil-1-(3-fenilaminopropil) piperidina-4-carboxílico).

Proheptazina (1,3-dimetil-4-fenil-4-propionoxiazapicloheptano).

Properidina (éster isopropílico del ácido 1-metil-4-fenilpiperidina-4-carboxílico).

Racemorfán ((+)-3-medoxi-N-metilmorfínán).

Racemoramida ((+)-4-12-metil-4-oxo-3,3-difenil-4-(pirrolidinil) butil morfolino).

Racemorfán ((+)-3-hidroxi-N-metilmorfínán).

Tebacón (acetildihidrocodeinona).

Tebaína.

Trimeperidina (1,2,5-trimetil-4-fenil-4-propionoxipiperidina); y

Los isómeros, a menos que estén expresamente exceptuados de los estupefacientes de esta lista, siempre que la existencia de dichos isómeros sea posible dentro de la nomenclatura química especificada en esta lista;

Los ésteres y éteres, a menos que figuren en otra lista, de los estupefacientes de esta lista, siempre que sea posible formar dichos ésteres o éteres;

Las sales de los estupefacientes enumerados en esta lista, incluso las sales de ésteres, éteres e isómeros en las condiciones antes expuestas, siempre que sea posible formar dichas sales.

Enumeración de los estupefacientes incluidos en la lista II.

Acetildihidrocodeína.

Codeína (3-metilmorfina).

Dextropropoxifeno ((+) - 4 - dimetilamino - 3-metil - 1,2 - difenil - 2- propionoxibutano).

Dihidrocodeína.

Etilmorfina (3-etilmorfina).

Norcodeína (N-demetilcodeína).

Folcodina (morfolinietilmorfina); y

Los isómeros, a menos que estén expresamente exceptuados, de los estupefacientes de esta lista, siempre que sea posible formar dichos isómeros dentro de la nomenclatura química especificada en esta lista.

Las sales de los estupefacientes enumerados en esta lista, incluso las sales de los isómeros en las condiciones antes expuestas, siempre que sea posible formar dichas sales.

Enumeración de los preparados incluidos en la lista III

1. Preparados de: Acetildihidrocodeína, codeína, dextropropoxifeno, dihidrocodeína, etilmorfina, folcodina y norcodeína, en los casos en que:

a) Estén mezclados con uno o varios ingredientes más, de tal modo que el preparado ofrezca muy poco o ningún peligro de abuso y de tal manera que el estupefaciente no pueda separarse por medios sencillos o en cantidades que ofrezcan peligro para la salud pública; y

b) Su contenido de estupefacientes no exceda de 100 miligramos por uni-

dad posológica y el concentrado no exceda del 2,5 por 100 en los preparados no divididos.

2. Los preparados de cocaína que no contengan más del 0,1 por 100 de cocaína calculado como base de cocaína y los preparados de opio o de morfina con un contenido de morfina no superior a 0,2 por 100 calculado como base anhidra y estén mezclados con uno o varios ingredientes más de tal modo que el preparado ofrezca muy poco o ningún peligro de abuso y de tal manera que el estupefaciente no pueda separarse por medios sencillos o en cantidades que ofrezcan peligro para la salud pública.

3. Los preparados sólidos de difenoxilato que no contengan más de 2,5 miligramos de difenoxilato calculado como base y no menos de 25 microgramos de sulfato de atropina por unidad de dosis.

4. Pulvis ipecacuanhae et opii compositus: 10 por 100 de polvo de opio; 10 por 100 de polvo de raíz de ipecacuana, bien mezclados con 80 por 100 de cualquier otro ingrediente en polvo, que no contenga estupefaciente alguno.

5. Los preparados que respondan a cualesquiera de las fórmulas enumeradas en la lista y mezcla de dichos preparados con cualquier ingrediente que no contenga estupefaciente alguno.

Enumeración de los estupefacientes incluidos en la lista IV

Cannabis y su resina.

Cetobemidona (4-meta-hidroxifenil-1-metil-4-propionilpiperidina).

Desomorfina (dihidroximorfina).

Heroína (diacetilmorfina).

Las sales de todos los estupefacientes enumerados en esta lista, siempre que sea posible formar dichas sales.

ESTADOS PARTE EN LA CONVENCION UNICA DE 1961 SOBRE ESTUPEFACIENTES, ENMENDADA POR EL PROTOCOLO DE MODIFICACION DE LA CONVENCION UNICA DE 1961 SOBRE ESTUPEFACIENTES. NUEVA YORK, 8 DE AGOSTO DE 1975 (1)

(Alemania, República Federal de: 20 febrero de 1975 (*).

Argentina: 16 de noviembre de 1973(*).

Australia: 22 de noviembre de 1972 (*).

Austria: 1 de febrero de 1978 (*).

Bahamas: 23 de noviembre de 1976 (*).

Bangla Desh: 9 de mayo de 1980 (*).

Barbados: 21 de junio de 1976 (*).

Benin: 6 de noviembre de 1973 (*).

Bolivia: 23 de septiembre de 1976 (AD).

(1) El texto de la Convención Unica sobre Estupefacientes, enmendado por el Protocolo de 25 de marzo 1972, fue establecido por el Secretario general, de conformidad con el artículo 22 del Protocolo.

(*) Ratificación o adhesión con respecto al Protocolo de 25 de marzo de 1972 o participación en la Convención después de entrar en vigor las enmiendas del Protocolo de 25 de marzo de 1972.

(AD) Adhesión.

Brasil: 16 de mayo de 1973 (*).
Canadá: 5 de agosto de 1976 (*).
Colombia: 3 de marzo de 1975 (*).
Costa de Marfil: 28 de febrero de 1973 (*).
Costa Rica: 14 de febrero de 1973 (*).
Chile: 19 de diciembre de 1975 (*).
Chipre: 30 de noviembre de 1973 (*).
Dinamarca: 18 de abril de 1975 (*).
Ecuador: 25 de julio de 1973 (*).
España: 4 de enero de 1977 (*).
Estados Unidos: 1 de noviembre de 1972 (*).
Fidji: 21 de noviembre de 1973 (*).
Filipinas: 7 de junio de 1974 (*).
Finlandia: 12 de enero de 1973 (*).
Francia: 4 de septiembre de 1975 (*).
Guatemala: 9 de diciembre de 1975 (*).
Haití: 29 de enero de 1973 (*).
Honduras: 7 de septiembre de 1979 (*).
India: 14 de diciembre de 1978 (*).
Indonesia: 3 de septiembre de 1976 (*).
Irak: 25 de septiembre de 1978 (*).
Irlanda: 16 de diciembre de 1980 (*).
Islandia: 18 de diciembre de 1974 (*).
Israel: 1 de febrero de 1974 (*).
Italia: 14 de abril de 1975 (*).
Japón: 27 de septiembre de 1973 (*).
Jordania: 28 de febrero de 1973 (*).
Kenia: 9 de febrero de 1973 (*).
Kuwait: 7 de noviembre de 1973 (*).
Lesotho: 4 de noviembre de 1974 (*).
Libia: 27 de septiembre de 1978 (*).
Luxemburgo: 13 de octubre de 1976 (*).
Malasia: 20 de abril de 1978 (*).
Malawi: 4 de octubre de 1973 (*).
Méjico: 20 de abril de 1977 (*).
Mónaco: 30 de diciembre de 1975 (*).
Niger: 28 de diciembre de 1973 (*).
Nigeria: 24 de junio de 1981 (AD).
Noruega: 12 de noviembre de 1973 (*).
Panamá: 19 de octubre de 1972 (*).
Papua Nueva Guinea: 28 de octubre de 1980 (*).
Paraguay: 20 de junio de 1973 (*).
Perú: 12 de septiembre de 1977 (*).
Portugal: 20 de abril de 1979 (*).
Reino Unido: 20 de junio de 1978 (*).
República Arabe Egipto: 14 de enero de 1974 (*).
República Arabe Siria: 1 de febrero de 1974 (*).

- República de Corea: 25 de enero de 1973 (*).
 República Malgache: 20 de junio de 1974 (*).
 República Sudafricana: 16 de diciembre de 1975 (*).
 República Unida Camerún: 30 de mayo de 1974 (*).
 Ruanda: 15 de julio de 1981 (AD).
 Rumania: 14 de enero de 1974 (*).
 Santa Sede: 7 de enero de 1976 (*).
 Senegal: 25 de marzo de 1974 (*).
 Singapur: 9 de julio de 1975 (*).
 Sri Lanka: 29 de junio de 1981 (*).
 Suecia: 5 de diciembre de 1972 (*).
 Tailandia: 9 de enero de 1975 (*).
 Togo: 10 de noviembre de 1976 (*).
 Tonga: 5 de septiembre de 1973.
 Túnez: 29 de junio de 1976 (*).
 Uruguay: 31 de octubre de 1975 (*).
 Yugoslavia: 23 de junio de 1978 (*).
 Zaire: 15 de julio de 1976 (*).

DECLARACIONES Y RESERVAS

Ver a continuación texto de las Declaraciones y Reservas hechas respecto a la Convención Unica sobre Estupefacientes hecha en Nueva York el 30 de marzo de 1961, y respecto al Protocolo de Modificación de la Convención Unica de 1961 sobre Estupefacientes hecho en Ginebra el 25 de marzo de 1972:

DECLARACIONES Y RESERVAS A LA CONVENCION DE 1961

ARGELIA

La República Argelina Democrática y Popular no aprueba el texto actual del artículo 42 que podría impedir la aplicación de la Convención en territorios «no metropolitanos».

La República Argelina Democrática y Popular no se considera obligada por las disposiciones del párrafo 2 del artículo 48, que prescribe que cualquier controversia será sometida necesariamente a la Corte Internacional de Justicia.

La República Argelina Democrática y Popular declara que en todos los casos será necesario un acuerdo entre todas las partes en una controversia para que sea sometida a la Corte internacional de Justicia.

ARGENTINA (2.a)

Reserva al artículo 48, párrafo 2: La República Argentina no reconoce la jurisdicción obligatoria de la Corte Internacional de Justicia.

(2 a) En una comunicación recibida por el Secretario general de 24 de octubre de 1979, el Gobierno de Argentina declaró que reiteraba la reserva relativa al artículo 49 de la Convención. (Para el texto de esa reserva véase la Recopilación de Tratados de las Naciones Unidas, «Treaty Series», vol. 520, página 355.)

BANGLA DESH

[Con sujeción a reservas] a las que se hace referencia respecto de los apartados a), d) y e) del párrafo 1 del artículo 1 de la Convención, es decir, con sujeción al derecho del Gobierno de la República Popular de Bangla Desh a permitir temporalmente en su territorio:

- a) El uso del opio con fines casi médicos;
- d) El uso de la cannabis, de la resina de cannabis, de extractos y tinturas de cannabis, con fines no médicos;
- e) La producción, la fabricación y el comercio de los estupefacientes mencionados en los apartados a) y d) para los fines en ellos especificados.

BULGARIA (2 b)

Reserva respecto del inciso 2 del artículo 48

«La República Popular de Bulgaria no se considera obligada a aplicar las disposiciones del párrafo 2 del artículo 48, relativas a la jurisdicción obligatoria de la Corte Internacional de Justicia.

Cualquier clase de controversia entre dos o más Partes en la Convención acerca de su interpretación y aplicación, que no pueda ser resuelta por negociaciones, sólo deberá someterse a la Corte Internacional de Justicia para su decisión en el caso de que las Partes en la controversia hayan dado su previo consentimiento para cada caso por separado explícitamente.»

Declaración

«La República Popular de Bulgaria considera necesario subrayar que el texto del párrafo 1 del artículo 40, los párrafos 1 y 3 del artículo 12, el párrafo 2 del artículo 13, los párrafos 1 y 2 del artículo 14 y párrafo 1 «b» del artículo 31 tienen carácter discriminatorio en la medida en que excluye de la participación a un cierto número de Estados. Esos textos son evidentemente incompatibles con el carácter de la Convención, que tiene por objeto unificar los esfuerzos de todas las Partes con miras a conseguir una reglamentación de las cuestiones que afectan a los intereses de todos los países en dicha esfera.»

BIRMANIA

«Declaro que mi firma de esta Convención Unica está condicionada a que queda entendido que se permite al Estado Shan reservar el derecho de:

1) Permitir a los toxicómanos en el Estado Shan fumar opio por un período transitorio de veinte años, con efectos a partir de la fecha de la entrada en vigor de esta Convención Unica.

(2 b) La reserva y la declaración que se reproducen fueron formuladas por el Gobierno de Bulgaria en el momento de ratificación de la Convención. Para el texto de la reserva en la forma que fue formulada por el Gobierno de Bulgaria respecto a los mismos artículos en el momento de su firma, véase la Recopilación de Tratados de las Naciones Unidas, «Treaty Series», vol. 520, pág. 355.)

- 2) Producir y fabricar opio para la finalidad arriba citada.
- 3) Suministrar una lista de consumidores de opio en el Estado Shan después de que el Gobierno del Estado de Shan haya completado la elaboración de esa lista referida al 31 de diciembre de 1963.»

REPUBLICA SOCIALISTA SOVIETICA DE BIELORRUSIA

El Gobierno de la República Socialista Soviética de Bielorrusia no se considerará obligado por las disposiciones de los párrafos 2 y 3 del artículo 12, el párrafo 2 del artículo 13, los párrafos 1 y 2 del artículo 14 y el párrafo 1 b) del artículo 31 de la Convención Unica sobre Estupefacientes en la forma en que se aplica a los Estados que no están facultados a ser Partes en la Convención Unica sobre la base del procedimiento estipulado en el artículo 40 de esta Convención.

La República Socialista Soviética de Bielorrusia estima esencial señalar a la atención el carácter discriminatorio del párrafo 1 del artículo 40 de la Convención Unica sobre Estupefacientes, puesto que, de conformidad con sus términos, ciertos Estados no están facultados a ser Partes en dicha Convención. La Convención única se refiere a cuestiones que interesan a todos los Estados y tiene como objetivo aunar los esfuerzos de todos los países en la lucha contra el mal social de abuso de estupefacientes. Por consiguiente, la Convención debería estar abierta a todos los países. De conformidad con el principio de igualdad soberana de los Estados, ningún Estado tiene derecho a denegar a otros países la posibilidad de participar en una Convención de este tipo.

CHECOSLOVAQUIA

«El Gobierno de la República Socialista Checoslovaca no está obligado por las disposiciones de los párrafos 2 y 3 del artículo 12, el párrafo 2 del artículo 13, los párrafos 1 y 2 del artículo 14 y el párrafo 1 b) del artículo 31 de la Convención Unica de 1961 sobre Estupefacientes en lo que se refiere a los Estados a los que se ha denegado la posibilidad de ser Partes en la Convención Unica de 1961 sobre Estupefacientes, de conformidad con el procedimiento estipulado en el artículo 40 de dicha Convención.

La Convención Unica reglamenta cuestiones relativas a los intereses de todos los Estados y tiene como finalidad unificar sus esfuerzos en la lucha contra un mal tan grande como el uso indebido de estupefacientes. Por consiguiente, de conformidad con el principio jurídico internacional de la igualdad de los Estados, ningún Estado tiene derecho a impedir a otros Estados que participen en una Convención de esta clase en particular, por lo que la Convención Unica sobre Estupefacientes tiene que estar abierta a todos los Estados.»

EGIPTO (3) (3 a)

Declaración formulada en el momento de la ratificación

«Queda entendido que la ratificación por la República Árabe Unida de esta Convención no significa en forma alguna un reconocimiento de Israel por el Gobierno de la República Árabe Unida.

Además no originará relaciones de tratado entre la República Árabe Unida e Israel.»

FRANCIA

El Gobierno de la República Francesa declara que se adhiere a esta Convención reservándose la posibilidad prevista en el párrafo 2 del artículo 44 respecto a que se mantenga en vigor el artículo 9 de la Convención para la supresión del tráfico ilícito en drogas nocivas, firmada en Ginebra el 26 de junio de 1936.

REPUBLICA DEMOCRATICA ALEMANA

Reservas

Respecto de los párrafos 2 y 3 del artículo 12, párrafo 2 del artículo 13, párrafos 1 y 2 del artículo 14 y párrafo 1 b) del artículo 31:

La República Democrática Alemana no se considera obligada por las disposiciones de los párrafos 2 y 3 del artículo 12, el párrafo 2 del artículo 13, los párrafos 1 y 2 del artículo 14 y el párrafo 1 b) del artículo 31 de la Convención, en lo que se refiere a los Estados que no tienen oportunidad de ser partes en la Convención, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 40.

Respecto del párrafo 2 del artículo 48:

La República Democrática Alemana no se considera obligada por la disposición del párrafo 2 del artículo 48 de la Convención, que establece la jurisdicción obligatoria de la Corte Internacional de Justicia y, con respecto a la competencia de la Corte Internacional de Justicia en las controversias relativas a la interpretación o la aplicación de la Convención, mantiene el punto de vista que en cualquiera de esos casos será necesario el consentimiento de todas las partes en la controversia para que se someta a la decisión de la Corte Internacional de Justicia.

(3) La siguiente comunicación fue recibida por el Secretario general el 21 de septiembre de 1966 del Gobierno de Israel, con referencia a la declaración arriba mencionada:

«El Gobierno de Israel ha tomado nota del carácter político de la declaración formulada por el Gobierno de la República Árabe Unida en el momento de la transmisión del instrumento de ratificación. A juicio del Gobierno de Israel, la Convención no es lugar adecuado para formular tales declaraciones políticas. El Gobierno de Israel, en lo que concierne al fondo de la cuestión, adoptará respecto del Gobierno de la República Árabe Unida una actitud de completa reciprocidad.»

(3 a) Retirada el 25 de enero de 1980.

Declaraciones

Respecto del artículo 40:

La República Democrática Alemana considera que las disposiciones del artículo 40 de la Convención son incompatibles con el principio de que todos los Estados que sigan políticas de conformidad con los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas tendrán derecho a ser partes en convenciones que afecten a los intereses de todos los Estados.

Respecto del artículo 42:

La posición de la República Democrática Alemana sobre el artículo 42 de la Convención, en lo que se refiere a la aplicación de la Convención en territorios coloniales y otros territorios no autónomos, se rige por las disposiciones de la Declaración de las Naciones Unidas sobre la Concesión de Independencia a los países y pueblos coloniales (Res. 1514 (XV) de 14 de diciembre de 1960), que proclama la necesidad de poner fin rápida e incondicionalmente al colonialismo en todas sus formas y manifestaciones.

HUNGRIA

«1) El Gobierno de la República Popular Húngara acepta la disposición del párrafo 2 del artículo 48 con la reserva de que para que se someta cualquier controversia a la decisión de la Corte Internacional de Justicia será necesario el acuerdo de todas las partes en la controversia en cada caso individual.

2) En lo que respecta a los países a los que se ha denegado la posibilidad de ser partes, sobre la base de las disposiciones del artículo 40 de la Convención Unica de 1961 sobre Estupeficientes, el Gobierno de la República Popular Húngara no se considera obligado por los incisos 2 y 3 del artículo 12, el inciso 2 del artículo 13, los incisos 1 y 2 del artículo 14 y el apartado b) del inciso 1 del artículo 31.

La República Popular Húngara considera necesario declarar que las disposiciones del artículo 40 de la Convención Unica sobre Estupeficientes, en virtud del cual ciertos Estados quedan excluidos de ser Partes en la Convención, están en contradicción con el principio de igualdad soberana de los Estados y perjudican los intereses que entraña la universalidad de la Convención.»

INDIA

«Con sujeción a las reservas a que se hace referencia en el artículo 49 1), a), b), d) y e) de la Convención, es decir, con sujeción al derecho del Go-

bierno de la India de permitir temporalmente en cualquiera de sus territorios:

- a) El uso del opio con fines casi médicos,
- b) El uso del opio para fumar,
- d) El uso de la cannabis, de la resina de cannabis, de extractos y tinturas de cannabis para fines no médicos, y
- e) La producción, la fabricación y el comercio de los estupefacientes mencionados en los apartados a), b) y d) «supra» para los fines en ellos especificados.

Como el Gobierno de la India no reconoce a las autoridades chinas nacionalistas como Gobierno competente de China, no puede considerar la firma de dicha Convención por un representante chino nacionalista como firma válida en nombre de China.»

INDONESIA (4)

Reserva formulada en el momento de la firma y confirmada en el momento de la ratificación

- «1) ...
- 2) ...
- 3) Con respecto al párrafo 2 del artículo 48, el Gobierno de Indonesia no se considera obligado por las disposiciones de ese párrafo que estipula un sometimiento obligatorio a la Corte Internacional de Justicia de cualquier controversia que no pueda resolverse conforme a lo dispuesto en el párrafo 1. El Gobierno de Indonesia mantiene la posición que para cualquier controversia que haya de someterse a la Corte Internacional de Justicia será necesario el acuerdo de todas las partes en la controversia en cada caso individual.»

LEICHTENSTEIN

«El Principado de Liechtenstein mantiene en vigor el artículo 9 de la Convención para la supresión del tráfico ilícito en drogas nocivas, firmada en Ginebra el 26 de junio de 1936.»

PAISES BAJOS

Habida cuenta de la igualdad desde el punto de vista del derecho público entre los Países Bajos, Surinam y las Antillas Neerlandesas el término

(4) En su instrumento de ratificación el Gobierno de Indonesia retira la declaración formulada en el momento de la firma respecto de su intención de formular reservas con respecto al artículo 40 (1) y artículo 42 de dicha Convención. Para el texto de estas declaraciones correspondientes a los párrafos 1 y 2, véase la Recopilación del Tratado de las Naciones Unidas, «Treaty Series», vol. 520, pág. 368.

«no metropolitano» mencionado en el artículo 42 de dicha Convención no tiene ya su significado original en lo que se refiere a Surinam y las Antillas Neerlandesas, y por consiguiente se considerará que significa «no europeo».

PAKISTAN

«... El Gobierno de la República Islámica del Pakistán permitirá temporalmente en cualquiera de sus territorios:

- i) El uso del opio con fines casi médicos;
- ii) El uso de la cannabis, de la resina de cannabis, de extractos y tinturas de cannabis con fines no médicos; y
- iii) La producción, la fabricación y el comercio de los estupefacientes mencionados en los incisos i) e ii) "supra".»

POLONIA

«El Gobierno de la República Popular Polaca no se considera obligado por las disposiciones de los párrafos 2 y 3 del artículo 12, el párrafo 2 del artículo 13, los párrafos 1 y 2 del artículo 14 y el apartado b) del párrafo 1 del artículo 31 de la Convención Unica sobre Estupefacientes, y que concierne a los Estados a los que se niega la oportunidad de participar en dicha Convención.

En opinión del Gobierno de la República Popular Polaca es inadmisibles imponer obligaciones contenidas en las mencionadas disposiciones a Estados que, como consecuencia de otras disposiciones de la misma Convención, podrían verse privados de la oportunidad de adherirse a la misma.

La República Popular Polaca considera apropiado señalar a la atención el carácter discriminatorio del párrafo 1 del artículo 40 de la Convención Unica de 1961 sobre Estupefacientes, sobre cuya base se ha denegado a ciertos Estados la oportunidad de ser partes en esta Convención. La Convención Unica trata de cuestiones de interés para todos los países en la lucha contra el peligro social que es el abuso de estupefacientes. Por consiguiente, la Convención debería estar abierta a todos los Estados. De conformidad con el principio de igualdad soberana de los Estados, ningún Estado tiene derecho a denegar a otro Estado cualquiera la oportunidad de participar en una Convención de ese tipo.»

RUMANIA

Reservas

a) La República Socialista de Rumania declara que no se considera obligada por las disposiciones del párrafo 2 del artículo 48, en virtud de cualquier controversia entre dos o más Partes Contratantes acerca de la interpretación o de la aplicación o por cualquier otro medio, será sometida, a petición de una cualquiera de las Partes Contratantes, a la Corte Internacional de Justicia.

La República Socialista de Rumania considera que tales controversias sólo podrán ser sometidas a la Corte Internacional de Justicia con el consentimiento de todas las partes en la controversia en cada caso individual.

b) La República Socialista de Rumania no se considera obligada por las disposiciones de los párrafos 2 y 3 del artículo 12, el párrafo 2 del artículo 13, los párrafos 1 y 2 del artículo 14 y el apartado b) del párrafo 1 del artículo 31, en la medida en que esas disposiciones se refieren a Estados que no son Partes en la Convención Unica.

Declaraciones

a) El Consejo de Estado de la República Socialista de Rumania considera que el mantenimiento del estado de dependencia de ciertos territorios a los que se aplican las disposiciones del artículo 62 y del párrafo 1 del artículo 46 está en desacuerdo con la Carta de las Naciones Unidas y los documentos aprobados por las Naciones Unidas relativos a la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales, lo que incluye la Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional relativos a las Relaciones Amistosas y Cooperación entre los Estados, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, aprobada por unanimidad por la Asamblea Nacional de las Naciones Unidas en su resolución 2625 (XXV) de 1970, que proclama solemnemente la obligación de los Estados de promover la realización del principio de igualdad de derechos y de autodeterminación de los pueblos con objeto de poner fin sin demora al colonialismo.

b) El Consejo de Estado de la República Socialista de Rumania considera que las disposiciones del artículo 40 de la Convención están en desacuerdo con el principio de que los tratados multilaterales internacionales, cuyos fines y objetivos conciernen a la comunidad internacional en su totalidad, deberían estar abiertos a la participación de todos los Estados.

ARABIA SAUDITA

«La adhesión del Gobierno de la Arabia Saudita a la Convención Unica sobre Estupeficientes no deberá ser interpretada en el sentido de que implique el reconocimiento del llamado Estado de Israel, ni la adhesión implicará en forma alguna la intención del Gobierno de la Arabia Saudita de entablar intercambios de ninguna clase de el mismo en cuestiones relativas a esta Convención.»

SUDAFRICA

«... Con sujeción a una reserva respecto del artículo 48 de la Convención, en la forma estipulada en el párrafo 2 del artículo 50.»

SRI LANKA

El Gobierno de Ceilán notificó al Secretario general que, en relación con el artículo 17 de la Convención, «se mantendrá la administración exis-

tente para la aplicación de las disposiciones de la Convención sin establecer una "administración especial" para ese fin».

El Gobierno añadió que esto había de considerarse como una declaración y no como una reserva.

SUIZA

Suiza mantiene en vigor el artículo 9 de la Convención para la supresión del tráfico ilícito en drogas nocivas, firmada en Ginebra el 26 de junio de 1936.

REPUBLICA SOCIALISTA SOVIETICA DE UCRANIA

El Gobierno de la República Socialista Soviética de Ucrania no se considerará obligado por las disposiciones de los párrafos 2 y 3 del artículo 12, el párrafo 2 del artículo 13, los párrafos 1 y 2 del artículo 14 y el párrafo 1 b) del artículo 31 de la Convención Unica sobre Estupefacientes en la forma en que se aplica a los Estados Unidos que no están facultados a ser Partes en la Convención Unica sobre la base del procedimiento estipulado en el artículo 40 de esta Convención.

La República Socialista Soviética de Ucrania estima esencial señalar a la atención el carácter discriminatorio del párrafo 1 del artículo 40 de la Convención Unica sobre Estupefacientes, puesto que de conformidad con sus términos ciertos Estados no están facultados para ser en dicha Convención. La Convención Unica se refiere a cuestiones que interesan a todos los Estados y tiene como objetivo aunar los esfuerzos de todos los países en la lucha contra el mal social de abuso de estupefacientes.

Por consiguiente, la Convención debería estar abierta a todos los países. De conformidad con el principio de igualdad soberana de los Estados, ningún estado tiene derecho a denegar a otros países la posibilidad de participar en una Convención de este tipo.

PAPUA NUEVA GUINEA

«De conformidad con el párrafo 2 del artículo 50, el Gobierno de Papúa Nueva Guinea formula por la presente una reserva en relación con el párrafo 2 del artículo 48, que dispone que se someta una controversia a la Corte Internacional de Justicia.»

APLICACION TERRITORIAL

(Artículo 42 de la Convención)

Notificación de	Fecha de recepción de la notificación	A P L I C A C I O N
<i>Declaraciones formuladas en el momento de la ratificación o adhesión:</i>		
Australia.	1 de diciembre de 1967.	«La Convención se aplicará a todos los territorios de cuya representación internacional ejerce Australia, a saber, los territorios de Papúa, isla Norfolk, isla Christmas, islas Cocos (Keeling), islas Heard y MacDonal, islas Ashmore y Cartier, el Territorio Antártico Australiano y los territorios en fideicomiso de Nueva Guinea y Nauru.»
Francia.	19 de febrero.	La totalidad del territorio de la República Francesa.
India.	13 de diciembre de 1964.	«La Convención se aplicará a Sikkim.»
Países Bajos.	16 de junio de 1965.	«La Convención es ratificada por el Reino para Europa, Surinam y las Antillas Neerlandesas.»
Nueva Zelanda.	26 de marzo de 1963.	«La Convención se aplicará a las islas Cook (incluida Niue) y las islas Tokelau, que son territorios no metropolitanos cuya representación internacional ejerce Nueva Zelanda.»
Reino Unido.	2 de septiembre de 1964.	«Se notificará más adelante al Secretario general lo relativo a la aplicación a los territorios no metropolitanos cuya representación internacional ejerce el Reino Unido. No existen casos en que no se requiera el consentimiento previo de un territorio no metropolitano.»
Estados Unidos de América.	25 de mayo de 1967.	«La Convención aplicará a todas las zonas cuya representación internacional ejercen los Estados Unidos.»

Notificación de	Fecha de recepción de la notificación	A P L I C A C I O N
<i>Notificaciones formuladas con posterioridad a la ratificación o adhesión:</i>		
Reino Unido.	26 de enero de 1956.	Antigua, Bahamas, Basutolandia, Protectorado de Bechuanalandia, Guyana británica, Honduras británica, islas Salomón británicas, Brunei, islas Caimán, Dominica, islas Falkland, Fiji, Gambia, Gibraltar, islas Gilbert y Ellice, Granada, Hong Kong, Mauricio, Montserrat, Santa Elena, Santa Lucía, Son Cristóbal-Nieves, Anguilla, San Vicente, Seychelles, Rhodesia del Sur, Swazilandia, Tonga, islas Turcas y Caicos, islas Vírgenes.
	27 de mayo de 1965.	Adén y Protectorado de Arabia Meridional.
	3 de mayo de 1966.	Barbados.
	24 de junio de 1977.	Islas del Canal e isla de Man.

Declaraciones y reservas al protocolo de 25 de marzo de 1972

BRASIL

«Brasil quiere aprovechar esta oportunidad para reiterar la declaración que formuló en la ocasión apropiada en la reunión plenaria de la Conferencia de Negociación del Protocolo, del 6 al 24 de marzo de 1972, en el sentido de que las enmiendas al artículo 36 de la Convención no obligan a los Estados con leyes contrarias a la extradición de nacionales, que impiden conceder su extradición.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 21 del Protocolo, Brasil desea poner de manifiesto que no acepta la enmienda introducida por el artículo 1.º del Protocolo al párrafo 4 del artículo 2.º de la Convención Unica de 1961 sobre estupefacientes.»

CANADA

«Con sujeción a una reserva respecto a los incisos i), ii) y iii) del apartado b) del párrafo 2 del artículo de enmienda 14.»

EGIPTO (retirada el 25 de enero de 1980)

Queda entendido que la ratificación del presente Acuerdo no significa en modo alguno el reconocimiento de Israel por el Gobierno de la República Árabe de Egipto. Además no originará relaciones convencionales entre la República Árabe de Egipto e Israel.

GRECIA

«Con una reserva al artículo 1.º (4) que modifica el artículo 2.º de la Convención Unica.»

INDIA

«El Gobierno de la India reserva su posición respecto a los artículos 5.º, 6.º, 9.º, 11 y 14 del citado Protocolo y no se considera obligado por las disposiciones de esos artículos» (5).

IRAQ (6)

Esta adhesión, sin embargo, no significará en modo alguno el reconocimiento de Israel ni el establecimiento de relaciones con el mismo.

ISRAEL

En el momento de la firma:

«... El Gobierno de Israel no procederá a la ratificación del Protocolo hasta que haya recibido garantías de que todos los Estados vecinos que tienen la intención de ser partes en el Protocolo lo harán sin reserva ni declaración, y que queda retirada la llamada reserva o declaración relativa a Israel y formulada por uno de los Estados vecinos de Israel en relación con su participación en la Convención Unica de 1961, que fue citada en la reunión del Segundo Comité el 18 de marzo de 1972.»

En el momento de la ratificación:

«... El Gobierno del Estado de Israel, de conformidad con las facultades que le confiere la Ley, decide ratificar el Protocolo, pero reserva al mismo tiempo todos sus derechos para adoptar respecto de las demás partes una actitud de completa reciprocidad.»

(5) En una nota recibida por el Secretario general el 14 de diciembre de 1978, el Gobierno de la India aclaró que la reserva formulada respecto al artículo 14 del Protocolo se refiere exclusivamente al párrafo 2 b) del artículo 36 de la Convención Unica de 1961 sobre estupefacientes.

(6) En una comunicación recibida por el Secretario general el 26 de diciembre de 1973, el representante permanente interino de Israel en las Naciones Unidas formuló la siguiente declaración:

KUWAIT (6)

Al adherirse al Protocolo, el Gobierno del Estado de Kuwait se atiene al punto de vista de que su adhesión a dicho Protocolo no implica en modo alguno su reconocimiento de Israel, ni le obliga a aplicar las disposiciones de dicho Protocolo respecto a dicho país.

MÉXICO

De conformidad con las disposiciones del artículo 21, «Reservas», del Protocolo de modificación de la Convención Unica de 1961 sobre estupefacientes, aprobado en Ginebra el 25 de marzo de 1972, el Gobierno de México, al adherirse a ese instrumento internacional, formula una reserva explícita respecto de la aplicación de los artículos 5.º (enmienda del inciso 5 del artículo 12 de la Convención Unica; 6 (enmienda de los párrafos 1 y 2 del artículo 14 de la Convención Unica), y 11 (nuevo artículo 21 bis, Limitación de la producción de opio). Por consiguiente, por lo que se refiere a los artículos respecto de los cuales se formula esta reserva, México estará vinculada por los textos correspondientes de Convención Unica de 1961 sobre estupefacientes, en su forma original.

PANAMA

«Con una reserva respecto del artículo 36, párrafo 2, que aparece en el documento de 5 de mayo de 1972, firmado por el Ministro de Relaciones Exteriores de Panamá.»

La reserva dice lo siguiente:

«... Con la reserva expresa de que la enmienda que el artículo 14 del

«El instrumento de aceptación del Gobierno de Kuwait del Protocolo contiene una declaración de carácter político respecto de Israel. A juicio del Gobierno de Israel no es éste el lugar apropiado para formular declaraciones políticas de esa clase, que están, además, en contradicción flagrante con los principios, objetivos y fines del Protocolo. Dicha declaración, por tanto, no posee validez jurídica alguna.

»El Gobierno de Israel rechaza rotundamente esa declaración y procederá basándose en el supuesto de que carece de toda validez en cuanto a los derechos y obligaciones de cualquier Estado Parte en dichos tratados.

»La declaración del Gobierno de Kuwait no puede afectar en modo alguno a las obligaciones de Kuwait referidas a cualesquiera otras obligaciones vinculantes para ese Estado en virtud del Derecho internacional general.

»El Gobierno de Israel, en lo que se refiere al fondo de la cuestión, adoptará respecto del Gobierno de Kuwait una actitud de completa reciprocidad.»

Una comunicación idéntica en esencia, «mutatis mutandi», fue recibida por el Secretario general del Gobierno de Israel el 11 de mayo de 1979 respecto de la declaración formulada en el momento de su adhesión por el Iraq.

Protocolo introduce en el artículo 36, párrafo 2, de la Convención Unica de 1961 sobre estupefacientes: a) No modifica los tratados de extradición en los que es parte la República de Panamá en forma alguna que puede obligar a conceder la extradición de sus nacionales;

b) No requiere que la República de Panamá incluya en los tratados de extradición, que pudiera concluir en el futuro, ninguna disposición que obligue a conceder la extradición de sus propios nacionales, y c) No podrá interpretarse ni aplicarse de manera que origine una obligación por parte de la República de Panamá para conceder la extradición de ninguno de sus propios nacionales.

PERU

En el momento de la ratificación:

El Gobierno del Perú formula reservas respecto de la última parte del segundo párrafo del artículo 5.º del Protocolo que enmienda el párrafo 5 del artículo 12 de la Convención Unica de 1961 sobre estupefacientes, ya que considera que las facultades que en el mismo se confieren a la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes (JIFE) son incompatibles con sus funciones como órgano de coordinación de los sistemas nacionales de fiscalización y le atribuye funciones supranacionales de supervisión.

RUMANIA

Reserva:

La República Socialista de Rumania no se considera obligada por las disposiciones contenidas en el artículo 6.º en la medida en que esas disposiciones se refieren a Estados que no son parte de la Convención Unica.

Declaración:

El Consejo de Estado de la República Socialista de Rumania considera que las disposiciones del artículo 17 del Protocolo en desacuerdo con el principio de que los tratados multilaterales internacionales cuyos fines y objetivos conciernen a la comunidad mundial en su totalidad deben estar abiertos a la participación de todos los Estados.

YUGOSLAVIA

Con las reservas de que los artículos 9.º y 11 del Protocolo no se aplicarán en el territorio de la República Federal Socialista de Yugoslavia.

La presente Convención entró en vigor con carácter general el 8 de agosto de 1975, de conformidad con el artículo 18 del Protocolo de 27 de marzo de 1972.

La entrada en vigor para España es la de 3 de febrero de 1977. España es parte por haber ratificado el Protocolo de modificación hecho en Ginebra el 25 de marzo de 1972, con posterioridad a que éste entrase en vigor.

ARTICULO 20

Disposiciones transitorias

1. A partir de la fecha en que entre en vigor el presente Protocolo de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 18, las funciones de la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes serán desempeñadas por la Junta constituida con arreglo a la Convención Unica no modificada.

2. El Consejo Económico y Social fijará la fecha en que entrará en funciones la Junta constituida con arreglo a las modificaciones contenidas en el presente Protocolo. A partir de esa fecha la Junta así constituida ejercerá, respecto de las Partes en la Convención Unica no modificada y de las Partes en los instrumentos enumerados en el artículo 44 de la misma que no sean Partes en el presente Protocolo, las funciones de la Junta constituida con arreglo a la Convención Unica no modificada.

3. El período de seis de los miembros electos en la primera elección que se celebre después de ampliar la composición de la Junta de once a trece miembros expirará a los tres años, y el de los otros siete miembros expirará a los cinco años.

4. Los miembros de la Junta cuyos períodos hayan de expirar al cumplirse el mencionado período inicial de tres años serán designados mediante sorteo que efectuará el Secretario general de las Naciones Unidas inmediatamente después de terminada la primera elección.

ARTICULO 21

Reservas

1. Al firmar el Protocolo, ratificarlo o adherirse a él, todo Estado podrá formular reservas a cualquier enmienda en él contenida, a excepción de las enmiendas a los párrafos 6 y 7 del artículo 2 (artículo 1 del presente Protocolo), a los párrafos 1, 4 y 5 del artículo 9 (artículo 2 del presente Protocolo), a los párrafos 1 y 4 del artículo 10 (artículo 3 del presente Protocolo), al artículo 11 (artículo 4 del presente Protocolo), al artículo 14 bis (artículo 7 del presente Protocolo), al artículo 16 (artículo 8 del presente Protocolo), al artículo 22 (artículo 12 del presente Protocolo), al artículo 35 (artículo 13 del presente Protocolo), al apartado b) del párrafo 1 del artículo 36 (artículo 14 del presente Protocolo), al artículo 38 (artículo 15 del presente Protocolo) y artículo 38 bis (artículo 16 del presente Protocolo) (*).

2. El Estado que haya formulado reservas podrá en todo momento, mediante notificación por escrito, retirar todas o parte de sus reservas.

(*) Cabe señalar que todo Estado que desee formular reservas a una o varias enmiendas de conformidad con el artículo 21 del Protocolo de 1972 anterior debe primero pasar a ser parte en la Convención Unica no enmendada (si no lo ha hecho ya) y después ratificar el Protocolo de 1972 o adherirse a él con sujeción a la reserva deseada.

CONSULTAS Y CIRCULARES

FISCALIA GENERAL DEL ESTADO (1980)

CONSULTA NUM. 1/1980

SOBRE EFECTOS DE LA EXTRADICION

Con fecha 1 de los corrientes se ha recibido en esta Fiscalía su escrito de 29 de enero anterior, en el que consulta acerca de la situación procesal planteada en la causa por robo con intimidación que se sigue en esa Audiencia, dimanante del Sumario 53/1977 del Juzgado de Instrucción núm. 1, de Las Palmas, en el que fueron procesados tres individuos como autores del mencionado delito.

Según expone V. E., los hechos ocurrieron el 16 de enero de 1976, consistentes en el asalto con armas a una Caja de Ahorros, con apoderamiento de 4.160.000 pesetas, de las cuales no se ha recuperado nada hasta la fecha.

El 18 de febrero de 1978 fue juzgado y condenado uno de los procesados solamente porque los otros dos estaban declarados en rebeldía.

Capturado posteriormente otro de los procesados fue a su vez juzgado y condenado en Sentencia de 31 de marzo de 1979.

En tanto, el tercer procesado —J. R. G.— se había refugiado en Francia, donde fue detenido el 24 de octubre de 1976 por diversas infracciones penales cometidas allí bajo nombre supuesto. Establecida su verdadera identidad y constando que estaba reclamado en la causa del Sumario 35/1974 del Juzgado de Instrucción núm. 14, de los de Madrid, que se sigue ante la Sección sexta de la Audiencia Provincial de Madrid, la cual le había declarado en rebeldía por auto de 23 de diciembre de 1975, la Interpol comunicó su detención por si se estimaba procedente formular la solicitud de extradición.

La Sección sexta, por auto de 25 de mayo de 1977, acordó la demanda de extradición, que fue admitida por las autoridades francesas sin más trámite porque el reo aceptaba voluntariamente su entrega a las autoridades españolas. No obstante, la efectividad de la extradición se aplazaba hasta que el reo cumpliera la condena impuesta por los Tribunales franceses. Por fin, la entrega tuvo lugar el 7 de septiembre de 1979.

Desde esa fecha, J. R. G. ha permanecido en prisión a resultas de la expresada causa del Sumario 35/1974 —hoy pendiente de señalamiento de juicio oral— hasta el 8 de febrero actual, en que se decretó su libertad con fianza consignada de 100.000 pesetas.

De otro lado, en el Sumario 53/1977, de Las Palmas, a que se refiere esta consulta, hallándose J. R. G. en prisión, como se ha dicho, el 3 de octubre de 1979 se dejó sin efecto la declaración de rebeldía y el siguiente día 6 se ratificó la prisión por esta causa.

Pero el 2 de enero de 1980 se da traslado a V. E., para informe, de la petición de libertad formulada a nombre de J. R. G., basándose en que habiendo sido entregado por las autoridades francesas en razón del Sumario 35/1974 del Juzgado núm. 14, de Madrid, no podrá ser juzgado ni perseguido por hechos distintos a los que han sido objeto de la extradición.

El Sumario 35/1974 del Juzgado de Instrucción número 14 de los de Madrid tiene por objeto un delito contra la salud pública, consistente en la introducción y tráfico de drogas estupefacientes en enero y febrero de 1974, hecho absolutamente distinto y sin ninguna relación con el de robo del Sumario 53/1977 que se sigue en esa capital.

Es principio general en materia de extradición que el reo entregado por razón de un delito no pueda ser encausado o juzgado por otras infracciones distintas cometidas con anterioridad a la extradición porque se privaría a la autoridad extranjera que realiza la detención y entrega del reo de la posibilidad de examinar la naturaleza de dichas infracciones y de resolver respecto de ellas sobre la procedencia o improcedencia de la extradición.

Tal principio viene expresamente consignado en el artículo 10 del Tratado de Extradición franco-español de 14 de diciembre de 1877, estableciéndose que el reo extraditado no puede ser juzgado ni perseguido por infracción distinta de la que motivó la extradición, a menos que conste el consentimiento expreso y voluntario dado por el acusado y comunicado al Gobierno que lo entregó.

Asimismo, como también pone V. E. de relieve, el artículo 7,2 de la Ley de 26 de diciembre de 1958, sobre procedimiento y efectos de la extradición pasiva, establece que las concesiones de extradición por el Gobierno español se entenderán siempre condicionadas «a la promesa formal del Gobierno del Estado requirente de que el sujeto de la extradición no será perseguido por infracciones anteriores y ajenas a la solicitud formulada, salvo que consienta expresamente en ello».

Como se ha consignado anteriormente, los hechos del Sumario 53/1977 tuvieron lugar el 16 de enero de 1976. La extradición es de fecha 25 de mayo de 1977, su petición y su concesión de 7 de septiembre de 1979.

En su consecuencia, por aplicación de los principios expuestos, así como de la cláusula expresa del Tratado de Extradición con Francia y por extensión analógica de lo dispuesto en nuestras reglas legales sobre extradición, el referido procesado no puede ser juzgado ni perseguido por razón de los hechos que son objeto de la causa dimanante del Sumario 53/1977 del Juzgado de Instrucción núm. 1 de esa capital.

Procede, por tanto, suspender el curso de la causa de referencia en tanto no concedan las autoridades francesas que acordaron la extradición su ampliación para que comprenda los hechos que son objeto de la misma, por lo que corresponde solicitar del Tribunal:

- a) Que acuerde la suspensión del trámite.
- b) Que deje sin efecto por ahora la resolución que ordena la privación de libertad del reo.
- c) Que solicite de las autoridades francesas la ampliación de la extradición en los términos antes mencionados.

Madrid, 21 de febrero de 1980.

CONSULTA NUM. 2/1980

REGIMEN DE LOS DEPOSITOS MUNICIPALES A EFECTOS DE LA ADMISION EN ELLOS DE PRESOS O DE DETENIDOS

Se ha recibido en esta Fiscalía su fundada y exhaustiva Consulta que, en síntesis, se refiere a estas dos cuestiones:

1. Naturaleza que, en un orden estrictamente penitenciario, deba asignarse a los Depósitos Municipales y, en particular, si es admisible su destino como Centros de Cumplimiento de penas leves de arresto menor, así como la posibilidad de que en los mismos se ingresen provisionalmente personas detenidas o quienes se hallen en situación de prisión en virtud de resoluciones acordadas por la autoridad judicial.

2. Desde otra perspectiva, pero relacionado con el anterior punto de hecho, expone V. I. detalladamente la obstinada conducta del Alcalde de un pueblo de esa provincia que, fundándose en que los Depósitos Municipales dependen exclusivamente de la Administración Local, no admitió en él a un detenido por orden judicial. Seguido contra dicha autoridad municipal sumario por usurpación de atribuciones e infidelidad en la custodia de presos se acordó el sobreseimiento provisional, pero ahora, sin haber estado siquiera procesado, solicita del Fiscal que inste de la Sala el sobreseimiento libre.

Una interpretación ajustada de la normativa en vigor nos permite llegar a la siguiente solución para las cuestiones que plantea:

1. *Régimen y dependencia de los Depósitos Municipales.*

Prescindiendo de los antecedentes histórico-legislativos que con tanta precisión expone V. I. en su Consulta, es necesario concluir que, conforme al derecho actualmente dado, los Depósitos Municipales, en cuanto tales, tienen carácter exclusivamente municipal, dependen del Ayuntamiento respectivo y están sujetos a sus disposiciones y ordenanzas. No son centros de cumplimiento que dependan de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, pero están habilitados para la custodia de presos y de detenidos en tanto se efectúa la conducción a los establecimientos penitenciarios ordinarios —preventivos o de cumplimiento— e igualmente poseen ese carácter durante el tiempo indispensable para la práctica de diligencias que requieran ineludiblemente la presencia física del preso o detenido. En armonía con esta función que cumplen existe una parcial dependencia económica de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias que, incluso legalmente, viene obligada a resarcir en concepto de consignación alimenticia los gastos ocasionados a los Ayuntamientos por la atención a aquellas personas en la forma establecida por las disposiciones que V. I. cita tan acertadamente.

A estos efectos, la Orden de 21 de octubre de 1968 («Boletín Oficial del Estado» de 16 de noviembre) dispone en su artículo 3.º que «los detenidos a disposición del Juez de Instrucción de cada partido judicial serán ingre-

sados, cuando no exista establecimiento penitenciario, en el Depósito Municipal correspondiente a la cabeza de partido, en el que sólo permanecerán el tiempo que exijan las actuaciones judiciales, debiendo ser conducidos seguidamente, previa orden del Juez, al Centro de diligencias o de detención correspondiente».

Por otra parte, la Orden de 22 de junio de 1968 («Boletín Oficial del Estado» de 22) expresa que «los Alcaldes de los puntos donde existan Depósitos Municipales, a efectos de traslados de detenidos se considerarán como Directores de Establecimientos penitenciarios».

En definitiva, la autoridad municipal de quien dependa el Depósito que sin causa justificada se negase a recibir y custodiar a un detenido o a un preso en régimen de traslado, ordenada por la autoridad judicial, incurrirá en el delito de denegación de auxilio, del artículo 371 del Código Penal.

2. *Transformación del sobreseimiento provisional en libre.*

Es, como V. I. señala, del todo improcedente atender la pretensión dirigida a transformar el sobreseimiento provisional en sobreseimiento libre, con fundamento en que los hechos no son constitutivos de delito. De una parte, porque no ha mediado reapertura del procedimiento, porque los hechos no son absolutamente inexistentes y porque no está acreditado un «quid novus» que, en teoría, pudiera justificar el cambio en la causa de la crisis del proceso penal, y, de otra, porque es manifiesta la ausencia de legitimación para pedir ante el Ministerio Fiscal una medida de tal naturaleza por quien en ningún momento fue inculpado. Mas, si lo hiciera directamente ante la Sala, el único contenido de la petición del Fiscal sería la de oponerse a su prosperabilidad, tanto por razones objetivas como por notorias motivaciones procesales y técnicas.

Por último, si persistiera la autoridad municipal en su actitud negativa de no admitir en el Depósito Municipal a los detenidos o a los presos por orden judicial con el fin que la Ley permite lo procedente sería instar la iniciación del oportuno procedimiento penal por concurrir los elementos de la figura de delito a que antes se hizo referencia.

Madrid, 16 de diciembre de 1980.

CIRCULAR NUM. 1/1980

SOBRE PREPARACION DE LOS RECURSOS DE CASACION EN MATERIA PENAL

Una de las más trascendentales tareas del Ministerio Fiscal es su misión de velar por la recta aplicación de la norma jurídica, su unidad de interpretación y la pureza del procedimiento consiste en la facultad de someter a decisión del Tribunal Supremo —por vía del recurso extraordinario de casación— las posibles infracciones de ley en que puedan incidir las resoluciones judiciales susceptibles de ese recurso, así como sobre la nulidad del procedimiento en los casos en que se aprecie quebrantamiento de las formas esenciales del proceso.

La rigidez formal de la casación, la perentoriedad de sus plazos y los condicionamientos que supone el régimen interno del Ministerio Fiscal demandan la más rigurosa atención a los trámites, formalidades y términos prescritos por la ley. Esa peculiar estructura y régimen de actuación del Ministerio Fiscal explica la atención que a esta materia se viene prestando y que ha sido objeto de numerosas instrucciones generales y especiales, entre las que se destacan las siguientes circulares cuyo contenido se recuerda:

- 1/1954, de 28 de mayo, inserta en la Memoria de esta Fiscalía de 1954.
- 1/1954, de 21 de septiembre, inserta en la Memoria de 1955.
- 2/1966, de 25 de enero, inserta en la Memoria de 1967.
- 5/1966, de 14 de octubre, inserta en la Memoria de 1967.

La estricta observancia de estas instrucciones exige que se insista en lo que se refiere al holgado cumplimiento de los plazos escuetos en que se desenvuelve la casación, pues se advierten frecuentemente demoras en la remisión a esta Fiscalía de la documentación del recurso sin la antelación suficiente para el debido estudio de la procedencia o improcedencia de las impugnaciones y, en su caso, para el examen e integración de los motivos que hayan de fundamentarlas.

Téngase en cuenta que, recibidos los recursos preparatorios, son estudiados por la junta de Fiscales de la sección, y aun por la General de la Fiscalía, a fin de acordar sobre su formalización o desistimiento; decisión ésta que no representa desdoro alguno para el Fiscal que lo preparó en celoso cumplimiento de su deber, no aquietándose a aquellas resoluciones que entendió disconformes con la recta interpretación de la norma aplicable. La formalización ha de traducirse en los correspondientes escritos para su presentación ante la Sala dentro del plazo, todo lo que requiere tiempo suficiente para el estudio y desarrollo de la tesis del recurso. Por eso la exigencia de puntualidad que ahora se reitera fue objeto de la Circular de 12 de junio de 1911, que ordenaba a los Fiscales la remisión de los documentos de preparación «el mismo día en que sean emplazados», y asimismo de la Instrucción especial de 2 de diciembre de 1916, que recordó el cumplimiento de la Circular antes citada y ordenó que aquella remisión tuviera lugar «con el mayor tiempo posible para estudiar los recursos y poder acordar lo procedente».

En cumplimiento de lo anteriormente prevenido, los Fiscales deberán atenerse a las siguientes normas:

1.ª El Fiscal que reciba la notificación de una sentencia o auto susceptible de recurso de casación y entienda procedente su interpretación dará cuenta al Fiscal-Jefe de la Audiencia en el mismo día, con su autorización, formulará el oportuno escrito de preparación siempre que no sea posible subsanar la falta por vía de aclaración, adición y/o rectificación que autoriza el artículo 161 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

2.ª A la vez o en tanto que el Tribunal acuerda sobre dicha petición redactará el preceptivo informe sobre los motivos que, a su juicio, fundamentan el recurso, informe que quedará en espera de que el Tribunal resuelva teniéndolo por preparado con expedición de los documentos interesados.

3.ª El mismo día del emplazamiento, o a lo más en el siguiente hábil, se cursará directamente a esta Fiscalía la documentación relativa al recurso y el informe fiscal. Este informe lo suscribirá el Fiscal-Jefe y, de no haber sido redactado por él mismo, indicará el nombre del Fiscal que lo hubiere hecho.

4.ª El informe fiscal sobre la motivación del recurso se redactará siguiendo la forma prevenida por el artículo 874 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el escrito de interposición, con el fin de concordar en todo cuanto sea posible la concepción del Fiscal de instancia con la de aquel que haya de dirigir su interposición. Respecto a los que se refieran a quebrantamiento de forma se precisará la reclamación practicada para subsanarla si la falta fuera de las que exigen este requisito. Es de señalar aquí que cuando el quebrantamiento consista en no haber accedido el Tribunal a la suspensión del juicio por incomparecencia de algún testigo es necesario que el Fiscal interese que en el acta del juicio, además de la oportuna protesta a efectos del recurso de casación, conste el texto de la pregunta o preguntas que se proponía formular al testigo incomparecido, a fin de que tanto el Tribunal de Instancia como el de Casación puedan apreciar la importancia y trascendencia de la declaración de dicho testigo.

5.ª En el escrito de preparación por infracción de ley al amparo del artículo 849, 1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, no deberán citarse los preceptos legales que se suponen infringidos, los cuales se precisarán y razonarán solamente en el informe fiscal.

6.ª Además de la documentación que habrá de remitirse y que se señala en las Circulares e Instrucciones antes mencionadas, se dispone que en los recursos preparados por el Ministerio Fiscal se acompañe copia literal de su escrito o escritos de conclusiones.

7.ª En el supuesto de que la resolución del Tribunal fuere denegatoria de los testimonios pedidos para interponer el recurso de casación se formulará el de queja, haciéndolo presente a dicho Tribunal en los términos que previene la Ley de Enjuiciamiento Criminal y remitiendo a la vez el oportuno informe a esta Fiscalía para la formalización, en su caso, de aquel recurso ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

Madrid, 14 de marzo de 1980.

CIRCULAR NUM. 2/1980

SOBRE LA NUEVA REGULACION DE LA PRISION PREVENTIVA

Próxima la entrada en vigor de la Ley 16/1980, de 22 de abril («Boletín Oficial del Estado» del 26, que modifica los artículos 503, 504 y 505 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, dada la trascendencia de las variaciones que introduce y el arbitrio que ha de dirigir su aplicación, conviene establecer unas normas orientadores para el Ministerio Fiscal a fin de que atienda prudentemente a la finalidad de la reforma sin extremar innecesariamente su rigor y sin sujetarlo a apreciaciones subjetivas de política criminal que podrían desviar sus finalidades.

La motivación de la Ley es clara y precisa: conceder a los Jueces la facultad de inmediata prisión provisional para aquellos delincuentes que perturbando con la multiplicación de acciones dañosas la seguridad ciudadana no alcanzaban, de otra parte, por la objetiva categoría penal de aquéllas, el grado individual de gravedad determinante de la inmediata privación de libertad para los sujetos.

Son los «tirones» de bolsos, los robos callejeros con la amenaza de arma blanca u otros modos de intimidación, las sustracciones de automóviles, los actos de mero «gamberrismo», sin otro móvil que el morboso de la humillación del prójimo. Para estos tipos de delincuencia las penas señaladas en el Código no exceden de presidio menor o de arresto mayor, lo que, con arreglo a la redacción anterior, no superaba el límite de la «prisión correccional», impidiendo con ello que se pudiera decretar la prisión provisional.

La precisión del silogismo jurídico: hecho típico, pena aplicable y prisión provisional decretada en función de aquellos dos primeros datos, imponía la inmediata libertad del encartado, provocando la adversa reacción ciudadana, que lo interpretaba como abandono de la Justicia y dejación de autoridad cuando era, en realidad, el mero y exacto cumplimiento de la ley.

La nueva redacción de los artículos 503 y 504 lo único que ha hecho—y en ello deben parar atención los Fiscales— es reducir el dato de gravedad de la pena imponible y aun suprimirlo prácticamente («aunque la pena no exceda de arresto mayor»), subordinando, en todo caso, la medida de privación de libertad al grado de alarma que haya producido el hecho, antecedentes del inculpaado o fundado temor de que rehuya la acción de la Justicia.

Queda, pues, prácticamente así en manos de los órganos de la Administración de la justicia penal la decisión sobre prisión provisional de cualquier presunto delincuente y queda, igualmente en manos del Ministerio Fiscal, la facultad de pedir, insistir y recurrir tanto sobre el uso como sobre el posible abuso de aquellas facultades.

Básicamente deberán atender las Fiscalías a que no se traspase el límite prevenido en el tercer párrafo del artículo 504 en cuanto condiciona el tiempo en que debe mantenerse la prisión provisional a la mitad del tiempo de duración de la pena que pueda corresponder al delito imputado.

En todos los casos en que se advierta que está próxima la fecha tope de esa limitación deberá solicitarse, con la prudente y necesaria antelación, la libertad provisional del encartado.

En cuanto a la posición contraria, o sea, la rigurosa aplicación de estas nuevas medidas protectoras de la seguridad ciudadana, el Ministerio Fiscal debe fundar su acción en la armonía de estas dos consideraciones: la que dimana de la tutela de los derechos ciudadanos y del interés público que le impone el artículo 124 de la Constitución y la que exige la protección de la seguridad ciudadana que ha inspirado la nueva normativa.

Es necesario que todos colaboremos a restablecer la tranquilidad de los españoles en su diario quehacer y a garantizar en la calle, en los comercios, en los centros de trabajo y en el hogar, tanto de día como de noche, una confianza de seguridad que se ha perdido o debilitado. Hay que recu-

perarla sin merma de la legalidad, por supuesto, pero hay que recuperarla.

Intereso, por tanto, de los Fiscales, la mayor atención en la solicitud de las prisiones provisionales que sean procedentes con arreglo a la nueva legalidad en aquellos casos que genéricamente quedan descritos y que tanto están dañando la paz pública que requieren los españoles. En ocasiones podrá incluso resultar penosa la demanda de prisión en relación con las circunstancias de edad del delincuente (raros son en estos supuestos los que exceden de veinticinco años), pero entre la colisión de derechos que las circunstancias plantean con el de la vida, la dignidad y la seguridad ciudadana son éstos los que deben primar atendidas las circunstancias, pues, como ya se decía en la Orden Ministerial de 10 de diciembre de 1933, el derecho a la libertad personal, consagrado como uno de los fundamentales en las Constituciones de los pueblos modernos, sólo cede y puede someterse a restricciones en cuanto pugnen con los intereses generales de la sociedad, que viene obligado a salvaguardar el Estado.

Ello no excluye ni es ajeno al ferviente deseo y fundada esperanza de esta Fiscalía de que la estructura de nuestra sociedad, el oportuno ofrecimiento de «primer empleo», la atención, en la formación cultural de la infancia, a los valores éticos y espirituales y el tratamiento técnico y humanístico en modernos centros adecuados de los menores descarriados permitan cuanto antes al poder legislativo volver a un condicionamiento más restringido en la redacción de estos artículos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Pero en este momento las medidas adoptadas son urgentes y necesarias; se fundamentan en una extensa y dramática realidad. No se ha precipitado la decisión, quizá al contrario, se ha retrasado por si la epidemia cedía; por desgracia no ha sido así.

Espero, que en recto ejercicio de nuestro deber constitucional de tutelar el interés público y social, se imponga como tarea importante la que autoriza la nueva redacción de los artículos 503, 504 y 505 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, siempre en función de la alarma, del descaro y de la perturbación de la paz pública que caracterizan esencialmente estos delitos.

Madrid, 14 de mayo de 1980.

CIRCULAR NUM. 3/1980

SOBRE LA INTERVENCION DEL MINISTERIO FISCAL EN LOS RECURSOS ATRIBUIDOS A LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Dentro de pocos días iniciará sus funciones el Tribunal Constitucional, establecido en los artículos 159 a 165 de la Constitución y regido por su Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre.

Conviene en esta oportunidad, para mantener el principio de unidad de actuación del Ministerio Fiscal, examinar las demás funciones que le atribuye dicha Ley Orgánica (LOTC), señalando criterios para una interpretación uniforme en los puntos que pudieran dar lugar a discrepantes inter-

pretaciones en su específica tarea, sin perjuicio de que más adelante, cuando la experiencia lo aconseje y cómo lo aconseje, se revisen o amplíen estas instrucciones en lo que pueda ser necesario.

I. *Recurso de amparo constitucional.*

Establece este recurso el número 2 del artículo 53 de la Constitución para la tutela de las libertades y derechos reconocidos en sus artículos 14 al 29, tutela que si bien en un primer grado se atribuye a los Tribunales Ordinarios cuando el supuesto agravio proceda de la actividad gubernativa o administrativa, se defiende, «en su caso», al Tribunal Constitucional a través de las cuatro formas de amparo configuradas, respectivamente, en los artículos 42, 43, 44 y 45 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, por violación de derechos, originada:

a) Por actos o decisiones sin valor de la Ley emanados del Poder Legislativo (Cortes o Asambleas de las Comunidades Autónomas).

b) Mediante disposiciones, actos jurídicos o simples vías de hecho emanadas del Poder Ejecutivo (Gobierno y funcionarios, así como de los Organos Ejecutivos colegiados en las Comunidades Autónomas y sus funcionarios) una vez que se haya agotado la vía judicial precedente.

c) Como consecuencia de actos u omisiones de un Organó Judicial (Tribunales y Juzgados de cualquier grado y jurisdicción).

d) En casos de objeción de conciencia contra la resolución ejecutoria que imponga al objetante la obligación de prestar el servicio militar.

El Ministerio Fiscal está legitimado para interponer el recurso de amparo en los cuatro supuestos (46 LOTC), pero, en cualquier caso, intervendrá en todos estos procesos en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público, tutelado por la Ley 47 LOTC), hállese o no iniciado a su instancia.

Tres meses concede la Ley en el primer caso para interponer el recurso a partir de la firmeza de la decisión, ateniéndose, indica, para la determinación de aquélla «a las normas internas de las Cámaras o Asambleas» (42 LOTC). Encarezco a V. E. que si en algún supuesto observase omisión o confusión respecto al inicio del cómputo del plazo de recurso, es decir, de la determinación de la firmeza del acuerdo, lo consulte a esta Fiscalía para prevenir cualquier posible indefensión promoviendo del Poder a que corresponda la subsanación de la duda.

Es claro en el mismo sentido el cómputo del plazo de veinte días que fija el artículo 43, 2 de la Ley Orgánica respecto al recurso posterior a la plena utilización de la vía judicial, por cuanto los veinte días que señala para su interposición se computan desde la notificación de la resolución recaída en el previo proceso judicial.

Igual ocurre en el recurso contra la acción u omisión de un órgano jurisdiccional, pues análogos son tiempo y medida.

En el cuarto supuesto de amparo (45 LOTC), por las violaciones del derecho a la objeción de conciencia, de igual tiempo e inicio, su carácter eminentemente subjetivo, descarta todo posible error.

Queda claro en la Ley que en los procesos que se sigan ante el Tribunal Constitucional en que sea parte o intevenga el Ministerio Fiscal su representación la ostenta el Fiscal General del Estado, ejercitándola directamente (en el trámite privilegiado de admisión y sustanciación del artículo 37) o por delegación inmediata, del mismo modo que la ejerce ante el Tribunal Supremo, con el que el Constitucional es análogo en rango y ámbito.

Sin embargo, la iniciación o preparación del recurso corresponde a las Fiscalías del Territorio o de la Provincia donde tenga su sede el Organismo al que se impute la violación del derecho o libertad constitucional; a ellas viene atribuida esta importante función, distinta según la clase de recurso de que se trate. Así actuará la Fiscalía de Madrid en lo que se refiere a los emanados de las Cortes Españolas o de cualquiera de sus órganos, y las de las respectivas capitalidades de las Comunidades Autónomas en lo pertinente a los emanados de sus Asambleas legislativas o de cualquiera de los órganos de éstas, siempre que lo estimen procedente, aunque les conste que lo haya hecho o se proponga hacerlo el Defensor del Pueblo o la persona directamente afectada.

No podemos ignorar que los Fiscales han de tropezar con una grave dificultad para ejercitar esa función y es la de que normalmente no tendrán noticia y, menos, notificación formal de los actos o decisiones sin valor de la Ley que dicten las Cámaras o Asambleas a efecto de poder examinarlas a los fines del recurso y poder actuar para que pueda ser interpuesto. Idéntica situación de ignorancia se ofrece en el recurso por violación del derecho a la objeción de conciencia. En su consecuencia, el Fiscal no podrá proceder en estos casos sino por vía de denuncia del interesado. En los dos restantes, amparo posterior al agotamiento de la vía judicial (art. 43 LOTC) o derivado de un acto u omisión del órgano jurisdiccional (art. 44), puede el Ministerio Fiscal haber intervenido o conocido los antecedentes, lo que facilitará, sin denuncia ajena, su actuación de oficio.

En todos los supuestos, cuando el Fiscal entienda justificada la interposición del recurso habrá de proceder de manera, en cierto modo, análoga a como se procede en la preparación de los recursos de casación. Sin necesidad de dirigirse para nada al organismo presuntamente causante de la violación, como no sea para pedir copia, traslado o certificación de la resolución recaída, remitirá a la Fiscalía General del Estado un informe sobre la procedencia del recurso con todos los antecedentes, datos y alegaciones que permitan la formalización inmediata de la demanda con los requisitos exigidos por el artículo 48 de la LOTC.

En los recursos contra actos del Poder Ejecutivo del Estado o de las Comunidades Autónomas (art. 43 LOTC) es menester que previamente se haya agotado la vía judicial procedente—civil, penal o contencioso-administrativa—, de acuerdo con el artículo 53, 2 de la Constitución y con la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, que regula aquella vía judicial.

Aunque la Ley—art. 43 LOTC—se refiere sólo a «disposiciones, actos jurídicos o simple vía de hecho del Gobierno, o de sus autoridades o funcionarios, o de los órganos ejecutivos colegiados de las Comunidades autónomas o de sus autoridades o funcionarios o agentes», estas expresiones han

de entenderse en su más amplio sentido, de modo que comprendan también los actos de los entes institucionales y los de las corporaciones, autoridades, funcionarios y agentes de la Administración Local.

En los recursos contra actos del Poder Judicial habrá que distinguir si la violación de derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional se produce, como ya se ha apuntado, en proceso en el cual sea parte o intervenga el Ministerio Fiscal, en cuyo caso el Fiscal interviniente tan pronto como tenga conocimiento de la violación deberá cuidar el agotamiento de todos los recursos jurisdiccionales, considerar la inmediatividad causal entre la violación producida y la acción u omisión del órgano judicial, sin mezcla del fondo u orígenes del proceso y denunciar y protestar la infracción invocando formalmente el derecho constitucional vulnerado como requisito previo y necesario para la interposición del recurso—art. 44, 1 de la LOTC—, análogo a la reclamación previa que exigen las leyes procesales para interponer el recurso de casación por quebrantamiento de forma—Civil, 1969, y Criminal, 855.

Por último, en los recursos contra las violaciones del derecho de objeción de conciencia corresponderá actuar, en su caso, al Fiscal de la Audiencia en cuya jurisdicción resida el órgano o funcionario que hubiere dictado o confirmado la resolución que imponga al objetor la obligación de prestar el servicio militar.

II. Cuestiones de inconstitucionalidad promovidas por jueces o tribunales.

El Ministerio Fiscal no interviene en los recursos de inconstitucionalidad de las Leyes, Estatutos de Autonomía, Tratados Internacionales y Reglamentos de las Cámaras o Asambleas Legislativas o que se refieren al artículo 161, a) de la Constitución y los artículos 27, 28, 29 a) y 31 al 34 de la LOTC, pero sí ha de intervenir en el procedimiento de declaración de inconstitucional que pueden plantear los órganos judiciales mediante la «cuestión de inconstitucionalidad» a que se refieren los artículos 163 de la Constitución y 35 y 37 de la LOTC.

Este recurso, siempre relacionado con la ecuación «Constitución-norma rectora del litigio», impone analizar, a la luz del artículo 161, 1 a) de la Ley Fundamental y 125 de la LOTC, las condiciones que deben concurrir para su procedencia.

1. Que se cuestione la inconstitucionalidad de una «norma con rango de ley».

Dentro de tal concepto deben comprenderse no sólo propias leyes, sino también aquellas otras normas que tengan fuerza de Ley; las Leyes Orgánicas, Estatutos de Autonomía, por cuanto, con independencia de su especial procedimiento de elaboración, formalmente dimanen de las Cortes Generales ostentando rango de Ley Orgánica, Leyes ordinarias, Leyes autonómicas, emanadas de las Asambleas legislativas o Parlamentos de las Comunidades Autónomas, según el artículo 152, 1 de la Constitución y artículos, por ahora, 25 del Estatuto para el País Vasco (Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre) y 30 del Estatuto de Autonomía de Cataluña (Ley Orgánica 4/1979,

de 18 de diciembre), Decretos legislativos (artículo 82, 1 de la Constitución), Decretos-Leyes (art. 86, 1 de la Constitución), Disposiciones normativas con fuerza de Ley, emanadas de las Comunidades Autónomas.

2. Que dicha norma con rango de Ley, cuyo catálogo hemos indicado, sea «contraria a la Constitución».

Conviene destacar que inconstitucionalidad no equivale tan sólo a pugna con la Constitución en sentido estricto, sino con su marco normativo. De aquí que se estime de aplicación lo dispuesto en el artículo 28 de la LOTC, del que se obtiene que «para apreciar la conformidad o disconformidad de una Ley, disposición o acto con fuerza de Ley del Estado o de las Comunidades Autónomas; el Tribunal considerará, además de los preceptos constitucionales, las Leyes que dentro del marco constitucional se hubieren dictado para delimitar las competencias del Estado y las diferentes Comunidades Autónomas o para regular o armonizar el ejercicio de las competencias de éstas».

3. Que la norma sea «aplicable al caso». Desde el momento en que no estamos en presencia de un proceso puro de inconstitucionalidad, sino de un incidente previo a la decisión de un proceso, el tema solamente puede plantearse en tanto en cuanto la norma cuya constitucionalidad haya de debatirse haga relación al supuesto litigioso, ya que, en otro caso, sólo tendría cauce a través del recurso puro de inconstitucionalidad.

4. Que de la «validez» de la norma dependa el fallo, es decir, que se produzca una relación inmediata de causa a efecto entre la norma cuestionada y el fallo del litigio.

Sobre estas condiciones de carácter sustantivo se plantea al Ministerio Fiscal la oportunidad procesal para participar en este recurso que previene el artículo 163 de la Constitución y desarrolla el Capítulo III de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Porque ni aquel ni éste legitiman al Ministerio Fiscal como Instituto para plantear la cuestión, sino sólo en cuanto se halle procesalmente implicado en el proceso.

Si bien ante el Tribunal Constitucional el recurso lo presenta el Juez o Tribunal que esté conociendo de los Autos, sólo cuando se halle concluso el procedimiento, y dentro del plazo para dictar Sentencia, el impulso puede ser de oficio o a instancia de parte.

De aquí que el Ministerio Fiscal pueda instarlo en aquellos procesos civiles, penales, contencioso-administrativos o laborales en que por aplicación de las normas procesales respectivas o del Estatuto del Ministerio Fiscal esté interviniendo.

Ahora bien, al margen de esta posible participación activa y promotora el Ministerio Fiscal, ya como tal, en todo caso y cualquiera que sea o no sea su participación en el proceso, tiene que ser oído.

Con antelación a la decisión judicial, dice el artículo 35, 2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, «se oirá a las partes y al Ministerio Fiscal». La audiencia al Ministerio Fiscal es, por tanto, imperativa por la razón obvia de tratarse de tema que afecta a la legalidad.

El procedimiento así establecido ampara la decisión del Juez, que no puede ser impugnada por recurso alguno. Sin embargo (35, 2 LOTC), «la

cuestión de inconstitucionalidad podrá ser intentada de nuevo en las sucesivas instancias o grados en tanto no se llegue a Sentencia firme».

No especifica aquí la Ley quiénes están legitimados para postular en esas sucesivas instancias o grados el planteamiento de la cuestión. Sin embargo, de suyo viene que lo estarán quienes sean parte en la instancia de que se trate o, en su caso, en trance de casación. En cuanto al Ministerio Fiscal, debe entenderse que si en su audiencia en la primera o anterior instancia emitió dictamen en favor del planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad podrá también postularla, con independencia de que al ser intentada de nuevo la cuestión el Tribunal o Juzgado que en la nueva instancia o grado esté conociendo reproduzca de nuevo la audiencia del Fiscal, lo que creemos que deberá hacer, ya que la pretensión reproducida habrá de seguirse por los mismos trámites y procedimientos relacionados.

Planteadas la cuestión y recibidas las actuaciones en el Tribunal Constitucional la intervención del Fiscal General del Estado se produce en dos momentos conforme al artículo 37 de la LOTC:

a) En trámite de admisión.

a) Una vez admitida, en trámite de sustanciación, para que se persone en el procedimiento y formule alegaciones.

No cabe hacer advertencia alguna respecto a los trámites de admisión o audiencia sobre el fondo ante el Tribunal Constitucional, por cuanto ellos dependen, como se ha dicho, de mi autoridad, pero sí proceden algunos comentarios en cuanto a la presencia, actuación y decisión de las Fiscalías en la promoción, en su caso, audiencia y reproducción del dictamen en cuanto proceda.

Por principio para el Ministerio Fiscal —custodio de la legalidad—, mientras otra cosa no diga el Tribunal Constitucional, la Ley es la Ley. Claro es que la primera de todas es la Constitución y, por tanto, sin desviarse de su función, puede y debe impugnar la aplicación de toda aquella que, por muy alto que sea su rango, pueda considerar contradictoriamente incidente con la Ley Fundamental.

Tres son los supuestos con los que pueden enfrentarse las Fiscalías: solicitud del planteamiento de la cuestión cuando esté legitimado como parte, dictamen en audiencia ante el planteamiento ajeno y reproducción del dictamen (si hubiese sido positivo) en instancia o grado superior.

En el primer supuesto —Fiscal parte y postulante del recurso— es indispensable recabar mediante un sucinto informe la conformidad de esta Fiscalía General: antecedentes, razonamientos y consecuencias de la aplicación o no aplicación de la norma cuestionada junto con los documentos que avalen el informe.

En el segundo —la audiencia obligada del artículo 35,2— pueden las Fiscalías dictaminar conforme a su propio criterio, sin necesidad de consulta escrita ni siquiera de consulta. Ello no es óbice si, para mayor certeza en el servicio, se prefiere la telefónica optativa. En todo caso, decidida la cuestión, se informará a esta Fiscalía para la vigilancia y conocimiento de cuantas cuestiones se hallen en trámite en todos los Juzgados y Tribunales de España.

Como en este caso el informe, aun posterior, habrá llegado a la Fiscalía General del Estado, ésta viene obligada a estudiarlo, quedando a su arbitrio formular las advertencias que le sugiere la actuación de la Fiscalía respectiva, con lo que para el tercer supuesto —reproducción ulterior de la pretensión— podrá orientar a todas sobre la actitud a seguir.

Queda así orientada esta primera andadura de la cuestión de inconstitucionalidad promovida constante proceso, siempre a título de ensayo, frente a una normativa cuyo desarrollo cuantitativo y cualitativo es por ahora un arcano.

A reserva de completar esta Circular con las dudas o consultas que pueda promover su lectura o surjan de la experiencia se fija la postura del Ministerio Fiscal, ante la pronta y trascendente iniciación de las funciones del Tribunal Constitucional, con las anteriores consideraciones a las que deberá atenerse.

Madrid, 23 de junio de 1980.

CIRCULAR NUM. 4/1980

SOBRE LA APLICACION DE LA LEY ORGANICA 10/1980, DE 11 DE NOVIEMBRE, DE ENJUICIAMIENTO ORAL DE DELITOS DOLOSOS, MENOS GRAVES Y FLAGRANTES

Publicada en el «Boletín Oficial del Estado» del 21 de noviembre de 1980 la Ley Orgánica 10/1980, de 11 de noviembre, sobre enjuiciamiento oral de delitos dolosos, menos graves y flagrantes se hace imprescindible, al objeto de unificar los criterios jurídico-procesales que siempre deben presidir la actuación del Ministerio Fiscal, dictar normas generales sobre la interpretación de algunas de sus disposiciones que por su trascendencia y por no aparecer lo suficientemente explícitas pueden dar lugar a que el Ministerio Fiscal adopte posiciones no coincidentes e incluso contrapuestas. Esta línea única interpretativa que aquí se proclama es meramente provisional, pero informará, por ahora y desde luego, nuestra actitud ante la aplicación de la Ley, sin perjuicio de que si la experiencia lo aconsejare se puedan variar los puntos de vista expuestos o afrontar «ex novo» otros problemas no planteados.

En general, debe destacarse que este nuevo procedimiento, de amplio contenido, tiene su causa en la necesidad de dar una mayor celeridad al enjuiciamiento de las conductas antijurídicas situadas en primera línea de la progresión delictiva. En él, y en aras de una justicia inmediata y efectiva, se acentúan los principios de concentración y oralidad y se traslada en buena medida el centro de gravedad de la investigación judicial estricta a la investigación policial. La rapidez que se pretende podrá conseguirse si el Ministerio Fiscal muestra una atención preferente, interviniendo en todas sus fases de manera constante y cuidadosa, evitando las diligencias de prueba inútiles y las prácticas irregulares, capaces de desencadenar demoras injustificadas en la tramitación.

Las materias que ofrecen un mayor interés son las siguientes:

1. *Iniciación del procedimiento.*

Es claro que en esta línea no se aparta la Ley de la norma común en nuestro ordenamiento jurídico. Están previstas tanto la iniciación *ex officio* (art. 3,1) como la denuncia y la querrela (art. 3,3), que se desenvolverán por los cauces que establece la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Mas la cuestión, importante en la práctica, es otra. En la Ley están expresamente previstas (arts. 3 y 4) actuaciones judiciales anteriores al momento en que se dicte por el Juez el auto de incoación del nuevo proceso conforme al artículo 4,1. Ahora bien, esas diligencias practicadas *medio tempore*, ¿bajo qué signo procesal estarán abarcadas? Inequívocamente deben excluirse las diligencias indeterminadas. Tampoco ofrecerá dudas que cuando el hecho esté claramente adscrito al nuevo procedimiento, desde el principio ésta será la única vía a seguir. Es problemático, sin embargo, la existencia de diligencias previas. La solución será ésta: dado el carácter supletorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (disposición final primera) y la remisión al procedimiento de urgencia (art. 4,2), las diligencias previas no son esencialmente incompletas con el nuevo procedimiento. Pero tendrán un doble límite en garantía de la rapidez que se persigue. De un lado, que sólo procederán cuando existan fundadas dudas en orden a si el delito perseguido se sitúa en el radio de la nueva Ley y, de otro, que la permanencia de las diligencias previas en tal estado ha de ser necesariamente breve.

2. *Ambito de aplicación de la Ley.*

A) En un orden temporal.

La Ley está sujeta al sistema de *vacatio* legal (art. 2,1 del Código Civil). No hay, pues, cuestión de que se aplicará a los delitos cometidos a partir de su vigencia. Mas, ante la falta de normas de transición, es preciso aclarar si la entrada en vigor de la Ley afecta de algún modo a los procesos pendientes por hechos incluidos en su esfera y si se extiende a los procesos iniciados bajo su vigencia, pero por hechos anteriores. El principio de la irretroactividad de las Leyes es acogido por el Código Civil (art. 2,3) y la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos es un valor garantizado por la Constitución (9,3); como la nueva Ley no ofrece mayores garantías procesales, será inaplicable a los procedimientos en tramitación cualquiera sea su etapa procesal; tampoco a los que se inicien tras su vigencia por hechos *ex ante*, dado que ello implicaría una retroactividad al menos en grado mínimo o atenuada.

B) En un orden sustancial.

A tenor del artículo 1,1 la Ley se aplica a los delitos dolosos perseguibles de oficio. En consecuencia, la extensión de la Ley por razón de la naturaleza del delito o por la legitimación para instar el procedimiento debe ser considerada como cuestión pacífica. Los denominados delitos semipúblicos acampan más allá del marco de esta Ley. Tampoco hay cues-

ción en torno al concepto de delito flagrante (art. 779, 1.ª, inciso segundo de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

Norma a interpretar es la expresada en el artículo 1,1, primero en estos términos; «Los castigados con pena privativa de libertad no superior a seis meses o con cualesquiera otras penas de distinta naturaleza, bien sean únicas, conjuntas o alternativas, siempre que su duración no exceda de seis años.» ¿A qué delitos dolosos y perseguibles de oficio se contrae el nuevo procedimiento? Los índices que la Ley tiene en cuenta son el carácter de la pena y el del *quantum* de la penalidad asignada al delito de que se trate. Con estos datos es necesario distinguir:

a) Los castigados con *pena privativa de libertad* no superior a seis meses (art. 1,1, primero) o no superior a seis años si el inculcado posee antecedentes penales cualificados (art. 1,2, primero), esto es, si concurre la multirreincidencia en partícipes de delitos cuya sanción sea la de arresto mayor (art. 61,6 del Código Penal).

b) Los delitos castigados con penas de distinta naturaleza a las privativas de libertad siempre que su duración no exceda de seis años (art. 1,1, primero). Se extiende así el procedimiento a ciertas penas privativas de derechos y restrictivas de libertad, ya sean únicas, conjuntas o alternativas.

Entre las penas privativas de derechos se halla la de privación del permiso de conducir. Como su condición de pena grave deriva de estar comprendida entre tres meses y un día y diez años (arts. 28,1 y 30, párrafo último del Código Penal), término final que excede del preestablecido en la norma que se examina, es cuestionable si es hábil para incluirla en el ámbito objetivo de este procedimiento. Debe resolverse en sentido positivo, ya que tan sólo en dos delitos dolosos se prevé (arts. 340 bis a) y 516 bis), no excediendo en ninguno de ellos de cinco años. Para el delito que define el artículo 340 bis a) se exceptúa el supuesto singular de la privación definitiva que, en consecuencia, no encaja en esta Ley.

Las demás penas privativas de derechos, al tener fijada su duración de modo absolutamente determinado no presentan dificultades. Incluso la pena de privación de la licencia de caza que aparece en el artículo 42 de la Ley de Caza debe comprenderse en el nuevo procedimiento, de un lado, porque ante el silencio de la Ley ésta no debe circunscribirse sólo a los delitos tipificados en el Código Penal, sino también a los que definen leyes penales especiales, y, de otro lado, porque la duración de la privación de la licencia de caza no excede de tres años.

c) La multa figura en el Código Penal como pena única o acompañando a otras de diversa naturaleza. Así, frente a la multa, pena única, en cuantía fija o proporcional, están las multas conjuntas, con penas privativas de derechos, privativas de libertad o restrictivas de libertad. Tampoco es ajena al Código Penal la multa como pena alternativa. La pena de multa no aparece *nominatim* ni entre las penas abarcadas ni entre las excluidas de este procedimiento. Puede pensarse en su eliminación si se interpreta literalmente el giro «siempre que su duración no exceda de seis años» que emplea la Ley (art. 1,1, primero, inciso final). Sin embargo, militan en favor de su inclusión otras razones. Por lo pronto, en el término «cualquiera otras penas de distinta naturaleza» están también las pecuniarias. Es más,

si la multa no es pena que se traduzca directamente en una duración determinada, es lo cierto que a través de su incumplimiento se opera la conversión en pena privativa de libertad de carácter subsidiario, enmarcada en el ámbito propio de la Ley (art. 91 del Código Penal). Nótese además que buena parte de los delitos dolosos sancionados con arresto mayor o con penas privativas de derechos o restrictivas de libertad conllevan la pena de multa, por lo que si ésta funcionara como factor excluyente la Ley perdería su eficacia. Tampoco es desaprovechable el argumento lógico de que al procedimiento se sujetan penas de mayor entidad que la multa, que, en cuanto última pena de todas las escalas graduales (art. 74 del Código Penal), es la inmediatamente inferior al arresto mayor, la suspensión y la caución.

La caución, también omitida, es pena incluida porque el destierro, restrictiva de libertad no superior a seis años, es la solución legal subsidiaria para el incumplimiento de la caución (art. 44), que tampoco puede exceder de seis años (art. 30).

d) Delitos flagrantes, también dolosos y *ex officio*. En los delitos no flagrantes la pena privativa de libertad tipo no puede desbordar el tope de los seis meses, salvo la hipótesis de multirreincidencia, en que el límite se sitúa en los seis años (art. 1,2, primero). Los delitos flagrantes cuentan con un régimen único e invariable en el *quantum* de la concreción punitiva, por lo que si concurrese la multirreincidencia el procedimiento a seguir sería el ordinario.

Indiquemos aquí que en los delitos no flagrantes cuya pena privativa de libertad sea la de arresto mayor, si concurre con privativa de derechos o restrictiva de libertad y fuere de apreciar la plurirreincidencia su exclusión del procedimiento es manifiesta, pues aunque la privativa de libertad no puede exceder de presidio o prisión menor, como excederían de seis años las conjuntas, restrictivas o privativas de derechos se vulneraría el artículo 1,2, primero, declarativo de que no pueden imponerse penas —cualquiera sea su naturaleza—, cuya duración exceda de seis años y, efectivamente, sobrepasan ese límite las superiores en grado a la suspensión y el destierro.

e) Las faltas, sean o no incidentales, que puedan imputarse al autor de los delitos se encuadran también en este procedimiento (art. 6,1, segundo de la Ley en relación con el art. 800,3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

f) Exclusiones de distinta naturaleza están comprendidas en el artículo 1,2, segundo. En todo caso, los delitos atribuidos al conocimiento de la Audiencia Nacional y Juzgados Centrales. También aquellas otras infracciones punibles que por razón de la materia están sujetas a normas especiales de competencia. Del propio modo se excluyen los delitos cuyo autor sea titular de alguno de los fueros personales reconocidos en las leyes.

g) La terminante declaración contenida en el artículo 2,1 de que «serán competentes para el conocimiento y fallo de estas causas los Jueces de Instrucción del Partido en que el delito se haya cometido» permite dudar de si serán o no aplicables a este procedimiento las reglas de conexidad de los artículos 17 y 18 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Mas, a pesar

de aquel tono imperativo y dada la unidad de objeto en el proceso penal, deben rechazarse los procedimientos separados, por lo que, mediando conexasidad homogénea, la concurrencia en unas mismas diligencias de delito doloso decididamente sometido a esta Ley y delito excluido por razón de la pena o de su naturaleza deberá resolverse en favor de la tramitación que más garantías ofrezca, que no será en ningún caso el nuevo procedimiento oral.

En síntesis se comprenden en el nuevo procedimiento:

— Todos los delitos dolosos perseguibles de oficio penados con arresto mayor, destierro, represión pública, suspensión, privación del permiso de conducir, caución y multa cualquiera fuere su cuantía. De igual modo, los castigados con presidio o prisión menor por aplicación del artículo 61.6.

— Delitos flagrantes sancionados con penas que no excedan de seis años.

— Las faltas imputables a los autores de los delitos sean o no incidentales.

Por exclusión, no están sometidos al nuevo procedimiento:

— Los delitos culposos.

— Los perseguibles a instancia de parte exclusivamente y aquellos para cuyo castigo es necesaria la denuncia del ofendido o personas señaladas por la ley penal.

— Los delitos fiscales (art. 319 del Código Penal), que sólo son perseguibles a instancia de la Administración, de acuerdo con el artículo 37 de la Ley 50/1977, de 14 de noviembre, sobre medidas urgentes de reforma fiscal.

— Los delitos que por aplicación de la regla 6.ª del artículo 61 resulten sancionados con pena que exceda de seis años.

— Aquellos cuyo conocimiento compete a la Audiencia Nacional o los Juzgados Centrales o estén sujetos a normas de competencia de carácter especial por razón de las personas o de la materia.

3. *Cuestiones procesales.*

A) Fases de investigación e intermedia.

Aun cuando el artículo 4.º establece, en terminología clásica, que del atestado se remitirá copia al Ministerio Fiscal, es lo cierto que la función que se asigna a la Policía Judicial rebasa claramente aquellos límites en el sentido que le da la Ley de Enjuiciamiento Criminal. El atestado policial ya no ofrece tan sólo el carácter de diligencias de prevención, por cuanto el Juez está facultado para delegar buena parte de las funciones propiamente instructoras de la Policía Judicial al ordenarles que «se lleven a cabo los actos de investigación que sean pertinentes con arreglo a la Ley de Enjuiciamiento Criminal» (art. 3, 1). Ello supone la confección de un atestado de amplio contenido que debe facilitar un escrito de acusación muy aproximado a la realidad y proporcionar los medios que constituirán el punto central del juicio oral. Por esta mayor importancia procesal del atestado y

por la ausencia de una verdadera fase de instrucción al Ministerio Fiscal, en la que pueda pedir la práctica de diligencias de investigación, es muy deseable que se incrementen las relaciones con la Fiscalía Judicial.

Cuáles sean esos actos de investigación a que se extiende ahora la competencia de la Policía Judicial es materia que la Ley silencia, pero, dada la amplitud del término, tendrán cabida en ellos no sólo las declaraciones de responsables presuntos y de testigos, sino también otras diligencias de carácter real, como inspecciones oculares que no comporten conocimientos superiores, informes periciales sobre autenticidad de documentos, descripción, naturaleza y gravedad de las heridas, valoración aproximada y provisional de lo sustraído en delitos contra la propiedad, etc. Todo ello repercutirá en la fase procesal posterior y contribuirá tanto a la determinación del procedimiento aplicable como a la redacción de un escrito de acusación próximo a la verdad material.

De otra parte, el artículo 3,2 dispone, limitadamente, que el Juez podrá reclamar certificaciones de antecedentes penales y de nacimiento; ello no es suficiente para perfilar la totalidad de las estructuras delictivas. En los delitos contra la propiedad y en los de lesiones especialmente son elementos condicionantes las tasaciones y los informes de Sanidad, pues de tales datos dependerá la iniciación de este procedimiento o la formación de sumarios. No parece medida procesal irregular la práctica de estas diligencias, que evitarían las suspensiones de señalamientos conforme al artículo 9.

Si para los procesos *ex officio iudicis* el Juez puede delegar en la Policía Judicial la conclusión de los actos de investigación, el artículo 3, 3 considera los otros actos de iniciación, precisando que habiéndose presentado querella, si fuere admitida, o denuncia el Juez resolverá con arreglo a la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Como se trata de querellas admitidas y de denuncias no rechazadas la referencia a la Ley de Enjuiciamiento Criminal habrá que centrarla en las diligencias propuestas en tales escritos, de donde se desprende que en la labor investigadora ya no existe únicamente una relación de subordinación autónoma entre autoridad judicial-Policía Judicial, pues deberán practicarse, por regla general, las diligencias propuestas en la querella (arts. 311 y 312 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), pudiendo el querellante intervenir en todas las diligencias del sumario (art. 316 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), con lo que si se pierde en rapidez puede ganarse en eficacia probatoria.

La obligación de la Policía Judicial de remitir al Ministerio Fiscal copia del atestado (art. 4) sólo estará completa si comprende también las diligencias ampliatorias que practiquen por su iniciativa o en cumplimiento de órdenes recibidas.

Concluidas las diligencias de investigación se entregan al Juez. Puede decidir que no corresponde continuar los trámites de este procedimiento y ordenar la iniciación del que corresponda o el archivo de las actuaciones; se procederá conforme al artículo 789 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (art. 5, 2).

Mas el Juez puede entender que el procedimiento es adecuado. En este supuesto, recibidas las diligencias y después de oír la declaración del deteni-

do o del presunto responsable «dará traslado simultáneo de las nuevas actuaciones, originales o por fotocopia, al Ministerio Fiscal y de todas ellas a la acusación particular si estuviera personada (art. 5, 1, párrafo segundo). Antes habrá resuelto sobre la situación personal del imputado (art. 5, 1).

De igual modo, si no lo hubiera hecho ya, se ofrecerá el procedimiento al presunto perjudicado, «pero la falta de esta diligencia no paralizará el procedimiento ni impedirá la celebración del Juicio oral» (art. 5, 1, inciso tercero), precepto que se halla en desarmonía con los artículos 109, 110 y 783 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Las decisiones del Juez previstas en el artículo 5, 1 y 5, 2 deberá adoptar la forma de auto motivado.

El ofrecimiento de acciones al perjudicado no es diligencia esencial, ya que tiene carácter facultativo; si se ha hecho el ofrecimiento no existe un plazo para personarse en el proceso.

En un orden práctico, la actuación del Ministerio Fiscal en este momento del proceso se orientará así:

— Recibido en la Fiscalía el atestado, la copia de la querrela o la denuncia se abrirá carpeta, en la que se incluirán los documentos referidos y se anotarán los datos necesarios para la identificación del procedimiento.

— Una vez recibidas en Fiscalía las *nuevas actuaciones* a que alude expresamente el artículo 5, 1, párrafo segundo, se incorporarán a la carpeta, pasando ésta de inmediato al Fiscal, que, con arreglo a las normas de reparto de asuntos penales, debe encargarse del despacho.

— Con los antecedentes mencionados en los incisos que preceden el Fiscal deberá preparar la minuta de escrito de acusación si procediere y, en otro caso, adoptar la decisión que corresponda.

— Especial atención deberá prestarse a la situación personal del presunto responsable, solicitando la prisión cuando, siendo procedente, no fuera acordada, y la libertad cuando así resulte de las normas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Recibidas por el Ministerio Fiscal las diligencias que forman el contenido del procedimiento cuenta con un plazo de tres días para adoptar necesariamente una de estas tres soluciones (art. 6,1, inciso inicial): solicitar el archivo de las actuaciones, instar la transformación del procedimiento o formular escrito de acusación. No hay más opciones posibles cualesquiera fueran su naturaleza. No procede, por consiguiente, la petición de practicar diligencias de prueba para mejor precisar cuál de las soluciones alternativas que se ofrecen en la Ley es la más ajustada a los hechos. La práctica de las pruebas se deja para el juicio oral.

— La solicitud de transformación del procedimiento vendrá dada por el resultado de las diligencias. Tal petición deberá ser acogida por el Juez mediante el oportuno auto. Mas puede suceder que el Ministerio Fiscal pida el cambio de procedimiento en tanto que la acusación particular formula escrito de acusación; en tal caso el instructor puede decidir, en la línea del artículo 780, párrafo segundo, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la inadecuación del procedimiento (art. 791, 4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), dictando la oportuna resolución. En un plano teó-

rico, si la acusación particular, discrepando del Ministerio Fiscal, presenta escrito de acusación el Juez puede «señalar la fecha de celebración del juicio» (art. 7, 1, 1). La eventualidad de la opción por esta alternativa, aunque pueda contar con un apoyo literal, no está en consonancia con los principios de un proceso totalmente alejados de las garantías que ofrece el procesamiento y supondría una expresa quiebra del principio del monopolio de la acusación del Ministerio Fiscal, pues queda en manos de la acusación particular la procedencia del trámite que en lo sucesivo deba darse al proceso.

— Tampoco, a falta de acusación particular, ofrece problemas el archivo. Si hay acusador particular que frente al archivo del Ministerio Fiscal, presenta escrito de acusación también a tenor del artículo 7, 1 el Juez debe fijar fecha para la celebración del juicio, pues estando prevista esta solución no cabrá acudir al artículo 791, 3.ª, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Estas actitudes procesales antitéticas pueden no ser definitivas, pues como el Fiscal debe asistir al Juicio, eventualmente y ante un posible resultado de las pruebas favorable a la tesis acusatoria, deberá formular calificación acusatoria.

— No existe para el Ministerio Fiscal y las partes acusadoras escrito de calificación provisional, pero sí para las defensas (art. 7, 2.ª, párrafo último); se ha sustituido por el escrito de acusación, cuyo contenido obligatorio es el reflejado en el artículo 6, 1, que difiera del artículo 650 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. La calificación propia la reserva la Ley para el juicio oral. Llama la atención que el escrito de acusación no contenga unos hechos de los que poder extraer una concreta imputación, pero tanto ésta como las circunstancias no son imaginables sin un relato fáctico. Parece, pues, indispensable que el escrito de acusación deba contener un resumido relato de hechos, único modo de dar sentido lógico a los artículos 7, 2 y 10, 2, que prevén la conformidad en dos momentos procesales distintos, pues no se comprende cómo el acusado y la defensa podrán llegar a conformarse si desconocen el hecho imputado. Además la descripción de unos hechos es el único medio de fijar y deslindar el objeto procesal y el antecedente indispensable para que las conclusiones de la defensa puedan resultar eficaces.

Para dar una mayor agilidad a este trámite las Fiscalías prepararán un formato de escrito, impreso, en el que se hagan constar los extremos que señala el artículo 6, 1—incluido un espacio para los hechos—, así como los pormenores relativos a la proposición de pruebas. Señalemos que está prevista no sólo la proposición de pruebas, sino también la práctica anticipada de las que no puedan llevarse a cabo en el juicio oral (art. 6, 1, regla quinta), que se realizarán ante el Juez (art. 8) después de haber señalado fecha de celebración del juicio oral (art. 7, 1) y antes de que transcurra el plazo de quince días (art. 9) y, si no fuera posible, cuando se trate de diligencias esenciales, se suspenderá el juicio.

Cuando el *quantum* de la responsabilidad civil no pueda establecerse en este trámite por falta de elementos probatorios se señalarán en el escrito las bases que hayan de servir para determinarla, complementando este extremo en la calificación oral en el acto del juicio.

La calificación de la defensa en caso de desconformidad deberá unirse mediante copia a la carpeta de Fiscalía y de igual modo, en su caso, el escrito de acusación particular.

El Fiscal deberá asistir a la práctica de las pruebas a que se refieren los artículos 8 y 9 si las considera esenciales y, de cualquier forma, parece conveniente que de las pruebas practicadas anticipadamente se envíe copia al Ministerio Fiscal para que pueda conocer lo actuado.

B) Juicio oral.

La confirmación del principio de oralidad, característica del nuevo procedimiento, tiene su máxima expresión en el acto del juicio oral. De esta naturaleza participan la calificación que se haga de los hechos, la decisión de las partes de no impugnar la sentencia, el fallo, la firmeza e incluso la resolución sobre condena condicional. Y, dado que es posible llegar a esta fase final del procedimiento tras un simple escrito de acusación constituido sólo sobre los actos de investigación practicados por la Policía Judicial, bien puede decirse que las pruebas de carácter propiamente judicial pueden serlo únicamente las del juicio oral. Así, se presenta este acto como el culminante del nuevo proceso, lo que le otorga una singular significación y una importancia extraordinaria. Como todas las pruebas se concentran en él, éstas proyectarán una influencia más decisiva que en los demás procesos sobre la alternativa condena-absolución.

Destacamos algunos puntos que pueden dar lugar a apreciaciones diversas:

— A tenor de la regla 2.ª, inciso segundo del artículo 10, la ausencia injustificada del responsable civil no será causa de suspensión del juicio oral siempre que hubiere sido citado personalmente y el Juez estime que existen elementos suficientes para juzgarle. Por su parte, el artículo 7, 1, 1 dispone que al señalar la fecha de celebración del juicio será citado personalmente. Está situado en la Ley en la misma postura procesal que el inculcado o acusado, lo que le da a entender que ostenta la cualidad de parte. Mas a pesar de ello, el responsable civil comparece al acto del juicio en una situación irregular. En efecto, como señala el artículo 6, 1, norma quinta, el escrito de acusación del Ministerio Fiscal debiera contener «la cantidad en que se aprecian los daños y perjuicios; en su caso, las bases para su determinación, *así como la persona o personas que considere responsables civiles*». A pesar de ello no está previsto el traslado al responsable civil de los escritos de acusación. Entendemos que esta omisión debe resolverse atendiendo a la naturaleza supletoria de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (disposición final primera) y proceder como determinan los artículos 652 y 791, 7 de la norma supletoria.

La conformidad del acusado para ser eficaz precisa de la ratificación de su defensor, pero, aun con estas garantías, el Fiscal debe vigilar que tal manifestación se preste con un conocimiento perfecto del hecho de

que se le acusa, que en ocasiones será difícil de deducir de la simple lectura del escrito de acusación.

— Las pruebas a practicar en el acto del juicio (art. 10, regla 3.ª) pueden ser de cualquiera de los tipos reconocidos y temporalmente diversas: las propuestas en el escrito de acusación, aquellas cuya práctica anticipada se haya solicitado en este mismo escrito y las solicitadas en el acto del juicio oral; el momento del juicio en que pueden proponerse estas nuevas pruebas será indudablemente el que ahora rige. Por lo demás, el Fiscal se opondrá, si lo solicitan otras partes, a las nuevas pruebas que no puedan practicarse en el acto del juicio.

— El principio de la conservación de los actos procesales ya concluidos o del *favor negotii* está plasmado en el artículo 10, 4 al establecer que si se suspendiere el juicio oral para la práctica de una prueba los actos ya realizados conservarán plena validez. El nuevo juicio continuará con la práctica de nuevas pruebas. Por supuesto, que la validez de los actos ya realizados no está condicionada a que al nuevo señalamiento haya de acudir el mismo representante del Ministerio Fiscal. Sin embargo, la solución no debe ser la misma si el Juez que suspendió el juicio no es el mismo que el que actúa en la continuación, pues faltaría la inmediatez total y elementos para juzgar. El juicio deberá reproducirse.

— El estricto contenido de la regla 5.ª del artículo 10 adquiere gran importancia. Es el momento de la concentración de la prueba en un solo sentido tras su análisis y el de la concreción de la calificación; ésta se formulará oralmente, pero sujetándose a los términos del artículo 650 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Aun cuando no se diga de modo expreso, existen dos momentos separados en el tiempo. Uno es el de la formulación oral de las calificaciones. Y otro el del informe en defensa de las pretensiones. No hay duda de que el Ministerio Fiscal y las partes acusadoras formulan una calificación oral. Pero éste no es el régimen a que deberán someterse necesariamente las defensas, porque, frente al escrito de acusación, que no se identifica con una calificación provisional, han presentado ya un «escrito de calificación provisional» (art. 7, 2, párrafo último) y, a la vista de las pruebas que se hayan practicado, puede modificarlas oralmente o elevarlas a definitivas.

Es notorio que el escrito de acusación se construirá sobre elementos probatorios a veces muy provisionales. Y que el resultado de la prueba, con mucha mayor frecuencia que en las demás modalidades de procesos, no confirmará plenamente la imputación provisoria. Habrá, así, notables diferencias entre los juicios orales celebrados bajo el imperio de esta Ley y los restantes juicios orales por delito. En aquéllos las pruebas verdaderas se practican quizá por primera vez y pueden desnaturalizar el contenido del escrito de acusación. De otro lado, si es cierto que existe un normal paralelismo o correlación entre conclusiones provisionales y conclusiones definitivas, la ecuación jurídica no es exacta cuando se trate de hallar una total congruencia entre escrito de acusación y calificación oral, ya que los antecedentes probatorios en un caso y otro son distintos.

El resultado de la prueba hace posibles estas soluciones:

— Que el hecho constituya delito que no se halle en el ámbito del nuevo procedimiento. En este caso, en armonía con el artículo 791, 8 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se suspenderá el juicio, interesándose la transformación del procedimiento. El Juez se declarará incompetente por medio de auto. No obstante, si es la acusación particular la que solicita pena que exceda de la competencia del Juez se continuará el juicio, resolviéndose en sentencia definitiva.

— Que los hechos integren delitos conexos sujetos por razón de su naturaleza o penalidad el procedimiento de esta Ley y a alguno de los otros comprendidos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. La petición será la misma que la del anterior apartado.

— Que el hecho resulte una falta. A tenor del artículo 800, 4 en relación con el artículo 791, 8 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al que se remite explícitamente el párrafo inicial del artículo 10, el Fiscal mantendrá la acusación por falta.

— Y, en fin, que el hecho no sea constitutivo de delito ni de falta. ¿Debe exigirse menos formalismo y más flexibilidad en las retiradas de acusación? No deben plantearse con nuevos criterios formales las retiradas de acusación. Una mayor flexibilidad no resultará inconveniente si se valora la naturaleza de este procedimiento. En cualquier caso, si el Fiscal actúa siempre bajo los principios de legalidad e imparcialidad y sólo acusa justificadamente no debe acusar injustificadamente, más cuando los confines entre las situaciones de responsabilidad-irresponsabilidad sean tenuous es procedente consultar con el Fiscal-Jefe tras solicitar la suspensión del juicio.

— La regla 6.ª del artículo 10 modifica las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en el punto concreto de la apreciación de las pruebas en la sentencia. Con la expresión de que el Juez «... dictará sentencia en la que se recogerán de manera expresa la pruebas practicadas y su resultado», ha desaparecido virtualmente la sentencia basada en el juicio de conciencia del juzgador, sustituido por el sistema de la prueba valorada razonablemente. El interés de esta norma no es puramente teórico, pues su infracción puede ser causa que legitime la interpretación del recurso de apelación.

— Al terminar el juicio oral el Juez podrá anticipar oralmente el fallo (art. 10, 6, párrafo segundo) y si el Fiscal y las otras partes expresan su decisión de no recurrir, el Juez en el mismo acto decretará la firmeza de la sentencia (art. 10, 7). En estos supuestos de «notificación» oral del fallo el Fiscal no debe expresar su decisión de no recurrir. Ello evidentemente implica un riesgo, porque, aun coincidiendo el fallo con las penas solicitadas, la sentencia puede adolecer de incongruencia o de defectos de fondo o de forma, capaces de desencadenar un recurso; es en el acto de la notificación formal a las partes cuando realmente se conocen y pueden ponderarse los argumentos jurídicos utilizados y la interpretación de las pruebas.

También aquí se desconoce al responsable civil subsidiario a pesar de su condición de parte. Se omite su conformidad para no recurrir.

C) Recurso de apelación.

El Fiscal que actuó en el juicio oral cuidará del estudio de la sentencia dictada. Serán recurridas aquellas disconformes con las conclusiones fiscales que por los hechos declarados probados (que deben estar razonados a tenor de la regla 6.ª del art. 10) o por la calificación jurídica efectuada por el juzgador hayan conducido a un fallo que sea necesario modificar por el pertinente recurso ante la Audiencia Provincial.

El Fiscal recurrente cuidará del cumplimiento de las normas señaladas en el artículo 11 de la nueva Ley y en el artículo 792 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en la interposición del recurso.

Especial atención, sobre todo en los recursos instados por los Fiscales de Distrito ante los Juzgados de la Provincia, deberá ponerse en la remisión con la mayor urgencia del emplazamiento ante la Audiencia Provincial para que la Fiscalía de la Audiencia pueda proceder a la oportuna personación en plazo.

D) Ejecución de sentencias.

Tan pronto como la sentencia sea firme se procederá a su ejecución en la forma establecida en el artículo 803 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (art. 11, 3). Aunque la norma remitida es incompleta, incluso en el orden penal, la ejecución estrictamente penal de las sentencias (privaciones de libertad, privaciones de derechos, sanciones pecuniarias, etc.) no se apartará de las reglas generales. Sin embargo, la ejecución de la responsabilidad civil en algún caso no será siempre de fácil práctica. Deriva esta cuestión del artículo 6, 1, norma quinta, cuando declara que el escrito de acusación deberá contener el extremo relativo a la «cantidad en que se aprecian los daños y perjuicios o, *en su caso, las bases para su determinación*». Si persisten las mismas circunstancias la calificación formulada oralmente en el acto del juicio oral tendrá un contenido idéntico y la sentencia que recaiga, si es conforme en ese punto, forzosamente deberá resolver todas las cuestiones referentes a la responsabilidad civil (art. 742, párrafo segundo de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), mas si ésta todavía no se ha individualizado, también la sentencia se limitará a señalar las «bases para su determinación». El procedimiento para liquidar la responsabilidad civil así perfilada será aquel a que se remite el artículo 984, párrafo tercero de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; en particular, estaríamos en el caso del artículo 928 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que prevé los trámites para la ejecución de sentencias que hubieren condenado al pago de daños y perjuicios sin fijar su importe en cantidad líquida, háyanse establecido o no en ella las bases para la liquidación.

4. Intervención de los Fiscales de Distrito en el proceso.

Con fundamento en los breves plazos y en la ineludible inmediatez, puede ser necesario, pero de modo excepcional, delegar en los Fiscales de

Distrito las funciones que la Ley encomienda al Ministerio Fiscal; de esta manera se reforzaría la actividad de los Fiscales de Distrito para actuar como eficaces auxiliares del Fiscal. Mas lo cierto es que no todas las provincias están regidas por las mismas necesidades. La intensidad del trabajo, la distribución geográfica y las comunicaciones, así como el número de funcionarios, serán índices esenciales para determinar la amplitud de su intervención, que contará siempre con el control directo e inmediato del Fiscal de la Audiencia respectiva, a quien se confieren la iniciativa y las directrices generales, sin perjuicio de observar estos principios:

— No podrán actuar en el procedimiento los Fiscales de Distrito sustitutos que no sean Letrados.

— Los escritos de acusación deberán formularse por los Fiscales de la Audiencia a la vista del contenido de las diligencias correspondientes.

En los casos de delegación los Fiscales-Jefes de las Audiencias procurarán, siempre que la plantilla de la Fiscalía lo haga posible, que por uno de los Abogados Fiscales se realicen visitas periódicas a los Juzgados de Instrucción de la provincia, orientando la actividad de los Fiscales de Distrito e incluso asistiendo a los juicios orales que considere oportuno, principalmente en los Juzgados de ciudades importantes que no sean capitales de provincia.

— La calificación al hacerse *in voce* en el acto del juicio oral escapa, por supuesto, al posible trámite del «visado» por el Fiscal de la Audiencia, dato importante si se tiene en cuenta la posibilidad de solicitar penas de hasta seis años.

En el supuesto de estimarse procedente la modificación de la pena solicitada en el escrito de acusación, y sobre todo en el caso extremo de reiteradas de acusación, los Fiscales de Distrito actuantes deberán atenerse a las instrucciones que el Fiscal-Jefe de la Audiencia les haya dado para tales hipótesis excepcionales, solicitando, en su caso, la suspensión del juicio oral a fin de evacuar rápida consulta con el Fiscal de la Audiencia.

Madrid, 19 de diciembre de 1980.

BIBLIOGRAFIA

RÉVISTA DE LIBROS

ARMIN KAUFMANN: "Teoría de las normas. Fundamentos de la dogmática penal moderna", Depalma, Buenos Aires 1977, 403 págs. (Traducción de E. Bacigalupo y E. Garzón Valdés de la obra "Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie: Normlogik und moderne Strafrechtsdogmatik", Otto Schwartz Göttingen 1954).

1. Todas las ramas del saber, quizá con la excepción de una parte de la teoría de las ciencias y de la teoría sociológica de los sistemas, aparecen hoy dominadas por el pensamiento normativo. Desde la lógica deóntica hasta la ética, pasando por la teoría sociológica de la acción se inspiran en la confrontación entre *norma* y *acción*. Dentro de este universo de saberes, el fenómeno del Derecho no podía ser una excepción. Precisamente su proximidad sustancial a la Ética ha hecho del Derecho objeto idóneo donde ensayar modelos de configuración social conforme a criterios normativos y de teoría de la acción; frente a esta tradición, se explica que en momentos de eclosión de corrientes antinormativas sea el Derecho, antes incluso que la Ética, materia sobre la que canalizar la crítica. No es este el lugar de buscar explicaciones al hecho del resurgir del pensamiento normativo (por ejemplo en la Ética), pero sí de recordar que el pensamiento antinormativo no ha hecho grandes conquistas ni ha logrado penetrar en todos los ámbitos en que lo ha intentado. Concretamente en Derecho penal puede decirse que, permítasenos una expresión vulgar, ha sido mucho mayor el "ruido" que las "nueces".

Kaufmann se ha preguntado, en primer lugar, por la *existencia* de las normas tal como las entiende Binding. Las respuestas a esta pregunta pueden ser múltiples, y el mismo Kaufmann ha aludido a la ambigüedad de la respuesta (que se corresponde con la ambigüedad de la pregunta). La respuesta más simple es la siguiente: La teoría de las normas es una forma de pensar el Derecho, y como tal ha sido empleada por el legislador histórico y el legislador actual. Este hecho ha de ser aceptado, y todo aquél que pretenda rechazar el pensamiento normativo ha de dirigir sus recomendaciones al legislador del futuro. El Derecho actualmente existente no puede ser pensado sin una teoría de las normas, que le subyace. No obstante, esta respuesta parece incompleta. Y hoy, dominados por la idea de política criminal, parece necesario completar aquella respuesta. Satisfacer esta exigencia no sólo parece obligado sino, además, altamente sugestivo. Para mí, más importante que las reflexiones hechas por Kaufmann al principio de la investigación, es una consideración que éste hace en el capítulo cuarto. Allí, al estudiar el contenido del reproche de culpabilidad, sostiene Kaufmann que lo que se reprocha al autor es que la lesión del bien jurídico originada por un

comportamiento ilícito se haya realizado por quien actuó con capacidad de haberlo evitado; y que para llevar a cabo tal juicio no es suficiente con un juicio de valor sobre la conformidad a Derecho o no de tal comportamiento, sino que es necesaria además una *teoría de las normas* "que permita atender a la formación de la libertad en Derecho penal en confrontación entre la valoración contenida en la norma y la concreta formación de voluntad del obligado". ¿Qué significa la alusión hecha por Kaufmann a la teoría de las normas en este contexto?

Una respuesta fácil a esta pregunta sería: Lo que aquí se decide es un punto de partida *liberoarbitrista*. Ello, sin embargo, es incierto; y, en cualquier caso, incompleto. Se puede partir de una teoría de las normas y, sin embargo, rechazar el agnosticismo indeterminista, como han hecho algunos autores, contemplando a la norma penal como norma de motivación desde una perspectiva de prevención general que coincide con el rechazo de la idea de culpabilidad. Se puede partir, por otro lado, de una especie de "iusnaturalismo" penal en base al cual los reactivos del delito serán medidas compensatorias en beneficio del propio delincuente, víctima de un proceso de criminalización, frente al cual compete al Estado una tarea asistencial para restablecer la injusticia de la situación que culminó en el delito; aquí se produce un claro rechazo de la teoría de las normas que, sin embargo, no implica un rechazo del libre arbitrio cuyos presupuestos de realización, una vida digna y humana que no invite a delinquir, precisamente se trata de restablecer.

La razón es otra, relacionada con la forma de estar del hombre en sociedad, por lo menos en Occidente desde que en Francia y Alemania se acabó con las guerras de religión: la idea de *autonomía* del hombre, que desde Kant, entendida de una forma u otra, obliga al Estado y a los demás a ver en él a un ser cuya existencia personal y política es la de decidir su propio destino. (Esta es una cuestión de principio que no admite la prueba en contrario de que nunca haya sido una realidad). La integración de la persona en sociedad es también un acto peculiar de autonomía, en virtud del cual aquélla se compromete a respetar las normas básicas de convivencia en cuya elaboración y refrendo ella misma participa. Precisamente esta forma de articulación de lo que necesariamente ha de ser autonomía y heteronomía al mismo tiempo, es lo que fundamenta en períodos de secularización como el actual la toma de una decisión o instauración de valoraciones políticas, jurídicas o morales. Y puesto que esa decisión jurídica (la que, por ejemplo, fundamenta un juicio desvalorativo de efectos penales) no puede ser impuesta sin una posibilidad real de aceptación por sus destinatarios, es por lo que aparece formulada en un mandato, que es lo más parecido a una recomendación, de que la conciencia del individuo haga de él un mandato de autolegislación que armonice su aspiración de autonomía con las necesidades de organización social. De esta forma, lo que desde afuera no puede dejar de aparecer como coacción, puede convertirse en el fuero interno del destinatario en un ideal compartido de organización social.

2. Confrontarse con una obra inspirada en los postulados metodológicos y dogmáticos del Finalismo, y la obra de Kaufmann es arque-

típica en este sentido, obliga necesariamente a aludir a las llamadas "estructuras lógico-objetivas", "ónticas" o como de otras formas se las ha denominado. En efecto, este punto es una constante de discusión entre el Finalismo y sus críticos (entre los que se encuentran nombres de juristas muy ilustres); sin embargo, es de observar que dichas críticas se han basado más de la cuenta en una incorrecta interpretación sobre lo que dichas estructuras son, al menos como las entienden los finalistas. Concretamente, la presencia de la Ontología es una gran fuente de confusiones, pues se puede estar hablando de ontología y entender por tal cosas muy diversas pues la ontología de la Filosofía perenne (relación sujeto-objeto) nada tiene que ver con ese mismo concepto en la filosofía de Heidegger o en la fenomenología, por poner un ejemplo. Hans Welzel, en el prefacio a la cuarta edición del "Neue Bild", se ha visto obligado a hacer este reproche, a mi entender justo, a sus críticos que incorrectamente quisieron verle inspirado en la ontología de Hartmann. Las estructuras ónticas que subyacen a toda valoración jurídica no tienen nada que ver con ontología alguna, y sólo pretenden llamar la atención del legislador e intérprete para que se esfuercen en ver la realidad existente sobre la que aquél vierte sus valoraciones que en esta medida, sólo en esta medida, vinculan al legislador y al intérprete. Y es esa sabiduría sobre la realidad la que debe llevarlos a no ver en las conductas típicas procesos causales, sino acciones u omisiones que pueden evitar o causar esos resultados no deseados por el Derecho, sin tener que esperar llegar al último escalón (la culpabilidad) para poner en conexión proceso causal y acción humana.

Kaufmann, ya en las "Observaciones preliminares", ha hecho hincapié en esta cuestión sin cuya aclaración no puede ser comprendido el objeto de su investigación. Según Kaufmann, el estudio de las estructuras ónticas nos remite a "la cuestión de cómo ha de estar constituido el objeto de una valoración jurídica, el contenido de una prohibición o los presupuestos de un reproche de culpabilidad". Kaufmann, sin embargo, en otros lugares de su obra interpreta dichas estructuras en un sentido a la vez menos rígido y más amplio, pues no sólo se refiere, a mi entender, a estructuras ya existentes con anterioridad a la intervención del legislador, sino que pone el acento en los compromisos que para el intérprete y el propio legislador se adquieren una vez que el legislador se ha pronunciado en un sentido u otro. Un ejemplo de lo que queremos decir lo muestra Kaufmann al estudiar en el capítulo quinto la relación entre norma de prohibición y norma permisiva, de la mano de la interpretación del § 368 inciso 1 del StGB (violación de ordenanzas policiales sobre la explotación de viñedos) (págs. 335 ss.). Allí se pone de relieve que la derivación de efectos de una norma permisiva dependerá decisivamente del uso lingüístico que haga el legislador; aquí no son ya sino estructuras lingüísticas las que vinculan al legislador y al intérprete, siendo otra forma (¿por qué no?) de estructura lógico-objetiva a respetar.

La experiencia nos dice que dichas estructuras existen, y que todos hacemos uso de ellas, incluso quienes las critican. Por tanto, la cuestión

no será la de aceptarlas o no, sino cómo se las entiende y los efectos, acertados o no, que se tratan de derivar de ellas. Otro ejemplo de estructura lógica, en el sentido amplio aquí reivindicado, nos lo ofrece el estudio de los llamados "elementos de la autoría" (capítulo tercero, páginas 177 ss.). Allí Kaufmann, tras insistir en que la norma tiene a todos por destinatario, sostiene que el legislador puede seleccionar de entre ellos a un grupo que sólo va a poder infringirla. La concreción de sus elementos caracterizadores contenidos en la norma, sin embargo, no afectan a la materia de prohibición y, por tanto, no necesitan ser abarcados por el dolo. En este extremo, Kaufmann (con la excepción de una de las ediciones del *Lehr buch* de Welzel) va a permanecer aislado, no siendo compartida su tesis ni siquiera por otros finalistas (Hirsch). En la argumentación de Kaufmann puede verse una aplicación coherente de la teoría de las estructuras lógico-objetivas. Así, por ejemplo, en los delitos impropios de funcionario, sostiene Kaufmann que el funcionario lesiona dos deberes: el correspondiente al delito común y uno específico de su calidad de funcionario; lo que no impide que el "extraneus" participe en el delito que sólo puede ser realizado en autoría por el funcionario. Ahora bien, adviértase que Kaufmann no pretende que el legislador haya de actuar así (aquí no hay estructuras que le vinculen): El mismo ha puesto de relieve lo difícil que es a veces distinguir entre elementos de la acción y elementos de la autoría; lo que no impide aceptar que el legislador pueda inclinarse por uno u otro uso lingüístico, del que se derivarán sin embargo efectos distintos. (Al legislador corresponde resolver en la Parte especial problemas que sólo repercuten en la Parte general, como la configuración de los delitos cometidos por funcionarios: prohibiéndoles conductas o infracciones de deberes especiales de fidelidad, exigiendo la colaboración de todos en la configuración del Estado o partiendo de un liberalismo radical donde al ciudadano no funcionario no corresponda exigencia alguna de corresponsabilidad; estimando o rechazando la responsabilidad del partícipe no funcionario en el delito especial). En todos estos casos tiene el legislador la iniciativa; el respeto a las estructuras lógicas surge después, siendo unas u otras según su propia decisión. Lo único que hace Kaufmann es ampliar las posibilidades del legislador a la hora de configurar el injusto, rompiendo con una serie de falsas estructuras vinculantes derivadas casi siempre de un origen dogmático, como las exigencias del "*Leitbildtatbestand*" (Welzel, Hirsch) o de una determinada interpretación del tipo de injusto (Roxin); donde siempre, mediante una inversión, se procede a prever primero los efectos y después se elaboran las construcciones dogmáticas. Metodología que Kaufmann combate a lo largo de toda su investigación.

3. La polémica, en su día virulenta, entre finalistas y causalistas, fue una discusión en torno al contenido de injusto penal. Cuando se debatía cómo configurar a la acción, proceso exterior concebido naturalísticamente o conducta final, se estaba delimitando el contenido de injusto a distinguir, sobre todo, de la culpabilidad. Frente al injusto del causalismo, entendido externa y objetivamente, contraponen el Finalismo un

injusto personal: el acto final se convierte en objeto de valoración del injusto. Ambas doctrinas presuponen unas estructuras preexistentes al Derecho. Por eso, lógicamente, la discusión en años sucesivos se desplazó de la acción al injusto: el injusto personal del Finalismo, no así la doctrina final de la acción, sí se ha impuesto definitivamente en Alemania. Y han sido precisamente los finalistas, sobre todo Kaufmann, los que más han insistido en que el concepto de acción no es necesario para construir una sistemática del delito.

El ordenamiento jurídico se compone de normas que prescriben actos humanos finales, dirigiéndose dicha exigencia de comportamiento final a la específica capacidad del hombre de actuar finalmente. El Derecho, por tanto, espera la realización u omisión de actos finales. Al concepto de injusto personal es inherente una norma entendida como norma de determinación. El injusto personal se deriva en parte sí y en parte no de las estructuras lógico-objetivas. Su ubicación está en una posición intermedia entre la teoría de las normas, de las que sí derivan estructuras lógico-objetivas, muchas de las cuales precisamente proceden de la doctrina del injusto personal; más bien debe decirse que de la teoría de las normas y del injusto personal construido sobre aquella surgen unas estructuras lógicas a respetar. De aquí, como decimos, se deriva una serie de consecuencias que el legislador y el intérprete deben tener en cuenta para no caer en contradicción con el punto de partida inicialmente "elegido". Existe un extremo de la teoría del delito donde lo acabado de exponer se manifiesta muy claramente; me refiero a la relación entre la materia de prohibición y la norma permisiva o causa de justificación.

La relación entre tipo de injusto y tipo de justificación ha polarizado a finalistas y no finalistas como no lo hacían desde los tiempos en que se debatía el concepto de acción. Aquí la polémica, formalizada en torno al rechazo o la aceptación de los *elementos negativos del tipo*, es una sobre el injusto, produciéndose la paradoja de que quienes aceptan la doctrina de los elementos negativos del tipo (incluso algunos finalistas, como Stratenwerth) lo hacen desde el presupuesto de la doctrina del injusto personal, a la que no ven en entredicho de resulta de su aceptación; mientras que los finalistas (con excepciones) estiman que únicamente su rechazo es compatible con la doctrina del injusto personal. Cuestión distinta es la posible armonización por otra vía, concretamente en el ámbito de determinación de la pena. Lo que aquí se cuestiona, por tanto, es la pureza dogmática y, sólo indirectamente, la de justicia material o política criminal, que seríamos los últimos en menospreciar.

La tesis de Kaufmann es: la teoría del delito no puede renunciar a una construcción basada en los tres escalones de tipicidad, antijuricidad y culpabilidad en favor de otra sólo basada en dos, pues la tipicidad no posee un contenido neutro que devenga irrelevante si concurre una causa de justificación. Partiendo de la teoría de las normas, la concurrencia de una norma permisiva presupone la realización simultánea de un tipo de injusto, pues si no fuese así, ¿a qué podría contraponerse el hecho de un determinado *comportamiento* (prohibido), excepcionalmente

justificado? Ciertamente es posible, y la teoría del crimen de Binding está pensada para ello, aislar una especie de nuevo escalón constituido por la punibilidad, donde pueda tenerse en cuenta el efecto que se quiere derivar de la teoría de los elementos negativos del tipo. Pero esa meta no puede conseguirse introduciendo impurezas lógicas del tipo “al concurrir el elemento objetivo de la causa de justificación decae automáticamente el desvalor-resultado del injusto realizado”. ¿En qué quedamos?, ¿se ha producido dicho desvalor o no? La respuesta ha de ser necesariamente afirmativa, pues es lo cierto que el autor que ignora la concurrencia de la causa de justificación quería matar y ha matado; el injusto de homicidio se ha realizado en toda su extensión. Incluso, puestos a argumentar teleológicamente, ¿qué razones de política criminal, concretamente de prevención general, concurren para estimar menos grave un homicidio que otro? ¿De dónde se deriva que a la larga lo importante sea que por feliz coincidencia o pura casualidad no se produzcan resultados lesivos, o producidos éstos, estén amparados por una situación objetiva justificante? ¿No es, por contra, más importante la conciencia social de que hay que comportarse de una determinada manera para evitar en lo posible lesiones de bienes jurídicos? Pero no es este el argumento que más interesa en esta ocasión, y sí la argumentación que se deriva de la teoría de las normas.

Ni el elemento subjetivo de la causa de justificación (p. ej., legítima defensa putativa) ni la situación justificante no conocida por el autor bastan para hacer decaer el injusto. Lo primero, porque para que así fuese sería necesario que la norma permisiva estuviera configurada de manera distinta a como lo está en los ordenamientos jurídicos actuales, de tal forma que debería decir: “Quien crea estar actuando al amparo de una causa de justificación, errónea o acertadamente, no realizará el injusto correspondiente”. Ciertamente, el legislador será libre de proceder así; ahora bien, de ahí se derivarían unas consecuencias que no se corresponden con las pretendidas por la teoría restringida de la culpabilidad, pues quien actuó de esa forma, siendo, además, su error inevitable, no realizará siquiera el tipo de imprudencia: decayendo la posibilidad de que el afectado por tal situación de error pueda siquiera defenderse frente al ataque (dada su atipicidad).

De otro lado, presupuesta la configuración de las causas de justificación de la teoría restringida de la culpabilidad: responde por homicidio sólo quien mata sabiendo que no concurre causa de justificación alguna (un tipo de injusto así construido convierte en “delito putativo” —Wahnverbrechen— *impune* conductas como las aquí contempladas), resultaría que quien ignora la concurrencia de la causa de justificación existente y mata dolosamente se encontrará con que su comportamiento resulta justificado por la simple concurrencia del elemento objetivo de la causa de justificación (al decaer el desvalor resultado y coincidir externamente el desvalor de acción con la conducta jurídicamente exigida); lo que en cambio no ocurre cuando dicho desvalor de acción está constituido por un comportamiento imprudente, si existe una norma del tipo: “La conducta anterior imprudente es punible”. Así ocurriría, p. ej., en

la producción imprudente de la muerte por quien ignora la concurrencia del elemento objetivo de la causa de justificación, pues el primer párrafo de dicha norma hipotética contiene una norma diferente al segundo. Esto puede parecer absurdo, pero no imposible (incluso se ha defendido la tesis de que el comportamiento imprudente es más grave que el doloso) desde una teoría de las normas, sin olvidar que conducta dolosa e imprudente son comportamientos muy distintos. Además, aunque en ninguno de ambos casos convence (de ahí la crítica desde la teoría de las normas, del injusto personal, entendido consecuentemente), la doctrina de los elementos negativos del tipo ha defendido expresamente este punto de vista en el caso inverso, donde quien creyendo estar amparado por una causa de justificación mata dolosamente resulta justificado, y no lo es en cambio quien mata imprudentemente. Quizá para evitar estos efectos tan desgraciados, se ha elaborado el concepto desvalor-resultado añadido al desvalor de acción; pero aquél, desde el punto de vista de la teoría de las normas, no compensa las erróneas deducciones hechas por la teoría de los elementos negativos del tipo.

Estas son consecuencias que deben aceptar quienes como Rudolph rechazan las causas de justificación donde se exige un especial deber de examen (*Pflichtgemässige Prüfung*), como ocurre en todas las causas de justificación derivadas de la intervención administrativa, estado de necesidad, consentimiento presunto, etc., y ello por olvidar que son planos muy diversos el de la tipicidad y el de la permisión, que siempre exige un examen de la situación que autoriza a realizar el injusto, al que en determinados casos se puede añadir la exigencia de un examen genérico complementario (*Pflichtgemässige Prüfung*) distinto al examen genérico exigido en toda causa de justificación: de la infracción de cualquiera de ellos puede derivarse la atribución del injusto, siempre realizado, a título de dolo o imprudencia. Frente a esta exigencia dogmática, las razones que puedan existir para disminuir o atenuar la pena en estos casos, pasan a un segundo plano.

4. Especial interés para el jurista de hoy tiene la relación existente entre la materialización del juicio de reproche ya expuesta en la concepción de Binding-Kaufmann y la teoría de los fines de la pena. Para ser muy claros en esta "vidriosa" materia: De lo que aquí se trata es de ver en qué medida la teoría de la culpabilidad aquí desarrollada puede ser útil a la razón última de punir o, si se quiere, a la finalidad por la cual se pune. Este es, a mi entender, el único planteamiento correcto pues evita prejuicios, sin duda hoy existentes, de uno u otro sentido. Si algo ha debido quedar claro de una discusión que ha ocupado a juristas y no juristas más de cien años, esto es: 1) Que no se deben utilizar conceptos como los de "retribución", "prevención general" y "prevención especial" como fórmulas vacías de contenido, que aludir aunque sea reiteradamente a los contenidos que se les esté dando cuando se argumenta desde ellos es imprescindible, y 2) que lo "aterrador" no es partir de uno de estos principios sino pretender absolutizar alguno de ellos. Manifestaciones de esta actitud son: "la pena es un mal que siempre y en todo lugar debe seguir al delito como acto de justicia con

validez en sí misma"; "la pena es útil a nuestra sociedad porque sirve para intimidar o para dar ocasión a que el Estado resocialice (cómo se entienda la resocialización es irrelevante a estos efectos) o asegure a la sociedad frente a determinados individuos". Ambas formulaciones son igualmente incorrectas, fundamentalmente porque no tienen en cuenta la principal razón por la cual el Estado lleva a cabo una función punitiva: su *necesariedad*, entendida ésta como capacidad de una determinada sociedad en un momento histórico dado de prescindir o no de la pena.

Ciertamente podrá objetarse a este "principio relativizador" su abstracción, las dificultades de su concreción, porque, ¿cómo puede saberse si una sociedad ha alcanzado la suficiente "entidad moral" necesaria para acometer empresa tan arriesgada?; máxime cuando en sociedades de gran tradición cultural como la occidental continuamente se descubren arquetipos de gran atavismo. No obstante, no parece adecuado exagerar el significado de los mismos: esas lagunas del subconsciente colectivo no pueden servirnos de excusa para no querer ver lo que hoy por hoy es una realidad de nuestra área cultural europea: la pérdida de credibilidad de la pena. Este hecho ha de ser positivamente valorizado, siempre que vaya acompañado de un robustecimiento moral basado en la necesidad de respeto a unas pocas normas de convivencia (la mayor parte de las cuales precisamente aparecen negativamente formuladas en la Parte especial del CP). Este planteamiento añade nuevas dificultades a nuestro tema de la necesidad de la pena, pues pone en claro la estrecha relación que media entre la pena, el delito y la propia identidad de la sociedad que los "sufre". Dicho de otra forma: la alarma social producida por el delito puede tener su origen bien en un aumento de la cuota de delincuencia, en cuyo caso está justificada la alarma frente al delito, bien en una crisis de identidad de la misma sociedad permaneciendo mantenida la cuota de delincuencia, en cuyo caso hay que buscar la solución al problema por vía distinta a la persecución penal. Este problema ha preocupado y preocupa a los criminólogos, cuyos estudios empíricos pueden ser muy útiles; pero no cabe duda de que en igual medida es una cuestión de praxis social donde las Ciencias sociales pueden hacer poco y el Derecho, el Derecho penal en concreto, mucho: creando y desarrollando estructuras jurídicas que sirvan para conseguir cohesión social. Para esta finalidad creo yo imprescindible una teoría de las normas que fundamente a un conjunto normativo ampliamente compartido entre sus destinatarios. El fundamento normativo del Derecho penal se convierte así en política criminal.

Relativizada de esta manera la teoría de los fines de la pena, ¿qué queda de sus principios? Ciertamente no puede negarse el eco que la idea de prevención ha encontrado en la actualidad; si bien ha de reconocerse que no ha logrado imponerse con la "pretensión de universalidad perseguida, y el principio de culpabilidad no sólo ha resistido sus embates sino que ha salido robustecido. El intento de "funcionalizar" el reproche de culpabilidad en base a la prevención ha fracasado. Puede parecer, no obstante, que se trate de una victoria pírrica en la que ambos principios hayan fracasado porque, ¿qué utilidad tienen decla-

raciones de principios del tipo "el Derecho penal parte de la aceptación de la culpabilidad o de su sustitución por la idea de prevención: 'en la duda sobre la capacidad de culpabilidad emitámos un juicio de culpabilidad que mate al *hombre* pero salve a *nuestra idea del hombre*'"? Así entendida la cuestión, desde luego ninguna. Pero, en cambio, si se deja abierto el interrogante a la pregunta de si aquel hombre actuó libremente o pudo haber actuado de otra manera, se estará creando el presupuesto inicial mínimo para llegar a una respuesta realista y aceptable, en la que por supuesto caben errores. Esos errores, sin embargo, son infinitamente inferiores a los que derivan de la renuncia inicial a contemplar al hombre en la contingencia de sus circunstancias más inmediatas; el rechazo de un sistema penal concebido de aquella manera estaría más que sobradamente justificado. Son estas razones más que suficientes para oponer al significado prevenciónista que recientemente se ha querido otorgar a la pena. La teoría de la "retribución justa", las connotaciones del término no deben inducir a error sobre su contenido (ciertamente sería de desear un cambio de nomenclatura), conecta con la reprochabilidad como "materialización de la culpabilidad cuantificada". La esencia de la pena en Binding posee dos aspectos: el axiológico de "retribución *justa*" y el teleológico de protección de bienes jurídicos, no rechazándose que además sea también prevención especial. Por eso, es errónea su catalogación como teoría *absolutamente retributiva*. Lo que sí combatió Binding, y esta idea debe sernos útil hoy, es medir el significado de la pena por su éxito (lo que sería una absolutización del principio de la prevención especial): que la pena sirviese hoy sólo a la prevención especial sería certificar su defunción, pues revelaría que la "pena" no responde a la *necesariedad* a que aludíamos con anterioridad. En el mismo sentido, alude Kaufmann a la eficacia motivadora de la ley penal, que se traduce en miedo a ser descubierto; porque de ahí va a derivarse la pérdida de libertad: "El momento teleológico de la norma se convierte en efectivo como motivo de la amenaza penal y en combinación con un buen aparato policial ejerce su efecto sobre la psique del autor".

Welzel ha sostenido una teoría de la pena entendida como "retribución justa" basada en la culpabilidad; principio que ha relativizado, al igual que hacíamos con anterioridad, en base a su necesidad para el mantenimiento del orden social. Entonces, el principio de la retribución justa lo único que quiere significar es que el Estado, si tiene necesidad de punir, y sólo entonces, ha de partir de esa configuración de la pena. (La única corrección que queremos hacer al pensamiento de Welzel es la inversión de los términos de la relación: primero hay que decir que la pena se justifica en base a su necesidad; y, respondida afirmativamente esta pregunta, la pena es entonces retribución justa. En esta cuestión de enunciación ha podido residir alguno de los equívocos graves acerca de esta teoría, acertadamente denunciados por Welzel). Y, lo que es más importante: por el camino de la culpabilidad se llega a una teoría de las normas entendida como conjunto de valores compartidos socialmente, a las que Welzel dio vida con su entendimien-

to de la función del Derecho penal como protección de los "valores ético-sociales de acción más elementales". A este planteamiento que va desde la pena, pasando por la culpabilidad, para llegar a la función del Derecho penal, lo tengo yo por la mejor posibilidad del Derecho penal actual de conseguir el ideal, por todos compartido, del ensamblaje entre la dogmática penal y la política criminal.

* * *

El libro de Kaufmann es difícil de traducir debido a la densidad de su contenido, en lo que su autor no hace concesión alguna; a lo que hay que añadir una gran concisión buscada siempre deliberadamente. Por eso, la traducción no podía ser realizada sino por dos buenos juristas. Tan sólo quiero corregir a los traductores en un par de ocasiones, sobre todo una, donde la traducción hace incomprensible el texto original. En la pág. 135 de la traducción, 102 del original, se traduce así una afirmación de Binding: "La prohibición no causa, ordena; el mandato, en cambio, causa". La traducción correcta, imprescindible para la comprensión de todo el Capítulo, sería: "La prohibición ordena: no causes; el mandato: causa". O mejor: "La prohibición ordena: ¡No causes!; el mandato: ¡Causa!". En la página 17,14 del original, se traduce una frase de Binding así: "El encubridor de un asesino actuaría contra la ley penal y contra el asesino"; cuando la correcta formulación es: "El encubridor de un asesino actuaría contra la norma contra el asesino"; o mejor, pero menos literalmente: "El encubridor de un asesino actuaría contra la norma del asesinato". En la pág. 22, 17 del original, se dice: "Pero como la prevención especial puede ser tan sólo un fin subsidiario, Binding lo elimina del Derecho positivo"; la traducción, más correcta, es: "Que la prevención especial sólo puede ser un fin secundario lo deduce Binding del Derecho positivo". Téngase en cuenta que siempre se trata de citas de Binding hechas por Kaufmann extrayéndolas de su contexto, aislamiento que dificulta mucho la comprensión. Finalmente, resaltar que se trata de una versión castellana hecha por sudamericanos, por lo que al lector español le puede chocar algún término, ni mejor ni peor que el nuestro, como "causales de justificación" por "causas de justificación", "calificantes" por "cualificantes", "locador" por "arrendador". Recusables, en cambio, son otros como "incompletud" o "prescindencia". Admirablemente traducidos están los términos "redención" (Heilung), "malicia" (Böswilligkeit), "normas directivas" (Richtsätze), "proposiciones jurídicas" (Rechtsätze), etc. Como se ve, son pequeñas correcciones a una traducción magistral; para comprobarlo basta leer de corrido los capítulos segundo, de gran complejidad jurídico-filosófica, y cuarto, de gran dificultad teórica.

La traducción castellana de la obra de Kaufmann es el núm. 1.º de una nueva colección (de la que precisamente los traductores son codirectores) iniciada por la Editodial Depalma en colaboración con el organismo alemán "Internationes". Es de desear que la colección "Pensamiento jurídico alemán contemporáneo", tan brillantemente iniciada,

continúe brindando al lector español las obras básicas de la literatura jurídica alemana más reciente.

* * *

EN ANUARIO DE DERECHO PENAL, 1978, págs. 812-817, ha aparecido una resección de la obra comentada, firmada por Agustín Zugaldía Espinar. El error "fundamental" de Zugaldía está en mezclar temas que, en principio, no tienen nada que ver entre sí, sino dentro de la unidad del sistema que forman. La "teoría de las normas" de Binding-Kaufmann no tiene nada que ver con la teoría de los fines de la pena; y la crisis del Positivismo naturalista de v. Liszt se debe a razones estrictamente científicas que nada tienen que ver con el Nacionalsocialismo. En este error "fundamental", que para el autor de la resección constituye la "crítica fundamental", lo que determina el "veredicto definitivo" sobre su repercusión en la dogmática española: "que impedirá seguramente que este libro se convierta en una obra básica". Una de dos: o el libro es una "magnífica exposición" que colmará un hueco existente entre nosotros y que servirá para resolver muchos problemas dogmáticos, como opina la resección, en cuyo caso el libro deberá convertirse en una obra básica; o parte de una serie de presupuestos inválidos que hacen peligrosa su lectura. En cualquier caso, ¿de qué utilidad puede ser nuestro Dorado Montero para la elaboración de una teoría de las normas?

Con todo, el principal error de la resección es su pretensión de hacernos presente una panorámica del Derecho penal alemán en base a una tendencia que no ha logrado imponerse allí y que, por cierto, no tiene nada de nueva, pues la idea de prevención como fundamento de la pena es más antigua que la de "retribución justa". ¿Por qué ha de significar una un paso adelante y la otra un paso atrás? Además, las teorías no se miden por su "rancio abolengo" o "modernidad", sino por el contenido de verdad de sus premisas y conclusiones. Ciertamente la teoría de la "retribución justa" persigue una finalidad de utilidad (*necesariadad*); la única diferencia con las teorías *absolutamente* *prevencionistas* es que además quiere evitar por todos los medios que se convierta a la persona en objeto manipulable.

Carece de sentido pretender invalidar la crítica de Kaufmann a quienes han sostenido la inexistencia de las normas en el sentido de Binding en base al hecho de que mientras éste acepta el dogma del libre arbitrio, aquéllos lo niegan; siendo así que argumentar desde la negación del libre arbitrio en Kelsen es metodológicamente imposible: lo único que Kelsen pretende es distinguir entre la cuestión sobre la validez del Derecho (quién lo impone) y la forma del juicio acerca del contenido de una obligatoriedad jurídica, para concluir que sólo la segunda interesa al jurista. Asimismo, no es cierto que la concepción de Kaufmann coincida con la de Welzel en cuanto a la relevancia del error sobre los elementos de la autoría, yendo Kaufmann mucho más lejos que su maestro en este extremo.

Es curioso, para finalizar, el hecho de que a Binding se le haya reprochado ser un jurista positivista, cuando Kaufmann ha mostrado muchos pasajes de su obra donde se pone de manifiesto una perspectiva trascendente al Derecho positivo; y, sin embargo, se ha tratado de rechazar su teoría de las normas reivindicando la exclusividad de la ley penal positiva. A esta última tendencia subyace un entendimiento muy estrecho del principio de legalidad, que no se corresponde con los perfiles con los que hoy se le entiende. Las repercusiones de un punto de vista miope en este extremo se manifiesta en la labor de interpretación del Derecho penal vigente, donde positividad y transpositividad son los dos brazos con los que aprehender la totalidad del fenómeno jurídico.

JOAQUÍN CUELLO

BASSIOUNI, Cherif: «*International Criminal Law. A Draft International Criminal Code (Derecho Internacional penal y Derecho penal Internacional. Un proyecto de Código Internacional)*, Alphen aan den Rijn (Holanda), Sijthoff & Noordhoff, 1980, 250 págs.

El 2 de septiembre de 1980, en el *VI Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Crimen y Tratamiento del Delincuente*, celebrado en Caracas del 25 de agosto al 5 de septiembre, la Asociación Internacional de Derecho Penal presentó el texto del Proyecto de Código Penal Internacional o quizá mejor dicho Proyecto de Código Internacional Penal, que se publica en este volumen, con varios prólogos y comentarios científicos.

El presidente de la Sociedad Internacional de Derecho Penal, Pierre BOUZAT, escribe la introducción general. Sigue la lista de los principales documentos internacionales relativos a la Justicia supra-estatal, y un amplio capítulo monográfico del profesor Cherif Bassiouni (con la colaboración de muchos e importantes Institutos y especialistas que se citan) sobre la historia, los fines y el contenido del Derecho Internacional Penal.

A continuación, tras una breve introducción acerca de la estructura y aplicación del Proyecto de Código, se transcribe su articulado, que se ha preparado bajo la dirección del profesor Bassiouni, dividido en cuatro capítulos: 1.º La Parte Especial, es decir, los delitos internacionales (agresión, genocidio, drogas, tortura, rehenes..., etc.) con un comentario (pp. 49-106); 2.º La «Enforcement Part» (aplicable tanto a la legislación nacional, como a un Tribunal y a un Código Internacional, pues trata de la cooperación internacional, de la extradición, del valor de sentencias extranjeras...) también con un comentario; 3.º Las normas acerca de los tratados internacionales (reserva, ratificación, suscripción, adhesión, entrada en vigor...), y 4.º La Parte General con su comentario, rebotante de sensibilidad jurídica y humana (pp. 141-173).

Las últimas setenta y cinco páginas ofrecen al lector una amplia y selecta Bibliografía de treinta y dos Estados, inteligentemente sistematizada. Sería oportuna la traducción de este libro al castellano.

ANTONIO BERISTAIN

CIENCIAS DEL DELITO. ESTUDIOS VARIOS EN HOMENAJE A TULLIO CHIOSSONE. Universidad Central de Venezuela. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Caracas, 1980 (1 vol., 686 págs.).

Este libro, como bien se dice en la presentación, «constituye el más sincero reconocimiento a la labor científica y universitaria de un hombre que ha señalado el camino en Venezuela para el trabajo y la investigación en el campo de las ciencias penales y criminológicas. La obra del doctor Chiossone, su dedicación, su constancia, su espíritu abierto y colaborador, su originalidad en los planteamientos científicos, su empuje y su apoyo a las nuevas generaciones, son cualidades que merecen destacarse y que han constituido especial aliciente para todos los colaboradores de este Libro-Homenaje».

Sus primeras páginas contienen los datos biográficos del doctor Tulio Chiossone, sus cargos en el magisterio y profesorado universitario, distinciones honoríficas y relación cronológica de sus publicaciones o bibliografía.

Bien quisiéramos poder ocuparnos del contenido de los treinta artículos que el libro contiene, pero ello no es posible en las notas sobre obras de esta naturaleza, por lo que habremos de limitarnos a la mención de sus autores y títulos.

Esteban Agudo Freitas: La Guardia Nacional, fuerza orgánica de cooperación integrante de las Fuerzas Armadas Nacionales; Nelly Arcaya de Landaez: Análisis de las disposiciones legales relativas al delito de adulterio; Omar Arenas Candelo: A propósito de la prescripción de la acción penal; Emperatriz Arreaza: Publicidad y drogas; Alberto Arteaga Sánchez: El Derecho Penal y la ciencia del Derecho Penal en Venezuela; Juan J. Bocaranda E.: El análisis flujo gráfico del recurso de casación penal; Luis A. Bravo Dávila: Fenomenología y criminología; Francisco Canestri: Hacia una concepción global de la justicia penal; Nelson Chacón Quintana: Las circunstancias del delito, su historia y su vinculación al principio de la individualización penal; Jorge de la Rúa: Medidas de seguridad; Rosa del Olmo: El surgimiento de la criminología como ciencia; José Román Duque Sánchez: La excepción de cosa juzgada penal en la demanda civil por daños y perjuicios; Manuel Durán Padilla: La tipicidad y su importancia en el Derecho procesal penal; Reinaldo Escala Zerpa: Protección constitucional penal; Jorge Frías Caballero: Inimputabilidad y «actio libera in causa»; Luis Gerardo Gabaldón: Culpabilidad y peligrosidad en el proyecto de Código penal Tama-yo-Sosa Chacin; Elio Gómez Grillo: Guía para el estudio criminológico de la novela Campeones, de Guillermo Meneses; Tosca Hernández: La racionalidad en el proceso penal venezolano; Eunice León de Visani: Derecho a la imagen; Hans-Joachin Leu: Sobre los delitos contra el Derecho Internacional; Pedro Osmán Maldonado: Radicación del juicio penal: Comentario de jurisprudencia y conceptos; José Francisco Martínez Rincones: Ensayo sobre el delito ecológico; Georgina Morales: El proyecto correccional de Menores en Venezuela; Morella Nass de Hernández: La suspensión condicional de la ejecución de la pena...; Eduardo Novoa Monreal: La armonización del Derecho penal en América Latina; Alfonso Reyes Echeandía: Individualización

de las sanciones; Gladys Irureta L.: Responsabilidad penal del indígena; Jorge Zavala Baquerizo: La extorsión en el Código penal ecuatoriano.

Cerramos esta nota con unas líneas del artículo de Juvenal Salcedo Cárdenas, titulado «Tulio Chiossone, maestro y criminalista»: Una vida llena de trabajo y honesto vivir, como la del doctor Tulio Chiossone, tiene mucho material de análisis... como maestro no ha esperado nunca nada, por ser maestro; como criminalista ha llevado una vida de hacer constante, meditando y trabajando.

PASCUAL MENÉU MONLEÓN

«Convenios de extradición». Nota preliminar de Manuel Marín Arias y un estudio sobre «Nociones básicas sobre la extradición», por Francisco Bueno Arús. Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia. Madrid, julio de 1980, 382 págs.

El Ministerio de Justicia ha editado este volumen en el que se recopilan los Tratados, Convenios y Acuerdos sobre extradición «suscritos por España bilateralmente y de actual vigencia» y la legislación española «sobre extradición y materias afines a ella como asilo, terrorismo y protección ciudadana».

Se reúne documentación de una utilidad innegable en una materia normativamente dispersa «en un momento caracterizado por la fragmentación, e incluso inseguridad de las fuentes», como se dice en la nota preliminar. Se pretende facilitar a todos los interesados «el acceso a este material antiguo, disperso y de uso no muy frecuente» y a la vez «poder servir de punto de partida y referencia para ulteriores modificaciones y mejoras de nuestro ordenamiento». Asimismo, «la relativa escasez de trabajos sobre esta materia, tanto a nivel puramente doctrinal como referido al Derecho positivo español, aconseja encabezar la presente obra con un estudio en el que el Letrado Mayor de este Ministerio y profesor de Derecho Penal don Francisco Bueno Arús expone y examina, a manera de prólogo, las líneas fundamentales de esta institución».

El estudio de Bueno Arús constituye un trabajo serio, documentado, esclarecedor, de un original tratamiento, un magnífico ejemplo de lo que han de ser una «nociones básicas» sobre un tema, en concreto sobre la extradición.

La extradición es un acto entre dos Estados, cuyo objeto es la entrega o traslado forzoso de una persona de un territorio a otro, de causa múltiple (la previa realización de un ilícito penal común, la competencia procesal del Estado requirente y la posibilidad material del requerido de aprehensión y entrega), con el que se pretende la colaboración al ejercicio del *ius puniendi* y con su procedimiento jurídico reglado.

No es un acto político, sino jurídico, regulado por el ordenamiento positivo. Es la extradición un instituto que persigue fines de *defensa social* y una figura propia del Estado de Derecho y su finalidad garantizadora.

Bueno Arús clasifica las fuentes de la extradición en internacionales (Tratados, bilaterales o multilaterales y complementariamente, la costum-

bre o *comitas gentium* y el principio de reciprocidad), e interna (leyes, principios generales y jurisprudencia).

El contenido de la figura de la extradición se estudia exhaustivamente desglosado en la terna de relaciones que entre sí presentan Estado requirente, Estado requerido y extradicto. Con una depurada técnica jurídica el autor analiza todos los aspectos y situaciones que el curso de la extradición puede ofrecer. La última parte del trabajo del Letrado Mayor del Ministerio de Justicia se titula «Resumen de Derecho español». Tras una breve reseña de su evolución histórica, se extraen y sintetizan de los Tratados vigentes y de la ley de extradición de 1958 los principios fundamentales de nuestro Derecho. «De manera lematizada, podría que nuestra normativa sobre extradición consagra los principios y directrices en la materia reconocidos y aceptados de manera casi unánime por los ordenamientos y la doctrina de todos los países» (pág. 41).

Como dijimos más arriba, el material que nos proporciona el libro se divide en dos grandes grupos. Un primero que comprende las normas de carácter internacional vigente en España que, concretamente, regulan de forma bilateral la extradición entre ella y 35 países de todo el mundo y que son tanto Tratados como Convenios, desde el Tratado de 18 de febrero de 1855 de paz, amistad, comercio, navegación y extradición con la República Dominicana hasta los más recientes Tratados con los Estados Unidos Norteamericanos (firmado el 29 de mayo de 1970) y con Italia (22 de mayo de 1973). Se insertan también canjes de notas, notas verbales, declaraciones, protocolos, artículos adicionales y ratificaciones en relación con los Tratados y Convenios y que completan sus cuadros de vigencia. De igual forma, se contienen los Convenios de Asistencia Judicial en materia penal, obviamente distintos en su temática a los de extradición. Con Francia existe un Tratado de extradición del año 1877 y un Convenio Asistencia Judicial de 1969. Sin embargo, el Convenio vigente con Italia abarca tanto uno como otro asunto.

El segundo grupo está constituido por las normas españolas de carácter interno, destacando, naturalmente, la ley de 26 de diciembre de 1958 sobre extradición y el procedimiento para la misma contenido en los artículos 824 a 833 de la LEC y artículos 947 a 953 CJM.

Otro acierto de la obra es el índice de materias, exhaustivo y de sencillo manejo, que ha de facilitar en grado sumo el estudio de cualquier cuestión relacionada con la extradición.

Por último, y a manera de Addenda, se da cabida al más reciente de nuestros Tratados de extradición: el Tratado de extradición y asistencia mutua en materia penal entre el Reino de España y los Estados Unidos Mexicanos firmado en México, D. F., el 21 de noviembre de 1978.

«Drogodependencias. Actas del IX Congreso Internacional sobre prevención y tratamiento de las drogodependencias». Colección Rehabilitación. Edición Servicio de Estudios, Publicaciones y Relaciones Internacionales del Instituto Nacional de Servicios Sociales. Servicio de Publicaciones del Ministerio de Sanidad y Seguridad Social. Madrid, 1980. 582 págs.

El presente volumen recopila todas las Ponencias y Comunicaciones presentadas en el «IX Congreso Internacional sobre prevención y tratamiento de las Drogodependencias» que se celebró en los comienzos del otoño del año 1979 en la Facultad de Medicina de la Universidad Complutense de Madrid y que fue patrocinado por la Comisión Interministerial para el estudio de los problemas derivados del consumo de drogas, el Ministerio de Cultura y la citada Universidad y organizado por el Consejo Internacional sobre los problemas del alcoholismo y las toxicomanías y el Departamento de Psiquiatría y Psicología Médica de la Facultad de Medicina.

Como se dice en la Introducción, este libro «quiere ser una aportación científica al problema de la droga, usualmente tratado por vía polémico-ideológica». En efecto, consideremos que se recogen en él 26 Ponencias y 74 Comunicaciones elaboradas por 92 autores de diversos países europeos, americanos y asiáticos. Representan a muy dispares instituciones relacionadas en una u otra forma con el problema de la droga, como las Facultades de Medicina, Farmacia, Derecho, Hospitales y Servicios Psiquiátricos de variados centros sanitarios, Ayuntamientos, Asociaciones de vecinos, Organismos internacionales, Organos de la Administración, Centros de deshabituación, etc. El resultado es una completa documentación desde muy distintos puntos de vista. No dudamos en afirmar que se trata de una obra de imprescindible consulta para el que quiera profundizar en el problema criminológico que encierran las drogodependencias. En particular, el penalista preocupado por hallar unas directrices político-criminales adecuadas se verá auxiliado decisivamente con su lectura.

Las Ponencias se clasifican en cinco grupos. En el primero se engloban los aspectos sociales, responsabilidad de la comunidad, programas educativos y reitengración social y se tratan temas tales como la droga en el mundo universitario, en la familia, en la juventud y adolescencia. En el segundo, titulado «Diagnóstico y tratamiento de las drogodependencias» se aporta una visión médica y psiquiátrica del asunto.

El tercer grupo de Ponencias son las más íntimamente relacionadas con el mundo penal. Bajo la denominación genérica de «Los drogas, la legislación y la criminalidad» se revisan aspectos técnico-jurídicos y criminológicos. En él tienen cabida autores de diversa procedencia. Así, el Juez Especial de Peligrosidad y Rehabilitación, Miguel López-Muñiz Goñi, en su trabajo «Tratamiento legal de la drogodependencia en España», y entre otras consideraciones, opta por la necesidad de una nueva regulación jurídica que sustituya a la desfasada Ley de Peligrosidad de 1970. Por otro lado, J. M. Mato Reboredo, Comisario-Jefe de la Brigada Central de Estupefacientes, demanda una investigación multidisciplinaria para despejar las incógnitas sobre la interacción droga-criminalidad.

Una óptica jurídica, y en concreto penalista, es la que trasluce en la Ponencia del doctor Cobo del Rosal, Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Complutense. De la sugerente y clara exposición destacamos las siguientes ideas: la necesidad del intervencionismo estatal en el problema de las drogas; nuestro ordenamiento jurídico-positivo es y ha sido muy sensible ante el tráfico y el uso y consumo de drogas, pero sin verse acompañado de una política seria y real que tienda a disminuir las «causas» del deseo de la droga; la pésima factura técnica del artículo 344; propuesta de incriminar tan sólo y con la debida selectividad de supuestos el «tráfico» y concreción objetiva de la «peligrosidad criminal» para la imposición de la terapia incluso no consentida; en nuestra legislación se produce un fenómeno de total estatalización del «ciclo de la droga», un cerrado monopolio que se autoadjudica el Estado; hay que trabajar por conseguir el «cambio social» que disminuya las causas reales de la drogadicción y el complejo fenómeno que produce.

Los dos últimos grupos de Ponencias tienen denominadores comunes tan expresivos como «Cooperación internacional y coordinación nacional» y «Programas para reducir el consumo indebido de drogas».

Más de 200 páginas comprenden las Comunicaciones que se presentaron al Congreso, con los más diversos enfoques de la cuestión. A manera de ejemplo, transcribimos tres títulos: «Papel de la pedagogía en la prevención del consumo de drogas», «Ergomanía, paro y drogadicción», «El control de la publicidad como medida de prevención de las farmacodependencias».

Se insertan, por último, y sistematizadas en trece puntos, las conclusiones operativas resultado de las deliberaciones, Ponencias y Comunicaciones del Congreso. Son conclusiones puntuales, en verdad operativas, un auténtico programa de actuación en el problema de la droga.

JESÚS PRÓSPER PALACIOS

“Fuentes del Derecho Penal Vasco (siglos XI-XVI)”, recogidas por Antonio BERISTAIN M.^a Angeles LARREA y Rafael M.^a MIEZA. (Prólogo de Julio Caro Baroja), Bilbao, “La Gran Enciclopedia Vasca”, 1980, 445 págs., 2.390 ptas.

La Constitución Española de 1978, en su artículo 149, destaca indirecta pero eficazmente la importancia del Derecho penal vasco, pues exige que la legislación penal, penitenciaria y procesal, a pesar de ser en principio competencia exclusiva del Estado, debe respetar y tener en cuenta las particularidades del Derecho sustantivo vasco. Según el apartado sexto, del número uno, del citado artículo dice textualmente: “El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: ...Legislación mercantil penal y penitenciaria; legislación procesal, sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas”.

Para el conocimiento de cuáles son las peculiaridades del Derecho penal y del Derecho procesal en los territorios históricos vascos que de-

ben mantenerse y desarrollarse actualmente, como indica la Constitución del Estado español, puede ayudar en manera notable el presente libro recientemente preparado por los profesores de la Universidad de Deusto (Facultad de Filosofía, Sección de Historia), M.^a Angeles Larrea y Rafael M.^a Mieza y por el director del "Instituto Vasco de Criminología" de San Sebastián, Antonio Beristain.

El volumen se abre con un prólogo de Julio Caro Baroja en el que brinda al lector una inteligente y documentada exploración lingüística de los términos jurídicos en euskera. También alaba la obra de estos especialistas que tratan de formar una especie de "corpus" de Derecho penal vasco, es decir, de sistematizar y ordenar nuestra historia y nuestros pensamientos y que puede servir para dar paso a contribuciones posteriores que examinen los delitos más frecuentes como el bandolerismo y los famosos cinco casos de Hermandad en el País Vasco que se reflejan en documentos de las épocas correspondientes, algunos de los cuales ya extractó don Arturo Campión en su Gacetilla de la Historia de Navarra en forma de "crónicas negras".

Después del prólogo se puede leer una introducción general acerca del Derecho primitivo vasco, sus antecedentes, su evolución, sus peculiaridades, contraponiéndolas a los privilegios de algunos Fueros otorgados por el poder real. Estas páginas subrayan especialmente el contenido del Fuero como derecho propio, distinto del favorecimiento del monarca.

Después de una selecta nota bibliográfica, se transcriben diecisiete amplios textos legales de la parte penal y procesal, desde el siglo XI hasta el siglo XVI, precedidos cada uno de su introducción o breve comentario, en castellano y en euskera.

Especial atención merecen el Cuaderno Penal de Juan Núñez de Lara, de 1342; el Cuaderno de Hermandad de 1394; el Cuaderno de Hermandad de Guipúzcoa de 1397 y el Fuero Viejo de Vizcaya de 1452.

Las últimas páginas del libro ayudan para el manejo y la consulta de este volumen, dignamente presentado por "La Gran Enciclopedia Vasca", pues contienen el diccionario de las palabras más antiguas para facilitar la inteligencia de los documentos anteriormente transcritos. También ofrecen al lector un extenso índice de materias y otro índice sistemático.

X.

GARCIA VALDES, Carlos: «Introducción a la Penología». Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid. Madrid, 1981. 181 págs.

Se recogen en este volumen editado por el Instituto de Criminología de la Universidad Complutense las explicaciones universitarias del profesor García Valdés sobre el tema penológico, del que, como se sabe, es un ferviente estudioso.

En la contraportada leemos que la obra se ofrece «...especialmente a los alumnos, con el sencillo título de lecciones, las cuales vienen a significar, en su conjunto, una elemental iniciación a la Penología». Efectivamente, se trata de un libro que trasluce su orientación pedagógica. Utiliza una redacción clara y sencilla, de muy cómoda lectura, sin notas a pie de página. Las citas eruditas son las imprescindibles.

La lección I se dedica, y a manera de Introducción, a unas nociones generales sobre la teoría de la pena y la medida de seguridad. La sencillez expositiva del trabajo queda patente en sus primeras líneas: «La pena es la consecuencia jurídica del delito y la medida de seguridad la consecuencia jurídica de la peligrosidad ante o postdelictual». García Valdés afirma la autonomía de la Penología como ciencia separada de la Criminología y la existencia universal de la pena: «Todos los Derechos punitivos conocen la reacción social contra el delincuente». La pena presenta dos características esenciales: «que se encuentre establecida por la ley y que tenga por presupuesto la culpabilidad del sujeto» (pág. 12). Se examinan estos dos principios con algún detenimiento y posteriormente la cuestión clásica de las teorías de los fines de la pena, las distintas clasificaciones y el problema de la individualización o resultado de la relación entre el binomio delito-pena. También se contienen algunas sucintas ideas sobre el concepto, clases y regulación de las medidas de seguridad.

Las lecciones II a XV están dedicadas a la pena de muerte y a la de prisión. Creemos de todo punto innecesario hacer aunque sólo sea un breve esquema de los planteamientos de García Valdés por ser sobradamente conocidos en el mundo penalista. Decir que el autor se declara abolicionista de la pena de muerte, que aborda con precisión el tema de los orígenes históricos de la prisión, de los primeros sistemas penitenciarios y Howard; que realiza un puntual desarrollo histórico de la normativa española concluyendo con la Ley General Penitenciaria, es algo que puede sonar a repetitivo. Destacamos únicamente la afirmación de que el Derecho Penitenciario, entendido como conjunto de normas reguladoras de la ejecución de las penas privativas de libertad, y en virtud del artículo 25,2 de la Constitución y de la promulgación de la citada Ley Orgánica, consolida su autonomía dentro del ordenamiento jurídico-punitivo, «viejo ideal soñado» por Novelli y los autores agrupados en los comienzos de la década de los años 30 en torno a la «Rivista di diritto penitenziario».

Dos lecciones están dedicadas a la nueva Penología, a sus presupuestos y soluciones. «Los criterios modernos sobre el tratamiento penitenciario podrían resumirse en las notas de voluntariedad y respeto a los derechos constitucionales de los penados». Consecuencia de esta aseveración es «la ausencia de coactividad y el rechazo de los métodos psicoquirúrgicos (castración terapéutica o lobotomías). Y en conexión con todo ello «criterios innovadores de tratamiento institucional han de ser impuestos o ampliamente desarrollados». Entre otros se sugieren y estudian la prisión abierta, el arresto de fin de semana, la semilibertad o salidas condicionadas durante el día, la suspensión condicional del fallo, una concepción más racional y justa de la pena de multa la existencia de modernos hospitales psiquiátricos y de establecimientos terapéutico-sociales.

La última lección se dedica a una rápida panorámica del sistema penológico que el Proyecto de Código Penal de 1980 diseña con perspectiva de futuro y ciertamente novedoso en alguna de sus propuestas.

JESÚS PRÓSPER PALACIOS

HIGUERA GUIMERA, Juan Felipe: «La previsión constitucional de la pena de muerte» (Comentario al artículo 15, segundo inciso, de la Constitución Española de 1978). E.: Bosch. Barcelona, 1980. 110 págs.

El tema elegido por Juan Felipe Higuera para esta última su obra es de una candente actualidad. Un problema, el de la pena de muerte, con una gran carga política, emocional y, en nuestra legislación, con evidentes matices técnicos. En palabras del Dr. Cerezo Mir, Catedrático de Zaragoza y prologuista de este libro: «La abolición de la pena de muerte... es la reforma más trascendente del Derecho penal español que se ha llevado a cabo desde el restablecimiento de un régimen democrático». El estudio se centra en el segundo inciso del artículo 15 de la Constitución, que declara abolida la pena de muerte, pero con una limitación que el autor define como «la cláusula de previsión constitucional cuando lo dispongan las leyes penales militares».

Antes de adentrarse en el examen de dicho precepto constitucional se dedican tres Capítulos a los precedentes del constitucionalismo histórico español, a los Convenios Internacionales y a la situación del Derecho comparado europeo.

Es interesante la descripción de las vicisitudes que siguió este artículo en los debates parlamentarios. Se pone de relieve que la enmienda configuradora de la actual redacción tuvo lugar en el Senado y precisamente del señor Cirici Pellicer de «Entesa dels Catalans».

Pasa a continuación el autor al análisis del Real Decreto-Ley 45/78, de 21 de diciembre, examinando sus dos artículos y denunciando el flagrante deslíz que comete el artículo 2, que deja vigente la pena de muerte para tiempos de guerra en la Ley Penal y Procesal de la Navegación Aérea y en la Ley Penal y Disciplinaria de la Marina Mercante, que son leyes penales comunes y no militares. Opina Higuera Guimerá que no era preciso, como se estimó, ninguna disposición legal semejante al artículo 2 de este Real Decreto-Ley para el Código penal. Criterio que fundamenta atendiéndose a la Disposición Derogatoria de la Constitución y al mismo artículo 15 de este texto.

Sólo la ley penal militar puede establecer la pena de muerte en tiempos de guerra. Se trata, pues, de definir un concepto de lo que sea ley penal militar, por una parte, y por otra, de establecer el alcance de la expresión «en tiempos de guerra». El autor considera que el concepto de ley penal militar ha de ser material, no meramente formal, una ley que «castigue acciones y omisiones que afectando los intereses de los Ejércitos, sean realizadas, además por un militar» (pág. 40), añadiendo la que tipifique hechos que afecten los intereses del Ejército independientemente del sujeto activo. Los Bandos Penales militares sólo podrán establecer la pena de muerte en tiempos de guerra, no en «campaña». La ley que imponga dicha pena ha de ser una Ley Orgánica.

En cuanto a la fórmula «en tiempos de guerra», se considera necesaria la previa declaración de la misma. No basta el que los Ejércitos estén «en campaña». Se dedican varias consideraciones a la delimitación del concepto de guerra, problema siempre arduo y difícil. La situación de tiempos de guerra constituirá un elemento normativo del tipo que configura lo injusto en los delitos que lleven aparejada la pena capital.

La ley penal militar que establezca la pena de muerte ha de ser una ley penal temporal, planteándose la cuestión de la retroactividad de la ley más benigna al dejar de tener vigencia la ley anterior. Acertadamente, y de acuerdo con la doctrina, ha de aplicarse la ley temporal, pues además de estar en presencia de supuestos fácticos distintos, esta ley temporal se vería defraudada. Opta por la teoría de la actividad para los casos en que el resultado de la acción ocurra después de cesar la situación bélica.

La Jurisdicción natural competente es la Militar y el procedimiento judicial y la ejecución de la pena máxima ha de ajustarse a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949.

Higuera Guimerá se muestra partidario, de *lege ferenda*, de una abolición total de la pena de muerte, que pasaría, por supuesto, por una modificación de la Constitución según los cauces que ella misma determina.

Las ideas fundamentales del libro se condensan en el último Capítulo bajo el epígrafe «Conclusiones. Reconsideraciones finales. Resumen final. Concreciones». Para finalizar, y a modo de Anexos, se incorporan los Convenios Tercero y Cuarto de Ginebra de 12 de agosto de 1949 sobre Trato a los prisioneros de guerra y sobre Protección de personas civiles en tiempos de guerra, así como los Protocolos Adicionales I y II de Protección de las víctimas de Conflictos Armados Internacionales y sin este carácter internacional, respectivamente.

JESÚS PRÓSPER PALACIOS

MORILLAS CUEVA, Lorenzo: «Acerca de la prescripción de los delitos y de las penas». Publicaciones del Departamento de Derecho Penal de la Universidad de Granada. Granada, 1980. 108 págs.

Lorenzo Morillas viene a cubrir una laguna de la doctrina penal española que hasta ahora no había abordado de forma monográfica y en profundidad un tema «de tanta complejidad y amplitud como el de la prescripción, situado a caballo entre las diversas facetas del saber jurídico». Es por ello un trabajo oportuno en su contenido, tratado con rigor y meticulosidad.

Definir conceptualmente la prescripción penal es empresa harto dificultosa. La falta de una definición legal contribuye decisivamente. Tras analizar las definiciones de Cuello Calón, Rodríguez Devesa y Del Toro, el autor destaca una nota común en todas ellas: el transcurso del tiempo como raíz de la prescripción. Los demás caracteres son esencialmente discutibles y en su estudio se adentra.

Tras unas breves pinceladas históricas se plantea en el libro el fundamento del instituto prescriptivo repasando las teorías críticas y las afirmativas en sus múltiples variantes. Nuestro Tribunal Supremo también señala diversas razones fundamentadoras. La opinión de Lorenzo Morillas sobre el

verdadero significado de la prescripción es que el «Estado... renuncia a ejercitar el «ius puniendi» que le corresponde al declarar extinguida la responsabilidad criminal» (pág. 27), ante poderosas razones de política criminal y utilidad social como son, entre otras, la disminución del interés represivo, la extinción de los efectos antijurídicos del hecho y de la alarma social producida y las dificultades probatorias.

El tema de la naturaleza comienza con el deslinde entre prescripción civil y prescripción del delito, y después de examinar las teorías que la confieren una naturaleza procesal y las que, por el contrario, le conceden naturaleza sustantiva, se opta por esta segunda solución: la prescripción en una institución de Derecho sustantivo, pues supone «una renuncia del Estado al derecho de castigar basadas en razones de política criminal (página 43).

El Capítulo se dedica a la Prescripción del delito en el Derecho penal especial. En cuanto a los plazos de prescripción (art. 113 C. p.), se abordan diferentes cuestiones espinosas; como son los de la prescripción de delitos sancionados con toda clase de penas que tengan una duración mayor de seis años privativas de derechos, la de los delitos con pena compuesta, los delitos de injurias y calumnias, la de las faltas, la de si la prescripción se refiere al delito en abstracto o después de concretar el momento de su perfección, el grado de participación y las circunstancias modificativas, la del cómputo del plazo, la de la retroactividad de la ley en relación con la prescripción. A todos estos problemas, el autor halla y defiende soluciones.

El momento del plazo prescriptivo, interpretando el artículo 114 p. 1.º, se sitúa en «el día de la consumación del delito, con las adecuadas correcciones a las circunstancias y naturaleza del delito concreto» (pág. 61), deteniéndose en particular en el delito continuado, en los delitos permanentes, en los imprudentes, en los de omisión pura, en los perseguibles a instancia de parte, y en el estudio de la incidencia de las formas de participación y las circunstancias agravantes. Problemas que tienen su congruo tratamiento son el de la interrupción y reanudación de la prescripción. En lo referente a la interrupción se critica la normativa del artículo 114 p. 2.º, que diferencia el trato entre la interrupción de la prescripción del delito y la de la pena y se opta por la solución más favorable del reo cuando se trata de dilucidar si, una vez interrumpido, al correr de nuevo se contará o no el tiempo anterior a la interrupción.

Un esquema semejante se utiliza en el Capítulo III sobre la Prescripción de la pena, donde se tocan, entre otros, los temas de las penas accesorias y la necesidad de que la pena esté impuesta por sentencia firme.

El último Capítulo se dedica, a manera de conclusión, al Proyecto de Código penal, valorando los aspectos positivos y negativos de la normativa que propugna.

Sitúa el mayor acierto en la adopción de la teoría de la consumación para resolver el inicio del cómputo prescriptivo (art. 105 p. 1.º) y advierte que en las excepciones de los delitos de terrorismo quiebra la regla de fijar los plazos de prescripción de la pena superiores a la propia duración de la pena.

OCTAVIO DE TOLEDO, Emilio: «La prevaricación del funcionario público».
Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense. Ed. Civitas, Madrid, 1980, 487 págs.

Me atrevo a afirmar que la presente obra es de las que no pueden dejar a ningún lector indiferente. Hay, sin duda, audacia y ambición, como lo denotan el elevado número de páginas en un formato mayor de lo habitual con gran densidad de líneas, y el propio método expositivo. No se ha eludido ningún tipo de esfuerzo en todos los problemas estudiados, cada uno de los cuales constituye un profundo estudio monográfico sólidamente fundado, enormemente erudito y muy rico en aportaciones.

La exposición, con todo y a pesar de una introducción con ciertos visos literarios, es seca y algo despiadada con el lector a quien se le obliga a una especial atención y esfuerzo, lo que, unido a la propia aridez de la materia, hace la lectura poco grata desde el punto de vista formal. Sin embargo, el lector va quedando cautivado por las tesis que se van exponiendo y la importancia de los argumentos esgrimidos. El propio autor reconoce que la sistemática expositiva tiene algo de heterodoxo y lo justifica con el argumento, entre otros, de que «el hilo seguido por la investigación no debe ocultarse excesivamente» (pág. 39). A mi juicio, los métodos de investigación y de exposición han de ser necesariamente diversos. Exponer un trabajo científico siguiendo el mismo curso de la investigación produce un resultado muy parecido a la técnica del «suspense» que obliga a ocultar hasta el final el nombre del asesino. Entiendo demasiado exigente para el lector, por ejemplo, que se tengan que leer cerca de doscientas páginas para conocer cuál es, a juicio del autor, el bien jurídico protegido, por muy necesario que se entienda no ocultar el hilo de la investigación. En cualquier caso, hay que agradecer a Octavio de Toledo que después de cada apartado enumere unas conclusiones que sirven para ir corroborando las deducciones que se van haciendo a lo largo de la lectura.

Trato aquí simplemente de entresacar algunas de las tesis mantenidas en esta importante obra, tesis que son fruto de una investigación seria, profunda y erudita y que creo se convertirán en punto de partida o de debate obligado en toda investigación sobre los llamados «delitos de los funcionarios».

El primer capítulo de la obra se dedica a interpretar las expresiones «resolución» y «asunto administrativo» utilizadas en el artículo 358 del Código penal. Dejando de lado esta entrada de sopetón en dos elementos típicos concretos de una figura delictiva de la que no se ofrece al lector, no ya una explicación, sino ni tan siquiera el texto legal, hay que reconocer que este capítulo es un ejemplo de trabajo sobre un elemento normativo partiendo del estudio profundo de aquella rama jurídica (Derecho administrativo) a la que remite y que el autor demuestra de sobra conocer. Aunque el autor no elabora una definición sintética puede decirse que entiende por «resolución» todo acto administrativo simple dictado por cualquier funcionario público con capacidad decisoria, que contenga una declaración de voluntad de la Administración (una decisión), así como los llamados reglamentos autónomos (vid. págs. 101 y sigs. 124 y sigs.). En este sentido, no son resolucio-

nes los contratos administrativos ni los actos complejos o actos-procedimiento ni los llamados «actos políticos o de gobierno», mientras que lo son los actos declarativos de derecho, los firmes y los que causan estado. Sorprende que el autor considere irrelevante la forma de la resolución que, a su juicio, puede ser expresa, presunta o tácita, así como escrita, oral o mímica (vid, págs. 101 y 124). La Ley exige que la resolución se dicte en «asunto administrativo».

El capítulo segundo, dedicado al bien jurídico, es el más amplio y ambicioso de la obra que incluye importantes subepígrafes como los referentes a los análisis histórico y de Derecho comparado, así como a las relaciones entre delitos de funcionarios y Derecho disciplinario de funcionarios. Aunque tampoco emite aquí ninguna definición sintética, puede entenderse que el autor concibe el bien jurídico como el ejercicio de las potestades que la legalidad define y atribuye a la Administración entendida como servidora social (vid. págs. 313-314, 324-325, 333). Este entendimiento es el resultado de un amplio estudio que comienza con una crítica severa de la tesis que considera el deber del cargo o deber de fidelidad al Estado como objeto de protección: «dentro del Derecho totalitario, el vacío dejado por el bien jurídico (proveniente del 'vaciamiento' de su concepto), lo que ocupará el deber; deber de fidelidad, deber hacia el Estado; que en los 'delitos de funcionarios' admitirá una fácil concreción (que también tiene origen anterior al totalitarismo: una herencia hábilmente utilizada y adaptada por éste), en el 'deber del cargo' del funcionario hacia el Estado» (pág. 235).

Uno de los subepígrafes más interesantes de este capítulo, es aquel que pone en relación al Derecho penal con el poder disciplinario de la Administración, poniendo de relieve que, en contra de lo que hemos opinado algunos, tal relación no es pacífica. Rechaza un Derecho disciplinario de funcionarios como Derecho «interno» de la Administración y de la existencia de una «potestad doméstica» de ésta, ya que —según el autor— «denota un sólido conservadurismo, patrocina elementos propios del absolutismo, de relaciones de dominación, desemboca en un derecho de autor y, como consecuencia de todo ello, no merece, siquiera, la consideración de Derecho penal primitivo» (pág. 295).

Para Octavio de Toledo, el Derecho disciplinario es más afín al Derecho penal que al Derecho laboral. En consecuencia, ha de regir el **non bis in idem**, lo cual significa que si el hecho es a la vez delito y falta administrativa habrá de apreciarse, o bien un concurso de leyes (relación de consunción o un concurso de delitos o debe quedar impune la falta administrativa. Este último supuesto se daría cuando se prevé la pena de inhabilitación para el delito y la sanción de separación del servicio para la falta, en cuyo caso no sería posible imponer esta última sanción, ya que «el acto que la impusiera en base a la realización de una conducta cuya estimación penal significara la imposición de una pena de menor gravedad que la separación, sería un acto inválido por desviación de poder; ello al margen de la posibilidad de estimarlo, incluso (caso de darse los restantes elementos típicos) como prevaricación del artículo 358 del Código penal» (pág. 296).

A mi juicio, estas conclusiones van a levantar polémica. El hecho de que el bien jurídico lesionado venga a ser el mismo en el delito que en la falta

administrativa salvo un «plus» en el primer caso (vid. pág. 295), no creo que permita sostener la aplicación de las reglas de concurso pensadas sólo para el ámbito penal. Aunque se mantuviera que todo Derecho sancionador es, a la postre, Derecho penal, nada puede impedir que las reglas de concurso estén pensadas para ser aplicadas a los delitos castigados con algunas de las penas del artículo 27 del Código penal y no para las faltas administrativas. De otra parte, la desviación de poder de que se habla más arriba parte de una premisa discutible: que la sanción administrativa de separación del servicio sea más grave que la pena de inhabilitación. Aunque ésta tenga una duración limitada no pueden despreciarse los efectos secundarios como los que afectan a la reincidencia, antecedentes penales, etc.

El capítulo tercero lo dedica el autor a la interpretación de los elementos típicos «injusta», «manifiestamente injusta», «a sabiendas» y «negligencia o ignorancia inexcusables», y el capítulo cuarto a las especiales formas de aparición. Acaba la obra con un estudio (capítulo quinto) monográfico de indudable valor sobre la pena de inhabilitación.

Las presentes líneas no pueden, por su brevedad, dar una imagen cabal de la magnitud de la obra comentada. Creo que merece la pena invitar al estudioso a acercarse a esta excelente monografía, aunque sólo fuera por lo enjundioso de las tesis en ella mantenidas y por la honestidad y rigor con que se ha elaborado este extenso trabajo; entonces podrá comprobar sus profundas cualidades.

MIGUEL BAJO FERNÁNDEZ

SAINZ CANTERO, José Antonio: «Lecciones de Derecho penal», Parte General, Tomo I: Introducción. Barcelona, 1979, 278 páginas, y Tomo II: «Ley penal. El delito (Acción, Tipicidad, Antijuricidad)», Barcelona, 1982, 396 páginas.

A la bibliografía española de Manuales de Derecho penal —que está viéndose notablemente aumentada de unos años a esta parte, después de un largo período de abandono— vienen a sumarse, enriqueciéndola, estas dos importantes aportaciones que han de ocupar por sus características y contenido un lugar destacado dentro de ella. Las profundas dotes pedagógicas y didácticas del autor, de las que dan testimonio diario todos los que han sido, son y seguimos siendo sus alumnos, están presentes en ambas obras desde la primera a la última página, logrando el tan difícil arte de hacer que aparezca claro lo confuso, sencillo lo complejo, e interesante y atrayente lo más farragoso y anodino; hasta el punto de que sus páginas parecen estar pensadas, tal es su claridad, más para ser leídas que para ser estudiadas.

En ambos libros, por otra parte, se refleja lo que no siempre queda claro en otras obras del género: que son, como indica el título genérico, unas «Lecciones». Y en cuanto tales, no dirigidas ni al técnico ni al especialista, sino al alumno que se enfrenta por primera vez a una disciplina de la que no conoce nada y del que sólo se puede pretender, cuando acabe al estudio de la misma, que sepá, habiéndolo hecho suyo porque lo ha comprendido,

los fundamentos básicos del Derecho penal. Es éste un propósito que exige una rígida autodisciplina metódica en quien pretende llevarlo a cabo y que el profesor Sainz Cantero ha cumplido perfectamente, por tener siempre muy claro qué son unas «Lecciones» y cómo deben hacerse. Y es que en otras de esta naturaleza no se trata de demostrar «cuánto» sabe el autor, sino de hacer que quien no sabe nada pueda acabar sabiendo lo necesario; lo que sin duda es mucho menos gratificante y más sacrificado para quien escribe. Sin embargo, cuando se trata de hacer un «Manual», éste y no otro puede ser el enfoque. Quien es profesor e investigador conoce las dificultades que un propósito de esta naturaleza conlleva; sobre todo hoy, en que, por fortuna, la categoría científica ya no se mide según esa regla de tres inconcebible de que a mayor oscuridad en la exposición e imposibilidad de comprensión, mayor es también la altura científica de quien expone, a menudo arropado por el manto de la erudición vana. Por el contrario, es preciso saber más y mejor para presentar de manera sencilla los problemas, porque sólo la claridad del conocimiento puede acabar con la oscuridad de las complejas cuestiones que frecuentemente presenta una disciplina científica.

De acuerdo con esta pretensión, y satisfaciéndola plenamente, es cómo se analiza cada uno de los temas. Sin olvidar ni eludir ninguna cuestión, ni los planteamientos doctrinales más solventes en cada caso, se evita, sin embargo, la polémica doctrinal de carácter puramente técnico, posiblemente porque el autor es consciente de que su sitio no es el de un texto dirigido a los alumnos. La bibliografía, asimismo, ha sido cuidadosamente seleccionada y reducida al mínimo imprescindible (otra renuncia), para permitir a los destinatarios de las obras una aproximación más cómoda e inmediata a otras fuentes en aquellas cuestiones que puedan interesarles especialmente. En la mayoría de los casos, justamente por las características de quienes habrían de utilizarla, se ha preferido la que aparece en castellano y ocupándose directamente de problemas del Derecho español. La misma sistemática, general y particular de cada apartado, denota esa preocupación, tratando de que sea un elemento clarificador más. Ni más ni menos que lo que debe ser un texto dedicado a los estudiantes.

TOMO I: INTRODUCCION

El antecedente de este primer volumen se encuentra en otra obra anterior del autor («La Ciencia del Derecho penal y su evolución»), bien conocida por todos los estudiosos del Derecho penal por haberse convertido en uno de los estudios de obligada consulta sobre las materias que aborda. La que ahora comentamos, sin embargo, contiene sustanciales diferencias de contenido respecto a aquélla.

Sus páginas se abren con el concepto del Derecho penal. Aunque señalando sus limitaciones, se prefiere, mientras no se ofrezca otra alternativa más idónea, la denominación «Derecho penal»; definiéndose el mismo como «el sector del ordenamiento jurídico que tutela determinados valores fun-

damentales de la vida comunitaria, regulando la facultad estatal de exigir a los individuos comportarse de acuerdo con las normas y de aplicar penas y medidas de seguridad a quienes contra aquellos valores atenten mediante hechos de una determinada intensidad». El análisis de la misma sirve al autor para anticipar las concepciones básicas de la disciplina que serán desarrolladas después: se concibe el Derecho penal como un ordenamiento protector, preventiva y retributivamente, de bienes jurídicos; el «*ius puniendi*», como una facultad limitada por ciertos principios garantizadores; la pena, según los planteamientos de las teorías unitarias; las medidas de seguridad, basadas en la peligrosidad criminal (se rechaza expresamente la peligrosidad social como fundamento de las mismas), considerando que sólo las post-delictuales pertenecen al Derecho penal, y prefiriendo el sistema «*vicarial*» al «*dualista*» a la hora de establecer las relaciones entre ambas.

El Derecho penal viene concebido como un ordenamiento autónomo, perteneciente al campo del Derecho público y que debe estar informado por los siguientes principios: de intervención mínima, legalidad, del hecho, del bien jurídico, de culpabilidad y de proporcionalidad. Tras examinar sus relaciones con otras ramas del ordenamiento (particularmente con el Derecho administrativo), se pasa al estudio de la Ciencia del Derecho penal (que se concibe metodológicamente según los planteamientos del tecnicismo-jurídico como esquema básico) y de las demás Ciencias penales (Criminología, Penología y Política Criminal).

Con detalle y rigor se expone la evolución de la Ciencia del Derecho penal, presentándose de manera completa todos los distintos planteamientos metodológicos (por épocas, escuelas o direcciones de pensamiento y, dentro de esos parámetros, autor por autor) que han sido propuestos como respuesta al problema penal y de su Ciencia desde la Ilustración a nuestros días. Esta parte, casi siempre olvidada o tratada ligeramente, no ya en obras similares, sino incluso en Tratados con mayores pretensiones iniciales, me parece, por el contrario, uno de los mayores logros del libro, cuya utilidad, en este caso, se extiende a los propios especialistas. Suele decirse que quien desconoce o ha olvidado la historia está condenado a repetirla; lo que es todavía más cierto en el campo de las ciencias sociales y del espíritu. Es por eso que una visión global de nuestra disciplina que no pretenda ser excesivamente «*legalista*», sino, antes al contrario, capaz de proporcionar el material necesario para el enjuiciamiento general del sistema penal, pasa necesariamente por el ofrecimiento de las distintas alternativas y planteamientos que se han hecho en los diversos momentos de su evolución. Y ello debe conocerlo el estudiante de Derecho penal, si, como se pretende, se quiere posibilitar y fomentar su capacidad crítica; una crítica, naturalmente, que tenga una base científica y fundada, y que sólo es posible conociendo los intentos y propuestas que hasta ahora se han hecho para abordar el fenómeno criminal. Claro, que es una materia difícil de exponer, por cuanto siempre se corre el riesgo de convertirla en una aburrida sucesión de datos e ideas inconexas.

Pues bien, no es éste el caso de la obra del profesor Sainz Cantero, que ha sabido hacer de todo ello un mosaico coherente, armónico, atrayente,

capaz de suscitar el interés del lector menos dispuesto a enfrentarse a la materia. Las inteligentes y documentadas notas biográficas que suelen acompañar a la presentación de cada autor, «personalizándolo» al mostrar su trayectoria humana y científica, al tiempo que aproximan al personaje sirven para enmarcarlo de manera directa dentro del contexto cultural del momento e, incluso, en ocasiones, para que sea más fácil captar su propio pensamiento. El estilo ágil y siempre vivo logra que en algunas páginas (las dedicadas a Beccaria, Lombroso, Ferri, Garófalo, Lardizábal, Dorado Montero, por ejemplo) llegue a olvidarse que se tiene en las manos un libro dedicado al estudio del Derecho penal en el que se están exponiendo con notable profundidad y rigor científico, complejos planteamientos de carácter técnico y metodológico.

Situación que se repite cuando se refiere a los Códigos históricos, que asimismo, son mostrados de forma individualizada, pero dentro de una línea evolutiva armónica, que explica mejor las sucesivas transformaciones que van sufriendo a lo largo del tiempo; evolución, por lo más, que se ha hecho con el evidente propósito de que sirva para conocer mejor la legislación vigente. Con ello y una minuciosa relación de las modificaciones llevadas a cabo en lo que se ha llamado «Derecho penal de la transición», dando cuenta de su significado esencial, se termina esta «Introducción» que brevemente hemos comentado.

TOMO II: LEY PENAL. EL DELITO (ACCION, TIPICIDAD, ANTIJURICIDAD)

Continuando en donde se había terminado el Tomo I, se refieren las reformas que en la legislación penal común se han producido desde entonces a ahora (1979-1982). Junto a ello, se contiene una detallada referencia a la legislación penal especial (que se contempla por áreas de competencia) y la legislación penal complementaria (entre la que se incluye, junto a otras, las leyes de Peligrosidad y Rehabilitación Social y la de Tribunales Tutelares de Menores).

Especial consideración se presta a la Ley General Penitenciaria y a su Reglamento y, sobre todo, al Proyecto de Código Penal de 1980, del que se estudian sus principios informadores (legalidad, intervención mínima, culpabilidad, bien jurídico y proporcionalidad, por lo que hace al ordenamiento penal retributivo, y la afirmación de la peligrosidad criminal, exclusión de medidas predelictuales, incorporación del sistema «vicarial» —medidas, por lo demás, que el autor había considerado como necesarias en el tomo I— y judicialización de las medidas, en lo que se refiere al Derecho penal preventivo), para terminar con la indicación de las principales innovaciones que en el mismo se introducen, tanto en la Parte General como en la Especial. Sus disposiciones, sin embargo, serán estudiadas también en relación a cada tema concreto junto al análisis de la regulación vigente.

Se sigue con el estudio de las fuentes del Derecho penal, ocupándose detenidamente del principio de legalidad, tanto a nivel conceptual e histó-

rico-evolutivo como en el ordenamiento vigente y propuesto, así como de las consecuencias que del mismo se derivan. Fuente directa se considera sólo a la ley penal, que habrá de adoptar la forma de ley orgánica y en circunstancias excepcionales (estado de sitio, tiempo de guerra) también la de «Bandos militares». Fuentes indirectas se consideran a la costumbre (a través del reenvío de la ley penal a otras ramas del ordenamiento en donde es constitutiva de derechos y como resorte de interpretación), la equidad, los Reglamentos, disposiciones inferiores y órdenes de la Autoridad (por medio de las «leyes penales en blanco») y Tratados internacionales que por la naturaleza de sus disposiciones no sean directamente aplicables. La jurisprudencia se concibe como medio complementador del ordenamiento jurídico, puesto que los criterios de interpretación que establece constituyen un cauce orientador claro para los aplicadores de las normas.

La interpretación, actividad cognoscitiva de la voluntad de la ley y no creadora de derecho, de la que pueden distinguirse varias clases y para la que han de utilizarse concretos medios, que se analizan, se presenta con particularidades especiales en los supuestos de concurso aparente de normas penales, erratas de la ley y analogía. El primero se resolverá según los principios de especialidad, consunción, alternatividad y subsidiariedad. La analogía, que se distingue claramente de la interpretación extensiva, se entiende que es rechazada como principio general por nuestro ordenamiento, aunque se autorice a título excepcional por el Código penal para algunos casos de atenuantes, agravantes, e incluso de incriminación de conductas. Ello, sin embargo, no implica, entiende el profesor Sainz Cantero, que sea fuente directa en nuestro Derecho, pues tal lo es sólo la ley, que es la que en determinados supuestos remite a la analogía. De cualquier forma, la analogía de Derecho no es admisible en el ordenamiento español. La prohibición alcanza a cualquier clase de la misma, por contra a la admisión de la «in bonam partem» que hace el Proyecto de 1980, que debe considerarse en cualquier caso referida únicamente a la «analogía de ley».

Se aborda a continuación la problemática de la Ley penal en el tiempo y en el espacio, estudiando detenidamente los principios que disciplinan la eficacia de la ley penal en ambos órdenes y las excepciones a los mismos, siempre de forma clara y con una sistemática que permite simplificar notablemente el entramado de reglas generales, excepciones y contraexcepciones que es característico de la materia. Lo mismo puede decirse en relación a la extradición, que se analiza, en cada una de sus clases, a nivel de institución y en relación al ordenamiento español, haciendo una cumplida y detallada exposición de los principios por los que se rige y las excepciones a los mismos, siempre de forma comparativa con las orientaciones internacionales en la materia. Con ello se da por terminada esta parte, iniciándose el estudio de la teoría jurídica del delito.

Sobre la base del método analítico y tras mostrar la evolución histórico-dogmática de la teoría jurídica del delito, se define el mismo como «la conducta humana, típica, antijurídica, reprochable a su autor (culpable) y punible». En la expresión «conducta humana», se incluyen tanto las acciones en sentido estricto como las omisiones, a las que es connatural en am-

bos casos el dato de la «voluntariedad» (equivalente a conducida por la voluntad); el término «típica» indica la posibilidad de subsunción en un tipo penal. Por lo general, toda conducta típica será antijurídica, a no ser que sea apreciable una causa de justificación. La culpabilidad se concibe como juicio de reproche dirigido al autor por haber realizado la conducta típica y antijurídica. Sus presupuestos son la imputabilidad, las formas de culpabilidad (dolo o culpa) y la exigibilidad de conducta adecuada a la norma. La punibilidad viene considerada como un elemento más del delito y se define como la posibilidad de imponer una pena al autor de una conducta típica y antijurídica que le es reprochable. Falta tal posibilidad cuando concurre una «excusa absolutoria», cuando no se ha cumplido la condición que la ley requiere para que la conducta pueda ser castigada (condiciones objetivas de punibilidad) o porque no se han llenado los requisitos de orden procesal que el ordenamiento exige para la iniciación del proceso (condiciones de perseguibilidad o procedibilidad).

La definición legal de delito se considera perfectamente coincidente con la noción dogmática expuesta. Se advierte que más que una definición de delito es un concepto de la «infracción punible», pues acoge tanto al delito como a la falta. La distinción entre uno y otra; por lo demás, es simplemente cuantitativa. En el término «voluntarias», del que se refieren las distintas interpretaciones doctrinales, se encuentra la exigencia de culpabilidad, de la misma manera que la expresión «penadas por la ley» exige la tipicidad, la antijuricidad y la punibilidad de la acción u omisión. Ello, porque, estima el autor, tal expresión no equivale a acciones u omisiones conminadas con pena, lo que no sería sino requerir la tipicidad de las acciones u omisiones. A la definición del Proyecto se reprocha la confusión que puede suponer la sustitución del término «voluntarias», por «dolosos o culposos», que podría inducir a alguien a pensar que la culpabilidad se agota en el dolo y la culpa, retornando a la concepción psicológica, que, sin embargo, no parece haber sido la adoptada en el Proyecto ni la que pretenden sus redactores.

Se estudian a continuación los sujetos y objetivos del delito, extendiéndose el autor sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas y el principio «societas delinquere non potest», tanto en el Derecho vigente como en el Proyecto de Código penal, para pasar después al estudio detenido de cada uno de los elementos del delito.

La acción, considerada elemento básico del delito, se concibe en términos próximos a la concepción social, definiéndose como «conducta humana conducida por la voluntad», cuando se trata de acción en su manifestación de hacer activo. Se declara su naturaleza ontológica, siendo sus elementos: la «voluntad de acción» (suceso psicológico interno «por el que el agente se coloca a sí mismo como causa de la realización de un resultado que se ha representado») y que exige un mínimo de participación de la voluntad, la «conducta corporal externa (manifestación exterior de la voluntad de acción), el resultado («efecto natural de la conducta humana que supone una alteración del mundo externo) y la relación de causalidad (en orden a la cual se examinan las diversas teorías). La omisión se define como el «voluntario no hacer algo que se esperaba que el sujeto hiciese», afirmándose su na-

turaliza normativa. Sus elementos son: «voluntad de no actuación» (estimándose que está presente, siquiera sea en la forma de «dependencia del querer» o «reenvío voluntario» en los «delitos por olvido») y la manifestación externa de esa voluntad. Clases de ella son la «omisión simple» y la «comisión por omisión», respecto de la que se estudia especialmente la problemática de la causalidad y el deber de impedir el resultado. Supuestos de falta de acción (y omisión) estima el autor que son la fuerza irresistible, los llamados movimientos reflejos y las situaciones reconducibles a la inconsciencia absoluta.

La tipicidad («exigida correspondencia entre el hecho real y el tipo penal») constituiría el segundo elemento del delito. El tipo de injusto de que se parte a estos efectos es el que comprende sólo las características positivas de la conducta y que, en abstracto, determina su contrariedad a derecho. La tipicidad es indicio de antijuricidad, rechazándose la «teoría de los elementos negativos del tipo» por la confusión que propicia entre antijuricidad y tipicidad, porque parte de una concepción del tipo penal de extensión desmesurada, y porque equipara en tratamiento conductas que carecen en absoluto de relevancia jurídica e incluso social y hechos a los que, aunque no sean penalmente punibles, no puede negarse tal relevancia. El tipo penal, estima el profesor Sáinz Cantero, desempeña tres funciones: primera, la función delimitadora del área de lo punible o función de garantía; segunda, la función indiciaria de la antijuricidad; y tercera, función motivadora, por estimar que también el tipo de injusto y no sólo el tipo de garantía puede llevarla a cabo. Se estudia a continuación la estructura del tipo penal, así como los elementos que lo componen, para acabar analizando las diversas clases de tipos penales en atención a los criterios que son usuales en la materia. La ausencia de tipicidad puede deberse a falta de tipo o a la ausencia de alguna de las características típicas; en ambos casos, el resultado es el mismo: la declaración de que tales comportamientos no interesan al Derecho penal. En opinión del profesor Sáinz Cantero, no puede negarse la tipicidad de los supuestos que se engloban bajo la rúbrica común de «acciones socialmente adecuadas». Su impunidad, sin embargo, encontraría un fundamento distinto (generalmente una causa de justificación), cuando no es simplemente su «insignificancia» en el campo del derecho lo que hace que, por razones de economía procesal, no se persiguen usualmente, a pesar de que son típicas.

La antijuricidad se define, en términos mezgerianos, como «juicio impersonal objetivo sobre la contradicción existente entre el hecho y el ordenamiento jurídico». Su naturaleza es objetiva, con la salvedad que suponen los elementos subjetivos del injusto, presentes en los delitos de intención, de tendencia y de expresión. El contenido material de la antijuricidad se llena con el «desvalor del resultado» y el «desvalor de la acción», elementos ambos necesarios en el contenido material del injusto; si bien en nuestro derecho debe ser preferente el «desvalor del resultado», como prueba el distinto tratamiento dado a la consumación y a la tentativa y la distinción entre tentativa inidónea e irreal. Las causas de justificación encuentran su fundamento en los principios de «ausencia de interés» e «interés preponde-

rante». En el primero se asienta el consentimiento; en el segundo tienen su fundamentos las causas de justificación que amparan al que obra en cumplimiento de un deber, ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, legítima defensa (en sus distintas modalidades) y estado de necesidad justificante (cuando el bien lesionado o el deber infringido son de valor inferior a los que se trata de salvaguardar).

Para la justificación de una conducta típica, sin embargo, no basta con la simple correspondencia objetiva entre el comportamiento que se justifica y el texto legal de la causa de justificación: se reconoce la presencia de los «elementos subjetivos de justificación», siempre que la fórmula típica empleada expresamente lo exija. Ello ocurre, estima el autor, en todas las causas de justificación que establece nuestro Código, por lo que para que sean aplicadas es preciso que se tenga voluntad de actuar conforme a lo que manda el ordenamiento jurídico. Con el estudio detenido y pormenorizado de cada una de ellas, tanto en relación a la legislación vigente como anticipando la normativa del Proyecto, acaba este tomo II de la obra que comentamos.

Como advertíamos al iniciar esta referencia, se trata de dos libros que cumplen exactamente el cometido, no precisamente fácil, de llegar a los destinatarios para quienes está concebido. Por mis contactos con quienes lo tienen como libro básico me consta (aparte de ser una conclusión derivada de la simple lectura de los mismos) que consigue los objetivos que aquí resaltábamos como sus cualidades más notables. Y no cabe duda que cuando se trata de una obra que se presenta como un «Manual» no hay juicio más severo y exacto que el de los propios estudiantes. Por todo ello, sólo queda desear, para terminar estas líneas, la pronta aparición del volumen que deba ocuparse del resto de la Parte General, convencidos como estamos de que sin duda serán de la misma utilidad e interés que los dos que aquí brevemente hemos presentado.

JUAN JOSÉ GONZÁLEZ RUS

TORRES CHAVES, Efraín: «Ley de tránsito y transporte con sus reformas de 1979». Universidad Central Quito-Ecuador. Quito, 1979. XIX + 244 págs.

El doctor Efraín Torres, penalista ecuatoriano, nos remite a España este libro de comentarios artículo por artículo a la Ley de Tránsito y Transporte de 1966 en su última redacción, fruto de la reforma de fecha 7 de agosto de 1979.

La citada Ley está dividida en tres Libros: el primero contiene la Parte General, relativa a la Ley, Organismos y Autoridades; el segundo se refiere a las infracciones y sus penas; y el tercero se dedica a las normas de carácter procesal. Por ello, y desde un punto de vista jurídico-penal, nos interesan especialmente las disposiciones contenidas en el Libro II, cuyo conjunto constituye ordenamiento penal especial en relación con el Derecho común integrado por el Código penal de 1938.

Se trata de un Derecho penal culposo, puesto que el artículo 28 define las infracciones de tránsito como «los acontecimientos, que pudiendo ser previstos, pero no queridos por el agente se verifican por causa de negligencia, imprudencia, impericia o inobservancia de leyes, reglamentos u órdenes de Tránsito», concepto que, salvo sus dos últimas palabras, es reproducción literal del que se da en el último párrafo del artículo 14 del C. p. de la infracción culposa. Expresamente, en el artículo siguiente, se dice que cuando se trate de infracción dolosa «el individuo será puesto a órdenes de los Jueces Comunes para que sea juzgado de acuerdo con el Código penal».

Las infracciones se dividen en graves y contravenciones, pudiéndose castigar las primeras con sanciones de prisión de hasta cuatro años, multa de hasta ochocientos sucres y suspensión temporal de la actividad de conductor, y las segundas con prisión de hasta siete días, multa de hasta cien sucres y suspensión temporal de la actividad de conductor (art. 42). Se establece, por otra parte, un catálogo particular de circunstancias atenuantes y agravantes.

Los capítulos IV y V constituyen lo que pudiéramos denominar «Parte penal especial de la ley». En el primero de ellos se dedica un párrafo I) a las infracciones graves de tránsito, que son reguladas de una manera hartocasuística, y un II) a las contravenciones que clasifica en el artículo 61 en de primera, segunda y tercera clase. El capítulo V se refiere a infracciones cometidas por las Autoridades y Funcionarios de tránsito y a la falsificación de documentos.

Por último señalemos que, conforme al artículo 72, y ya en el ámbito procesal que configura el libro III, el juzgamiento de las infracciones graves y contravenciones corresponde a los Jueces de Tránsito de la provincia. Estos Jueces son nombrados por el Consejo Nacional de Tránsito y Transporte Terrestre y se requiere ser abogado en ejercicio, estar en pleno uso de los derechos de ciudadanía y haber ejercido la profesión con buen crédito durante tres años al menos.

El autor concluye con una «aclaración final», en la que da alguna noticia sobre el método y las personas que elaboraron la ley y sus reformas objeto de la obra.

Nos felicitamos por el conocimiento de este trabajo, que informa sobre una determinada parcela del Derecho penal latinoamericano, Derecho hasta ahora desatendido por una gran parte de nuestra doctrina penal, y esperamos que contribuya al acercamiento de los estudiosos españoles a la realidad jurídico-penal de los países hermanos de la América latina.

JESÚS PRÓSPER PALACIOS.

INDICE GENERAL DEL TOMO XXXV AÑO 1982

Páginas

TOMO XXXV - FASCICULO II - MAYO-AGOSTO

SECCION DOCTRINAL

<i>El fundamento normativo del Derecho penal</i> , por Joaquín Cuello ...	305
<i>Los «Códigos» pre-hamurábicos</i> , por Israel Drapkin S.	325
<i>Ejercicio de autoridad y principio de legalidad penal</i> , por María Dolores Laguillo Rodríguez	347
<i>Sobre la posible supresión de la agravante genérica de publicidad</i> , por Carmen Lamarca Pérez	357
<i>Acto, resultado y proporcionalidad</i> , por Gonzalo Quintero Olivares.	381

SECCION LEGISLATIVA

A) Leyes orgánicas	409
B) Proyectos de Ley	423
C) Estupefacientes	429
Consultas y circulares	496
REVISTA DE LIBROS	523

	<u>Páginas</u>
<i>Sobre la posible supresión de la agravante genérica de publicidad, por Carmen Lamarca Pérez</i>	357
<i>Acto, resultado y proporcionalidad, por Gonzalo Quintero Olivares</i>	381

SECCION LEGISLATIVA

A) Leyes orgánicas	409
B) Proyectos de Ley	423
C) Estupeficientes	429
Consultas y circulares	496

REVISTA DE LIBROS	523
---------------------------------	-----

**PUBLICACIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE
ESTUDIOS JURIDICOS**

1. ANTONIO HERNÁNDEZ GIL, *El testamento militar*, 1946, 241 págs. (tela, 400 ptas.).
2. ANTONIO HUERTA FERRER, *La relación de causalidad en la teoría del delito*, 1948, 377 págs. (tela, 500 ptas.).
3. JOSÉ MALDONADO Y FERNÁNDEZ DEL TORCO, *La condición jurídica del «nasciturus» en el Derecho español*, 1946, 270 págs. (tela, 400 pesetas).
4. JOSÉ M.^a RODRÍGUEZ DEVESA, *El hurto propio*, 1946, 251 págs. (tela, 400 ptas.).
5. JUAN DEL ROSAL, *Estudios penales*, 1948, 348 págs. (tela, 500 pesetas).

AVISO IMPORTANTE

Hay existencias limitadas de números sueltos de años anteriores, con excepción de los fascículos I y II del año 1948, fascículos I y III del año 1953, fascículos I, II y III del año 1954, fascículos I, II y III del año 1955, fascículos I y II del año 1956, 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**